

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 410

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde is op 1 februari 2017 een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een overheidsopdracht voor diensten tot schapenbegrazing van natuurgebieden.
- 1.2. Beklaagde, gemeente A en organisatie B hebben X gemachtigd de procedure uit te voeren. De opdracht is verdeeld in vier onderdelen. Beklaagde is opdrachtgever voor onderdeel I, X is opdrachtgever voor onderdeel II betreffende de eigendommen van gemeente A en organisatie B is opdrachtgever voor de onderdelen III en IV betreffende de eigendommen van C en D. De onderdelen worden niet los van elkaar gegund. Beklaagde en gemeente A hebben een beheerovereenkomst afgesloten met X voor het beheer van haar bos- en natuurterreinen. X fungeert tijdens de uitvoering van alle onderdelen van de opdracht als directievoerder.
- 1.3. Beklaagde is op 3 februari 2017 tevens een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een overheidsopdracht voor diensten tot schapenbegrazing van stedelijk gebied. X voert ook deze procedure namens beklagde uit en fungeert tijdens de uitvoering van de opdracht als directievoerder.
- 1.4. De klacht ziet op beide procedures.
- 1.5. In beide procedures heeft X op 1 februari, respectievelijk 3 februari 2017 klager uitgenodigd een offerte uit te brengen.
- 1.6. In de "Offerteaanvraag ten behoeve van de meervoudige onderhandse aanbesteding Opdracht 'Schapenbegrazing Natuurgebieden 2017-2018'" (hierna: Offerteaanvraag natuurbegrazing) en de "Offerteaanvraag ten behoeve van de meervoudige onderhandse aanbesteding Opdracht 'Schapenbegrazing stedelijk gebied 2017-2018'" (hierna: Offerteaanvraag stadsbegrazing) is, onder meer, het volgende bepaald:

'DEEL: II PROCEDURE VAN AANBESTEDING

II.2 CONTACTGEGEVENS / COMMUNICATIE

Het is uitdrukkelijk niet toegestaan met andere personen dan contactpersoon of op andere dan de omschreven wijze contact op te nemen met de contactpersoon, op straffe van uitsluiting!

(...)

Offerteaanvraag en nota van inlichtingen geschieden per e-mail, aan bovenstaande contactpersoon. Offerte dient uiterlijk op de sluitingsdatum persoonlijk afgegeven te worden bij [Beklaagde].

Van het voornemen tot gunning ontvangt u een mail en van de definitieve gunning ontvangt u een brief. Wij verzoeken u het gevraagde Plan van aanpak, inclusief alle benodigde bescheiden en de prijsaanbieding (in een separate en dichte envelop) in te dienen in 1 envelop.

II.5 INDIENEN INSCHRIJVINGEN

(...) Uw offerte dient, inclusief alle vereiste documenten, uiterlijk **maandag 6 maart 2017, 12.00 uur** persoonlijk afgegeven te zijn bij de aanbestedende dienst ([**Beklaagde, adres**]).

(...)

II.6 BEOORDELINGSPROCEDURE

De beoordeling van de tijdig ingediende inschrijvingen verloopt als volgt:

Stap 1 vaststellen volledigheid en geldigheid van de inschrijvingen

De inschrijving moet volledig en geldig zijn. Volledig betekent dat alle stukken die ingediend moeten worden, ook feitelijk en compleet worden overgelegd op de in deze offerteaanvraag voorgeschreven wijze en in de voorgeschreven volgorde van opnemen in de inschrijving (zie Bijlage A). Een onvolledige inschrijving wordt uitgesloten van de verdere beoordelingsprocedure, tenzij het ontbreken van bepaalde informatie door de aanbestedende dienst als een kennelijke omissie wordt aangemerkt.

(...)

Een inschrijving onder voorwaarden c.q. voorbehouden dan wel een onvolledige en/of ongeldige inschrijving zal terzijde worden gelegd en uitgesloten worden van verdere beoordeling.

(...)

II.9 AANSPRAKELIJKHEID AANBESTEDENDE DIENST

Deze offerteaanvraag met bijbehorende documenten is met grote zorg samengesteld. Indien inschrijver meent dat dit document dan wel de nota van inlichtingen onduidelijkheden en/of tegenstrijdigheden bevat, dan wel de geschiktheidseisen, het programma van eisen of de gunningscriteria onduidelijk of ongeoorloofd zijn, dan wel de wijze van beoordelen onduidelijk is, dan wel dit document geheel of ten dele strijdig zou zijn met het recht dan wel aanbestedingsbeginselen, dan dient de potentiële inschrijver hierover een vraag te stellen in de nota van inlichtingen dan wel dit uiterlijk 5 kalenderdagen na verzending van de nota van inlichtingen schriftelijk en gemotiveerd aan de aanbestedende dienst uiteen te zetten, bij gebreke waarvan ieder recht om tegen dit document te ageren vervalt.

Indien de reactie van de aanbestedende dienst naar aanleiding van het in de voorgaande alinea gestelde niet leidt tot een aanpassing van dit document, dan wel tot een aanpassing die in de ogen van een inschrijver niet juist of onvoldoende is, dan dient uiterlijk 24 uur voor de sluitingstermijn een kort geding procedure aanhangig te worden gemaakt bij de bevoegde voorzieningenrechter en dient aanbestedende dienst hiervan onverwijld in kennis te worden gesteld middels betekening van de dagvaarding op het adres van aanbestedende dienst, bij gebreke waarvan ieder recht om tegen de aanbestedingsdocumenten te ageren vervalt. Indien een kort geding aanhangig wordt gemaakt, behoudt de aanbestedende dienst zich het recht voor de aanbestedingsprocedure op te schorten dan wel in te trekken.

(...)

DEEL: III UITSLUITINGSGRONDEN / UITSLUITINGSMAATREGELEN

Onderstaand staan de uitsluitingsgronden en kwalitatieve minimumeisen waaraan de inschrijver minimaal dient te voldoen om voor gunning in aanmerking te ko-

men, op straffe van uitsluiting. De minimumeisen laten zich onderscheiden in algemene eisen, eisen aan de technische bekwaamheid en eisen aan de financiële en economische draagkracht.

III.1 UITSLUITINGSGRONDEN

De inschrijver dient middels de Eigen verklaring te verklaren dat er geen sprake is van een onherroepelijke en bindende rechterlijke of administratieve beslissing overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar de gegadigde of de inschrijver is gevestigd of overeenkomstig nationale wettelijke bepalingen is vastgesteld dat de inschrijver niet voldoet aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen of sociale zekerheidspremies.

In het geval van een samenwerkingsverband (combinatie) dienen alle deelnemers aan het samenwerkingsverband een Eigen verklaring in te vullen, alsmede deze rechtsgeldig te ondertekenen.

Ter bewijs van deze verklaring kan de inschrijver worden verzocht bewijsstukken conform artikel 2.89 Aw 2012 aan de aanbestedende dienst te overleggen.

De uitsluitingsgronden en eisen welke gelden voor de inschrijver zijn tevens van toepassing op eventuele derde(n) waar inschrijver een beroep op doet in het kader van de onderhavige aanbesteding in de zin van par. III.4. Ter toetsing wordt na een voornemen tot gunning van de voorlopig begunstigde inschrijver verlangd dat, indien inschrijver een beroep doet op (een) derde(n), een rechtsgeldig ondertekende Eigen verklaring, inclusief bijbehorende bewijsstukken conform artikel 2.89 Aw 2012, van deze derde(n) aan de aanbestedende dienst wordt overlegd.

Inschrijver dient in staat te zijn voornoemde bewijsstukken binnen vijf (5) werkdagen na verzoek van de aanbestedende dienst deze te overleggen. Inschrijver dient rekening te houden met eventuele aanvraagtermijnen met betrekking tot voornoemde bewijsmiddelen.

III.2 ALGEMENE GESCHIKTHEIDSEISEN

III.2.1 INSCHRIJVING HANDELS- EN BEROEPSREGISTER

De inschrijving dient rechtsgeldig ondertekend te zijn door een vertegenwoordigingsbevoegde. Uit het handels- en/of beroepenregister dient de tekeningsbevoegdheid te blijken van degene die de inschrijving heeft getekend voor tenminste de maximale inschrijvingsom voor deze opdracht.

Indien de aanbestedende dienst daarom verzoekt dient de inschrijver een uittreksel uit het handelsregister te overleggen. Dit uittreksel mag niet ouder zijn dan 6 maanden, voorafgaand aan de dag van indiening van de Inschrijving.

III.2.2 TECHNISCHE- EN BEROEPSBEKWAAMHEID

De inschrijver dient bij de inschrijving referentie(s) op te geven, welke ten hoogste drie (3) jaren zijn afgerond, dan wel een meerjarige raamovereenkomst waarvan min. 1 onderhoudsjaar is doorlopen en afgerekend, gerekend vanaf de sluitingstermijn van het indienen van de inschrijvingen, teneinde zijn bekwaamheid aan te tonen met betrekking tot essentiële onderdelen (kerncompetenties) van de onderhavige opdracht.

Vorenstaande houdt in dat inschrijver per geformuleerde kerncompetentie maximaal één (1) referentie dient in te dienen. De kerncompetenties zijn:

- Kerncompetentie 1: het begrazen van (natuur)terreinen met een gescheperde schaapskudde van minimaal 150 stuks;
- Kerncompetentie 2: het begeleiden van mensen (max 8 personen) met een afstand tot de arbeidsmarkt;

Ter bewijs dient inschrijver de genoemde referenties, volgens het standaardformat als opgenomen in Bijlage E, toe te voegen aan de inschrijving. Uit de te overleggen referenties dient duidelijk en ondubbelzinnig de ervaring, zoals door de aanbestedende dienst wordt gevraagd, te blijken.

Het is inschrijver toegestaan om met één (1) referentie aan meerdere kerncompetenties te voldoen, mits duidelijk en ondubbelzinnig uit de opgave blijkt welke kerncompetenties dit betreffen. Indien inschrijver meer referenties indient dan gevraagd, zal het meerdere ter zijde worden gelegd en zullen enkel de referenties tot het gevraagde aantal in de beoordeling worden meegenomen.

III.2.3 Kwaliteit en Veiligheid

De inschrijver dient voldoende kennis en kunde in huis te hebben om de opdracht efficiënt en vakkundig uit te voeren. Hiertoe dient de inschrijver minimaal te beschikken over de volgende medewerkers en/of certificeringen:

De inschrijver, of derde waar beroep op wordt gedaan, dient op moment van inschrijving te beschikken over aantoonbare ecologische kennis op het gebied van natuurbeheer. Deze kwaliteitseis kan aangetoond worden door overleggen van CV's van de betreffende medewerker (s), waaruit blijkt dat deze ter zake aantoonbare ervaring en kennis heeft op het gebied van soortspecifieke ecologie doordat hij of zij:

- op HBO-of universitair niveau een opleiding heeft genoten met als zwaartepunt (Nederlandse) ecologie; en/of
- op MBO niveau een opleiding heeft afgerond met als zwaartepunt de Flora-en faunawet, soortenherkenning en zorgvuldig handelen ten opzichte van die soorten; en/of
- -als ecooloog werkzaam is voor een ecologisch adviesbureau dat is aangesloten bij het Netwerk Groene Bureaus en/of werkzaam is voor een terreinbeherende organisatie; en/of
- zich aantoonbaar actief inzet op het gebied van de soortenbescherming en is aangesloten bij en werkzaam voor de daarvoor in Nederland bestaande organisaties (zoals bijvoorbeeld Das en Boom, Zoogdiervereniging VZZ, RAVON, Vogelbescherming Nederland, Vlinderstichting, Natuurhistorisch Genootschap, KNNV, NJN, IVN, EIS Nederland, FLORON, SOVON, STONE, Staatsbosbeheer, Natuurmonumenten, de Provinciale Landschappen en Stichting Beheer Natuur en Landelijk Gebied), en/of
- zich aantoonbaar actief inzet op het gebied van de soortenmonitoring en/of -bescherming.

Bewijsstuk(ken) (na verzoek daartoe binnen 5 werkdagen aanleveren):

- een door de inschrijver, of van derde waarop beroep wordt gedaan, gedateerde CV

Indien de inschrijver bestaat uit een samenwerkingsverband geldt dat alle leden van het samenwerkingsverband aan voorgaande eis dienen te voldoen.

Bewijsstuk(ken) (na verzoek daartoe binnen 5 werkdagen aanleveren):

III.3 FINANCIËLE EN ECONOMISCHE DRAAGKRACHT

III.3.1 FINANCIËLE GEGEVENS

De inschrijver dient te beschikken over een aansprakelijkheidsverzekering tegen beroepsrisico's. Bewijsstuk (na verzoek daartoe binnen 5 werkdagen aanleveren):

- kopie van een geldige polis van de bedrijfs- en/of beroepsaansprakelijkheidsverzekering of een verklaring van een verzekeringsmaatschappij, waarin de dekking is aangegeven met betrekking tot deze aansprakelijkheid (als bedoeld in artikel 2.91 lid 1 sub a, Aanbestedingswet 2012). De

polis(sen) mag/mogen niet ouder zijn dan 1 jaar op het tijdstip van het indienen van de inschrijving.

Indien inschrijver niet beschikt over bovengenoemde aansprakelijkheidsverzekering, dient zij bereid te zijn bij opdrachtverlening deze alsnog af te sluiten. Deze bereidheidsverklaring dient zij binnen de gestelde termijn schriftelijk te bevestigen.

III.4 BEROEP OP DERDE(N)

Het is inschrijver toegestaan een beroep te doen op (een) derde(n) ten aanzien van de technische- en beroepsbekwaamheid en de financieel economische draagkracht. Indien inschrijver een beroep doet op (een) derde(n) dient hij zowel inhoudelijk als contractueel in de inschrijving aan te tonen daadwerkelijk te kunnen beschikken over de kennis en kunde van deze derde. De inschrijver en dient de relevante informatie in de eigen verklaring in te vullen. Indien inschrijver zich, voor het voldoen aan de gestelde referentie-eis, beroept op de technische bekwaamheid van (een) derde(n), mag inschrijver referentieprojecten van deze derde(n) indienen als ware het haar eigen referentieprojecten. In een dergelijke situatie funge(ren)(ert) deze derde(n) tevens als onderaannemer.

Ook een beroep op de ervaring of financiële draagkracht van een gelieerde onderneming (dochter-, zuster-, of moedervennootschap) kwalificeert als een beroep op een derde.

De uitsluitingsgronden en eisen welke gelden voor de inschrijver zijn tevens van toepassing op eventuele derde(n) waar inschrijver een beroep op doet in het kader van de onderhavige aanbesteding. Ter toetsing wordt na een voornemen tot gunning van de voorlopig begunstigde inschrijver verlangd dat, indien inschrijver een beroep doet op (een) derde(n), een rechtsgeldig ondertekende Eigen verklaring (Uniform Europees Aanbestedingsdocument), inclusief bijbehorende bewijsstukken conform artikel 2.89 Aw 2012, van deze derde(n) aan de aanbestedende dienst wordt overlegd.

De bewijsstukken in dit kader zijn elk geval de navolgende:

- Uittreksel handels- en/of beroepenregister Kamer van Koophandel, niet ouder dan 6 maanden;
- Gedragsverklaring Aanbesteden (GVA), niet ouder dan 24 maanden;
- Verklaring Belastingdienst betaling sociale zekerheidspremies en belastingen, niet ouder dan 6 maanden.

III.5 EIGEN VERKLARING / UNIFORM EUROPEES AANBESTEDINGSDOCUMENT

Inschrijver verklaart middels het invullen en rechtsgeldig ondertekenen van de Eigen Verklaring (Uniform Europees Aanbestedingsdocument) (Bijlage B1) te voldoen aan alle uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, technische specificaties en uitvoerings- en contractvoorwaarden zoals omschreven in deze offerteaanvraag en aangevuld c.q. toegelicht in de nota('s) van inlichtingen. De verklaring dient rechtsgeldig ondertekend te zijn door een uit het handels- en/of beroepenregister blijvende vertegenwoordigingsbevoegde.

(...)

III.6 VERKLARING RECHTMATIGE INSCHRIJVING

De inschrijving is ongeldig indien een vereiste verklaring ontbreekt, niet rechtsgeldig is ondertekend en/of niet naar waarheid is ingevuld.

Indien aanbestedende dienst gerede twijfel over c.q. gegronde vermoedens heeft te twijfelen aan de juistheid van deze verklaring, zal zij de betreffende inschrijvers hiervan op de hoogte stellen en hun de kans bieden de vermoedens gemotiveerd te weerspreken. Als de vermoedens van aanbestedende dienst na respons van inschrijver in stand blijven kan zij de betreffende autoriteit op de hoogte stellen van haar vermoedens en besluiten de betreffende inschrijving(en) terzijde te leggen.

(...)

V.2 G1 PRIJS

U dient uw prijs aan te bieden conform het aangeleverde prijsinvalformulier (Bijlage D). De geoffreerde eenheidsprijs (op basis waarvan een totaalprijs per deelgebied en verrekenprijzen tot stand komen) is gericht op de eenheid graasdagen. Onder de werkzaamheden van een graasdag dient te worden verstaan: alle voorkomende werkzaamheden van de kudde en eventuele herder en alle bijkomende handmatige of eventuele machinale werkzaamheden zoals opgenomen in het door de opdrachtnemer opgestelde begrazingsplan en die nodig zijn om te voldoen aan de gestelde uitvoeringseisen. In de geoffreerde prijs dienen tevens alle overige kosten (o.a. algemene kosten, winst en risico) te zijn inbegrepen. De door de inschrijver opgenomen hoeveelheid graasdagen per deelgebied dient te zijn gecalculeerd op de werkzaamheden voor de uitvoering van één jaar.

Inschrijver verklaart middels inschrijving dat alle eisen zoals vermeld in het programma van eisen, en zoals aangepast in de nota('s) van inlichtingen, alsmede alle wensen zoals door inschrijver geoffreerd zijn in de geoffreerde prijzen verwerkt zijn.

Het is inschrijver niet toegestaan een nulprijs te offeren. Het is wel toegestaan op onderdelen van een prijswens een nulprijs te offeren indien er sprake is van een opstelsom. Het is onder geen beding toegestaan negatieve prijzen te offeren. Het niet invullen van (onderdelen van) een prijswens leidt tot ongeldigheid van de inschrijving. Inschrijver dient reële marktconforme prijzen te offeren (ook op onderdelen van een prijswens).

Voor de opdracht is het plafondbedrag vastgesteld op € 47.500 (excl. BTW) per jaar wat neer komt op € 95.000 (excl. BTW) voor de gehele opdracht. Inschrijven boven het genoemde plafondbedrag is niet gewenst en reden tot uitsluiting. Indien aanbestedende dienst gerede twijfel over c.q. gegronde vermoedens heeft te twijfelen aan de onafhankelijkheid van de inschrijvingen, zal zij de betreffende inschrijvers hiervan op de hoogte stellen en hen de kans bieden de vermoedens gemotiveerd te weerspreken. Als de vermoedens van aanbestedende dienst na respons van inschrijver(s) in stand blijven, kan zij de betreffende autoriteit op de hoogte stellen van haar vermoedens en besluiten de betreffende inschrijving(en) ter zijde te leggen.'

- 1.7. Bijlage B1 ("Eigen verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten", hierna: Eigen verklaring) begint met de volgende waarschuwingstekst:

'! Voor het invullen dient de Eigen verklaring te zijn geopend met Acrobat Reader.

Invullen van dit PDF formulier met gebruik van een ander programma dan Acrobat Reader kan leiden tot onjuiste weergave van de ingevulde gegevens na het digitaal versturen van het document, waardoor de inhoud van de Eigen verklaring een andere kan worden dan is bedoeld.'

- 1.8. In de Eigen verklaring heeft beklagde haar naam, de naam van de aanbesteding en een referentienummer vermeld en aangegeven dat het een aanbestedingsprocedure **onder** de van toepassing zijnde Europese aanbestedingsdrempel betreft. Beklaagde heeft vervolgens geen enkele uitsluitingsgrond, geschiktheidseis, technische specificatie of uitvoerings- en contractvoorwaarde aangevinkt.
- 1.9. In Bijlage B2 ("Verklaring omtrent rechtmatigheid") is bepaald:
'Ondergetekende verklaart dat onderhavige inschrijving niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht.'
- 1.10. Op 17 februari 2017 heeft X in beide procedures de nota van inlichtingen verzonden. In de procedure schapenbegrazing natuurgebieden kondigt X in de begeleidende e-mail aan dat de bijlagen bij de Nota van Inlichtingen uiterlijk op 20 februari 2017 zullen worden verstuurd. In de procedure schapenbegrazing stedelijk gebied schrijft X dat de bijlagen via wettransfer zullen worden verzonden.
- 1.11. In Bijlage C ("Schapenbegrazing Natuurgebieden 2017-2018, X – NVI Opdrachtomschrijving-") van de Offerteaanvraag is, onder meer, het volgende bepaald:

'1.4 Uitgangspunten aanbesteding en opdrachtverstrekking

(...)

- Op het inschrijfformulier dient allereerst aangegeven te worden welke eenheidsprijzen de inschrijver hanteert voor de diverse werkzaamheden;
- Vastgestelde eenheidsprijzen gelden voor de gehele opdracht en voor eventueel meer- en minderwerk per werkzaamheid;
- Daarnaast dient door de inschrijver per natuurgebied aangegeven te worden hoeveel graasdagen en welke hoeveelheid aan overige werkzaamheden hij denkt nodig te hebben om aan het gestelde beeld te blijven voldoen of in de toekomst te gaan voldoen. Dit doet de inschrijver door de hoeveelheid van een desbetreffende 'post' op te nemen die hij nodig denkt te hebben op de desbetreffende locatie;
- De in te vullen hoeveelheden per locatie dienen gebaseerd te zijn op de benodigde hoeveelheid voor de gehele looptijd van de opdracht (twee begrazingsjaren) die de opdrachtnemer denkt nodig te hebben om het areaal in stand te houden dan wel te herstellen en daarbij te voldoen aan de gestelde uitvoeringseisen én eventueel een meerwaarde te kunnen bieden ten gunste van het natuurdoeltype en bijbehorende ecologische eigenschappen;
- De inschrijfstaat is gebaseerd op- en dient te conformeren met hetgeen door de inschrijver zelf opgenomen in het door hem opgestelde begrazingsplan;
- Op het inschrijfformulier dient onder andere een eenheidsprijs voor een 'graasdag' te worden ingevuld;

(...)

- 1.12. Op 21 februari 2017 heeft X in de procedure schapenbegrazing natuurgebieden het volgende bericht aan klager gezonden:

'Ondanks de aan de Nota van inlichtingen besteedde zorg is er een hiaat ontstaan tussen de aan u verzonden opdrachtomschrijving en offerteaanvraag én het verzonden prijsinvalformulier.

In de opdrachtomschrijving/offerteaanvraag wordt gesteld:

- De in te vullen hoeveelheden per locatie dienen gebaseerd te zijn op de benodigde hoeveelheid voor de gehele looptijd van de opdracht (twee begrazingsjaren) die de opdrachtnemer denkt nodig te hebben om het areaal in stand te houden dan wel te herstellen en daarbij te voldoen aan de gestelde uitvoeringseisen én eventueel een meerwaarde te kunnen bieden ten gunste van het natuurdoeltype en bijbehorende ecologische eigenschappen;

Echter in het prijsinvulformulier wordt u gevraagd om een prijs per jaar in te vullen.

Wij verzoeken u via deze weg om gebruik te maken van het prijsinvulformulier en hierin de benodigde hoeveelheid per jaar in te vullen. Dit in tegenstelling tot het in de opdrachtomschrijving / offerteaanvraag gestelde. Let wel dat u eenmalige / aanvullende werkzaamheden dusdanig verrekend in het prijsinvulformulier dat deze voorziet in een kostendekking voor deze werkzaamheden binnen de looptijd van het project (onafhankelijk van het moment van uitvoeren).

In de bij de nota van inlichtingen verzonden definitieve documenten hebben nogal wat wijzigingen en aanvullingen plaatsgevonden. De aanbestedende dienst begrijpt dat dit mogelijk nog tot vragen kan leiden

Mocht u naar aanleiding van de doorgevoerde wijzigingen- en aanvullingen vragen hebben kunt u deze aan de contactpersoon per e-mail stellen. Vragen die geen betrekking hebben op zaken welke gewijzigd zijn middels de nota van inlichtingen worden in principe niet beantwoord. Mocht de aanbestedende dienst van mening zijn dat de vragen die gesteld zijn naar aanleiding van wijzigingen / aanvullingen dermate essentieel zijn voor de prijsaanbieding dat beantwoording hiervan noodzakelijk is voor alle inschrijvers, dan zal deze aan alle beoogde partijen worden verstuurd.

Via deze weg wil de aanbestedende dienst nogmaals benadrukken dat de aanbieding opgesteld dient te worden op basis van de bij de nota van inlichtingen verzonden documenten en dat de voorgaande documenten daarmee komen te vervallen.

De offerte dient uiterlijk 6 maart 2017 om 12.00 uur persoonlijk te zijn afgegeven bij Gemeente [X], gevestigd te [X]. (...)

- 1.13. Klager heeft op 6 maart 2017 in beide procedures een inschrijving ingediend.
- 1.14. Op 22 maart 2017 heeft beklagde in de procedure schapenbegrazing natuurgebieden de volgende brief aan klager gezonden:

'Bij dezen informeren wij u over het verloop van aanbesteding van opdracht *Schapenbegrazing Natuurgebieden 2017 – 2018* van [Beklaagde].

Uw inschrijving is grondig beoordeeld conform de in de offerteaanvraag omschreven procedure. Na beoordeling is gebleken dat uw inschrijving *niet voldoet* aan alle daaraan door de aanbestedende dienst gestelde uitsluitingsgronden waaraan de inschrijver minimaal dient te voldoen om voor gunning in aanmerking te komen, te weten:

De vereiste rechtsgeldig ondertekende eigen verklaring (Bijlage B1) ontbreekt bij de, op 06-06-2017 (*bedoeld zal zijn 06-03-2017, Commissie*), ingediende in-

schrijvingsdocumenten conform pagina 14 van 24 paragraaf III.5 en III.6 van het bestand "NVI Offerteaanvraag meervoudig onderhandse aanbesteding opdracht schapenbegrazing natuurgebieden 2017 - 2018"

Concluderend hebben wij besloten uw organisatie uit te sluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure en de inschrijving niet ter beoordeling aan de beoordelingscommissie voor te leggen.

Tegen deze beslissing kunt u binnen de in de offerteaanvraag gestelde termijn van 10 kalenderdagen na dagtekening van dit schrijven bezwaar aantekenen (t/m 01-04-2017). U dient hiertoe [Beklaagde] te dagvaarden in kort geding middels betekening van een dagvaarding op het adres zoals weergegeven in de offerteaanvraag.

(...)'

- 1.15. In de procedure schapenbegrazing stedelijk gebied heeft beklaagde op 22 maart 2017 een brief van gelijke strekking aan klager gezonden.

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde is afgeweken van haar eigen procedureregels en heeft na wijziging van de procedures geen redelijke termijnen gehanteerd en daardoor gehandeld in strijd met artikel 1.16 lid 1 en lid 2 Aw 2012.

2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft de inschrijvingen van klager ten onrechte als ongeldig terzijde gelegd.

2.3. Klachtonderdeel 3

Door de aanbestedingsprocedures begin februari te starten, handelt beklaagde in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Dit leidt tot bevoordeling van de zittende opdrachtnemer en is ook in strijd met het proportionaliteitsbeginsel van artikel 1.16, lid 1 en lid 2, Aw 2012.

2.4. Klachtonderdeel 4

Door het hanteren van de eenheidsprijzen (zie paragraaf V.2 in de offerteaanvragen in 1.6 hiervoor) handelt beklaagde in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

2.5. Klachtonderdeel 5

Beklaagde heeft geen of onvoldoende rekening gehouden met de marktwerking en er is sprake van oneerlijke concurrentie.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Als de Commissie het goed ziet, heeft klager in de bij de Commissie ingediende klacht, gelezen in samenhang met de klachtbrief die zij op 4 april 2017 bij beklaagde heeft ingediend, het volgende aangevoerd.

- 3.2. Klager maakt de volgende algemene opmerkingen. Eerder had klager begrepen dat de opdrachten van schapenbegrazing van de natuurgebieden en het stedelijk gebied in het verleden weliswaar als afzonderlijke opdrachten waren verstrekt, maar dat beklagde nu de voorkeur gaf aan één opdracht. Dit vond klager echter niet terug in de aanbestedingsstukken. Klager is uitgenodigd in te schrijven op de opdrachten voor schapenbegrazing van zowel de natuurgebieden als het stedelijk gebied. Beide projecten zijn volgens klager zowel afzonderlijk als in combinatie rendabel genoeg voor het zelfstandig exploiteren van een schaapskudde. Dit is voor klager reden geweest om in te schrijven op beide opdrachten.
- 3.3. Klager exploiteert een schaapskudde en stelt dat zij in staat is deze opdrachten te aanvaarden.
- 3.4. Hoewel klager op dit moment op honderden kilometers afstand van het gebied woont, is zij wel enigszins bekend met het gebied waarop de beide opdrachten zien. Nieuw voor klager is de organisatie rondom de schapenbegrazing onder directie van X.
- 3.5. Klachtonderdeel 1
- 3.5.1. Klager stelt dat beklagde vanaf de Nota van Inlichtingen is afgeweken van het door haar omschreven tijdpad. Naar aanleiding van de gestelde vragen en gegeven antwoorden zijn de aanbestedingsstukken flink gewijzigd, waardoor een groot deel van het werk voor de inschrijvingen opnieuw moest worden gedaan. Door deze wijzigingen is een te korte periode ontstaan om de inschrijving correct en tijdig in te dienen. Daarmee is beklagde afgeweken van de procedureregels in de offerteaanvraag en heeft zij in strijd gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel van artikel 1.16, lid 1 en 2, Aw 2012.
- 3.5.2. Dat de termijn voor inschrijving te kort was als gevolg van de vele wijzigingen bij de Nota van Inlichtingen is bovendien nadeliger voor nieuwkomers dan voor de zittende opdrachtnemers.
- 3.6. Klachtonderdeel 2
- 3.6.1. Het ontbreken van het formulier 'Eigen verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten' van Bijlage B1 is reden geweest de inschrijvingen van klager als ongeldig af te wijzen.
- 3.6.2. Het formulier Eigen verklaring is een reeds ingevuld document en klager stelt dat op internet te vinden formulieren daardoor niet bruikbaar zijn. Er kan dus enkel gebruik worden gemaakt van het door beklagde toegezonden formulier.
- 3.6.3. Klager stelt dat alle toegestuurde bestanden goed te openen waren, met uitzondering van de Eigen verklaring. Er was geen instructie bijgevoegd en elders was ook niet een instructie te vinden. Voor een doorsnee computergebruiker was dit erg problematisch. Bij het openen van het bestand deden zich volgens klager de volgende twee problemen voor:
- 1- de instructie voor het openen van het bestand werd pas zichtbaar na het openen van het bestand; en
 - 2- ook indien men de juiste versie van Adobe 11 had gedownload, kon het bestand nog steeds niet worden geopend.
- 3.6.4. Het eerste probleem heeft klager met behulp van extern advies na enkele dagen weten op te lossen. Het oplossen van het tweede probleem heeft veel meer tijd gekost en de oplossing is pas gevonden na de uiterste termijn voor indiening van de inschrijvingen. Er bleek een standaard instelling te zijn van een moderne –

bijgehouden – versie van Microsoft Windows 10, die de opening van het bestand blokkeert. Na lang zoeken, bleek dat het programma "Edge" de controle standaard overneemt na updaten van deze Windowsversie en ook na updaten van Adobe.

- 3.6.5. Doordat het bestand pas na meerdere dagen door klager geopend en ingevuld kon worden, was klager niet meer in staat het formulier tijdig in te vullen en toe te zenden aan beklagden. Dit heeft geleid tot ongeldigverklaring en afwijzing van haar inschrijving.
- 3.6.6. Verder kan bijlage D2 (*bedoeld zal zijn Bijlage B2 "Verklaring omtrent rechtmatigheid", Commissie*) volgens klager worden gezien als een verkorte versie van het niet te openen formulier D1 (*bedoeld zal zijn Bijlage B1, Commissie*), de 'Eigen verklaring'. Bovendien is de Eigen verklaring van Bijlage B1 volgens klager weinig relevant voor een eenmansbedrijf en is veel van de gevraagde informatie reeds verwerkt in de bijgeleverde plannen.

3.7. Klachtonderdeel 3

- 3.7.1. Verder stelt klager dat het onvermijdelijk is dat een inschrijver die goed bekend is met de regio en betrokken is geweest bij de begrazing van het gebied door middel van een schaapskudde enig voordeel heeft ten opzichte van een relatieve nieuwkomer. Daar voegt klager aan toe dat er bij een aanbestedingsprocedure uitgegaan dient te worden van een zekere gelijkwaardigheid tussen inschrijvers.
- 3.7.2. Doordat beklagde de procedure begin februari is gestart, hebben de inschrijvers volgens klager geen gelijke kansen. In dat kader voert klager aan dat er een groot verschil tussen de bedrijfsvoering van de uitgenodigde inschrijvers bestaat doordat zij een verschillende definitie van het begrip "duurzaam" hanteren. De lammerperiode is een zeer drukke periode. In een meer duurzaam concept ligt een lammerperiode altijd in het voorjaar, na de winter, tijdens de looptijd van de onderhavige procedures. De andere inschrijvers rekken het begrip "duurzaam" op en vervroegen de lammerperiode naar de winter (december, januari).
- 3.7.3. Klager stelt dat een optimale periode voor de aanbesteding voor dit type bedrijven het najaar is, ruim voor de (zeer drukke) lammerperiode begint. Door in het najaar de aanbestedingsprocedure te starten, wordt rekening gehouden met het specifieke karakter van de bedrijven zonder dat er voordeel of nadeel ontstaat voor één van hen. Klager vraagt zich af waarom beklagden pas zo laat de aanbesteding in gang hebben gezet.
- 3.7.4. Klager voegt hieraan toe dat niet alleen een verschil in lammertijd (drukke periode) voor ongelijke kansen zorgt, maar dat het tijdstip van de procedure ook tot verschil in inzicht leidt in noodzakelijke gegevens, zoals kennis van de ondergrond en vegetatie en daarmee de hoogte van de vegetatie. Dit is noodzakelijke informatie om het aantal graasdagen en eenheidsprijzen te kunnen bepalen.
- 3.7.5. Een werkelijke eenheidsprijs kan volgens klager alleen tot stand komen als het percentage eetbare droge stof van een schaap (4 tot 6% van het lichaamsgewicht van een schaap, 4% onder normale omstandigheden, tot 6% tijdens dracht en lactatie) wordt afgezet tegen de hoeveelheid eetbare vegetatieve stof binnen een perceel. En die factor is volgens klager weer afhankelijk van de achtergrond van het perceel, te weten de mate van vruchtbaarheid van de bodem en klimaatinvloeden.

3.8. Klachtonderdeel 4

Voorts is er volgens klager sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel doordat de door beklagden gevraagde eenheidsprijs arbitrair is. Volgens klager is het gevraagde en gehanteerde begrip eenheidsprijs gangbaar bij een klein aantal grote samenwerkende schapenorganisaties in Nederland, die bovendien eerder bij de onderhavige projecten betrokken waren. Door eenheidsprijzen te vragen worden andere ondernemingen gedwongen zich te conformeren aan de wijze van aanbieden van die bedrijven. Terwijl eenheidsprijzen beter passen bij de aanbesteding van goederen of vastomlijnde diensten.

3.9. Klachtonderdeel 5

- 3.9.1. Klager stelt dat er onvoldoende of geen rekening is gehouden met 'oneerlijke concurrentie en marktwerking'. Weliswaar wordt er volgens klager gevraagd naar de aard van de eventuele samenwerking en andere opdrachtgevers, maar is nergens te lezen of binnen de begroting van deelnemende bedrijven en uitvoering van diensten boven het bedrag waarbij aanbesteding zou moeten plaatsvinden, ook daadwerkelijk aanbesteding heeft plaatsgevonden. En in het geval dat dat niet zo is, dat dat proportioneel binnen het puntenbeoordelingssysteem wordt meegenomen. Eén van de inschrijvers heeft er volgens klager geen geheim van gemaakt dat hij het er niet mee eens is dat dergelijke opdrachten worden aanbesteed en dat hij gebruik maakt van het feit dat niet alle opdrachtgevers deze opdrachten aanbesteden.
- 3.9.2. Hetzelfde geldt volgens klager ook voor specifieke schaapskuddesubsidies in bijvoorbeeld andere provincies: om gelijkwaardigheid op de markt en van deelnemende partijen te waarborgen, zou er gekeken en met punten beoordeeld moeten worden of subsidies van elders worden ingezet om de marktwerking te verstoren. Volgens klager heeft beklagde in haar aanbestedingsstukken geen melding gemaakt van enig onderzoek naar oneerlijke mededinging en ongelijkheid van partijen. Evenmin is in deze aanbestedingsprocedure een paragraaf opgenomen waarin de ongelijkheid als gevolg van elders ontvangen subsidies in de totale beoordeling en puntenwaardering wordt gecompenseerd.
- 3.9.3. Ten slotte hebben de zittende opdrachtnemers klager na inschrijving benaderd om haar te laten weten dat zij al veel knowhow hadden geleverd en investeringen hadden gedaan en de huidige verdeling van de gebieden niet wilden doorbreken. Klager werd te kennen gegeven niet op enige samenwerking te hoeven rekenen als zij haar inschrijving zou doorzetten.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Voor haar reactie verwijst beklagde onder meer naar haar eerdere reactie van 25 april 2017 op de bij haar ingediende klacht. Beklaagde maakt de volgende algemene opmerkingen.
- 4.2. Beklaagde benadrukt dat het steeds haar intentie is geweest om twee opdrachten in de markt te zetten. Dit is mede gebaseerd op de Aanbestedingswet 2012 waarin aanbestedende diensten worden aangemoedigd kansen te creëren, zodat MKB bedrijven meer mogelijkheden hebben om te kunnen inschrijven.

4.3. Klachtonderdeel 1

- 4.3.1. Vooral voor de procedure stadsbegrazing beaamt beklaagde dat er, mede naar aanleiding van de gestelde vragen bij de Nota van Inlichtingen, de nodige wijzigingen zijn doorgevoerd. Daarbij zijn nieuwe formulieren en documenten toegevoegd. Er is echter geen enkele vraag gesteld over het aspect "tijd".
- 4.3.2. Er was de mogelijkheid om aanvullende vragen te stellen óf te reageren op deze aangepaste documenten. Geen van de inschrijvende partijen heeft echter aanvullende vragen gesteld of aangegeven dat de inschrijfperiode té kort zou zijn. Daarnaast heeft beklaagde, ondanks dat dit een meervoudig onderhandse procedure was en hiervoor redelijke termijnen in acht dienen te worden genomen, zo veel als mogelijk de wettelijke termijnen aangehouden.
- 4.3.3. Omdat hier én sprake is van een meervoudig onderhandse procedure waarvoor beklaagde zelf de partijen heeft geselecteerd én niemand van de inschrijvers hier aanvullende vragen over heeft gesteld, is beklaagde ervan uitgegaan dat de wijzigingen geen onoverkomelijk probleem zouden zijn en zeker niet strijdig zouden zijn met het proportionaliteitsbeginsel. Beklaagde heeft bewust niet gekozen voor een tweede Nota van Inlichtingen.
- 4.3.4. Beklaagde ontkent de tijdsdruk te hebben opgevoerd en voert in dat kader aan de deadlines zoals vermeld in het aanbestedingsdocument te hebben gerespecteerd.

4.4. Klachtonderdeel 2

- 4.4.1. Het ontbreken van de Eigen verklaring (genoemd: Uniform Europees Aanbestedingsdocument) is hoofdreden geweest voor afwijzing omdat jurisprudentie uitwijst dat een aanbestedende dienst moet overgaan tot afwijzing als dit document ontbreekt, tenzij in de aanbestedingsdocumenten uitdrukkelijk wordt vermeld dat dit géén reden tot afwijzing is. Beklaagde voegt daaraan toe het zeer bedenkelijk te vinden een inschrijving waarin de Eigen verklaring ontbreekt niet af te wijzen en dat dit mogelijk zelfs strijdig met de aanbestedingsregels is.
- 4.4.2. Klager heeft aangegeven dat het formulier niet bruikbaar zou zijn. Geen van de inschrijvers heeft hierover echter vragen gesteld in het kader van de Nota van Inlichtingen. Ook klager niet. Zelfs na de Nota van Inlichtingen zijn daarover geen vragen gesteld. Daarnaast blijkt uit de ontvangen inschrijvingen dat de andere partijen het formulier wel hebben kunnen gebruiken.
- 4.4.3. Klager heeft aangegeven Bijlage B1 "Verklaring omtrent rechtmatigheid inschrijving" zelf te hebben geïnterpreteerd als een verkorte versie van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Beklaagde benadrukt dat dit een eigen interpretatie van klager is en dat klager dit had kunnen en moeten checken middels een vraag in het kader van de Nota van Inlichtingen.
- 4.4.4. Ook aan de eis om het prijzenblad in een aparte envelop aan te leveren heeft klager niet voldaan. Beklaagde heeft dit niet gebruikt als middel tot afwijzing, maar merkt op dat het niet conform het gestelde in de Offerteaanvragen was en verwijst in dat kader naar paragraaf II.6 (zie 1.6 hiervoor).

4.5. Klachtonderdeel 3

- 4.5.1. Beklaagde erkent dat het moment van aanbesteden voor de (potentiële) inschrijvers niet optimaal was. Reden daarvoor was dat de contractperiode was verstre-

ken en beklaagde dus verplicht was om een nieuwe aanbestedingsprocedure op te starten. Bewust is in het voortraject tijdig contact gezocht met de potentiële inschrijvers en is aangegeven dat voor de periode 2017-2018 nog een aanbesteding zou plaatsvinden.

- 4.5.2. Beklaagde had graag gezien dat klager daarover een vraag had gesteld in het kader van de Nota van Inlichtingen, zodat beklaagde daar wellicht op had kunnen inspelen.
- 4.5.3. Volgens beklaagde heeft klager gesteld dat de huidige twee opdrachtnemers een goed beeld hebben van de opdrachten en voor een belangrijk deel hebben bijgedragen aan de technische eisen in de aanbestedingsstukken. Dat beiden ervaring hebben vindt beklaagde logisch omdat zij deze of een soortgelijke opdracht reeds eerder hebben uitgevoerd. Dat de huidige twee opdrachtnemers zouden hebben bijgedragen aan de technische eisen in de aanbestedingsstukken bestrijdt beklaagde echter ten zeerste. Beklaagde voert in dat kader aan dat het strijdig zou zijn met de aanbestedingsregels als een inschrijvende partij het programma van eisen zou maken. Beklaagde stelt algemeen (gangbare) eisen te hebben gesteld waarvan uit de marktconsultatie is gebleken dat die acceptabel waren.

4.6. Klachtonderdeel 4

Beklaagde is van mening dat zij vóór ingang van een nieuwe contractperiode moet weten wat de te verwachten kosten zullen zijn. Mocht een inschrijver van mening zijn dat de gevraagde eenheidsprijs niet reëel was, dan had hier op z'n minst een vraag over gesteld dienen te worden. Echter geen van de inschrijvers heeft hierover een vraag gesteld.

4.7. Klachtonderdeel 5

- 4.7.1. Beklaagde herkent zich niet in de stelling van klager dat er sprake zou zijn van oneerlijke concurrentie en onvoldoende marktwerking of strijd met de grondbeginselen van aanbesteden. Beklaagde doet er, zoals bij alle aanbestedingen, alles aan om dit uit te sluiten dan wel te voorkomen. Beklaagde heeft, zoals bij elke te verstrekken overheidsopdracht, de grondbeginselen van aanbesteden, te weten de beginselen van transparantie, objectiviteit, non-discriminatie en ook proportionaliteit, in acht genomen. Dat er sprake zou zijn van ongelijkheid herkent beklaagde niet. Alle (potentiële) inschrijvers zijn volgens beklaagde gelijk behandeld en geen enkele (potentiële) inschrijver is bevoordeeld dan wel benadeeld in welke vorm dan ook. Beklaagde stelt dat alle partijen dezelfde informatie hebben ontvangen. Ook merkt beklaagde op dat zij alle tijdig, volledig en juist ingevulde inschrijvingen heeft beoordeeld volgens de systematiek beschreven in de offerteaanvraag (aanbestedingsleidraad). Mocht een partij een manipulatieve inschrijving doen dan zal beklaagde te allen tijde overwegen die af te wijzen. Daarnaast zijn ook geen onredelijke eisen gesteld in het kader van de aanbestede opdracht waardoor mogelijk het proportionaliteitsbeginsel geschonden zou zijn. Daarmee heeft de aanbesteding schapenbegrazing volgens beklaagde plaatsgevonden conform en binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012.
- 4.7.2. Ten slotte stelt klager te zijn benaderd door andere inschrijvers (zie 3.9.3 hiervoor). In reactie daarop wijst beklaagde op de passage in paragraaf II.2 van de offerteaanvragen (zie 1.6 hiervoor) dat alle communicatie, op straffe van uitsluiting, via de contactpersoon diende te verlopen. Verder stelt beklaagde dat klager van voormeld contact met andere inschrijvers geen melding heeft gemaakt tijdens de aanbestedingsprocedure.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklaagde op 1 februari 2017 een meervoudig onderhandse procedure is gestart voor een overheidsopdracht voor diensten tot schapenbegrazing van natuurgebieden. Op 3 februari 2017 is beklaagde nog een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een overheidsopdracht voor diensten tot schapenbegrazing van stedelijk gebied. Op deze procedures zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, afdelingen 1.2.1 en 1.2.4 van de ten tijde van de start van de procedure geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. De Commissie zal beginnen met de behandeling van klachtonderdeel 2 waarin klager aanvoert dat haar inschrijvingen in beide voornoemde aanbestedingsprocedures ten onrechte als ongeldig terzijde zijn gelegd.
- 5.3. Klachtonderdeel 2
 - 5.3.1. Een aanbestedende dienst is op grond van artikel 1.15, lid 1, Aw 2012 gehouden om de inschrijvers op gelijke wijze te behandelen. In de rechtspraak is daarnaast algemeen aanvaard dat wanneer een aanbestedende dienst een opdracht aanbesteedt met gebruikmaking van de meervoudige onderhandse procedure, hij ook transparantie in zijn handelen moet betrachten (zie HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, JAAN 2016/69, m.nt. G. 't Hart, TBR 2016/159, m.nt. J.H.J. Bax, r.o. 4.2.2 en ook Advies 147, overweging 7.2.3, Advies 161, overweging 5.2.3, Advies 242, overweging 5.2 en Advies 389, overweging 5.4.1).
 - 5.3.2. Indien een potentiële inschrijver problemen ondervindt bij het openen van een aanbestedingsdocument, ligt het op zijn weg om dit aan te kaarten bij de aanbestedende dienst. In dat geval is de aanbestedende dienst naar het oordeel van de Commissie op grond van de hiervoor in 5.3.1 genoemde verplichtingen gehouden om constructief met een potentiële inschrijver in overleg te treden (vgl. Advies 391, overweging 5.4). Mogelijk dat dit bovendien aanleiding voor de aanbestedende dienst vormt om de inschrijvingstermijn te verlengen.
 - 5.3.3. De Commissie betreurt het dan ook dat klager niet vóór inschrijving contact heeft gezocht met beklaagde om de problemen met het openen van de Eigen verklaring aan te kaarten.
 - 5.3.4. Doordat de Eigen verklaring ontbrak in de inschrijvingen van klager heeft beklaagde de inschrijvingen van klager als ongeldig terzijde gelegd.
 - 5.3.5. De te beantwoorden vraag is vervolgens of het gebrek in de inschrijvingen van klager zich leende voor herstel. De Commissie beantwoordt die vraag als volgt, voortbouwend op haar Advies 89 (overweging 5.2) en Advies 206 (overweging 5.5.2, nog niet gepubliceerd).
 - 5.3.6. Afdeling 1.2.4 Aw 2012 kent geen regeling met betrekking tot de voorwaarden waaronder gebreken in een inschrijving, die in het kader van een meervoudig onderhandse procedure is ingediend, mogen worden hersteld. Art. 1.15 lid 1 Aw 2012 bepaalt daarentegen wel dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen.
 - 5.3.7. Bij de beantwoording van de in 5.3.5 hiervoor gestelde vraag sluit de Commissie voor wat betreft de uitleg van het bepaalde in art. 1.15 lid 1 Aw 2012 aan bij de uitleg die het HvJ EU heeft gegeven aan het gelijkheidsbeginsel van art. 2 Richtlijn 2004/18/EG (vergelijk ook onder meer Hof Arnhem 11 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8646, r.o. 5.11 e.v.; Hof Den Bosch 24 februari 2015,

ECLI:NL:GHSHE:2015:618, r.o. 3.1 sub a jo. 3.7 e.v. en meer recent Rb. Oost-Brabant 24 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:976, r.o. 4.2 en 4.3).

- 5.3.8. De hiervoor bedoelde jurisprudentie komt er – kort gezegd – op neer dat wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, die inschrijving in beginsel niet meer mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver zelf. De verplichting van een aanbestedende dienst om de inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting verzetten zich daartegen. Deze verplichtingen staan er echter niet aan in de weg dat, in uitzonderlijke gevallen, de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG), r.o. 40 en HvJ EU 7 april 2016, zaak C-324/14, r.o. 62-64). Het maken van een dergelijke uitzondering is echter uitgesloten ingeval van ontbrekende informatie die op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt (HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12 (Manova) r.o. 40).
- 5.3.9. In paragraaf II.6 van de Offerteaanvragen wordt ruimte geboden om de inschrijving niet uit te sluiten indien beklagde het ontbreken van de informatie als een kennelijke omissie aanmerkt. Verderop in II.6 is echter zonder voorbehoud bepaald dat een onvolledige inschrijving zal worden uitgesloten van verdere beoordeling. De tekst van de offerteaanvraag geeft daarmee niet eenduidig aan of een onvolledige inschrijving direct tot uitsluiting dient te leiden. Daarmee kan niet worden geoordeeld dat in de aanbestedingsstukken expliciet is bepaald dat bij het ontbreken van informatie uitsluiting dient te volgen (zie het Manova-arrest, r.o. 40, zoals weergegeven in 5.3.8 hiervoor).
- 5.3.10. Vervolgens is het de vraag of sprake zou zijn van het rechtzetten van een kennelijke materiële fout of dat sprake zou zijn van nieuwe inschrijvingen indien klager in beide procedures in de gelegenheid was gesteld de Eigen verklaring alsnog in te dienen (zie het SAG-arrest, r.o. 40, zoals weergegeven in 5.3.8 hiervoor).
- 5.3.11. De Commissie deelt niet de mening van klager dat Bijlage B2 een samenvatting betreft van de Eigen verklaring van Bijlage B1. Bijlage B2 ("Verklaring omtrent rechtmatigheid", zie 1.9 hiervoor) betreft de zogenoemde Model-K verklaring waarin de inschrijver verklaart dat in het kader van deze inschrijving niet in strijd met het mededingingsrecht is gehandeld, terwijl in de Eigen verklaring wordt verklaard of zich uitsluitingsgronden voordoen en of aan de geschiktheidseisen, technische specificaties en uitvoerings- en contractvoorwaarden wordt voldaan.
- 5.3.12. Hoewel beklagde in de offerteaanvragen enkele uitsluitingsgronden en eisen aan de technische bekwaamheid en financiële en economische draagkracht heeft gesteld (zie paragrafen III.1-III.3) en ook heeft bepaald dat in de Eigen verklaring moet worden verklaard daaraan te voldoen (paragraaf III.5, zie 1.6 hiervoor), heeft beklagde nagelaten in de Eigen verklaring Natuurbegrazing aan te vinken op welke uitsluitingsgronden en eisen de verklaring moet zien (zie 1.8 hiervoor). De Commissie neemt aan dat dat ook geldt voor de Eigen verklaring Stadsbegrazing. Naar het oordeel van de Commissie kan beklagde dan niet van de inschrijvers verwachten dat zij zelf de juiste vinkjes en verwijzingen uit de offerteaanvragen afleiden en in de Eigen verklaringen opnemen. Naar het oordeel van de Commissie kunnen de inschrijvers in een dergelijk geval volstaan met het invullen van de overige gegevens, zoals de naam, adresgegevens, het nummer van inschrijving in het handelsregister en de contactpersoon van de inschrijver, in voorkomend geval de deelnemers aan een samenwerkingsverband, in hoeverre

een beroep wordt gedaan op bekwaamheden of financiële draagkracht van de inschrijver of van derden en de ondertekening.

5.3.13. In die situatie is de inhoud van de Eigen verklaringen zo beperkt dat beklagde klager alsnog in de gelegenheid kan – en naar het oordeel van de Commissie moet (vgl. Advies 67, overwegingen 6.1.7-6.1.8, Advies 184, overwegingen 5.5-5.5.4) – stellen deze Eigen verklaringen met naam, adresgegevens, het nummer van inschrijving in het handelsregister, de eventuele contactpersoon van de inschrijver en de ondertekening in te dienen (vgl. Vzr. Rb. Overijssel 12 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4962, r.o. 4.7-4.11). Daarnaast kunnen in deze Eigen verklaringen in voorkomend geval de deelnemers aan een samenwerkingsverband worden vermeld en in hoeverre een beroep wordt gedaan op bekwaamheden of financiële draagkracht van derden, mits dit ook uit de reeds ingediende inschrijving blijkt.

5.3.14. Daarmee is klachtonderdeel 2 naar het oordeel van de Commissie gegrond.

5.3.15. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. Hoewel beklagde de Eigen verklaringen tevens aanduidt als 'Uniform Europees Aanbestedingsdocument' is daarvan geen sprake. Het formulier in Bijlage B1 betreft de eerdere eigen verklaring die per 1 juli 2016 is vervangen door het Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Nu enkele uitsluitingsgronden en termijnen per 1 juli 2016 zijn gewijzigd, is de eerdere eigen verklaring achterhaald. Zo is de termijn van vier jaar voor onherroepelijk geworden veroordelingen en beschikkingen van artikel 4.8 Aw 2012 per 1 juli 2016 gewijzigd in vijf en drie jaar. Met hantering van de achterhaalde eigen verklaring loopt een aanbestedende dienst daarmee het risico af te wijken van de uitsluitingsgronden die bij Europese aanbestedingen worden gehanteerd en daarmee disproportionele eisen te stellen.

5.3.16. Verder vraagt de Commissie zich af of beklagde Voorschrift 3.5 C Gids Proportionaliteit heeft nageleefd. Dit voorschrift bepaalt:

'Bij de toepassing van een meervoudig onderhandse procedure stelt de aanbestedende dienst uitsluitend geschiktheidseisen indien bij de aanbestedende dienst de geschiktheid van een of meer van de potentiële inschrijvers nog niet bekend is.'

Nu daarover niet is geklaagd, laat de Commissie het bij deze opmerking.

5.4. Klachtonderdelen 1, 3, 4 en 5

5.4.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.

5.4.2. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf II.9 van de offerteaanvragen (zie 1.5 hiervoor). Hierin is de verplichting voor klager opgenomen in de nota van inlichtingen een vraag te stellen onder meer over onduidelijkheden of tegenstrijdigheden in de offerteaanvraag of strijd met het recht dan wel aanbestedingsbeginselen of dit uiterlijk 5 kalenderdagen na verzending van de nota van inlichtingen schriftelijk en gemotiveerd aan de aanbe-

stedende dienst uiteen te zetten, bij gebreke waarvan ieder recht om tegen de offerteaanvragen te ageren vervalft.

- 5.4.3. Door pas op 4 april 2017 een klacht bij beklagde in te dienen, één maand nadat zij op beide overheidsopdrachten had ingeschreven, heeft klager voormelde verplichting niet nageleefd. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat klager haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom klager die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen. Dat geldt voor klachtonderdelen 1, 3, 4 en 5.
- 5.4.4. Deze handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium voor deze klachtonderdelen nog een beroep kan doen op strijd met het aanbestedingsrecht.
- 5.4.5. Klachtonderdelen 1, 3, 4 en 5 zijn derhalve ongegrond.
- 5.5. Ten overvloede gaat de Commissie nog inhoudelijk in op de klachtonderdelen 1, 3, 4 en 5 die – zoals hiervoor bleek – naar het oordeel van de Commissie ongegrond zijn omdat klager te laat heeft geklaagd.
- 5.6. Klachtonderdeel 1
 - 5.6.1. Allereerst overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toe te passen toetsingskader.
 - 5.6.2. In artikel 1.16, lid 1 en 2, Aw 2012 is, voor zover relevant, bepaald:

‘1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van het tot stand brengen van een overeenkomst (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...) in ieder geval acht op:
(...)
b. de te stellen termijnen;
(...)’
 - 5.6.3. Krachtens het vierde lid van voornoemd artikel dient een aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit toe te passen of een afwijking daarvan te motiveren in de aanbestedingsstukken.
 - 5.6.4. In Voorschrift 3.6 Gids Proportionaliteit is bepaald:

‘De aanbestedende dienst overweegt een langere termijn te hanteren dan de minimumtermijnen.’
 - 5.6.5. In de toelichting bij Voorschrift 3.6 Gids Proportionaliteit is onder meer bepaald:

‘Wanneer een aanbestedende dienst de aanbestedingsstukken aanzienlijk wijzigt (...) dient de aanbestedende dienst de van toepassing zijnde termijnen te verlengen. De extra tijd is afhankelijk van de aard en de mate van de wijzigingen of de ontbrekende informatie en het effect daarvan op de opdracht.’
 - 5.6.6. De Commissie constateert dat de aanbestedingsstukken in deze meervoudig onderhandse procedures omvangrijk zijn. Bovendien zijn er ten tijde van de Nota's van Inlichtingen diverse wijzigingen aangebracht in de aanbestedingsstukken en zijn nieuwe documenten toegezonden. Beklaagde heeft de Nota's van Inlichtingen

overeenkomstig haar planning in de offerteaanvragen op 17 februari 2017 aan partijen gezonden, maar heeft nadien nog gewijzigde documenten toegezonden (zie 1.10 en 1.12 hiervoor). De inschrijvingstermijn van 6 maart 2017 heeft beklagde echter gehandhaafd.

5.6.7. Indien er bij Nota van Inlichtingen flinke wijzigingen in de aanbestedingsstukken worden aangebracht, dient een aanbestedende dienst te bezien of de nog resterende inschrijvingstermijn reëel en proportioneel is en of hij de inschrijvingstermijn dient te verlengen (vgl. Advies 221, overweging 5.4.7). Aangezien er bij Nota's van Inlichtingen flinke wijzigingen in de aanbestedingsstukken waren aangebracht, rustte deze verplichting ook op beklagde.

5.7. Klachtonderdeel 3

5.7.1. Beklaagde erkent dat het moment van aanbesteden voor de potentiële inschrijvers niet optimaal was en voert daartoe als reden aan dat de contractperiode was verstreken en dat beklagde dus verplicht was om nieuwe aanbestedingsprocedures op te starten. Wel heeft beklagde reeds eerder aan potentiële inschrijvers gemeld dat deze procedure zou gaan plaatsvinden.

5.7.2. De Commissie is van oordeel dat een aanbestedende dienst rekening moet houden met de omstandigheden in de markt bij de keuze voor het moment waarop hij de aanbestedingsprocedure aankondigt en voor de in die procedure te hantieren termijnen. Het einde van een contractperiode kan een aanbestedende dienst zien aankomen en daarmee zou hij rekening moeten houden bij de planning van de nieuwe aanbesteding. Door de procedure tijdens de lammerperiode van bepaalde potentiële inschrijvers te houden en bij het bepalen van de termijnen in de procedure ook overigens onvoldoende rekening te houden met die lammerperiode, heeft beklagde mogelijk in strijd gehandeld met het beginsel van gelijke behandeling.

5.7.3. Tevens handelt beklagde door het moment van aanbesteden mogelijk in strijd met het beginsel van gelijke behandeling doordat de zittende opdrachtnemer over meer relevante informatie beschikt dan andere potentiële inschrijvers. Als gevolg van het moment van aanbesteden, in de winter, kunnen andere potentiële inschrijvers mogelijk niet de relevante informatie voor het indienen van een inschrijving achterhalen, zoals de hoogte van de vegetatie tijdens het graasseizoen.

5.8. Klachtonderdeel 4

Het vragen naar eenheidsprijzen is een objectieve wijze van uitvragen en levert in beginsel geen strijd met het beginsel van gelijke behandeling op. Klager heeft ook niet aangevoerd op welke wijze volgens haar de toets aan het prijs criterium had moeten worden ingericht.

5.9. Klachtonderdeel 5

5.9.1. De Commissie is slechts bevoegd te oordelen over handelen of nalaten van beklagde dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt (artikel 1 sub c Reglement Commissie). Over naleving van staatssteun- of mededingingsregelgeving spreekt de Commissie zich niet uit, evenmin als over het handelen of nalaten van andere aanbestedende diensten of entiteiten dat geen verband houdt met de onderhavige aanbestedingsprocedures.

5.9.2. Op grond van de aanbestedingsregelgeving is beklagde niet gehouden rekening te houden met andere opdrachten of subsidies die potentiële inschrijvers hebben

verkregen. Slechts indien sprake is van een abnormaal lage of manipulatieve inschrijving in de onderhavige aanbestedingsprocedures, heeft beklagde de bevoegdheid om in te grijpen. Dat hiervan sprake is in de onderhavige procedures is in deze zaak gesteld, noch gebleken.

- 5.9.3. Voorts merkt de Commissie op dat de passage in paragraaf II.2 van de Offerteaanvragen (zie 1.6 hiervoor) dat alle communicatie, op straffe van uitsluiting, via de contactpersoon diende te verlopen, naar het oordeel van de Commissie ziet op de communicatie tussen een (potentiële) inschrijver en beklagde en niet op de communicatie tussen (potentiële) inschrijvers onderling, zoals beklagde lijkt te veronderstellen.
- 5.9.4. Meldingen over handelen van andere inschrijvers kunnen voor beklagde wel aanleiding vormen te onderzoeken of door andere inschrijvers in strijd is gehandeld met de verklaring van rechtmatigheid (de zogenoemde model-K verklaring) van Bijlage B2.

6. Advies

De Commissie acht onderdeel 2 van de klacht **gegrond** en onderdelen 1, 3, 4 en 5 **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om bij meervoudig onderhandse procedures bij opdrachten waarvan de verwachting gerechtvaardigd is dat (ook) kleine bedrijven daarin geïnteresseerd zullen zijn, met inachtneming van afdeling 1.2.1 en 1.2.4 Aw 2012 de procedure zo helder en eenvoudig mogelijk in te richten en zo min mogelijk inspanningen van de inschrijvers te vragen, zodat ook kleine bedrijven in staat zijn naar de opdracht mee te dingen. Daarmee kunnen aanbestedende diensten de mogelijkheid vergroten dat overeenkomstig artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen wordt gerealiseerd en de administratieve lasten van de inschrijvers in overeenstemming met artikel 1.6 Aw 2012 beperkt blijven.

Den Haag, 23 juni 2017

w.g.:
Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid