

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 512 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht voor leveringen voor de huur van een warme drankenvoorziening (koffie-automaten). De twee beste inschrijvers mochten deelnemen aan een smaaktest.

Klachtonderdeel 1

De ondernemer stelt dat de aanbesteder ten onrechte is afgeweken van het bepaalde in de aanbestedingsdocumenten door een medewerkster van een extern ingehuurd cateringbedrijf te laten deelnemen aan de smaaktest. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de term 'medewerkers van de aanbesteder' op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat daartoe niet alleen medewerkers met een ambtenarenstatus worden gerekend, die in dienst zijn bij aanbesteder, maar dat daartoe ook uitzendkrachten, gedetacheerden, stagiairs en medewerkers van de catering behoren die voor aanbesteder werkzaam zijn en hun werkplek hebben in de gebouwen van aanbesteder. Bij deze uitleg van de aanbestedingsdocumenten is aanbesteder daarvan bij de uitvoering van de smaaktest niet afgeweken. Daarmee is klachtonderdeel 1 naar het oordeel van de Commissie ongegrond.

Klachtonderdeel 2

De ondernemer stelt dat de aanbesteder ten onrechte is afgeweken van de aanbestedingsstukken doordat hij heeft toegestaan dat een medewerkster de koffie niet heeft gedronken, maar haar keuze heeft gebaseerd op reuk. Naar het oordeel van de Commissie zijn er op dit punt twee lezingen van de aanbestedingsstukken mogelijk en zijn deze stukken daarmee onvoldoende transparant. Daarmee kan de Commissie niet beoordelen of de aanbesteder van de voorwaarden in de aanbestedingsstukken is afgeweken. De Commissie neemt de klacht daarom verder niet meer in behandeling.

Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. Het Hof van Justitie EG (inmiddels EU) heeft overwogen dat aanbestedende diensten de gunningscriteria mogen kiezen en de weging daarvan mogen vaststellen, op voorwaarde dat het mogelijk is de gehanteerde criteria op synthetische wijze te beoordelen ter bepaling van de economisch meest voordelige aanbieder. Een synthetische wijze van beoordeling betekent dat alle gunningscriteria op enige wijze worden samengevoegd tot één totaalscore die de rangorde bepaalt. In het door de aanbesteder gehanteerde beoordelingsmodel worden niet alle inschrijvingen op basis van alle gunningscriteria met elkaar vergeleken, waardoor met het model niet de rangorde van alle inschrijvingen wordt bepaald.

Voorts geeft de smaaktest in het gehanteerde beoordelingsmodel de doorslag indien de twee beste inschrijvers daarop niet gelijk scoren. Daarmee weegt de smaaktest zeer zwaar mee en dat vraagt om een zeer zorgvuldige beoordelingsprocedure.

Ten slotte kan men zich afvragen of de opdracht aan de economisch meest voordelige inschrijving in de zin van artikel 2.114, lid 1, Aw 2012 wordt gegund – en daarmee ook of aanbesteder zorgdraagt voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 – indien bij een smaaktest met 163 deelnemers de opdracht wordt gegund aan de inschrijver met slechts één stem meer voor de smaaktest, ongeacht het verschil in prijs en de overige kwaliteitscriteria.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 512

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 26 oktober 2018 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor leveringen voor de huur van een warme drankenvoorziening.
- 1.2. In het Aanbestedingsdocument van 26 oktober 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

1 Algemeen

(...)

1.4 Beknopte omschrijving van de Opdracht

(...)

[Aanbesteder] wenst drie typen koffiemachines. (...)

2 Aanbestedingsprocedure

(...)

2.5 Smaaktest

[Aanbesteder] hecht veel waarde aan de mening van de medewerkers. Om deze reden zal er een smaaktest worden georganiseerd op dinsdag 8 januari 2019. Inschrijvers worden verzocht deze datum vrij te houden (zie verder 2.12.2.3 en bijlage 5). De smaaktest is beperkt tot de type 1 automaten.

(...)

2.12 Beschrijving beoordelingsprocedure

(...)

2.12.3 Fase 3: beoordeling Smaaktest

Na het beoordelen van het kwalitatieve deel en de prijzen worden de tot dan toe twee hoogst scorende inschrijvers uitgenodigd voor de smaaktest. Deze smaaktest bepaalt uiteindelijk de uitslag. Zie verder protocol smaaktest Bijlage 5.

(...)

5 Gunningscriteria

5.1 Inleiding

Het gunningscriterium is beste prijs-kwaliteitverhouding (BPKV). Zie onderstaande tabel voor de verdeling.

Gunningscriterium	Subgunningscriterium	Maximum aantal punten
1. Kwaliteit/plan van aanpak		70
	Specificatie machine 5	
	Opstart 10	
	Beheer en onderhoud 30	
	Duurzaamheid 25	
2. Prijs		30
	totaal	100
3. Smaakttest		

(...)

5.4 Beoordeling Smaakttest

Na het beoordelen van de gunningscriteria en de prijsopgave, worden de tot dan toe twee hoogst scorende inschrijvers uitgenodigd voor een smaaktest. De medewerkers van [Aanbesteder] krijgen allen een uitnodiging om aan de smaaktest deel te nemen. Hen wordt gevraagd voorkeur uit te spreken voor koffieautomaat 1 of koffieautomaat 2. Deze test bepaalt uiteindelijk het voornemen tot gunning van deze aanbesteding.

(...)

Bijlage 5 Smaakprotocol

Het smaakprotocol is als bijlage bijgevoegd.'

- 1.3. In het Protocol Smaakttest (aangepaste versie van 26 november 2018) is het volgende bepaald (met gele arcering in het origineel):

'Warme drankenvoorziening [Aanbesteder]

De smaaktest is doorslaggevend voor de keuze van de Opdrachtnemer. Na het beoordelen van de offertes op prijs en kwaliteit worden de dan toe twee hoogst scorende inschrijvers uitgenodigd voor de organisatie van een smaaktest. De smaaktest is alleen van toepassing voor de machines variant 1.

Voorwaarden deelname

- De uitslag van deze smaaktest bepaalt de winnende inschrijving.
- Aan de smaaktest kan door alle medewerkers van [Aanbesteder] meegedaan worden.
- De smaaktest wordt in [de hoofdlocatie van Aanbesteder] gehouden.
- De datum van de smaaktest is **donderdag 10 januari 2019 en duurt van 11.00 tot 16:00 uur.**
- [Aanbesteder] vindt de test representatief als er minimaal 60 testers deelnemen en zal zich inspannen om dit aantal te halen.
- Aan de smaaktest en de uitvoering zijn voor [Aanbesteder] géén kosten verbonden.

Voorwaarden opstelling

- Alle benodigde apparatuur wordt door de Inschrijver neergezet en aangesloten.
- Eén of twee medewerkers van de organisatie van de Inschrijver begeleiden de smaaktest.

- De apparatuur dient de dag vóór de smaaktest (tussen 13:00 uur en 16:30 uur) op de locatie geïnstalleerd te worden en werkend opgeleverd te zijn.
- De verpakkingen van de ingrediënten die gebruikt worden om de automaten te vullen dienen bewaarde te worden.
- [Aanbesteder] zorgt voor aansluitingen voor water en elektriciteit en, indien nodig, een tafel (of anders) waarop de machines geplaatst kunnen worden.
- [Aanbesteder] zorgt voor bekers.

Voorwaarden uitvoering

- Het betreft een blinde smaaktest, dat wil zeggen dat de opgestelde automaten niet herleidbaar zijn naar een koffiemark of leverancier.
- De automaten die voor de smaaktest gebruikt worden, dienen exact overeen te komen met het type automaat dat is aangeboden in de offerte.
- De test omvat de varianten: koffie, cappuccino en chocolade.
- De deelnemers aan de smaaktest mogen de varianten drinken op de manier waarop zij dit gewend zijn. Dus keuze kunnen maken voor koffie met suiker of koffie met melk uit de automaat.
- De wijze en grammage waarop getest wordt is exact dezelfde als die bij de uitvoering van het contract bij opdrachtverlening en als op papier opgegeven
- Voor aanvang van de smaaktest zal de gemeente met de inschrijver de automaten verifiëren op zoals in de aanbieding aangeboden koffie, chocolade en grammages.
- De medewerkers van de inschrijver moeten neutrale, niet naar de firma-naam herleidbare kleding dragen.

Indien tijdens de smaaktest niet wordt voldaan aan de genoemde voorwaarden, behoudt [Aanbesteder] het recht om de inschrijver uit te sluiten van verdere deelname aan de smaaktest en verdere aanbesteding.

Beoordeling smaaktest

- De automaten worden aangegeven als automaat 1 en automaat 2.
- De bekers bij de beide automaten corresponderen met bovenstaande en hebben een nummer 1 en 2.
- De testpersonen geven op een stembuskaartje aan welke consumptie zij hebben getest en waar hun voorkeur naar uit gaat.
- De stembuskaartjes worden gedeponereerd in een stembus.
- Het beoordelingsteam van de aanbesteding beoordeelt de uitslag.
- Indien de uitslag van de smaaktest in een gelijke stand eindigt, wordt de opdracht gegund aan de hoogst scorende inschrijver (kwaliteit en prijs) vóór de smaaktest.'

1.4. In de vierde Nota van Inlichtingen van 4 januari 2019 zijn, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 5: 'Mag / moet er een persoon (monteur of accountmanager) bij de automaat staan ten tijde van de smaaktest? (...).'

Antwoord: 'Bij voorkeur wel. Als er dan technische of andersoortige problemen zijn, is er direct iemand van u ter plaatse.'

1.5. Op 14 januari 2019 heeft ondernemer de mededeling van de gunningsbeslissing ontvangen, waarin voor zover van belang het volgende wordt meegedeeld:

'Op 13 december 2018 hebben wij uw offerte mogen ontvangen in het kader van bovenstaande Europese openbare aanbesteding. Op onze publicatie hebben wij

drie aanbiedingen mogen ontvangen. Deze offertes zijn inmiddels beoordeeld door het beoordelingsteam op basis van de criteria als omschreven in onze aanbestedingsdocumenten. Helaas bent u niet de winnende inschrijver.

Het gunningcriterium is beste prijs kwaliteitverhouding zoals omschreven in het aanbestedingsdocument. Door het beoordelingsteam is eerst bekeken of de inzendingen voldeden aan de gestelde eisen. Vervolgens zijn de plannen van aanpak nader beoordeeld dat heeft er toe geleid dat één aanbieding terzijde is gelegd. De overgebleven twee inschrijvingen zijn uitgenodigd voor de doorslaggevende smaaktest welke op 10 januari 2019 heeft plaats gevonden.

Aan de smaaktest hebben 1652 [bedoeld zal zijn: 163, Commissie] medewerkers van [Aanbesteder] deelgenomen. Dit zien wij als een representatief aantal proefpersonen. De medewerkers konden hun voorkeur aangeven voor automatisch 1 of 2. In onderstaande tabel ziet u hoe er is gestemd.

Inschrijver	voorkeurstemmen
[Naam winnaar]	82
[Naam ondernemer]	81

Zoals u ziet lag de uitslag zeer dicht bij elkaar. De smaak van de koffie van beide inschrijvers ontliep elkaar bijna niet, maar op grond van deze stemming hebben wij het voornemen de opdracht te gunnen aan [Naam winnaar].

(...)'

- 1.6. Ondernemer heeft op 17 januari 2019 een klacht ingediend bij aanbesteder.
- 1.7. Op 28 januari 2019 heeft aanbesteder per brief aan ondernemer het volgende meegedeeld:

'Inhoud van de klacht

In uw klacht geeft u aan dat de smaaktest niet volgens het smaakprotocol is uitgevoerd en wel om de volgende redenen:

U geeft aan dat u één medewerker van de externe cateraar haar stem heeft zien uitbrengen. Zij heeft duidelijk laten merken dat haar voorkeurstem naar [Naam winnaar] ging. Echter, zij heeft haar keuze bepaald op basis van de reuk van de koffie en deze niet geproefd, ondanks dat haar door de begeleider van de smaaksessie wel is gevraagd dit te doen. U ziet daarom twee belangrijke afwijkingen van het smaaktestprotocol:

1. Deze persoon is geen medewerker van [Aanbesteder], maar van de externe cateraar.
Dit is op basis van het smaaktestprotocol wél een vereiste.
2. Deze persoon heeft een beoordeling ingeleverd die niet gebaseerd is op smaak, maar op reuk. Het protocol schrijft duidelijk voor dat de koffie gedronken dient te worden.

U verzoekt om deze stem ongeldig te verklaren. En geeft aan dat hierdoor 2 opties ontstaan, namelijk

- A. Volgens het smaaktestprotocol dient bij gelijke stand de opdracht gegund te worden aan de hoogst scorende inschrijver op basis van kwaliteit en prijs. Wanneer de stem ongeldig verklaard wordt, hebben [Naam winnaar] en [Naam ondernemer] beide 81 voorkeurstemmen.

- B. De smaaktest is in zijn geheel ongeldig, doordat niet met zekerheid vast te stellen is dat dit niet vaker voorgekomen is. In dat geval zou de gehele smaaktest opnieuw uitgevoerd moeten worden.

U heeft uw klacht telefonisch toegelicht aan [naam] op 28 januari jl. Hierbij heeft u ter verduidelijking aangegeven dat de betreffende medewerkster, nadat zij aan de koffie geroken had, heeft gestemd op de koffie uit de machine niet zijnde die van [naam ondernemer].

Bevindingen en oordeel

Alvorens op uw punten in te gaan begrijpen wij uw teleurstelling omdat u als tweede bent geëindigd bij deze aanbesteding. Natuurlijk had het beoordelingsteam liever gezien dat er een meer gedifferentieerde uitslag uit de smaaktest was gekomen. Het verschil van inschrijver 1 en 2 is nu minimaal. Echter de uitslag van de test heeft het uiteindelijke voornemen tot de gunning van de aanbesteding bepaald, aangezien uit de smaaktest wel een winnaar is gekomen.

De door u ingebrachte punten zijn niet overtuigend voor het ongeldig verklaren van één stem of het opnieuw uitvoeren van de smaaktest. En wel om de volgende redenen:

In de aanbesteding en in het protocol smaaktest wordt gesproken van 'alle medewerkers van [Aanbesteder]'. Het begrip 'medewerker van de [Aanbesteder]' moet breder gezien worden dan strikt juridisch, een persoon in dienst van de gemeente. Er wordt bedoeld op de feitelijke gebruikers, de personen werkzaam op [de hoofdlocatie en locatie B van aanbesteder] die gebruik maken van de faciliteiten. Bij [Aanbesteder] zijn de medewerkers op veel verschillende rechtsgronden werkzaam. Omdat [Aanbesteder] veel waarde hecht aan de mening van de medewerkers, is het niet wenselijk al deze medewerkers uit te sluiten bij de smaaktest. Onder 'alle medewerkers van [Aanbesteder]' dient daarom bijvoorbeeld ook te worden verstaan een uitzendkracht, gedetacheerde, stagiaire, medewerker van de stichting Sociaal Team en ook een medewerker van de catering. Uw mening, dat de medewerker van de catering niet als medewerker van [Aanbesteder] kan worden aangemerkt en daarom niet aan de smaaktest deel had mogen nemen, wordt daarom niet gedeeld.

Voorts geeft u aan dat de beoordeling van deze medewerker niet is gebaseerd op smaak maar op reuk. U bent van mening dat het protocol smaaktest duidelijk voorschrijft dat de koffie gedronken moet worden.

De smaaktest was in eerste instantie bedoeld om koffie te kunnen proeven. Normaal gesproken doet men dit door er van te drinken. Maar ook de geur en het uiterlijk van de koffie kunnen bepalend zijn voor de keuze. Er wordt in het protocol smaaktest niet geëist dat de koffie gedronken moet worden.

Conclusie

Op basis van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat uw klacht ongegrond is. De smaaktest is conform het protocol uitgevoerd. Er is conform de voorwaarden van de aanbesteding gehandeld bij de gunning. De gemeente gaat daarom niet over tot het ongeldig verklaren van de ingediende stem van de medewerker, dan wel het opnieuw uitvoeren van de smaaktest.

(...)'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Tijdens de smaaktest is een stem uitgebracht door een medewerker van de externe cateraar die geen medewerker van aanbesteder was. Daarmee is ten onrechte afgeweken van het Aanbestedingsdocument en het Smaaktestprotocol.

2.2. Klachtonderdeel 2

De genoemde medewerker van de externe cateraar heeft de koffie niet gedronken maar haar keuze gebaseerd op reuk. Ook dit is in strijd met het Aanbestedingsdocument en het Smaaktestprotocol.

3. **Onderbouwing klacht**

3.1. In de aanbestedingsprocedure zou een smaaktest uitwijzen wie de opdracht gegund zou krijgen. In het door aanbesteder opgestelde smaaktestprotocol staan twee belangrijke voorwaarden:

- 'Aan de smaaktest kan door alle medewerkers van [Aanbesteder] meegegaan worden.' en
- 'De deelnemers aan de smaaktest mogen de varianten drinken op de manier waarop zij dit gewend zijn.'

3.2. Tijdens de smaaktest bleek dat een medewerkster van de externe cateraar een stem uitbracht zonder de koffie te drinken, maar haar keuze slechts te baseren op reuk. Deze stem is in onze ogen ongeldig, doordat ze geen medewerkster van de aanbesteder is én de koffie niet gedronken heeft. Het woord drinken wordt expliciet genoemd in het protocol.

4. **Reactie aanbesteder**

4.1. Voor een inhoudelijke reactie op de klacht van ondernemer verwijst aanbesteder allereerst naar zijn reactie van 28 januari 2019 op de bij hem ingediende klacht (zie 1.7 hiervoor). In aanvulling hierop merkt aanbesteder nog het volgende op.

4.2. Bij de smaaktest waren zowel vertegenwoordigers van aanbesteder als van beide inschrijvers aanwezig. Geen van hen, dus ook geen medewerker van ondernemer, heeft tijdens de uitvoering van de smaaktest geprotesteerd tegen de gang van zaken waar nu, in het kader van de klacht, een punt van wordt gemaakt. Was direct geprotesteerd, had toen een discussie gevoerd kunnen worden en had aanbesteder toen nog in overleg met beide inschrijvers een oplossing kunnen bedenken dan wel een beslissing kunnen nemen. Nu wordt een punt gemaakt op het moment dat de uitslag van de aanbestedingsprocedure voorligt.

4.3. Klachtonderdeel 1

4.3.1. Aanbesteder heeft een smaaktest opgenomen in de aanbestedingsprocedure, omdat hij het van belang vindt dat de uiteindelijke gebruikers van de koffie betrokken worden bij de aanbestedingsprocedure en deze gebruikers een stem hebben in de uitslag van de aanbestedingsprocedure. Het gaat er dus om dat personen die werken in de hoofdlocatie van aanbesteder (en locatie B) een stem hebben. Daarbij is het volgens aanbesteder irrelevant in welke juridische constructie die personen werkzaam zijn in de hoofdlocatie van aanbesteder (of locatie B).

- 4.3.2. De term 'medewerker' is sowieso ruimer dan de juridische term 'werknemer' (of 'ambtenaar').
- 4.3.3. Binnen aanbesteder is door middel van interne communicatiemiddelen aangekondigd dat de smaaktest zou plaatsvinden en zijn medewerkers uitgenodigd aan de smaaktest deel te nemen. Daarmee is geen onderscheid gemaakt onder medewerkers en is dus niemand (geen enkele medewerker) uitgezonderd.
- 4.3.4. Ondernemer en ook geen van de andere inschrijvers heeft tijdens de aanbestedingsprocedure vragen gesteld dan wel gedurende de voorbereiding of de uitvoering van de smaaktest opmerkingen gemaakt over wie wel/niet werd uitgenodigd voor de smaaktest. Om een afbakening van het begrip medewerker is niet gevraagd.
- 4.3.5. Bij de smaaktest waren zowel vertegenwoordigers van aanbesteder als van beide inschrijvers aanwezig. Geen van hen, dus ook geen medewerker van ondernemer, heeft tijdens de uitvoering van de smaaktest geprotesteerd tegen de gang van zaken waar nu, in het kader van de klacht, een punt van wordt gemaakt. Was direct geprotesteerd, had toen een discussie gevoerd kunnen worden en had aanbesteder toen nog in overleg met beide inschrijvers een oplossing kunnen bedenken dan wel een beslissing kunnen nemen. Nu wordt een punt gemaakt op het moment dat de uitslag van de aanbestedingsprocedure voorligt.

4.4. Klachtonderdeel 2

- 4.4.1. De smaaktest is, zoals gezegd, bedoeld om gebruikers (medewerkers) een stem te geven. Het gaat erom dat zij een voorkeur mogen uitspreken. Aanbesteder vindt het primair aan die medewerkers zelf hoe zij hun keuze maken. Belangrijkste voorwaarde is dat de deelnemers aan de smaaktest niet oneigenlijk beïnvloed worden door de inschrijvers/leveranciers zelf. Zo is in het Protocol Smaaktest bijvoorbeeld bepaald dat de automaten niet herleidbaar zijn naar een koffiemark of leverancier. Maar dat neemt niet weg dat die apparaten er wel staan en dat de apparaten van de verschillende leveranciers er verschillend uitzien en verschillend werken. De koffie uit de verschillende automaten kan er ook anders uitzien of anders ruiken. Aanbesteder wil hiermee maar zeggen dat meer/andere zintuigen een rol kunnen spelen dan alleen smaak (proeven), ook al heet het een smaaktest.
- 4.4.2. In het Protocol Smaaktest wordt weliswaar de term 'drinken' gebruikt, maar slechts in de betekenis van hoe iemand zijn koffie gebruikt: met/zonder suiker en met/zonder melk.
- 4.4.3. Aanbesteder vindt het van ondergeschikt belang dat een medewerker tijdens de smaaktest alleen geroken en niet geproefd zou hebben. De medewerker in kwestie heeft kennelijk aan de smaaktest deel willen nemen en daadwerkelijk een keuze willen maken (zonder dat de medewerker wist van welk merk de koffie van haar keuze afkomstig was). Ook de mening van deze medewerker telt voor aanbesteder.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 26 oktober 2018 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor leveringen voor de huur van een warme drankenvoorziening. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

- 5.2. De Commissie zal allereerst onderzoeken of ondernemer de klacht tijdig bij aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht. Aanbesteder stelt dat ondernemer reeds tijdens de smaaktest had moeten klagen dat werd afgeweken van hetgeen was bepaald in de aanbestedingsdocumenten (zie 4.2 hiervoor).
- 5.2.1. 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.
- 5.2.2. Tijdens de smaaktest hebben medewerkers van ondernemer kennelijk zelf gesignaleerd dat een medewerkster van de catering deelnam aan de smaaktest en dat zij slechts op basis van geur heeft getest. Het was wenselijk geweest als ondernemer reeds tijdens de smaaktest of in ieder geval vóór het uitbrengen van de gunningsbeslissing zijn bezwaren naar voren had gebracht. Maar de Commissie kan zich voorstellen dat daarvoor eerst enige afstemming binnen ondernemer nodig was. Doordat de smaaktest op donderdagmiddag 10 januari 2019 plaatsvond (zie 1.3 hiervoor) en de gunningsbeslissing daar reeds op maandag 14 januari 2019 op volgde (zie 1.5 hiervoor), kan ondernemer naar het oordeel van de Commissie niet worden verweten onvoldoende proactief te hebben gehandeld. Na het uitbrengen van de gunningsbeslissing ontstond er een nieuwe situatie. Vervolgens heeft ondernemer reeds op 17 januari 2017 een klacht bij aanbesteder ingediend (zie 1.6 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer daarmee niet in strijd met de in 5.2.1 vermelde verplichting gehandeld.
- 5.3. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht.
- 5.4. Klachtonderdeel 1
- 5.4.1. Ondernemer stelt dat aanbesteder ten onrechte is afgeweken van het Aanbestedingsdocument en het Smaaktestprotocol door een medewerkster van de catering te laten deelnemen aan de smaaktest. Om dit klachtonderdeel goed te kunnen beoordelen, zal de Commissie eerst de vraag moeten beantwoorden hoe het Aanbestedingsdocument en het Smaakprotocol uitgelegd moeten worden.
- 5.4.2. Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
- 5.4.3. De te beantwoorden vraag is of aanbesteder aan zijn hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij de personen die mogen deelnemen aan de smaaktest in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze groep personen op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van deze groep personen moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.

- 5.4.4. In het kader van de smaaktest staat in paragraaf 2.5 ("Smaaktest") van het Aanbestedingsdocument dat aanbesteder veel waarde hecht aan de mening van 'de medewerkers' (zie 1.2 hiervoor). In paragraaf 5.4 ("Beoordeling smaaktest") is vervolgens bepaald dat de 'medewerkers' van aanbesteder allen een uitnodiging krijgen om aan de smaaktest deel te nemen (zie 1.2 hiervoor). En ook in het smaakprotocol is in de tweede bullet onder 'Voorwaarden deelname' bepaald dat door 'alle medewerkers' van aanbesteder aan de smaaktest kan worden meegegaan (zie 1.3 hiervoor).
- 5.4.5. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de term 'medewerkers van aanbesteder' op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat daartoe niet alleen medewerkers met een ambtenarenstatus worden gerekend, die in dienst zijn bij aanbesteder, maar dat daartoe ook uitzendkrachten, gedetacheerden, stagiairs en medewerkers van de catering behoren die voor aanbesteder werkzaam zijn en hun werkplek hebben in de gebouwen van aanbesteder. Het ligt immers voor de hand dat aanbesteder alle medewerkers die bij hem werkzaam zijn en die gebruik maken van de koffievoorzieningen de mogelijkheid wil geven deel te nemen aan de smaaktest. De juridische vormgeving van de relatie met de medewerker is dan minder relevant. Dit is ook in lijn met de Code Verantwoordelijk Marktgedrag dat beoogt de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van personeel in, onder meer, de catering, te verbeteren.
- 5.4.6. Het voorgaande betekent dat aanbesteder aan zijn in 5.4.2 bedoelde verplichting heeft voldaan. Het betekent verder dat aanbesteder met de in 5.4.5 gegeven uitleg van het Aanbestedingsdocument en het Smaaktestprotocol bij de uitvoering van de smaaktest niet daarvan is afgeweken.
- 5.4.7. Daarmee is klachtonderdeel 1 naar het oordeel van de Commissie ongegrond.

5.5. Klachtonderdeel 2

- 5.5.1. Ondernemer stelt dat aanbesteder ten onrechte is afgeweken van het Aanbestedingsdocument en het Smaaktestprotocol doordat hij heeft toegestaan dat een medewerkster de koffie niet heeft gedronken, maar haar keuze heeft gebaseerd op reuk. Om dit klachtonderdeel goed te kunnen beoordelen, zal de Commissie opnieuw eerst de vraag moeten beantwoorden hoe het Aanbestedingsdocument en het Smaakprotocol op dit punt uitgelegd moeten worden (zie het toetsingskader 5.4.2 en 5.4.3 hiervoor).
- 5.5.2. Zowel in paragraaf 2.5 en 5.4 van het Aanbestedingsdocument als in het Smaaktestprotocol wordt gesproken van smaaktest (zie 1.2 en 1.3 hiervoor). Door gebruik van het begrip 'smaak' zou een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de aanbestedingsstukken in die zin kunnen uitleggen dat de drank ook daadwerkelijk moet worden geproefd door de deelnemers aan de test.
- 5.5.3. Anderzijds is een andere definitie van het begrip 'smaak': 'iemand's voorkeur'.
- 5.5.4. Verder zijn in het Smaaktestprotocol diverse voorwaarden opgenomen die zijn gericht tot de inschrijvers. Aanbesteder controleert ook dat de inschrijvers deze voorwaarden naleven. Het Smaaktestprotocol bevat daarentegen geen voorwaarden waaraan de deelnemers aan de smaaktest moeten voldoen en voorziet ook niet in controle van de wijze van deelname aan de smaaktest door aanbesteder. De begeleiding van de smaaktest wordt overgelaten aan de medewerkers van de inschrijvers. Daarmee heeft aanbesteder de wijze waarop medewerkers deelnemen aan de test, geheel vrijgelaten.

- 5.5.5. Voorts is in het Smaaktestprotocol bepaald dat de deelnemers aan de smaaktest de varianten mogen drinken op de manier waarop zij dit gewend zijn, zodat zij een keuze kunnen maken voor koffie met suiker of melk uit de automaat. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze voorwaarde op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat de deelnemers zelf mogen bepalen of en in hoeverre ze bepaalde ingrediënten (melk en suiker) aan hun drank willen toevoegen. Zij zullen uit deze formulering niet afleiden dat de deelnemers verplicht zijn de drank te drinken.
- 5.5.6. In het Smaaktestprotocol is ook bepaald dat de testpersonen op een stembuskaartje aangeven welke consumptie zij hebben getest en waar hun voorkeur naar uit gaat.
- 5.5.7. Naar het oordeel van de Commissie kan een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de aanbestedingsstukken ook in die zin uitleggen dat de deelnemers aan de smaaktest vrij zijn op welke wijze zij de dranken willen testen door ofwel de drank daadwerkelijk te proeven ofwel door de geur van de drank tot zich te nemen.
- 5.5.8. Nu er op dit punt twee lezingen van de aanbestedingsstukken mogelijk zijn, zijn de aanbestedingsstukken naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant en heeft aanbesteder in zoverre gehandeld in strijd met zijn in 5.4.2 bedoelde verplichting. Daarmee kan de Commissie niet beoordelen of aanbesteder van de voorwaarden in de aanbestedingsstukken is afgeweken.
- 5.5.9. Daarmee neemt de Commissie de klacht verder niet meer in behandeling.
- 5.6. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op.
- 5.6.1. Het Hof van Justitie EG heeft in het arrest EVN en Wienstrom (HvJ EG 4 december 2003, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, r.o. 39) overwogen dat aanbestedende diensten de gunningscriteria mogen kiezen en de weging daarvan mogen vaststellen, op voorwaarde dat het mogelijk is de gehanteerde criteria op synthetische wijze te beoordelen ter bepaling van de economisch meest voordelige aanbidding. Een synthetische wijze van beoordeling betekent dat alle gunningscriteria op enige wijze worden samengevoegd – bijvoorbeeld met behulp van een wiskundige formule – tot één totaalscore die de rangorde bepaalt (zie Advies 426-I, overweging 5.13.5; Advies 362, JAAN 2018/908 m.nt. P. Heijnsbroek, overweging 5.3.6-5.3.7 en Advies 286, overweging 5.2.3-5.2.7). In het door aanbesteder gehanteerde beoordelingsmodel worden niet alle inschrijvingen op basis van alle gunningscriteria met elkaar vergeleken, waardoor met het model niet de rangorde van alle inschrijvingen wordt bepaald.
- 5.6.2. Voorts geeft de smaaktest in het gehanteerde beoordelingsmodel de doorslag indien de twee beste inschrijvers daarop niet gelijk scoren. Daarmee weegt de smaaktest zeer zwaar mee en dat vraagt om een zeer zorgvuldige beoordelingsprocedure.
- 5.6.3. Ten slotte kan men zich afvragen of de opdracht aan de economisch meest voordelige inschrijving in de zin van artikel 2.114, lid 1, Aw 2012 wordt gegund – en daarmee ook of aanbesteder zorgdraagt voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 – indien bij een smaaktest met 163 deelnemers de opdracht wordt gegund aan de inschrijver met slechts één stem meer voor de smaaktest, ongeacht het verschil in prijs en de overige kwaliteitscriteria.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **ongegron**d. Wat betreft klachtonderdeel 2 heeft aanbesteder in strijd gehandeld met het transparantiebeginsel. Dat daarover in klachtonderdeel 2 niet wordt geklaagd, doet geen afbreuk aan die conclusie. Wel leidt dit ertoe dat de Commissie klachtonderdeel 2 verder niet meer in behandeling neemt.

Den Haag, 9 juli 2019

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid