

Advies 140

1. Feiten

1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure gehouden met betrekking tot een overheidsopdracht voor de levering en plaatsing van ondergrondse containers in haar gemeente.

1.2 In de Aanbestedingsleidraad van beklagde is in Deel I ("Aanbestedingsprocedure") in par. 4.2 ("Gunningscriterium") op p. 21 bepaald:

- '1. Gunning zal geschieden op basis van het criterium economisch meest voordelige inschrijving.
2. Ter beoordeling worden de volgende gunningcriteria gehanteerd:
 - Prijs (TCO inclusief service en onderhoud voor een periode van 10 jaar);
 - Vormgeving;
 - Gebruiksgemak;
 - Verlengde garantieperiode (langer dan 10 jaar).
3. In Bijlage 1 worden de gunningcriteria en de wijze van beoordeling nader toegelicht.'

1.3 In de Aanbestedingsleidraad is voorts opgenomen Deel III ("Programma van Eisen") waarvan Onderdeel 1 ("Eisen ondergrondse containers") onder andere eis nr. 80 bevat (p. 36-37) die als volgt luidt:

'De inwerpzuil dient zoveel mogelijk te lijken op de al aanwezige inwerpzuilen voor restafval. Deze bestaande zuilen zijn van het type Y, geleverd door X. De zuilen dienen zoveel mogelijk te lijken op de reeds aanwezige zuilen van X. Dit houdt echter niet in dat het de bedoeling is dat een exacte kopie wordt gemaakt. U kunt ook een zuil indienen die reeds in uw assortiment zit, indien deze aan de volgende minimumeisen voldoet:

- de hoogte, de breedte en de diepte mogen ieder afzonderlijk niet meer dan 15 procent afwijken van de maatvoering van de huidige containers.
- de inwerpopeningen moeten zich aan de voorzijde van de inwerpzuil bevinden, derhalve niet aan de bovenzijde of uitstekend boven de inwerpzuil.
- De inwerpzuil heeft geen platte of vlakke horizontale bovenzijde.

Bij de beoordeling op de gunningscriteria worden punten toegekend aan de mate van uiterlijke gelijkendheid van de te leveren inwerpzuilen met de bestaande inwerpzuil, zie hiervoor Bijlage 1.'

1.4 In Bijlage 1 ("Gunningscriteria en wijze van beoordeling") van de Aanbestedingsleidraad is op p. 47 t/m 50 onder andere bepaald:

'Het totaal aantal punten wordt berekend door het totaal aantal verkregen punten onder Prijs, Vormgeving/gebruiksgemak en Verlengde garantieperiode bij elkaar op te tellen. Aan de inschrijver met de meeste punten wordt een voornemen tot gunnen uitgeschreven, indien daarnaast ook wordt voldaan aan de overige eisen gesteld in de aanbestedingsdocumenten.

Gunningscriteria	Maximaal aantal punten
Prijs (total cost of ownership)	60
Vormgeving en gebruiksgemak	15
Mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil	15
Verlengde garantieperiode	10
Totaal	100

(...)

Vormgeving en gebruiksgemak

Voor het beoordelen van het gunningcriterium vormgeving en gebruiksgemak zal op de gemeentewerf van (...) door leden van het beoordelingspanel een praktijktest worden uitgevoerd. Het beoordelingspanel zal bestaan uit minimaal 6 personen.

Het beoordelingspanel zal de inwerpzuilen beoordelen op hun vormgeving en gebruiksgemak. De leden van het beoordelingspanel zullen de zuilen afzonderlijk van elkaar beoordelen zodat onderling overleg tot een minimum wordt beperkt. De zuilen dienen geanonimiseerd te zijn ten behoeve van een objectieve beoordeling. Voor de beoordeling van de inwerpzuilen wordt gebruik gemaakt van de hieronder aangegeven enquête. De puntenverdeling voor de verschillende waardeoordelen daarna genoemd.

In totaal zijn voor dit onderdeel maximaal 15 punten te behalen.

Enquête vormgeving en gebruiksgemak

1) Wat vindt u van de vormgeving van de zuil van de ondergrondse container?

niet mooi	neutraal	mooi
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

2) Hoe goed gaat het openen en sluiten van de inwerptrommel?

moeilijk	neutraal	eenvoudig
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

3) Wat vindt u van de inwerphoogte van de zuil?

te hoog	goed	te laag
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

4) Wat vindt u van de handgreep van de inwerptrommel?

niet goed	neutraal	goed
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

5) Hoe beoordeelt u de toegankelijkheid van de inwerpzuil voor mindervalide gebruikers en senioren? Denk hierbij aan de hellingshoek van het plateau, de kracht die nodig is om de inwerptrommel te openen, de hoogte van de inwerphoogte etc.

slecht	neutraal	goed
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

De beoordeling van de verschillende aspecten wordt gewaardeerd conform onderstaande schaal

Vraag 1			
Oordeel:	<i>niet mooi</i>	<i>neutraal</i>	<i>mooi</i>
Levert aantal punten op:	0	1	3

Vraag 2			
Oordeel:	<i>slecht</i>	<i>neutraal</i>	<i>goed</i>
Levert aantal punten op:	0	1	3

Vraag 3			
Oordeel:	<i>te hoog</i>	<i>goed</i>	<i>te laag</i>
Levert aantal punten op:	0	3	0

Vraag 4			
Oordeel:	<i>niet goed</i>	<i>neutraal</i>	<i>goed</i>
Levert aantal punten op:	0	1	3

Vraag 5			
Oordeel:	<i>slecht</i>	<i>neutraal</i>	<i>goed</i>
Levert aantal punten op:	0	1	3

Per vraag wordt per inschrijver het aantal behaalde punten van alle leden van het beoordelingsteam bij elkaar opgeteld en vervolgens gedeeld door het aantal leden van het beoordelingsteam, zodat per vraag duidelijk is hoeveel punten elke inschrijver heeft behaald. Tot slot worden van elke de punten van elk van de 5 vragen opgeteld tot een totaal aantal punten op het gunningscriterium Vormgeving en gebruikgemak.

Mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil

Er wordt beoordeeld op de volgende drie aspecten.

- De bovenzijde van de zuil is vanaf de zijkant gezien een rond vormgegeven vorm.
- Vanaf de zijkant gezien is de zuil symmetrisch van vorm, waarbij het opnamesysteem buiten beschouwing wordt gelaten.

De puntentoekenning is als volgt, waarbij voor elk aspect maximaal 5 punten te scoren zijn.

Aspect	Waardering	Punten
a	Ik zie geen verschil	7,5
a	Goed gelijkend	5
a	Redelijk gelijkend	3
a	Niet of nauwelijks gelijkend	0
b	Ik zie geen verschil	7,5
b	Goed gelijkend	5
b	Redelijk gelijkend	3
b	Niet of nauwelijks gelijkend	0

(...).'

[...]

- 1.5 In de 1^e Nota van Inlichtingen, gepubliceerd op 29 juli 2014, heeft beklagde opgemerkt:

'Er zijn diverse vragen ontvangen omtrent het gunningscriterium "Mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil". De te leveren zuil dient zoveel mogelijk te lijken op de reeds aanwezige zuilen teneinde. De opdrachtgever wenst uit esthetisch oogpunt zoveel mogelijk gelijkende inwerpzoulen op straat. Dit is echter geen eis maar een wens. Wellicht ten overvloede attenderen wij u op de mogelijkheid om met uw reguliere inwerpzuil in te schrijven (mits voldoende aan de eisen die in het bestek aan de inwerpzuil zijn gesteld). De keus of u ten behoeve van deze inschrijving een nieuw model zuil wilt ontwerpen, is aan u. Tevens vermelden wij dat het exact kopiëren van de huidige zuil niet is toegestaan. Indien een inschrijver dit doet, zijn eventuele gerechtelijke gevolgen voor hem.'

- 1.6 In de 2^e Nota van Inlichtingen van 5 augustus 2014 is de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

Vraag 1: Vanuit het gelijkheid beginsel gaan we uit dat geringe afwijkingen aan de inwerpzuil ten opzichte van de huidige zuilen gelijke punten oplevert. Kunt u dit bevestigen? Toelichting: Vanuit het intellectuele eigendom kunnen inschrijvers niet elkaars zuilen namaken. We kunnen wel de zuil qua looks benaderen binnen de juridische grenzen van het intellectueel eigendom. Bijvoorbeeld door op een paar punten af te wijken, zoals een andere radius van de bovenzijde en wat andere detailleringen. Dit zal dan wel met gelijke punten als de huidige leverancier van de zuilen beloofd moeten worden, anders is er geen sprake van een gelijkheidsprincipe.

Antwoord: Het bestek voorziet in een helder kwalitatief en kwantitatief beoordelingskader voor wat betreft de vormgeving en functionele aspecten. Qua vormgeving zijn er vier varianten geschetst aan de hand waarvan getoetst wordt. Naarmate de afwijkingen op deze varianten groter zijn, zal dit zich vertalen in het toe te kennen puntenaantal. Het bestek benoemt daarnaast de functionele aspecten waaraan wordt getoetst. De bij de toetsing toe te passen systematiek zoals opgenomen in het bestek beschrijft duidelijk de te toetsen aspecten en de waarde die daaraan wordt toegekend.'

2. Beschrijving klacht

2.1 Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft gehandeld in strijd met de in art. 1.8 Aw 2012 omschreven verplichting van een aanbestedende dienst om ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen. Beklaagde hanteert met het criterium "mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil" een discriminatoir gunningscriterium door een inschrijver punten toe te kennen voor de mate waarin de inwerpzuil van die inschrijver gelijk is op die van de zittende leverancier.

2.2 Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft gehandeld in strijd met de in art. 1.9 Aw 2012 omschreven verplichting van een aanbestedende dienst tot transparant handelen. Beklaagde hanteert met het criterium "vormgeving en gebruiksgemak" een subjectief gunningscriterium dat willekeurig mogelijk maakt en dat niet is voorzien van een toelichting op welke aspecten er wordt beoordeeld. Het criterium had eenvoudig geobjectiverend kunnen worden.

3. Onderbouwing klacht

3.1 Klachtonderdeel 1

3.1.1 Beklaagde heeft met het criterium "mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil" een gunningscriterium gekozen waarbij meer punten worden gegeven naarmate de aangeboden inwerpzuil meer lijkt op de inwerpzuil van X, type Y. Dit is een discriminatoire eis, omdat X hierdoor ten onrechte bevoordeeld wordt boven andere partijen. X krijgt immers altijd de maximale punten met de score "ik zie geen verschil", terwijl de andere inschrijvers per definitie op een lagere score zullen uitkomen. De eis is dus discriminatoir omdat alleen X hieraan (maximaal) kan voldoen. Hier speelt ook nog dat inschrijvers onrechtmatig handelen jegens X als zij de inwerpzuil van X kopiëren. X bezit immers de intellectuele eigendom van de zuil en slaafse nabootsing (waarvoor in deze aanbesteding punten worden toegekend) is niet toegestaan. Beklaagde geeft bovendien in eis 80 zelf aan dat het niet de bedoeling is om een exacte kopie te maken van de inwerpzuil van X, terwijl beklagde een exacte kopie wel meer punten geeft. Aldus wordt X ten onrechte bevoordeeld boven andere inschrijvers.

3.1.2 Klager heeft kennis genomen van de reactie die beklagde op 8 augustus 2014 heeft gegeven op de klacht zoals klager die op 5 augustus 2014 aan haar heeft voorgelegd. In die reactie is door beklagde het volgende opgemerkt:

'Het is beleid van de gemeente om zoveel mogelijk gelijkvormigheid van straatmeubilair na te streven. Dit is vertaald naar de vormgeving van de zuilen van de nieuwe ondergrondse containers, het enige zichtbare en in het oog springende onderdeel. Hiervan is dan alleen de mate van rondheid van de bovenzijde en de symmetrie van het zijaanzicht bepalend voor het behalen van de score. Opdrachtgever bepaalt dit dus op basis van alleen het zijaanzicht. Het is niet uitgesloten dat u daar een maximale score op kan behalen. Een goed gelijkende score kost u 5 punten in de beoordeling ten opzichte van de leverancier van de bestaande ondergrondse containers, dit is ons inziens beperkt maar voldoende om rekening mee te houden.

Opdrachtgever wil geen totaal afwijkende inwerpzuil, vandaar dat zij deze eisen heeft geformuleerd. (...).

Zoals gezegd is het beleid van de gemeente zoveel mogelijk gelijkvormigheid van straatmeubilair. Dit is niet anders dan als u thuis een nieuw meubel koopt, het zal erbij moeten passen. Alle leveranciers mogen bieden wat zij te leveren hebben. Dat wat het best past wordt het hoogst gewaardeerd. Het is duidelijk hoe er gewaardeerd zal worden. Alle leveranciers hebben gelijke kansen. En het aandeel mate van gelijkheid is beperkt en niet doorslaggevend in de totale score. Het is alleen op dit aspect in de beoordeling dat de leverancier van de bestaande containers een voordeel heeft.'

3.1.3 Klager stelt dat deze reactie van beklagde onvoldoende hout snijdt. De esthetische kwaliteit kan niet beoordeeld worden op een wijze waarbij de zittende inschrijver wordt bevoordeeld. Anders dan in het door beklagde gegeven voorbeeld staan de inwerpzuilen niet direct naast elkaar, maar op geruime afstand, zodat het belang van de esthetica relatief is. De voorsprong van vijf punten die de zittende inschrijver krijgt, is voldoende om de aanbesteding te winnen, gezien de voor dergelijke werken geldende marges. De toelichting aan het begin van de 1^e Nota van Inlichtingen (*zie hiervoor 1.5, Commissie*), waarin beklagde verwijst naar esthetische redenen, snijdt volgens klager geen hout. Het belang van beklagde daarbij valt in het niet bij het belang van gelijke behandeling van inschrijvers en een goede marktwerking.

3.2 Klachtonderdeel 2

3.2.1 De vragen die beklagde in Bijlage 1 ("Gunningscriteria en wijze van beoordeling") van de Aanbestedingsleidraad met betrekking tot het criterium "vormgeving en gebruiksgemak" heeft geformuleerd, mogen volgens klager niet op deze manier worden gesteld. Zij verwijst in dit verband naar de regels die kunnen worden afgeleid uit de geldende jurisprudentie (HvJ EU, zaak C-496/99, *Succhi di Frutta*; Rb. Den Haag (vzr.) 19 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW9894).

3.2.2 Klager heeft haar voorgaande stelling per in Bijlage 1 gestelde vraag als volgt onderbouwd:

- Vraag 1: 'Wat vindt u van de vormgeving van de zuil van de ondergrondse container' is een puur subjectieve vraag. Dat is niet toegestaan, vragen moeten zo objectief mogelijk worden gesteld. Beklaagde dient aan te geven op welke aspecten de vormgeving wordt beoordeeld en wat als "mooi" wordt gezien.
- Vraag 2: 'Hoe goed gaat het openen en sluiten van de inwerptrommel?' Ook deze vraag is weer zeer subjectief geformuleerd, terwijl de formulering zo objectief mogelijk moet zijn. De kracht die nodig is voor het openen van een trommel is objectief meetbaar. De vraag moet daarop worden aangepast, in die zin dat de maximaal toegestane krachtinspanning op een redelijk niveau wordt opgegeven.
- Vraag 3: 'Wat vindt u van de inwerphoogte van de zuil?' is opnieuw een subjectieve vraag die eenvoudig te objectiveren is. Dit dient dan ook te gebeuren door eisen te stellen. Beoordeling op deze subjectieve wijze is niet toegestaan.
- Vraag 4: 'Wat vindt u van de handgreep van de inwerptrommel' is opnieuw een zeer subjectieve vraagstelling, terwijl ook aan de handgreep duidelijke en objectieve eisen kunnen worden gesteld. De vraag is in deze vorm niet toelaatbaar.
- Vraag 5: 'Hoe beoordeelt u de toegankelijkheid van de inwerpzuil voor mindervalide gebruikers en senioren?' Weliswaar wordt een aantal aandachtspunten gegeven, maar deze zijn stuk voor stuk objectief en meetbaar te maken. Dat moet dan ook gebeuren. De vraag is op deze manier niet toegestaan.

3.2.3 Klager heeft kennis genomen van de reactie die beklagde op 8 augustus 2014 heeft gegeven op de klacht zoals klager die op 5 augustus 2014 aan haar heeft voorgelegd. In die reactie is door beklagde het volgende opgemerkt:

'De objectiviteit in de beoordeling wordt gewaarborgd doordat minimaal 6 beoordelaars onafhankelijk van elkaar de beoordeling zullen doen. Uw score is dus het gemiddelde van bevindingen van een aantal (minimaal 6) personen.'

3.2.4 Klager stelt zich naar aanleiding van deze reactie op het standpunt dat de objectiviteit – waarvan zij in het klachtonderdeel stelt dat deze onvoldoende is gewaarborgd – niet wordt gewaarborgd door het aantal door beklagde ingestelde beoordelaars.

4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

Klager stelt voor dat beklagde de gunningscriteria aanpast en/of de opdracht opnieuw aanbesteedt met aangepaste gunningscriteria.

5. Reactie beklaagde

5.1 Beklaagde heeft in reactie op de bij de Commissie ingediende klacht aan de Commissie laten weten dat zij haar eerdere reactie van 8 augustus 2014 op de klacht zoals klager die op 5 augustus 2014 bij beklaagde heeft ingediend, handhaaft (*zie hiervoor onder 3.1.2 en 3.2.3, Commissie*).

5.2 In aanvulling op die eerdere reactie heeft beklaagde laten weten dat zij geen andere bedoelingen heeft dan zoals eerder door haar is aangegeven en dat alle inschrijvers op gelijke wijze zullen worden behandeld. Volgens beklaagde komen de klachten voort uit de angst dat dit laatste niet zo is of zal zijn. De feitelijke beoordeling zal aantonen of deze veronderstelling vooraf terecht of niet terecht is.

5.3 Klachtonderdeel 1

Met betrekking tot het eerste klachtonderdeel heeft beklaagde, om blijk te geven van haar intenties, in haar reactie aan de Commissie nog aangegeven dat zij de beoordeling van het criterium "mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil" inmiddels heeft aangepast in de 5^e Nota van Inlichtingen die zij op 13 augustus 2014, na indiening van de klacht bij de Commissie, heeft gepubliceerd. In deze Nota van Inlichtingen is vermeld:

'Er zijn diverse vragen gesteld over het gunningscriterium "Mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil". Naar aanleiding van een ontvangen klacht over de wijze van beoordelen op de 2 aspecten a en b is besloten om voor de beoordeling "ik zie geen verschil" niet de maximale 7,5 punten toe te kennen maar slechts 5 punten, hetgeen evenveel is als de beoordeling "goed gelijkend". Opdrachtgever wil hiermee iedere schijn van ongelijke behandeling van inschrijvers wegnemen. Dit betekent dat geen enkele inschrijver op het gunningscriterium "mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil" het maximale aantal van 15 punten kan halen. Het maximaal aantal haalbare punten op dit onderdeel zal 10 punten zijn.

Nogmaals: De te leveren zuil dient zoveel mogelijk te lijken op de reeds aanwezige zuilen. De opdrachtgever wenst uit esthetisch oogpunt zoveel mogelijk gelijke inwerpzoulen op straat. Dit is echter geen eis maar een wens. Wellicht ten overvloede attenderen wij u op de mogelijkheid om met uw reguliere inwerpzuil in te schrijven (mits voldoende aan de eisen die in het bestek aan de inwerpzuil zijn gesteld). De keus of u ten behoeve van deze inschrijving een nieuw model zuil wilt ontwerpen, is aan u. Tevens vermelden wij dat het exact kopiëren van de huidige zuil niet is toegestaan. Indien een inschrijver dit doet, zijn eventuele gerechtelijke gevolgen voor hem.'

5.4 Klachtonderdeel 2

Ten aanzien van het tweede klachtonderdeel heeft beklaagde in haar reactie aan de Commissie nog aangegeven dat er met betrekking tot de subjectiviteit van de beoordeling inmiddels genoeg bekend is vanuit de jurisprudentie. Beklaagde stelt daar rekening mee te hebben gehouden. De zuilen worden beoordeeld door 6 beoordelaars, onafhankelijk van elkaar en zonder de wetenschap van de inschrijfprijzen, op basis van de beoordelingsrichtlijn in het bestek.

6. Klacht in repliek

6.1 De Commissie heeft naar aanleiding van de reactie van beklaagde aan klager de vraag gesteld of zij haar eerste klachtonderdeel wenst te handhaven. In reactie op

die vraag heeft klager zich nader uitgelaten over de reactie van beklagde op beide klachtonderdelen.

6.2 Klachtonderdeel 1

6.2.1 Beklaagde handhaaft haar eerste klachtonderdeel met voor zover nodig de navolgende toelichting/toevoeging.

6.2.2 Een gunningscriterium dat ertoe leidt dat de zittende opdrachtgever per definitie het maximale aantal punten krijgt en de overige inschrijvers slechts voor zover hun inschrijving gelijk op het product van de zittende leverancier, is volgens klager naar zijn aard discriminatoir.

6.2.3 De wijziging in scores door beklagde, in die zin dat "ik zie geen verschil" en "goed gelijkend" beide met vijf punten worden beoordeeld, brengt daarin volgens klager geen wijziging, en wel om de volgende redenen:

- Het product van de zittende inschrijver blijft het uitgangspunt en de zittende inschrijver scoort daarmee per definitie de maximale punten;
- Inschrijvers moeten het product van de zittende leverancier zo goed mogelijk kopiëren om op dit criterium goed te scoren. Daarbij worden zij op twee vlakken gehinderd: enerzijds de wettelijke bepalingen inzake intellectuele eigendom en anderzijds de door de gemeente gestelde regel dat het ontwerp van de zittende leverancier niet mag worden gekopieerd. Een "goed gelijkende" kopie levert vijf punten op, maar kan tegelijk tot uitsluiting of een procedure tegen de zittende inschrijver leiden. Dit criterium is daarmee discriminatoir en zelfs onwerkbaar.
- Van inschrijvers wordt verwacht dat zij een inwerpzuil ontwerpen zonder te weten wanneer zij de score "goed gelijkend" of hoger toegekend krijgen voor de aspecten "symmetrie" en "ronding". Door deze formulering van het gunningscriterium behoudt de gemeente zich alle ruimte om achteraf in te vullen wat "goed gelijkend" is en kan daardoor zelf alsnog invullen hoe op dit criterium gescoord gaat worden, terwijl één ding vast staat: De zittende inschrijver krijgt sowieso de maximale punten.
- Beklaagde heeft de aspecten "ronding" en "symmetrie" niet aan scores gekoppeld. Daardoor creëert zij voor zichzelf de mogelijkheid om na sluiting van de inschrijftermijn zelf te bepalen wat zij als "goed gelijkend" of als "redelijk gelijkend" kwalificeert, terwijl eenvoudig (wiskundig) valt vast te leggen wanneer de betreffende scores worden toegekend (bijvoorbeeld door het opgeven van de radius van de kromming die bij een bepaalde score hoort). Dit criterium is daarmee niet objectief genoeg. Wanneer dit criterium geobjectiveerd wordt, dient beklagde ook de risico's te dragen (en inschrijvers te vrijwaren) voor aanspraken uit hoofde van intellectuele eigendom van de zittende leverancier. Het is immers beklagde die een goed gelijkende kopie wenst.

6.2.4 Dat het gunningscriterium een wens is, doet volgens klager niet ter zake. De zittende inschrijver wordt bevoordeeld. Alleen zij krijgt per definitie de maximale punten. De overige inschrijvers zijn afhankelijk van de subjectieve mening van beklagde over wat "goed gelijkend" of "redelijk gelijkend" is.

6.2.5 Beklaagde heeft klager in het kader van haar klacht laten weten dat zij streeft naar (esthetische) gelijkvormigheid van straatmeubilair. Uit haar toelichting blijkt dat beklagde de aanbesteding heeft toegeschreven naar de producten van de zittende inschrijver. Beklaagde schrijft immers: 'Alle leveranciers mogen bieden wat zij te leveren hebben. Dat wat het best past wordt het hoogst gewaardeerd'. Het spreekt voor zich dat de zittende leverancier per definitie het beste past.

6.2.6 Voorts kan geen gemeentelijk beleid rechtvaardigen dat discriminatoir wordt aanbesteed en één partij in een voordeelpositie wordt gebracht. Het mag voor een gemeente overigens geenszins bezwaarlijk zijn om twee typen ondergrondse containers in een gemeente te hanteren. De vergelijking met de huiskamer gaat mank. De containers staan verspreid over de gemeente van beklaagde, zodat verschillen niet tot nauwelijks opvallen: de verschillende containers staan immers niet naast elkaar.

6.3 Klachtonderdeel 2

6.3.1 De reactie van de gemeente ten aanzien van klachtonderdeel 2 werpt volgens klager een nieuw licht op het standpunt van klager ter zake dat klachtonderdeel.

6.3.2 Beklaagde heeft als beleid zoveel mogelijk gelijkvormigheid in straatmeubilair. Daaruit blijkt dat de huidige inwerpzuil voor beklaagde het referentiekader is. Zeker nu de criteria ter zake het gunningscriterium "vormgeving en gebruiksgemak" (ten onrechte) zo open geformuleerd zijn, zal bij de beoordeling de zittende leverancier maximaal scoren, terwijl de anderen het met een daarvan afgeleide score moeten doen. Dit gunningscriterium is daarmee niet alleen niet transparant, het is ook discriminatoir.

7. Reactie beklaagde in dupliek

7.1 De Commissie heeft beklaagde de gelegenheid gegeven te reageren op de klacht in repliek. In haar nadere reactie stelt beklaagde geen nieuwe argumenten in het betoog van klager te zien. Zij handhaaft daarom haar eerdere reactie. In aanvulling daarop merkt zij nog het volgende op.

7.2 Klachtonderdeel 1

7.2.1 Beklaagde heeft besloten om voor de beoordeling "ik zie geen verschil" niet de maximale 7,5 punten toe te kennen maar slechts 5 punten, hetgeen evenveel is als de beoordeling "goed gelijkend". Dit is bekend gemaakt in de 5^e Nota van Inlichtingen. Beklaagde wil hiermee iedere schijn van ongelijke behandeling van inschrijvers wegnemen. Dit betekent dat geen enkele inschrijver op het gunningscriterium "mate van gelijkning aan bestaande inwerpzuil" het maximale aantal van 15 punten kan halen. Het maximaal aantal haalbare punten op dit onderdeel zal 10 punten zijn.

7.2.2 In totaal gaat de discussie daarmee volgens beklaagde over 10 punten van de 100 punten, waarbij de 10 punten behaald worden als men een "goed gelijkende" zuil kan leveren. Hiervoor zijn duidelijke, ook objectieve, beoordelingsrichtlijnen gegeven. Eventuele subjectieve verschillen in beoordeling worden weggehaald door gebruik te maken van meerdere beoordelaars. De meeste punten zal men op andere onderdelen moeten behalen die niet "discriminatoir" zijn, althans niet in de discussie betrokken zijn. Beklaagde is daarom niet van mening dat zij met een beoordeling op gelijkenis met bestaande zuilen (10 van de 100 punten) "discriminatoir" aanbesteedt. Het is immers voor iedere inschrijver duidelijk hoe hij de maximale score kan behalen en dit is naar de mening van beklaagde ook voor iedere inschrijver die dat wil mogelijk.

7.2.3 Als de redenering van klager wordt gevolgd, dan zou dit inhouden dat aanbesteders rekening moeten gaan houden met de voordelen die leveranciers, die reeds soortgelijke zaken aan de aanbesteder geleverd hebben, kunnen hebben. Dit beperkt hen – aldus nog steeds de redenering van klager volgend – in de keuze van de beoordelingscriteria, want anders handelt een aanbesteder "discriminatoir".

7.2.4 In de meeste gevallen zal het echter zo zijn dat de eisen en wensen van een aanbestedder voortkomen uit diens ervaringen. Leveranciers die deze ervaringen kennen/mede bepaald hebben door voorgaande leveringen, hebben dan vanzelfsprekend voordeel aan deze kennis en de kennis van de omgeving en de situatie waarin het project gerealiseerd moet worden. Men zal echter ook opnieuw moeten inschrijven, er is geen zekerheid van het opnieuw verwerven van de opdracht, want de eisen en wensen en beoordelingscriteria zijn zo opgesteld dat er sprake is van gelijkheid en transparantie voor alle inschrijvers.

7.3 Klachtonderdeel 2

Met betrekking tot klachtonderdeel 2 heeft beklagde haar reactie niet verder meer aangevuld.

8. Beoordeling

8.1 De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012; Gids Proportionaliteit.

8.2 Klachtonderdeel 1

8.2.1 In art. 1.8 Aw 2012 is bepaald: 'Een aanbestedende dienst (...) behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze.' In deze bepaling ligt onder andere besloten dat een aanbestedende dienst geen gunningscriteria mag hanteren die niet objectief zijn.

8.2.2 Tussen partijen staat niet ter discussie dat de bestaande inwerpzulen afkomstig zijn van één van de inschrijvers, te weten X. Naar het oordeel van de Commissie betekent het voorgaande dat X, met het door beklagde gehanteerde gunningscriterium "mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil" onmiskenbaar in het voordeel is ten opzichte van de andere inschrijvers, waaronder klager. Daar doet niet aan af dat beklagde de beoordeling van het criterium inmiddels heeft aangepast in de 5^e Nota van Inlichtingen op de wijze zoals zij dat heeft gedaan (zie onder 5.3). Beklagde heeft dan ook in strijd gehandeld met art. 1.8 Aw 2012 (vgl. ook V.zr. Rb. Den Haag 29 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BA4470, JAAN 2006/23).

8.2.3 De Commissie acht het klachtonderdeel gegrond.

8.3 Klachtonderdeel 2

8.3.1 Op beklagde rust de aanbestedingsrechtelijke verplichting om de eisen en criteria alsook de wijze waarop deze gedurende de aanbestedingsprocedure zullen worden toegepast zodanig in de aanbestedingsdocumenten te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren.

8.3.2 Het gaat in deze deelklacht om de tegenstelling tussen enerzijds de hiervoor bedoelde verplichting die beklagde in acht moet nemen en anderzijds de mate van beoordelingsvrijheid die zij zichzelf in de aanbestedingsstukken heeft voorbehouden. De verplichting tot het betrachten van transparantie en de beoordelingsvrijheid zijn complementair. Daarbij bevindt zich aan het ene uiterste van het spectrum de situatie waarin transparantie volstrekt ontbreekt en de aanbestedende dienst een ongelimiteerde keuzevrijheid heeft. Aan het andere uiterste bevindt

zich de situatie waarin sprake is van volledige transparantie maar waarin de aanbestedende dienst geen enkele beoordelingsvrijheid heeft. De te beantwoorden vraag is of beklaagde zichzelf met de op p. 47-49 van Bijlage 1 ("Gunningscriteria en wijze van beoordeling") van de Aanbestedingsleidraad voorziene wijze van beoordeling van de inschrijvingen op het criterium "vormgeving en gebruiksgemak" een te grote beoordelingsvrijheid heeft toegekend ten koste van een voldoende transparant beoordelingskader.

- 8.3.3 De Commissie zal deze vraag beantwoorden aan de hand van de volgende in de jurisprudentie ontwikkelde criteria (zie bijvoorbeeld Vzv. Rb. Den Haag 23 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18433, r.o. 4.2 en de overige in Advies 81 van de Commissie genoemde jurisprudentie): van een voldoende transparant beoordelingskader is sprake wanneer het (i) het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is wat van hem wordt verwacht en (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, met dien verstande dat van een aanbestedende dienst niet behoeft te worden verwacht dat hij de gunningscriteria zodanig beschrijft, in die zin dat hij zeer exact en zeer gedetailleerd aangeeft wat nodig is om een maximale score te behalen.
- 8.3.4 De Commissie is van oordeel dat de in 8.3.2 *in fine* gestelde vraag bevestigend moet worden beantwoord. Bijlage 1 van de Aanbestedingsleidraad bepaalt slechts dat de inwerpzulen zullen worden beoordelen op hun "vormgeving en gebruiksgemak", maar formuleert verder in het geheel geen aspecten – al dan niet in de vorm van eisen of wensen, die zich ook overigens vrij eenvoudig zouden hebben laten formuleren – waarvoor punten zullen worden gegeven. Daar doet niet aan af dat beklaagde voor de beoordeling van het criterium voornemens is gebruik te maken van een enquête, aangezien zowel de enquêtevragen als de in de enquête voorziene antwoordmogelijkheden onnodig veel ruimte voor subjectieve interpretatie laten.
- 8.3.5 De Commissie acht het klachtonderdeel gegrond.

9. Advies

De Commissie acht beide onderdelen van de klacht **gegrond**.

10. Aanbeveling

De Commissie ziet in dit stadium van de aanbestedingsprocedure geen mogelijkheid tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 12 september 2014

w.g.:
Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter