

**Advies 197**

**1. Feiten**

- 1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure uitgevoerd met betrekking tot een opdracht voor een "mystery-shop" onderzoek naar de naleving van de leeftijdsgrens voor de verkoop van tabak en alcohol.
- 1.2. In paragraaf 1.3 van het Beschrijvend Document is het volgende bepaald:

**'Achtergrond en aanleiding van de opdracht**

In 2013 is een landelijk mystery-shop onderzoek uitgevoerd om de naleving van artikel 20 van de Drank- en Horecawet in Nederland te toetsen. Dit artikel heeft betrekking op de naleving van de leeftijdsgrens die in Nederland geldt bij de verkoop van alcoholhoudende drank. Verkopers dienen vast te stellen of iemand oud genoeg is om alcoholhoudende drank te kopen, alvorens zij tot verkoop mogen overgaan.

In 2014 en 2015 zal dit onderzoek herhaald worden, met als toevoeging een onderzoek naar de naleving van artikel 8 van de Tabakswet, waarin de naleving van de leeftijdsgrens bij de verkoop van tabak is bepaald. Bij de uit te voeren onderzoeken dient in acht te worden genomen dat de leeftijdsgrens per 1 januari 2014 18 jaar is geworden, zowel voor alcohol als voor tabak.

In de onderzoeken die in 2014 en 2015 zullen worden uitgevoerd dient, in navolging van het onderzoek van [Y] uit 2013, de naleving van leeftijdsgrens bij de verkoop van zowel alcoholhoudende drank en tabak te worden gemeten.

Bij het onderzoek in 2013 is gebruik gemaakt van zogenaamde 'mystery shoppers'. Met een tweetal jongeren in de leeftijd van 14 en 15 zijn toen aankoopopgaven voor alcoholhoudende drank gedaan bij verschillende typen verkooppunten. Voor dit onderzoek dienen 16- en 17-jarige jongeren te worden ingezet.

In dat verband is [beklaagde] voornemens om een onderzoek te laten uitvoeren naar de naleving van de leeftijdsgrens voor de verkoop van tabak en alcoholhoudende drank. Hiervoor wil [beklaagde] met de organisatie die het onderzoek zal uitvoeren een Dienstverleningsovereenkomst afsluiten om uitvoering te geven aan de in 2014 en 2015 uit te voeren werkzaamheden.'

- 1.3. In paragraaf 4.2 van het Beschrijvend Document is het volgende bepaald:

**'4.2. De Subgunningcriteria**

In het onderstaande overzicht staan alle (Sub)subgunningcriteria vermeld. Het aantal punten dat een Inschrijver kan scoren op deze criteria, is in onderstaande tabel weergegeven.

Subgunningscriteria	Maximale score in punten
<b>Kwaliteit (plan van aanpak):</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• opzet van een onderzoeksprotocol / implementatieplan                             <ul style="list-style-type: none"> <li>• procesbeschrijving</li> <li>• communicatie tussen Opdrachtgever en Op-</li> </ul> </li> </ul>	200 punten
	50 punten

<b>drachtnemer</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>evaluatiemomenten</b></li> <li>• <b>hoe vindt de uitvoering van het onderzoek plaats</b></li> <li>• <b>waarborging continuïteit</b></li> <li>• <b>inzicht in benodigd tijdpad</b></li> <li>• <b>welke inspanning wordt van opdrachtgever verwacht</b></li> <li>• <b>nazorg voor de mystery-shoppers</b></li> </ul>	50 punten 100 punten 50 punten 50 punten 25 punten 75 punten
<b>Prijs (totaalprijs, exclusief BTW)</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Een gespecificeerde vaste totaalprijs met vermelding van de functies van de medewerkers onderzoeksteam</b></li> <li>• <b>Opgave van de gehanteerde uurtarieven</b></li> </ul>	300 punten 100 punten
<b>Totaalscore kwaliteit en prijs</b>	<b>1000 punten</b>

#### *Onderzoeksprotocol/Implementatieplan*

Inschrijver dient in zijn Inschrijving aan te geven hoe hij de dienstverlening voor het uitvoeren van de mystery-shop onderzoeken zou opzetten. Een implementatieplan, welke gericht dient te zijn op de periode van de duur van de Dienstverleningsovereenkomst, op hoofdlijnen is voldoende. Geef aan welke stappen in welke volgorde genomen moeten worden. Daarbij kan gedacht worden aan een procesbeschrijving, acties welke in de opstartperiode genomen moeten worden door Opdrachtgever en Opdrachtnemer, communicatie tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer, aanspreekpunten tijdens de opstartperiode, hoe de uitvoering van het onderzoek zal plaatsvinden, de maatregelen die getroffen worden om de continuïteit te kunnen waarborgen, het benodigd tijdpad, welke inspanning van de Opdrachtgever wordt verwacht en hoe de nazorg van de mystery-shoppers wordt verzorgd.'

1.4. In paragraaf 5.1 van het Beschrijvend Document is het volgende bepaald:

#### **'5.1. Doelstellingen en uitgangspunten**

##### Doel:

Uit het onderzoek uit 2013 bleek dat alcohol in ruime mate beschikbaar is voor jongeren onder de 16. Naar aanleiding van de resultaten is overleg gevoerd met de betrokken koepelorganisaties (Koninklijke Horeca Nederland, Centraal Bureau Levensmiddelenhandel, het Nederlands Olympisch Comité\*Nederlandse Sport Federatie en de Koninklijke SlijtersUnie). Zij hebben aangegeven de inspanningen verder te zullen intensiveren om de naleving van de leeftijdsgrenzen te verbeteren. Deze vervolgonderzoeken zijn bedoeld om de actuele stand van zaken betreffende de naleving van artikel 20 van de Drank- en horecawet vast te kunnen stellen. Eveneens wordt in deze onderzoeken een nulmeting (2014) en een vervolgmeting (2015) verricht naar de naleving van de leeftijdsgrenzen bij de verkoop van tabak (artikel 8 van de Tabakswet).

Uitgangspunten:

- De mystery-shop onderzoeken dienen te worden uitgevoerd volgens een methode die vergelijkbaar is met de methode zoals die is gebruikt bij het onderzoek uit 2013 door [Y] (ontwikkeling in de landelijke naleving van de leeftijdsgrenzen).
- [...]'

1.5. In paragraaf 5.2 van het het Beschrijvend Document is het volgende bepaald:

'Het uit te voeren mystery-shop onderzoek dienen aan de volgende eisen minimaal te voldoen.

Eis	Toelichting
<b>1</b>	De mystery-shop onderzoeken dienen te worden uitgevoerd volgens een methode die vergelijkbaar is met de methode zoals die is gebruikt bij het onderzoek uit 2013 door [Y] en [Klager] uit 2011 (ontwikkeling in de landelijke naleving van de leeftijdsgrenzen).
<b>2</b>	Het onderzoek over 2014 dient voor het eind van december 2014 te zijn afgerond, en het onderzoek over 2015 voor het einde van december 2015.
<b>3</b>	Voor de uitvoering van het onderzoek bij het bezoeken van de locaties dienen 16 en 17 jarige jongeren te worden ingezet.

Inschrijver voegt de Conformiteitenlijst Eisen als Bijlage 7 toe aan zijn Inschrijving.

Door ondertekening van de conformiteitenlijst eisen (bijlage 7) geeft de leverancier aan te voldoen aan de Eisen.'

1.6. In het onderzoeksrapport van klager wordt op pagina 5 het volgende vermeld:

**'Hoofdvraag**

In hoeverre worden de in de Drank- en Horecawet genoemde leeftijdsgrenzen nageleefd in supermarkten, slijterijen, horeca, sportkantines en het thuisbezorgkanaal?

**Deelvragen**

- In hoeverre wordt de leeftijdsgrens van 16 jaar voor de verkoop van zwakalcoholhoudende drank nageleefd in supermarkten, slijterijen, horeca, sportkantines en het thuisbezorgkanaal?
- In hoeverre wordt de leeftijdsgrens van 18 jaar voor de verkoop van sterke drank nageleefd in slijterijen?
- In welke mate stellen verkopers de leeftijd van de minderjarige klanten vast?
- In welke mate leidt het vaststellen van de leeftijd tot de uiteindelijke naleving?
- In welke mate wordt minderjarige jongeren de toegang tot een slijtlokaliteit ontzegd?'

1.7. In het onderzoeksrapport van Y wordt op pagina 7 het volgende vermeld:

**'Onderzoeksvragen herhaalde meting**

- In hoeveel procent van de aankoopogingen kunnen jongeren jonger dan 16 jaar zwak alcoholhoudende dranken kopen in supermarkten, slijterijen, sportkantines, horeca, cafetaria's en via thuisbezorgkanalen?
- In hoeveel procent van de aankoopogingen kunnen jongeren jonger dan 16 sterke dranken kopen in slijterijen?
- In hoeveel procent van de aankoopogingen wordt er naar een geldig legitimatiebewijs gevraagd (interventie) en in hoeveel procent van deze aankoopogingen wordt de alcoholhoudende drank ook daadwerkelijk niet verkocht?

**Additionele onderzoeksvragen**

- Welke veranderingen zijn er zichthaar in naleving van de Ieeftijdsgrenzen ten opzichte van 2011?
- In hoeverre hanteren de verstrekkers maatregelen om de leeftijdsgrenzen voor alcohol na te leven en leidde dit tot een verbetering van de naleving?'

1.8. Bij de resultaten van het onderzoek wordt in het rapport van X op pagina 22 het volgende vermeld:

**'NALEVING-VERHOGENDE MAATREGELEN**

Behalve het type interventie en de naleving per verkoopkanaal, zijn in dit nalevingsonderzoek ook de maatregelen geregistreerd die werden gebruikt ter ondersteuning van de naleving. In de detailhandel (slijterijen en supermarkten) werd in 19,3% van de aankoopogingen gebruik gemaakt van technische maatregelen zoals Ageviewers, ID-swipers, intoetsen kassasystemen (waarbij de datum van het ID-bewijs ingevoerd moet worden in het kassasysteem) en pop-ups op het kassascherm (waarbij de datum van vandaag minus 16 jaar in het kassascherm komt te staan). De naleving na het gebruik van deze maatregelen bleek bij supermarkten 83,1% en bij slijterijen zelfs 95,9%.'

1.9. In de eerste Nota van Inlichtingen van 8 september 2014 heeft beklagde, voor zover relevant, de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

<b>VRAAG 18.</b>	Is het toegestaan om een uurtarief te drukken vanuit andere financieringsbronnen/subsidies?
Vindplaats	Beschrijvend document, Paragraaf 4.4., pagina 26
Antwoord	<p>Van de Inschrijver wordt verwacht dat hij een onderbouwde begroting indient van de kosten gemoeid met de uitvoering van de opdracht. Het is naar de mening van de Aanbestedende dienst niet erg transparant indien uurtarieven worden gedrukt door gebruikmaking van andere financieringsbronnen/subsidies. Het is belangrijk voor de leden van het beoordelingsteam om alle inschrijvingen en vooral ten aanzien van de kosten gemoeid met de opdracht objectief te kunnen vergelijken. Anders gezegd 'appels met appels'.</p> <p>Daarnaast acht de Aanbestedende dienst het niet wenselijk dat een deel van een eerder verstrekte subsidie wordt besteed aan een andere opdracht.</p>

- 1.10. Op 22 september 2014 heeft klager via het aanbestedingsplatform aan beklagde de volgende twee vragen gesteld:

'1) In hoeverre is het toegestaan om gecombineerd data te verzamelen? Om kosten te besparen zou bepaalde delen van de dataverzameling kunnen overlappen met onderzoeken voor andere opdrachtgevers. Een deel van de data kan zo in twee onderzoeken worden ingezet. Is dit toegestaan of is de dataverzameling van dit onderzoek exclusief bestemd voor de opdrachtgever?

2) In hoeverre is het toegestaan om tijdens het onderzoek een (commerciële) relatie aan te gaan met / opdrachten en (mysteryshop)onderzoeken uit te voeren voor / te communiceren met organisaties of brancheverenigingen die (indirect) zelf worden onderzocht in het in de tender voorgestelde mysteryshoponderzoek en derhalve belanghebbend zijn?'

- 1.11. Beklaagde heeft op 23 september 2014 via datzelfde platform als volgt geantwoord op deze vragen:

'Gisteren zijn door [klager] nog een tweetal vragen gesteld. Na overleg met de Aanbestedende dienst is besloten de gestelde vragen gelet op de naderende sluitingsdatum van de inschrijving niet meer te beantwoorden en te verspreiden onder potentiële inschrijvers. Eerder is bij de 3e Nota van Inlichtingen al medege-deeld dat deze nota de laatste zou zijn.

Mocht het zo zijn dat bij een eventuele gunning van de opdracht [klager] hier-voor in aanmerking komt, dat dan deze vragen tijdens een overleg met de Op-drachtgever opnieuw kunnen worden ingebracht.'

- 1.12. Beklaagde heeft per brief van 29 oktober 2014 aan klager de mededeling van de gunningsbeslissing gestuurd. Daaruit blijkt dat beklagde de opdracht gunt aan Y.

- 1.13. Klager heeft per brief van 31 oktober 2014 bij het Klachtenmeldpunt van be-klagde bezwaar gemaakt tegen gunning van de opdracht aan Y. Een van de klachtonderdelen in die brief is het volgende:

'Op 12 september 2014 is intern binnen [Supermarktketen] het volgende bericht (zie Bijlage 1) verspreid:

*"In september en oktober worden weer landelijke controles gehouden door het CBL bureau [Y] over de naleving van de leeftijdsgrenzen bij alcohol en tabak.*

*Naast de controles die gehouden worden door het CBL bureau [Y] worden in ok-tober en november ook controles gehouden door het [Ministerie]."*

Het verstrekken van dergelijke informatie is in strijd met de eisen rond het kun-nen garanderen van Geheimhouding en het levert een reële kans op van het (op-nieuw) schenden van Geheimhouding, hetgeen een Uitsluitingsgrond is.'

- 1.14. Een ander klachtonderdeel in de brief van klager aan het Klachtenmeldpunt is het volgende:

'Ook na december 2013 heeft [Y] een (commercieel) belang in ID-swipers. Indien via site <http://www.id-swiper.nl> de website [Website van Winkel] wordt bereikt is te zien dat [Y], het CBL en [Supermarktketen] klanten zijn van de [Winkel] (zie Bijlage 3).

De primaire bedrijfsactiviteit van de [Winkel] is: "Groothandel in computers, randapparatuur en software. Het verkopen van producten en/of diensten op het gebied van interventie; het adviseren, ontwikkelen, produceren en leveren van producten en concepten" (zie Bijlage 4). Het enige product dat de [Winkel] levert is ID-swiper. De enige werknemer, alsook eigenaar van de [Winkel] (dhr. [Z]), is actief als muzikant en speelt in diverse bands (o.a. bij [Naam band]). Het is onwaarschijnlijk dat hij naast deze activiteiten ook het bedrijf [Winkel] kan runnen en advies, trainingen, en audits kan geven.

De URL van de voormalige handelsnaam van [Y] 'ID-Swiper' ([www.id-swiper.nl](http://www.id-swiper.nl)) leidt bezoekers automatisch naar de website van de Interventiewinkel ([www.interventiewinkel.nl](http://www.interventiewinkel.nl)). De Interventiewinkel biedt audits aan waarin 'mysterykids' winkels bezoeken om de naleving vast te stellen. De term 'mysterykids' is bedacht door [Y].'

- 1.15. Het Klachtenmeldpunt heeft per brief van 14 november 2014 de klacht ongegrond verklaard en over de vermeende belangenverstremgeling het volgende antwoord aan klager:

'In uw klacht beschrijft u een mogelijke relatie tussen [Y] en de [Winkel] waaruit belangenverstremgeling zou blijken. Uit de door u geleverde bewijsstukken bleek niet dat er sprake is van belangenverstremgeling.

Vanwege de ernst van de beschuldiging is contact geweest met [Y]. Zij hebben afdoende duidelijk gemaakt geen enkel (financieel) belang te hebben bij de verkoop van welk leeftijdsverificatiesysteem dan ook.'

- 1.16. Bij brief van 17 november 2014 heeft klager diverse nieuwe bewijsstukken ingediend, welke moeten aantonen dat er sprake is van belangenverstremgeling bij Y. Het gaat hierbij om berichten uit de media, Twitterberichten, filmpjes op Youtube, een B&W advies, een printout van een website e.d. waaruit de betrokkenheid van Y bij de ID-swiper moet blijken.

- 1.17. Bij brief van 25 november 2014 heeft het klachtenmeldpunt aan klager nogmaals geantwoord dat Y geen enkel belang heeft bij de verkoop van een leeftijdverificatiesysteem. Tevens deelt het Klachtenmeldpunt mee dat zelfs indien dat het geval was, dit op grond van het Beschrijvend Document niet verboden zou zijn geweest.

- 1.18. Op 23 december 2014 schrijft beklagde in een email aan klager het volgende:

'In uw klacht van 31 oktober 2014 baseert u uw argument dat sprake zou zijn van belangenverstremgeling op de aanname dat het zeer voor de hand zou liggen dat [Y] in haar offerte een verdiepende onderzoeksvraag zou hebben opgenomen om vast te stellen wat de invloed is van systemen (ID-swipers, Ageviewers, etc) die verkopers ondersteunen bij het uitvoeren van deze taak. Namens de directie Voeding, Gezondheidsbescherming van Preventies van het ministerie van [Naam] bericht ik u dat een dergelijke onderzoeksvraag geen onderdeel zal uitmaken van het onderzoek naar de naleving van de leeftijdsgrens bij de verkoop van alcohol en tabak waarvoor [Naam ministerie] voornemens is opdracht te verlenen aan [Y]. Het eerder genoemde onderzoek zal dan ook geen betrekking hebben op de effectiviteit van leeftijdsverificatiesystemen.'

- 1.19. Op deze email antwoordt klager op 23 december 2014 als volgt:

'Het bericht dat namens de directie [Naam] van het ministerie van [Naam] dat een dergelijke onderzoeksvraag geen onderdeel zal uitmaken van het onderzoek

naar de naleving van de leeftijdsgrens bij de verkoop van alcohol en tabak waarvoor [Naam ministerie] voornemens is opdracht te verlenen aan [Y], roept echter wel vragen op.

Als ik het goed begrijp heeft [Y] dus geen onderzoeksvraag in haar offerte opgenomen die de effectiviteit van leeftijdsverificatiesystemen belicht? Is deze conclusie juist? (ik begrijp dat u niet kunt zeggen wat in de offerte van [Y] staat, maar ik neem aan dat u wel kunt bevestigen dat dit er niet in staat)

In het Beschrijvend Document staat als eerste Eis: "De mystery-shop onderzoeken dienen te worden uitgevoerd volgens een methode die vergelijkbaar is met de methode zoals die is gebruikt bij het onderzoek uit 2013 door [Y] en [Klager] uit 2011 (ontwikkeling in de landelijke naleving van de leeftijdsgrenzen)", zie 5.2 op pagina 29.

Die methode is oa beschreven op pagina 12 van het rapport van [Y] uit 2013: "Naast de verkoop en de daarbij ingezette interventies, werden ook de dag, het tijdstip van de poging, de drukte, het geslacht en geschatte leeftijd van de verkoopmedewerker (gegevens van deze achtergrondvariabelen kunnen worden opgevraagd bij [Y]), de aanwezigheid van aanduidingen en het inzetten van naleving-verhogende maatregelen geregistreerd – denk bijvoorbeeld aan Ageviewers, ID-swipers, kassasystemen, schenktijden en deurbeleid" ([link naar rapport]) Ook in de resultaten bespreekt [Y] de effecten van deze nalevingverhogende methoden (pagina 22).

Dat [Y] nu een dergelijke vraag zou opnemen is meer dan een aanname, het is namelijk een Eis die in het BD staat.

Indien in het onderzoek 2014/2015 dit niet wordt meegenomen wordt afgeweken van de Methode uit 2013 en derhalve wordt dan niet voldaan aan deze eis uit het BD. Hoe zit dat?'

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

2.1.1. In het bij de Commissie ingediende klachtformulier heeft klager haar klacht als volgt kort samengevat:

'In de klachtenprocedure heeft het Klachtenmeldpunt [van beklagde] onvoldoende onderzoek ingesteld, zijn onze bezwaren onvolledig behandeld, is onze klacht, derhalve, onvoldoende gemotiveerd ongegrond verklaard, is onvoldoende rekening gehouden met de planning van de aanbestedingsprocedure (bezwaartermijn) en is onjuiste informatie verstrekt.'

2.1.2. De Commissie zal deze klacht in het vervolg van deze klachtprocedure aanduiden als "klachtonderdeel 1".

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

2.2.1. In een bij het klachtformulier ingediende brief aan de Commissie schrijft klager het volgende:

'Wij vragen de Commissie van Aanbestedingsexperts deze aanbestedingsprocedure en klachtenprocedure te bekijken en met een advies en oordeel te komen.'

- 2.2.2. De klachten tegen de aanbestedingsprocedure blijken uit de omvangrijke stukken van de klachtprocedure bij het Klachtenmeldpunt. Uit die stukken heeft de Commissie de volgende deelklachten gedestilleerd:
- a. De inschrijving van Y voldoet niet aan de geschiktheidseisen, onder meer omdat er sprake is van belangenverstremgeling;
  - b. Er is sprake van een wezenlijke wijziging van de opdracht na gunning aan Y naar aanleiding van de door klager bij het Klachtenmeldpunt ingediende klacht.
- 2.2.3. De Commissie zal deze klachten in het vervolg van deze klachtprocedure aanduiden als "klachtonderdeel 2a" en "klachtonderdeel 2b".

### **3. Onderbouwing klacht**

#### **3.1. Klachtonderdeel 1**

De Commissie laat een weergave van de uitgebreide onderbouwing van dit klachtonderdeel achterwege, vooruitlopend op haar beoordeling van dit klachtonderdeel in 5.2 hierna.

#### **3.2. Klachtonderdeel 2a**

- 3.2.1. In een brief aan de Commissie wordt dit klachtonderdeel als volgt samengevat door klager:

'De kern van het bezwaar betreft het feit dat de partij die het onderzoek voorlopig gegund krijgt (Y) commerciële belangen heeft bij de te onderzoeken objecten (ID-swipers) en dat er derhalve een situatie van belangenverstremgeling ontstaat. In het onderzoek moet de naleving van de wet rondom de verkoop van alcohol en tabak worden vastgesteld, volgens de methode zoals gehanteerd in de eerdere onderzoeken uit 2011 en 2013. Bij die methode gaan minderjarige mysteryshoppers verkooppunten langs en proberen daar alcohol of tabak te kopen en tijdens die aankoop poging worden relevante factoren geobserveerd en in kaart gebracht (oa welke systemen verkopers gebruiken om de naleving te waarborgen). Deze methode staat duidelijk beschreven in het rapport uit 2013, zie pagina 11 en 12 "Dataverzameling". Tijdens het aanbestedingstraject was ons ter oren gekomen dat [Y] tevens de ontwikkelaar en eigenaar is van zogenaamde ID-swipers, een systeem dat verkopers helpt om de wet na te leven (een apparaatje het laatste jaar steeds vaker wordt gebruikt, oa de Lidl is in 2014 volledig uitgerust met deze scanners). Ons standpunt is dat als [Y] uitspraken moet doen over de werking van leeftijdsverificatiesystemen, waarbij zij een commercieel belang heeft bij één van die systemen, dit leidt tot een situatie van belangenverstremgeling.'

- 3.2.2. Klager heeft bij het Klachtenmeldpunt diverse bewijsstukken ingediend die bovenstaande stellingen adstrueren. Daaronder bevinden zich onder meer schermafdrukken van webpagina's, Twitterberichten, KvK-uittreksels en een uittreksel uit het Benelux Merkenregister. Volgens klager tonen die bewijsstukken de belangenverstremgeling van Y aan.

#### **3.3. Klachtonderdeel 2b**

Klager heeft dit klachtonderdeel onderbouwd in haar in 1.19 hierboven weergegeven email aan het Klachtenmeldpunt van beklagde.



#### **4. Reactie beklagde**

##### **4.1. Klachtonderdeel 1**

De Commissie heeft na ontvangst van de klacht aan partijen laten weten – om redenen die hierna in 5.2 worden toegelicht – dit klachtonderdeel niet in behandeling te zullen nemen. Beklaagde heeft daarom niet op dit klachtonderdeel gereageerd.

##### **4.2. Klachtonderdeel 2a**

4.2.1. Beklaagde acht het bestaan van een intern nieuwsbericht geen concreet bewijs dat door Y aan de Supermarktketens geheime informatie is verstrekt over op handen zijnde controles.

4.2.2. Wat betreft de betrokkenheid van Y bij de ID-Swiper heeft het Klachtenmeldpunt vastgesteld dat daarvan in het verleden sprake is geweest, maar dat Y heeft meegedeeld op geen enkele wijze meer betrokken te zijn bij welke leeftijdsverificatiesysteem dan ook. Uit een uittreksel uit het Handelsregister van recentere datum dan klager heeft ingediend bij haar klacht blijkt dat Y de activiteit van leveren en ontwikkelen van leeftijdsverificatiesystemen uit haar inschrijving heeft laten schrappen.

4.2.3. Na onderzoek heeft het Klachtenmeldpunt vastgesteld dat Y een tiental ID-swipers heeft gekocht bij de [Winkel] nadat zij de (rechten op de) ID-swiper had overgedragen aan Z. Het doorlinken van websites na een overdracht is logisch. Er is dan ook geen bewijs dat Y en [Winkel] één bedrijf zijn.

4.2.4. De vele bewijsstukken die de betrokkenheid van Y bij de ID-swiper moeten aantonen, dateren voor een zeer groot deel uit de periode dat Y de ID-swiper heeft ontwikkeld. Het feit dat de merknaam ID-Swiper nog geregistreerd stond op naam van Y, komt volgens beklagde doordat deze per abuis nog niet was overgezet op naam van [Winkel]. Verder stelt beklagde dat in het Beschrijvend Document nergens is opgenomen dat betrokkenheid bij de levering of ontwikkeling van een leeftijdsverificatiesysteem niet is toegestaan.

##### **4.3. Klachtonderdeel 2b**

In de reactie van beklagde op dit klachtonderdeel worden onder andere de volgende stellingen geponeerd:

'De opdracht is voldoende duidelijk omschreven in het Beschrijvend document en de rapporten van de eerdere onderzoeken uit 2011 en 2013. Op geen enkele plaats in deze stukken is opgenomen dat het onderzoeken van leeftijdsverificatiesystemen onderdeel uitmaakte van de opdracht. De opdracht is dan ook niet gewijzigd na gunning.

(...)

Kortom, de onderzoeken hebben betrekking op het controleren van het hanteren van de gestelde leeftijdsgrens bij de verkoop van alcohol en tabak. In het Beschrijvend document zijn op geen enkele plek deelvragen voorgeschreven, laat staan een deelvraag die betrekking heeft op het onderzoeken van leeftijdsverificatiesystemen.'

(...)

Het ministerie van [Naam] heeft aangegeven dat zij het niet wenselijk acht dat in het mystery-shop onderzoek tevens de leeftijdsverificatiesystemen worden onderzocht, ten eerste omdat vergelijking met het vorige rapport niet mogelijk is (zie hierboven) maar ook omdat zij in 2014 een apart onderzoek heeft laten uitvoeren naar deze systemen. Het ministerie van [Naam] heeft om de markt van dienst te zijn door het [Z]-instituut en [Naam Adviesbureau] verkennende onderzoeken laten uitvoeren naar leeftijdsverificatiehulpmiddelen en -systemen. [Beklaagde] heeft per e-mail van 20 januari 2015 aan [klager] laten weten dat het ministerie van [Naam] heeft aangegeven dat dit geen onderdeel zal uitmaken van de geplande vervolgonderzoeken.'

## **5. Beoordeling**

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

### 5.2. Klachtonderdeel 1

5.2.1. De Commissie constateert dat dit onderdeel van de klacht zich richt tegen de (beweerdelijk gebrekkige) wijze waarop het Klachtenmeldpunt van beklagde met de klacht is omgegaan.

5.2.2. Art. 1 sub c van het Reglement van de Commissie definieert het begrip "klacht" als volgt:

'Een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.'

5.2.3. De Commissie is van oordeel dat de wijze waarop een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst omgaat met een klacht die bij dat meldpunt is ingediend tegen die aanbestedende dienst weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.

5.2.4. De Commissie zal dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling nemen.

5.2.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Het voorgaande oordeel laat onverlet dat – voor zover een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst een bij haar ingediende klacht afwijst – de Commissie zich bij de behandeling van een klacht inhoudelijk zal kunnen uitlaten over de wijze waarop die afwijzing door dat klachtenmeldpunt is onderbouwd.

### 5.3. Klachtonderdeel 2a

5.3.1. Bij de behandeling van dit klachtonderdeel stelt de Commissie het volgende voorop. Bij de klachtbehandeling gaat de Commissie uit van de informatie die door partijen is aangedragen en van informatie die eenvoudig vindbaar is via systemen zoals TenderNed. De Commissie doet in de regel niet aan "fact finding", zeker niet als het gaat om klachten van een inschrijver (zoals klager) die mede betrekking hebben op het handelen van een mede-inschrijver. De Commissie zal zich in de regel dan ook onthouden van het uitspreken van een oordeel over dergelijk handelen.

- 5.3.2. De Commissie kan wel, marginaal toetsend, een oordeel geven over de vraag of uit de stellingen van klager zodanige twijfel omtrent de inschrijving van een andere inschrijver kan worden afgeleid dat beklagde geacht moet worden te handelen in strijd met de op haar rustende verplichting die stellingen voldoende te onderzoeken.
- 5.3.3. Het is de Commissie in het onderhavige geval gebleken dat beklagde aanvankelijk niet bereid was een onderzoek in te stellen naar de vermeende, door klager met schriftelijke stukken geadstrueerde, belangenverstrengeling van Y. Uit de latere correspondentie tussen klager en beklagde blijkt echter wel welke concrete stappen beklagde heeft gezet en welke feiten zij heeft geverifieerd. Daarmee heeft beklagde uiteindelijk – zij het in tweede instantie – aan haar in 5.3.2 bedoelde onderzoeksplicht voldaan.
- 5.3.4. Dit klachtonderdeel is derhalve ongegrond.
- 5.4. Klachtonderdeel 2b
- 5.4.1. De Commissie is van oordeel dat beklagde de opdracht na de mededeling van de gunningsbeslissing niet heeft gewijzigd door onderzoek naar de effectiviteit van leeftijdverificatiemiddelen onderdeel te laten uitmaken van die opdracht. De Commissie overweegt daartoe het volgende.
- 5.4.2. In het door Y uitgevoerde onderzoek van 2013 is, zoals blijkt uit het in 1.7 hiervoor opgenomen citaat uit haar onderzoeksrapport, alleen gekeken naar de aanwezigheid van leeftijdverificatiemiddelen en niet naar de effectiviteit ervan. Bovendien werd daarbij geen onderscheid gemaakt tussen de ID-swiper en andere verificatiemiddelen. Het ligt om die reden niet voor de hand dat een onderzoek naar de effectiviteit van individuele leeftijdverificatiemiddelen zoals de ID-swiper onderdeel uitmaakte van die eerdere, in 2013 uitgevoerde opdracht.
- 5.4.3. In het Beschrijvend Document worden geen onderzoeksvragen geformuleerd en wordt alleen geëist dat het uit te voeren onderzoek qua methodiek vergelijkbaar is met de eerdere onderzoeken van klager respectievelijk Y. In theorie had Y in haar inschrijving een onderzoek naar de effectiviteit van individuele leeftijdverificatiemiddelen kunnen opnemen, maar dat zou hebben geleid tot een uitbreiding van haar onderzoek en dus (onnodige) kostenverhogingen en verkleining van de kans op gunning van de opdracht. Het ligt dus niet voor de hand dat Y dit onderzoek heeft gedaan en het is in ieder geval nadrukkelijk ontkend door beklagde. Daarnaast is gebleken dat beklagde een dergelijk effectiviteitsonderzoek afzonderlijk, door het [Z]-instituut, heeft laten uitvoeren.
- 5.4.4. Dit klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

**6. Advies**

De Commissie neemt klachtonderdeel 1 niet in behandeling en acht de klachtonderdelen 2a en 2b **ongegron**d.

**7. Aanbeveling**

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. drs. T.H. Chen die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 26 maart 2015

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

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