

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 695

1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Ondernemer is het niet eens met de beoordeling van zijn inschrijving op een subgunningscriterium.
- 1.2. De vraag die de Commissie wil beantwoorden in deze klacht is de volgende:

Heeft aanbesteder onterecht minder punten toegekend aan subgunningscriterium 3B (mate van energieneutraal ontwerp) omdat de bijgevoegde referentie niet vergelijkbaar is met de opdracht? De Commissie heeft onderzocht of het voor ondernemer als redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver duidelijk was waar zijn inschrijving op subgunningscriterium 3B aan moest voldoen en of de door ondernemer ingediende referentie van NOM-keur van een villapark terzijde mocht worden gelegd omdat deze referentie niet 'gelijkwaardig' zou zijn aan de scope van de opdracht.

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie acht de klacht van ondernemer **gegrond**. Aanbesteder is niet voldoende transparant geweest ten aanzien van het begrip 'referentieproject'. Het was voor ondernemer onvoldoende duidelijk aan welke eisen het in te dienen referentieproject moest voldoen, waardoor hij in de veronderstelling kon verkeren dat het ingediende referentieproject zou volstaan voor het aantoonbaar 'NOM' kunnen ontwerpen. Nu de Commissie constateert dat aanbesteder het transparantiebeginsel heeft geschonden en het niet duidelijk is hoe het begrip 'referentieproject' moet worden uitgelegd, komt de Commissie niet meer toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht.
- 2.2. De Commissie merkt daarnaast op dat aanbesteder met gunningscriterium 3B een gunningseis lijkt te gebruiken die in wezen verband houdt met de beoordeling van de geschiktheid van inschrijver (zie overweging 5.11 e.v).

3. Wat zijn de relevante feiten?

De aanbestedingsstukken

- 3.1. Aanbesteder heeft op 31 januari 2023 een aantal ondernemers uitgenodigd tot deelname aan een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure "Architectenselectie MFA Sportpark [naam locatie]".
- 3.2. De scope van de opdracht is uitgewerkt in een zogenaamde 'kruisjeslijst' waarin onder meer verantwoordelijkheden van ondernemer en aanbesteder zijn vastgelegd, die als bijlage bij de aanbestedingsstukken is gevoegd. Verder worden in de aanbestedingsstukken de belangrijkste uitgangspunten voor de ontwerpopgave voor de architect opgesomd:
 - 'Een zo natuurlijk mogelijk ontwerp wat goed past binnen de omgeving
 - Klimaat adaptief bouwen

- Een opvallende locatie
 - Bouwen op een bestaand sportpark
 - Diverse gebruikers
 - Een beperkt budget'
- 3.3. De opdracht wordt gegund aan de ondernemer die naar het oordeel van aanbesteder de meest economisch meest voordelige inschrijving indient, gebaseerd op de beste prijs-kwaliteitverhouding.
- 3.4. Op het gunningscriterium prijs kan maximaal 300 punten worden gescoord en op het gunningscriterium kwaliteit maximaal 700 punten. Het gunningscriterium kwaliteit is onderverdeeld in een viertal subgunningscriteria:
1. 'Verschijningsvorm (maximaal 100 punten)
 2. Gebouworganisatie (maximaal 200 punten)
 - 3. Duurzaamheid (maximaal 300 punten)**
 4. Presentatie (maximaal 100 punten)'
- 3.5. Het subgunningscriterium Duurzaamheid is verder onderverdeeld in twee onderdelen:
- A. 'Een BCI van minimaal 50% is gerealiseerd (maximaal 150 punten)
 - B. Een ENG norm of beter een NOM is gerealiseerd (maximaal 150 punten)'**
- 3.6. 'Voor het Kwalitatieve Gunningscriterium 3 is de onderstaande beoordelingstabel van toepassing:
- A) Beoordeling BCI
 - 50% is Voldoende (40% van de te behalen punten)
 - 51-53% is Goed (75% van de te behalen punten)
 - 54-55% is uitstekend (100% van de te behalen punten)
 - B) Beoordeling ENG Norm
 - BENG is Voldoende (40% van de te behalen punten)
 - ENG is Goed (75% van de te behalen punten)
 - NOM is uitstekend (100% van te behalen punten)'
- 3.7. Verder is specifiek met betrekking tot subgunningscriterium duurzaamheid het volgende opgenomen:
- '3. Duurzaamheid en circulariteit (maximaal 300 punten)**
- [Aanbesteder] hecht een grote waarde aan duurzaamheid en circulariteit.
- A. Het is de ambitie dat [Aanbesteder] gebouwen realiseert met een BCI van minimaal 50%.
- B. Daarnaast wil [Aanbesteder] zo veel mogelijk gebouwen realiseren op basis van de Duurzaamheidseisen ENG. Beter is NOM (nul op de meter).
- Vraag: U wordt gevraagd uw aanpak voor de realisatie van het MFA aantoonbaar te onderbouwen met referentieprojecten (deze mogen zich in de TO fase bevinden) waarbij of:
1. een BCI van minimaal 50% is gerealiseerd of
 2. een ENG norm of beter een NOM is gerealiseerd.

De combinatie hiervan wordt beter beoordeeld.'

- 3.8. Met betrekking tot de subgunningscriteria 1, 2 en 4 heeft aanbesteder een apart beoordelingskader opgenomen waarin is omschreven op welke punten de beoordelingscommissie een inschrijving beoordeelt. Een inschrijving kan op basis daarvan de kwalificatie 'uitstekend', 'goed', 'voldoende' of 'onvoldoende' ontvangen en scoort het daaraan gekoppelde aantal punten.
- 3.9. Verder heeft aanbesteder in de nadere uitwerking van subgunningscriteria 1 en 2 bepaald dat een inschrijver zijn visie op de subgunningscriteria moet geven, waarbij hij moet ingaan op een aantal door aanbesteder aangegeven specifieke punten. Aanbesteder heeft daarbij bepaald dat die visie moet worden onderbouwd met een door inschrijver uitgevoerd referentieproject.

Verdere verloop van de feiten

- 3.10. Ondernemer heeft op 20 februari 2023 een inschrijving ingediend. Op 13 maart 2023 heeft aanbesteder een voorlopige gunningsbeslissing genomen, waaruit kan worden opgemaakt dat ondernemer als tweede in rangorde is geëindigd.
- 3.11. Ten aanzien van de score op subgunningscriterium duurzaamheid blijkt uit de gunningsbeslissing het volgende:

'Gunningscriterium 3. Duurzaamheid en circulariteit

A. Beoordeling BCI

U heeft hiervoor het maximale aantal punten van 150 behaald

B. Beoordeling ENG

U heeft hiervoor 112,5 punt behaald. Naar oordeel van de commissie was het referentie project van een woonhuis op NOM niet toereikend voor de beoordeling van een uitstekend vanwege het nieuw te ontwerpen MFA in vergelijking met een woonhuis.'

- 3.12. Ondernemer heeft op 14 maart 2023 een klacht ingediend bij aanbesteder, waarna partijen hun standpunten in een aantal mails over en weer hebben uitgewisseld. Ondernemer heeft vervolgens op 20 maart 2023 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 4 hierna). De Commissie heeft op 22 maart 2023 aanbesteder in de gelegenheid gesteld om een reactie op de klacht te geven.

4. Waar komt de klacht in de kern op neer?

- 4.1. Ondernemer stelt dat aanbesteder een fout heeft gemaakt in de beoordeling van zijn inschrijving. Op een van de onderdelen van subgunningcriterium 3B, te weten 'Beoordeling ENG Norm', is door aanbesteder een score toegekend van 75% van de te behalen punten, terwijl aanbesteder ondernemer 100% van de punten had moeten toekennen.
- 4.2. Aanbesteder heeft volgens ondernemer ten onrechte zijn referentieproject van een NOM-keur project terzijde gelegd omdat dit referentieproject niet gelijkwaardig zou zijn aan de opdracht. Nu aanbesteder in de beoordeling van subgunningscriterium 3B niet specifiek heeft gevraagd naar een referentieproject op dezelfde schaal als de MFA, had de beoordelingscommissie deze toets niet mogen hantieren. Ondernemer stelt voorts dat aanbesteder hem het volle aantal punten moet toekennen (150 punten in plaats van 112,50) in welk geval aanbesteder gehouden is om hem als winnaar van de aanbestedingsprocedure te selecteren en met hem de beoogde overeenkomst te sluiten.

- 4.3. De stellingen van aanbesteder worden, voor zover relevant, betrokken in de onderbouwing van het advies.

5. Onderbouwing advies

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder in het kader van een meervoudig onderhandse procedure voor een architectenselectie MFA Sportpark op 31 januari 2023 een aantal ondernemers heeft gevraagd een inschrijving in te dienen. Op deze procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3^e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

Wat is de situatie?

- 5.2. In deze zaak heeft aanbesteder een architect willen selecteren voor het ontwerp van een multifunctioneel sportpark door middel van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure.
- 5.3. Een van de nadere criteria die aanbesteder in de gunningsfase stelt, ziet op duurzaamheid en circulariteit (zie 3.4 e.v). Aanbesteder geeft daarbij aan dat het zijn doel als aanbesteder is om gebouwen te realiseren met een BCI (circulaire potentie) van minimaal 50% en op basis van duurzaamheidseisen ENG (Energie Neutraal Gebouw), waarbij aanbesteder aangeeft dat NOM (Nul Op de Meter) beter is. Die ambitie vertaalt aanbesteder in een vraag die ondernemer moet beantwoorden:

'U wordt gevraagd uw aanpak voor de realisatie van het MFA aantoonbaar te onderbouwen met referentieprojecten (deze mogen zich in de TO fase bevinden) waarbij of:

1. Een BCI van minimaal 50% is gerealiseerd of
2. Een ENG norm of beter een NOM is gerealiseerd.

De combinatie hiervan wordt beter beoordeeld'

- 5.4. Ten aanzien van de inschrijving op subgunningscriterium 3A (Een BCI van minimaal 50%) is de situatie als volgt. Ondernemer heeft in zijn plan van aanpak voor de realisatie van een MFA ingezet op een BCI score van 54-55%. Het referentieproject dat hij daarvoor heeft ingediend betreft een referentieproject 'van een niet vergelijkbare schaal' aldus ondernemer. Uit de stukken kan de Commissie opmaken dat het een referentieproject betrof van 186 woningen. De beoordelingscommissie heeft de inschrijving van ondernemer als 'uitstekend' beoordeeld en op dit onderdeel aan ondernemer 100% van de punten toegekend (zijnde 150 punten).
- 5.5. Ten aanzien van de inschrijving op subgunningscriterium 3B (ENG/NOM) is de situatie als volgt. Ondernemer heeft zijn plan van aanpak (Commissie: voor een 'Nul op de Meter' plan) met een referentieproject onderbouwd. Het referentieproject betrof het ontwerp van 127 villa's in een Villapark. Naar het oordeel van de beoordelingscommissie 'was het referentieproject van een woonhuis op NOM niet toereikend voor de beoordeling van een uitstekend vanwege het nieuw te ontwerpen MFA in vergelijking met een woonhuis', zo blijkt uit de mededeling van de gunningsbeslissing d.d. 13 maart. Derhalve is de inschrijving van ondernemer op gunningscriterium 3B beoordeeld met een 'goed' en is op dit onderdeel aan ondernemer 75% van de punten toegekend (zijnde 112,5 punt).
- 5.6. De vraag die in de klacht centraal staat, luidt als volgt: heeft aanbesteder ten onrechte minder punten toegekend aan de inschrijving van ondernemer op

subgunningscriterium 3B (beoordeling ENG norm), omdat het door aanbestede gewenste en bijgevoegde referentieproject qua aard en omvang niet vergelijkbaar is met de betreffende opdracht? De vraag die daaraan voorafgaat is of aanbestede voldoende transparant is geweest in zijn uitvraag met betrekking tot gunningscriterium 3B. Voordat de Commissie op voornoemde vragen ingaat, vraagt zij zich af of aanbestede met het stellen van dit gunningscriterium niet een eis heeft gesteld die in wezen verband houdt met de beoordeling van de geschiktheid van ondernemer.

Toetsingskader

Geschiktheidseis of gunningcriterium

- 5.7. Op grond van vaste jurisprudentie van het HvJ EU mogen aspecten die zien op de geschiktheid van een inschrijver niet worden meegenomen bij de beoordeling van de inschrijvingen op gunningscriteria (zie onder meer HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (Lianakis), waarin het Europese Hof in randnummer 30 het volgende overweegt: 'Derhalve zijn uitgesloten als „gunningscriteria” criteria die er niet toe strekken om de economisch voordeligste aanbidding vast te stellen, maar die in wezen verband houden met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren'.

Meervoudig onderhandse procedure en aanbestedingsbeginselen

- 5.8. In Advies 691 bepaalt de Commissie in overweging 6.3 het volgende. Hoewel de Aanbestedingswet voor de meervoudig onderhandse procedure weinig regels stelt, stelt de Aanbestedingswet ten aanzien van een meervoudig onderhandse procedure wel dat een aanbestedende dienst bij gebruikmaking van deze procedure inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen; zie artikel 1.15 lid 1 Aw 2012. Uit de Europese rechtspraak volgt dat het beginsel van gelijke behandeling eveneens tot transparantie verplicht opdat de naleving van het beginsel van gelijke behandeling kan worden gecontroleerd (zie het Succhi di Frutta-arrest van 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236, C-496/99, randnummers 108-109). De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 25 maart 2016 (ECLI:NL:HR:2016:503, HLA BV/het Kadaster, randnummer 4.2.2) dit uitgangspunt van de Europese rechter bekrachtigd specifiek ten aanzien van de meervoudig onderhandse procedures: 'Indien een aanbestedende dienst kiest voor de vrijwillige nationale aanbidding of de meervoudig onderhandse procedure dan zijn de uitgangspunten gelijkheid en transparantie van toepassing.'

Transparantie

- 5.9. In Advies 691 bepaalt de Commissie in overweging 6.4 het volgende. Een aanbestedende dienst dient ook bij een meervoudig onderhandse procedure transparant te handelen (zie 6.3 hierboven). Deze transparantieverplichting is met betrekking tot kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie als volgt geconcretiseerd. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie zou worden gehandeld.

Uitleg gunningscriterium

- 5.10. In Advies 691 bepaalt de Commissie in overweging 6.5 het volgende. Bij de uitleg van een gunningscriterium gaat het erom hoe een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver het desbetreffende criterium heeft kunnen begrijpen. Gezien het eenzijdige karakter van de aanbestedingsstukken die naar hun aard bestemd zijn (ook) de rechtspositie van derden te beïnvloeden, ligt bij de uitleg van een criterium doorgaans een uitleg naar objectieve maatstaven in de rede. Dit betekent dat zal moeten worden uitgegaan van de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van het criterium (zie conclusie A-G Keus, 18 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467, JBM Koeriers/UvA, randnummer 2.5). Daarbij kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de aanbestedingsstukken gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende interpretaties zouden leiden. Indien de bedoeling van de aanbestedende dienst naar objectieve maatstaven volgt uit de bepalingen in de aanbestedingsstukken en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting en dus kenbaar zijn voor alle potentiële inschrijvers die niet bij de totstandkoming van de aanbestedingsstukken betrokken zijn geweest, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend (zie Hoge Raad, 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, DSM/Fox, randnummer 4.4). Bedoelingen en opvattingen van de aanbestedende dienst die niet in de aanbestedingsstukken tot uitdrukking zijn gebracht moeten echter bij de uitleg buiten beschouwing worden gelaten, omdat deze tot ongelijke behandeling zouden kunnen leiden (zie advies 688, overweging 5.5).

Bevindingen van de Commissie

Is gunningscriterium 3B feitelijk een geschiktheidseis?

- 5.11. De Commissie stelt vast dat aanbesteder het subsubgunningscriterium 3B *'Een ENG norm of beter een NOM is gerealiseerd'* beoordeelt aan de hand van drie categorieën, te weten BENG, ENG en NOM. Aan elke categorie is door aanbesteder een % van het totaal te behalen punten gekoppeld, waardoor een ondernemer zich ten opzichte van zijn concurrent kan onderscheiden (zie 3.6). Aanbesteder stelt ondernemers daartoe de vraag hun *'aanpak voor de realisatie van het MFA aantoonbaar te onderbouwen met referentieprojecten (deze mogen zich in de TO fase bevinden) (...).'* (zie 3.7). De Commissie begrijpt daaruit dat, wanneer ondernemer een aanpak voor de realisatie van het MFA aantoonbaar weet te onderbouwen met referentieprojecten waaruit bijvoorbeeld 'NOM' blijkt, de beoordelingscommissie deze ondernemer daarvoor 100% van de punten toekent. Wat de Commissie niet kan opmaken uit de aanbestedingsstukken is of ondernemer náást de referentieprojecten tevens 'een aanpak voor de realisatie van het MFA' moet indienen. Voor de gunningcriteria 1 en 2 leest de Commissie in de aanbestedingsstukken dat ondernemer *'zijn visie geeft op (...).'* en dat ondernemers deze visie dienen *'te onderbouwen met een door u uitgevoerd referentieproject'* (zie 3.9). Deze koppeling tussen referentieproject en aanpak ontbreekt in de beschrijving van gunningscriterium 3. Daarmee lijkt het indienen van een referentieproject een op zichzelf staand criterium te zijn op basis waarvan door aanbesteder in de gunningsfase punten worden toegekend aan ondernemers. Deze lezing van de Commissie wordt bevestigd doordat aanbesteder in zijn reactie op de klacht aangeeft dat *'aan de hand van een referentieproject moet kunnen worden beoordeeld of de inschrijver in staat is om de aan te besteden opdracht te kunnen uitvoeren'*. Tevens baseert aanbesteder in de gunningsbeslissing de motivering voor het niet toekennen van de volledige score enkel op de omstandigheid dat *'het referentieproject van een woonhuis op NOM niet toereikend is (...).'* De Commissie ziet in het voorgaande voldoende aanwijzingen voor haar zienswijze dat aanbesteder de eis om een

referentieproject in te dienen als een op zichzelf staand criterium hanteert. Aanbesteder lijkt daarmee een gunningseis te gebruiken die in wezen verband houdt met de beoordeling van de geschiktheid van inschrijver.

- 5.12. Nu de klacht niet ziet op de omstandigheid dat gunningscriterium 3 niet gesteld had mogen worden omdat deze eis in wezen verband houdt met de geschiktheid van inschrijver en aanbesteder zich op dit punt niet heeft kunnen verweren, laat de Commissie een oordeel achterwege. De Commissie gaat hiernavolgend in op de vraag of aanbesteder voldoende transparant is geweest in zijn uitvraag met betrekking tot gunningscriterium 3B. De Commissie oordeelt dat aanbesteder niet transparant heeft gehandeld en legt hieronder uit waarom zij tot dat oordeel komt.

Is gunningscriterium 3B voldoende transparant?

- 5.13. Aanbesteder verweert zich als volgt tegen de klacht van ondernemer dat aan zijn inschrijving ten onrechte minder punten zijn toegekend omdat het ingediende referentieproject niet gelijkwaardig zou zijn aan de opdracht. Het is, aldus aanbesteder, voor een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver duidelijk dat wanneer een referentieproject wordt gevraagd, inschrijver een referentieproject moet overleggen waaruit blijkt dat hij daadwerkelijk in staat is een ontwerp van een NOM-gebouw te realiseren. Dat referentieproject dient dan ook een gelijkwaardig project te zijn. Met een referentieproject moet, aldus aanbesteder, kunnen worden beoordeeld of de inschrijver in staat is om de aan te besteden opdracht te kunnen uitvoeren. Het ontwerp van 127 villa's waarvan een villa een oppervlakte van 248 m² heeft, staat niet in verhouding tot het MFA sportpark, niet qua aard én ook niet qua omvang (1200 m²). Aanbesteder stelt in zijn reactie op de klacht ook nog het volgende: 'De villa heeft slechts 1 functie, namelijk wonen. Iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver begrijpt dat een MFA een gebouw met meerdere functies betreft. Dat [ondernemer] dit ook heeft begrepen, laat hij zien met de andere referentieprojecten (met een ENG norm), die wel meerdere functies hebben. Daarbij hebben deze projecten een omvang van 2.775 m² en 25.320 m². Ook alle andere inschrijvers hebben referentieprojecten ingeleverd van een gelijke aard met bijbehorende omvang als het MFA sportpark [naam]. Wij gaan er ook van uit dat de villa het 'grootste project' met een NOM-norm is van [ondernemer] en dat zij niet in staat is een referentieproject in te dienen van vergelijkbare aard en omvang als een MFA met een NOM-norm'.
- 5.14. De Commissie overweegt dat het voor een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver niet duidelijk is op welke wijze het begrip referentieproject begrepen had moeten worden.
- 5.14.1. De Commissie constateert allereerst dat aanbesteder het begrip 'referentieproject' nergens in de aanbestedingsstukken definieert. Aanbesteder benoemt in de aanbestedingsstukken, in het hoofdstuk over de gunningsfase, slechts driemaal het begrip 'referentieproject' (zie 3.7 en 3.9).
- 5.14.2. De Commissie constateert tevens dat het begrip 'referentieproject' een gangbaar begrip is in *de selectiefase* van aanbestedingsprocedures. Bij de beoordeling van de technische- en beroepsbekwaamheid van een inschrijver, wordt vaak gebruik gemaakt van de toetsing van een referentieopdracht aan een ervaringseis. Met de referentieopdracht kan een ondernemer bewijzen dat hij ten aanzien van de gestelde ervaringseis geschikt is om de opdracht te kunnen uitvoeren (zie art 2.92 lid 2 sub b jo 2.93 Aw 2012, voorschrift 3.5 F en 3.5 G Gids proportionaliteit).
- 5.14.3. Aanbesteder stelt in zijn reactie op de klacht dat het begrip 'referentieproject' zo moet worden uitgelegd dat het als referentie opgegeven project 'gelijkwaardig', 'gelijk', 'vergelijkbaar' moet zijn aan de opdracht (aangebesteder hanteert

verschillende termen in zijn reactie). Ondanks dat aanbesteder verschillende begrippen hanteert om uit te leggen wat hij onder referentieproject verstaat, begrijpt de Commissie uit de reactie op de klacht dat aanbesteder bedoelt dat een referentieproject een 'vergelijkbaar project' moet zijn en dat aanbesteder daarmee aan heeft willen sluiten bij het begrip 'referentieopdracht' zoals dat in de selectiefase van een aanbesteding wordt gehanteerd. Deze zienswijze wordt ondersteund door het feit dat aanbesteder in zijn latere uitleg van het begrip 'referentieproject' stelt dat *'aan de hand van een referentieproject moet kunnen worden beoordeeld of de inschrijver in staat is om de aan te besteden opdracht te kunnen uitvoeren'*. Daarmee miskent aanbesteder dat in de gunningsfase van de aanbestedingsprocedure de geschiktheid van inschrijver reeds vaststaat en niet (opnieuw) ter beoordeling voorligt (zie 0). Een dergelijke uitleg kan dan ook niet worden gevolgd, nu de referentieopdracht in de gunningsfase wordt gevraagd.

- 5.14.4. De Commissie constateert dat aanbesteder juist vanwege zijn uitleg dat het bij het begrip 'referentieproject' gaat om een 'vergelijkbaar project' (zie 5.14.3), zich bij de beoordeling van gunningscriterium 3B enkel richt op de vraag of het door ondernemer ingediende referentieproject in zijn ogen een 'vergelijkbaar project' is. Ondernemer daarentegen gaat er bij de uitleg van het gunningscriterium juist vanuit dat het enkel gaat om projecten die voldoen aan BENG-, ENG- of NOM, waarbij geldt dat voor NOM de hoogste score kan worden behaald. Ondernemer heeft zijn ontwerp-aanpak voor de realisatie van het MFA Sportpark met 'Nul Op de Meter' (NOM), onderbouwd met een referentieproject waaruit blijkt dat ondernemer 127 villa's in een villapark met 'Nul op de Meter' heeft ontworpen. Elke villa heeft een oppervlakte van 248 m². De beoordelingscommissie oordeelt dat ondernemer daarmee niet aantoonbaar heeft onderbouwd dat hij voldoet aan het gunningscriterium dat het sportpark met NOM zal worden gerealiseerd. Een villa met een oppervlakte van 248 m² staat, zo stelt aanbesteder, niet in verhouding met het MFA sportpark, niet qua aard en niet qua omvang (Commissie: het MFA sportpark heeft een omvang van 2400 m²). Het villapark project is daarnaast niet vergelijkbaar met onderhavige opdracht omdat een villa slechts 1 functie heeft en een multifunctioneel sportpark meerdere functies kent. Ondernemer had, volgens aanbesteder, moeten begrijpen dat, nu het MFA meerdere functies herbergt, zoals fysiotherapie, podotherapie en kinderdagopvang, het referentieproject ook meerdere functies moet hebben. Aanbesteder geeft in zijn reactie op de klacht aan dat de complexiteit van het behalen van de NOM juist speelt wanneer sprake is van meerdere functies van een gebouw. Deze stelling wordt verder niet onderbouwd.
- 5.14.5. De Commissie volgt aanbesteder niet in zijn uitleg. Het was voor ondernemer op het moment van inschrijven onvoldoende duidelijk aan welke eisen het in te dienen referentieproject moest voldoen, waardoor hij in de veronderstelling kon verkeren dat het ingediende referentieproject zou volstaan voor het aantoonbaar 'BENG', 'ENG' of 'NOM' kunnen ontwerpen. Aanbesteder heeft onvoldoende transparant gehandeld. Daarmee komt de Commissie niet meer toe aan de inhoudelijke behandeling van de vraag of aanbesteder ten onrechte niet het volledige aantal punten aan de inschrijving van ondernemer heeft toegekend.

5.15. De Commissie acht de klacht derhalve **gegrond**.

Den Haag, 6 december 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter

Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Commissielid