

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 444

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 1 september 2017 een Europese niet-openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor architectendiensten voor nieuwbouw en inbreiding van een schoolgebouw.
- 1.2. Klager is een brancheorganisatie.
- 1.3. In de Selectieleidraad van 10 juli 2017 is onder meer het volgende bepaald:

1. Aan te besteden opdracht

In dit hoofdstuk worden de aanbestedende dienst en de aan te besteden opdracht beschreven. De aan te besteden opdracht wordt beschreven aan de hand van de voor de aanbesteding relevante kenmerken.

(...)

1.2 Aan te besteden opdracht

De opdracht voor "Architect nieuwbouw en inbreiding [naam]" kan als volgt worden beschreven:

Het maken van een voorlopig ontwerp, definitief ontwerp, voorbereiding WABO-procedure, WABO-procedure, technisch ontwerp/bestek, aanbesteding, prijs- en contractvorming, uitvoeringsgereed maken van technisch ontwerp en uitvoering en directievoering.

1.2.1 Doelstelling van de opdracht

De doelstelling van de aanbesteding is:

Het vergroten van de uitstraling en zichtbaarheid van [Beklaagde] door middel van het realiseren van een nieuw entreegebouw, het maken van een binnenstraat die het entreegebouw met het bestaande gebouw verbindt en het maken van het atrium op de bestaande binnenplaats.

Aansluiting zoeken op de directe omgeving met een duidelijk adres aan de [Locatie] en het voorliggende plein en meer openheid en verbinding met het [Park].

1.2.2 Definiëring van de opdracht

De aan te besteden opdracht wordt als volgt gedefinieerd:

Maken van voorlopig ontwerp, definitief ontwerp, voorbereiding WABO-procedure, WABO-procedure, technisch ontwerp/bestek, aanbesteding, prijs- en contractvorming, uitvoeringsgereed maken van technisch ontwerp en uitvoering en directievoering.

1.2.3 Omvang van de aan te besteden opdracht

De omvang van de opdracht is: De werkzaamheden zoals benoemd in 1.2.2 voor ongeveer 5000m² nieuwbouw en 2000m² inbreiding (Fase A).

(...)

2. Procedure

(...)

2.3 Gunningscriterium

Het gunningscriterium bij deze opdracht is de beste Prijs/Kwaliteit verhouding (bpkv). Het criterium wordt in de inschrijvingsleidraad die wordt verstrekt aan geselecteerde inschrijvers nader uitgewerkt.'

1.4. In de Nota van Inlichtingen van 15 augustus 2017 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden van 14 augustus 2017 opgenomen:

1.4.1. Vraag 1: 'Gaat deze selectieprocedure puur over het architectonisch/ bouwkundig ontwerp of is een ontwerpteam met alle benodigde disciplines (constructies, installaties, bouwfysica) bedoeld?
Indien de eerste optie, kunt u aangeven hoe de andere disciplines worden geselecteerd?'

Antwoord: 'Alle twee de opties zijn op dit moment nog mogelijk, pas na de eerste selectie dus in het bestek zal dit duidelijk worden. De verwachting is dat het alleen over het architectonisch/bouwkundig ontwerp gaat.'

1.4.2. Vraag 2: 'Betreft dit een selectie van alleen een architect of wordt het een opdracht op basis van Total Engineering, waarbij behalve de architect ook een bouwfysisch-adviseur, een constructieadviseur en een installatie-adviseur betrokken zullen zijn?'

Antwoord: 'Alle twee de opties zijn op dit moment nog mogelijk, pas na de eerste selectie dus in het bestek zal dit duidelijk worden. De verwachting is dat het alleen over het architectonisch/bouwkundig ontwerp gaat.'

1.4.3. Vraag 3: 'Kunt u aangeven hoe de installatietechnisch en bouwfysisch adviseur voor dit project geselecteerd wordt?'

Antwoord: 'Dat is op dit moment nog niet duidelijk.'

1.4.4. Vraag 4: 'De procedure t.b.v. de architectenselectie nieuwbouw en inbreiding [...] is de merkwaardigste die wij in lange tijd zijn tegengekomen.

Vooreerst lijkt de verstrekte leidraad in verschillende opzichten een conceptversie te zijn.

Daarnaast maakt de procedure geen onderscheid tussen enerzijds technische bekwaamheidseisen en anderzijds selectiecriteria ter beperking van het aantal gegadigden, zoals te doen gebruikelijk is.

Verder wordt gegadigden gevraagd de selectiecriteria alleen maar met 'ja' of 'nee' te beantwoorden, wat impliceert dat selectie verder niet plaatsvindt op kwa-

liteitscriteria en naar alle waarschijnlijkheid ook leidt tot een hoog aantal geselecteerden.

Wat is hierop uw visie en op basis waarvan vindt uiteindelijke selectie voor de gunningsronde plaats?’

Antwoord: ‘Wat ons betreft zijn de stukken goed en duidelijk opgesteld. De selectie zal plaatsvinden op basis van de gestelde vragen bij de selectiecriteria in TenderNed.’

- 1.5. Na de selectie zijn vijf gegadigden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. In de Inschrijvingsleidraad van 1 september 2017 (versie 2) is onder meer het volgende bepaald:

1. Inleiding

Deze inschrijvingsleidraad is een aanvulling op de selectieleidraad voor de aanbestedingsprocedure.

(...)

1.1 Projectdefinitie

De eerste fase (fase A) bestaat uit het realiseren van een nieuw entreegebouw, het maken van een binnenstraat die het entreegebouw met het bestaande gebouw verbindt en het maken van het atrium op de bestaande binnenplaats. De gevels van het bestaande gebouw die door het maken van de binnenstraten aan deze binnenruimten komen te liggen, worden ook aangepakt. Met het realiseren van deze fase wordt extra ruimte geboden aan het bijkomende programma van diverse onderwijslocaties die worden geconcentreerd op de onderwijslocatie aan [Locatie]. Met deze nieuwe uitbreiding moet de uitstraling en zichtbaarheid van [Beklaagde] sterk worden vergroot.

Er dient aansluiting te worden gezocht op de directe omgeving met een duidelijk adres aan de [Locatie] en het voorliggende plein en meer openheid en verbinding met het [Park], dit laatste als onderdeel van eventuele volgende fasen. Hierbij dient rekening gehouden te worden met de ontwikkelingen in de nabije omgeving en dient het plan te passen binnen de meerjarige ontwikkeling van deze locatie tot volwaardige campus in het park, een ontwikkeling die is ingezet met de door [X] opgestelde massastudie (bijgevoegd) en verder in een masterplan. In het voortraject dient er nader met de gemeente afstemming te zijn over de randvoorwaarden om de plannen binnen afzienbare tijd te kunnen realiseren.

1.2 Uitgangspunten

Voor het opstellen van uw aanbieding bieden wij u de mogelijkheid van verkennende rondleidingen om te komen tot beeldvorming op de locatie en daarvoor kunt u gebruik maken van onderstaande beschikbare documenten. Onderstaande documenten vormen het uitgangspunt voor uw aanbieding:

- Tekening van het bestaande gebouw
- Massastudie [Beklaagde], opgesteld door [X] d.d. 30-11-2016
- Concept masterplan [Beklaagde], opgesteld door [X] d.d. 23-03-2017

1.3 Scope

Uw aanbieding dient gebaseerd te zijn op de scope zoals gedefinieerd in het masterplan. Het entreegebouw zoals nu in de massastudie is opgenomen, bestaat uit vijf of zes lagen met een totaal van rond de 5.100m² BVO. Hiermee is nieuwbouw te realiseren met instandhouding van de bestaande entree. Het voorgestel-

de programma kan gekoppeld worden met een nieuwe binnenstraat aan het bestaande gebouw M. Na oplevering kan het entreegebouw de functie van hoofdentree overnemen en ontstaat de ruimte en vrijheid om vernieuwingen uit te voeren aan de bestaande entree. Binnen fase A wordt de bestaande patio overdekt. Er ontstaat hier een centraal leerplein waarvandaan alle afdelingen te bereiken zijn.

(...)

1.4 Plan van aanpak

Met het maken van een integraal Masterplan is een raamwerk gemaakt waarbinnen de ontwikkeling van een nieuw entreegebouw ingepast wordt in aansluiting op de directe omgeving en het bestaande gebouw. Met het verder in kaart brengen van de huidige situatie, de reeds aanwezige tekeningen, de locatie en de aanpassingen die in de loop der jaren zijn gedaan, wordt de ruimtelijke inpassing en mogelijkheden van het bestaande gebouw onderzocht en de bestaande situatie digitaal vastgelegd.

Er dient zo snel mogelijk duidelijkheid te worden gezocht in mogelijkheden van gemeentelijke randvoorwaarden en mogelijkheden binnen de eigendomsverhoudingen van de locatie. Om hiermee te komen tot een optimale ontwikkeling die bijdraagt aan de versterking van de onderwijslocatie als geheel.

1.5 Planning:

U dient voor deze aanbesteding een voorlopig ontwerp te maken (wat goedgekeurd dient te worden door de gemeente zodat wij snel kunnen starten met de bouw).

De winnaar van de aanbesteding zal na het maken van het voorlopig ontwerp fase A onderstaande zaken dienen uit te voeren:

Realiseren van definitief ontwerp

Vorbereiding WABO-procedure

Voeren van de WABO-procedure

Ondersteunen van de aanbesteding tbv het bouwproject (technisch ontwerp/bestek/ondersteunen beantwoording Nota van Inlichtingen/ondersteunen beoordelen aanbieders).

Uitvoering gereed maken van technisch ontwerp en uitvoering .

(...)

2. Procedure

(...)

2.1 Planning voor de inschrijvingsfase

De inschrijving zal verlopen volgens de planning in onderstaande tabel:

Fase	(Eind-) datum
(...)	
Verzenden eerste Nota van Inlichtingen	19 september 2017
Indienen verduidelijkingsvragen m.b.t. eerste Nota van Inlichtingen	22 september 2017
Verzenden tweede Nota van Inlichtingen	27 september 2017
Sluitingsdatum indiening inschrijvingen	11 oktober 2017 09.00 uur

(...)

(...)

2.2 Onvolkomenheden in de inschrijvingsleidraad

Dit document is met zorg opgesteld. Het is echter mogelijk dat, in de ogen van inschrijvers, fouten en onvolkomenheden in het document zijn geslopen. Een geconstateerde fout of onvolkomenheid kan direct na constatering worden gemeld aan de opgegeven contactpersoon. Binnen vijf werkdagen wordt op de melding gereageerd.

2.3 Vragen

Vragen voor de inschrijvingsprocedure kunnen voor de in de planning genoemde datum in TenderNed worden gesteld. Vragen dienen voorzien te zijn van een verwijzing naar de bron van de vraag. Na sluiting van de vragentermijn worden vragen geanonimiseerd beantwoord in de Nota van Inlichtingen. Naar aanleiding van de Nota van Inlichtingen kunnen verduidelijkingsvragen worden gesteld (via de berichtenpagina in TenderNed), maar alleen als die vragen betrekking hebben op de Nota van Inlichtingen. Nieuwe vragen worden niet in behandeling genomen.

(...)

2.6 Klachten

Klachten over deze aanbesteding kunnen worden gericht aan de contactpersoon voor klachten in deze aanbesteding.

(...)

Een klacht wordt binnen vijf werkdagen behandeld.

(...)

3. Eisen en vragen ten aanzien van de opdracht

Dit hoofdstuk bevat eisen ten aanzien van de opdracht. Eisen zijn hard, hetgeen betekent dat inschrijvers bij uitvoering van de opdracht aan de eisen dienen te voldoen en daarmee rekening dienen te houden bij het opstellen van een inschrijving. Vragen zijn bedoeld om antwoorden te verkrijgen die beoordeeld zullen worden als subgunningscriterium.

3.1 Eisen ten aanzien van de opdracht

- Wij zullen € 3.000,00 aan kosten vergoeden aan elke deelnemer in de inschrijvingsfase voor de presentaties.
- U dient afstand te doen van het auteursrecht van het door u ingediend plan.
- U dient zich altijd te houden aan (toekomstige) publieke- en private regelgeving.
- Wij kunnen te allen tijde om inlichtingen verzoeken, u dient deze inlichtingen dan zo snel als mogelijk aan ons te geven.
- U dient gevraagd en ongevraagd ons op de hoogte te stellen van overleggen die worden gevoerd met derden.
- U mag alleen met onze goedkeuring werkzaamheden door derden laten uitvoeren.

- Tussentijdse wijzigingen zijn alleen rechtsgeldig wanneer deze schriftelijk zijn opgegeven en door beiden voor akkoord zijn getekend.
- Extra werkzaamheden en minder werkzaamheden zijn alleen rechtsgeldig wanneer deze schriftelijk zijn opgegeven en door beiden voor akkoord zijn getekend.
- Afhankelijk van de bouwactiviteiten zal er overleg tussen opdrachtgever en opdrachtnemer gevoerd worden.
- U mag alleen na schriftelijke goedkeuring van de contactpersoon van het Koning Willem I College handelen/overleggen namens Koning Willem I College. (Bijvoorbeeld een overleg met de gemeente.)

3.2 Vragen ten aanzien van de opdracht (Gunningscriteria) (90%)

Zie Tendernded.

3.3 Prijs (10%)

U dient in TenderNed bij gunningscriterium 3 Honorarium uw honorarium als percentage van de bouwsom op te geven voor de in 1.5 aangegeven werkzaamheden en deze in een bijlage uit te werken.

(...)

4.2 Beoordeling van antwoorden op vragen

Van inschrijvingen die voldoen aan de eisen ten aanzien van de opdracht worden de antwoorden op de vragen beoordeeld. Dat gebeurt aan de hand van het vastgestelde beoordelingskader.

De gunningscommissie zal het voorlopig ontwerp beoordelen waarbij de volgende punten in de beoordeling worden meegenomen:

- 1 Volledigheid
- 2 De voorgestelde acties
- 3 Professionaliteit

De gunningscommissie zal de presentatie beoordelen waarbij de volgende punten in de beoordeling worden meegenomen:

- 1 Volledigheid
- 2 De voorgestelde acties
- 3 Professionaliteit
- 4 Duidelijkheid presentatie

De antwoorden worden door minimaal vier leden van de beoordelingscommissie afzonderlijk van elkaar beoordeeld waarbij ze uiteindelijk tot consensus komen over de score per vraag.

De door alle inschrijvers ingediende antwoorden zullen onderling vergeleken worden en als goed, ruim voldoende, voldoende, matig of slecht gewaardeerd worden. De vragen worden dus relatief beoordeeld waarbij onderstaande score zal gelden.

Totaal aantal procenten per gunningscriterium

Per subgunningscriterium dat goed scoort	100%
Per subgunningscriterium dat ruim voldoende scoort	75%
Per subgunningscriterium dat voldoende scoort	50%
Per subgunningscriterium dat matig scoort	25%

Per subgunningscriterium dat slecht scoort 0%

4.3 Beoordeling van de prijs

Van inschrijvingen die voldoen aan de eisen ten aanzien van de opdracht worden de prijzen beoordeeld. Dat gebeurt aan de hand van het vastgestelde beoordelingskader.

De inschrijver met het laagste percentage ontvangt 100% van 10%.

Per % verschil hoger percentage honorarium ontvangt u 20% minder van 10%. Stel de laagste inschrijver heeft een bod van 5%, de tweede inschrijver heeft een bod van 7,5%. 5% = 10%, 7,5% = 50% lager scoort hier dus 50% van 10% = 5%.

4.4 Rangschikking

De scores voor kwaliteit, gebaseerd op de antwoorden op de vragen en prijs worden met elkaar in verband gebracht. Dat gebeurt middels de verhouding:

Kwaliteit	Prijs
90%	10%

De inschrijvingen worden gerangschikt, waarbij de inschrijver met het hoogste aantal procenten voor kwaliteit en prijs op de eerste plaats staat.

Wanneer er twee inschrijvers op de eerste plaats belanden, wordt opdracht gegund aan de inschrijver met de hoogste score voor kwaliteit. Wanneer beide inschrijvers hetzelfde puntenaantal voor kwaliteit behaald hebben, zal de winnende partij bepaald worden door middel van loting.'

1.6. In TenderNed is 'beste prijs-kwaliteit verhouding' als gunningscriterium bepaald. Vervolgens is in TenderNed het volgende overzicht van de subgunningscriteria opgenomen::

'1	Voorlopig ontwerp	70%
1.1	Stedenbouwkundige inpassing	18%
1.2	Fasering en logistiek	13%
1.3	Realiseren duurzaamheidsambitie (in combinatie met bestaand gebouw)	13%
1.4	Verbeteringsmaatregelen bestaand gebouw	13%
1.5	Aansluiting op masterplan en masterstudie	30%
1.6	Aansluiting op bestaand gebouw	13%
		100%
2	Visie op de opgave als presentatie	20%
3	Honorarium	10%
		100%'

1.7. In TenderNed is het volgende bepaald over het eerste subgunningscriterium (het kwaliteitscriterium "Voorlopig ontwerp"):

'U dient een voorlopig ontwerp te maken waarbij wij de in de subcriteria aangegeven items zullen gaan beoordelen.'

1.8. Vervolgens is in TenderNed het volgende bepaald over de subcriteria binnen het kwaliteitscriterium "Voorlopig ontwerp". Voor alle subcriteria geldt als bewijsstuk het voorlopig ontwerp. Voor subcriterium 1.2 'Fasering en logistiek' is de volgende beschrijving opgenomen: 'In welk tijdsbestek en hoe gaat u ervoor zorgen dat

de bouw geen overlast veroorzaakt voor het bestaande onderwijs'. Voor de overige subcriteria is geen beschrijving opgenomen.

- 1.9. In TenderNed is het tweede subgunningscriterium (het kwaliteitscriterium 'Visie op de opgave als presentatie') als volgt beschreven:

'U dient tijdens de presentatie op 12 oktober uw visie te geven op uw voorlopig ontwerp. Deze visie dient gegeven te worden door de architect die het proces gaat begeleiden.

Wij zullen beoordelen hoe uw visie/presentatie aansluit bij die van [Beklaagde] (is er wel een klik/vertrouwen)

Wij zullen uw beeld over onderwijs/bouwen en duurzaamheid beoordelen (beeldtaal van u van onze school en herkenbaarheid van de afdelingen voor wie deze nieuwe school zal worden)

Wij zullen hoe uw invulling van programma van eisen naar het ontwerp is geregeld beoordelen.

Wij zullen hoe u omgaat met kostenbewust ontwerpen beoordelen.

Wij zullen hoe u omgaat met duurzaam ontwerpen op basis van GPR beoordelen

Wij zullen hoe u uw organisatorische proceskwaliteit heeft geregeld beoordelen.'

- 1.10. Ten slotte is het derde subgunningscriterium (het prijscriterium "Honorarium") in TenderNed als volgt beschreven:

'U dient hier uw honorarium als percentage van de bouwsom op te geven voor de in 1.5 van de inschrijvingsleidraad aangegeven werkzaamheden en deze in een bij te voegen bijlage uit te werken.'

- 1.11. In de concept-overeenkomst is, onder meer, de volgende bepaling opgenomen:

'Artikel 6: Aansprakelijkheid en verzekering

6.1 Opdrachtnemer is aansprakelijk voor alle schade, met een maximum van € 3.000.000,00 per jaar, die tijdens de uitvoering van de overeenkomst door hem worden toegebracht door schuld, opzet of grove nalatigheid.

6.2 Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever tegen aanspraken van derden ter zake van schade bedoeld in lid 1, behalve in geval van opzet of grove schuld van Opdrachtgever.

6.3 In het geval zich een schadegeval voordoet zullen partijen gezamenlijk in overleg treden over de ontstane schade en in redelijkheid kijken naar de beste oplossing, hierbij rekening houdend met elkaars belangen.'

- 1.12. In de Nota van Inlichtingen van 14 september 2017 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden van 8, 12 en 13 september opgenomen:

- 1.12.1. Vraag 52: 'Gebruikelijk in dergelijke aanbestedingstrajecten is het maken van een visie op de opgave, resulterend in een Schetsontwerp (SO). Om een Voorlopig Ontwerp (VO) te kunnen maken zoals aangegeven in de inschrijvingsleidraad, dient het adviseursteam bekend te zijn. Daarnaast zijn wij van mening dat voor het maken van een goed VO gesprekken met de opdrachtgever/gebruikers essentieel zijn, alsmede een uitgebreid PvE. De tijd tot indiening op 11 oktober is te kort om een adviseursteam samen te stellen en een VO op te stellen. Wij stellen voor het door u gevraagde VO te wijzigen in het maken van een visie / SO. Kunt u hiermee akkoord gaan?'

Antwoord: 'Waar bij ons Voorlopig ontwerp staat dient u Schetsontwerp te lezen, dit dient dan ook te maken en aan te leveren. Het voorlopig ontwerp dient pas na definitieve gunning gemaakt te worden als onderdeel van 1.5. U dient voor het

baseren van het honorarium dus ook de kosten van het maken van een voorlopig ontwerp mee te nemen.'

- 1.12.2. Vraag 53: 'Het baseren van het honorarium als percentage van de bouwsom is sinds de invoering van de DNR, als opvolger van de SR'97, niet gebruikelijk. Voor het maken van een goede aanbidding die onderling vergeleken kan worden met de aanbiedingen van de overige inschrijvers, lijkt het ons verstandig een kruisjeslijst uit te geven conform de STB2014/DNR2011. Kunt u een dergelijke lijst verstrekken waarop wij onze aanbidding kunnen baseren?'

Antwoord (van 8 september 2017): 'wij kunnen deze kruisjeslijst niet verstrekken, u dient gewoon een percentage van de bouwsom als honorarium te geven.'

- 1.12.3. Vraag 54: 'In uw antwoord op vraag 53 geeft u aan dat partijen hun honorarium conform de leidraad 'gewoon' als percentage van de bouwsom moeten opgeven. Tegelijkertijd is tijdens de schouw aangegeven dat u over de bouwsom nog niets kunt zeggen. Waarop wilt u dan dat partijen hun honorariumberekening baseren?'

Antwoord (van 12 september 2017): 'U dient inderdaad een percentage van de bouwsom op te geven als honorarium waarbij de bouwsom nog niet bekend is, de bouwsom zult u moeten schatten, deze is inderdaad bij ons nog niet bekend.'

- 1.12.4. Vraag 55: 'Vanaf 1 sept is de inschrijvingsfase voor de aanbesteding "Architect nieuwbouw en inbreiding [Locatie]" gestart.

Hiervoor zijn tegelijkertijd de gunningstukken verstrekt. Op basis van de aangeleverde informatie zijn wij echter niet in staat aan uw vraag te voldoen. Zo ontbreken een ruimtelijk programma van eisen, technisch programma van eisen, digitale tekeningen van het bestaande gebouw en bouwtechnische informatie over het bestaande gebouw. Kunt u aangeven of u voornemens bent bovengenoemde informatie over eisen en het bestaande gebouw op korte termijn te verstrekken? Gezien de strakke planning die is meegegeven voor de inschrijvingsfase wil ik u vragen deze vraag eerder te beantwoorden dan bij het verstrekken van de nota van inlichtingen op 19 september.'

Antwoord: 'Wij hebben verder geen gegevens dan wat al aangeleverd is, alles wat wij hebben zit in de massastudie.'

- 1.12.5. Vraag 57: 'Voor het uitwerken van een schetsontwerp zou het ons ten zeerste helpen als u in staat zou zijn om het reeds opgezette 3D model van [X] te delen met de door u geselecteerde partijen. Wij vernemen graag op korte termijn of dit mogelijk is.'

Antwoord: 'Dit is mogelijk, dit zal als het goed is morgen worden toegevoegd.'

- 1.12.6. Vraag 62: 'Aanbesteder kan geen uitspraak doen over de bouwsom. Aangenomen mag worden dat er wel een budget (binnen bepaalde bandbreedten) is. Om in te schatten dat het beschikbare budget in verhouding staat tot het gevraagde, is het van belang dat dit budget (binnen bepaalde bandbreedten) kenbaar wordt gemaakt. Kunt u het budget verstrekken?'

Antwoord: 'Een schatting van de kosten voor fase A zal rond de 10 miljoen excl btw zitten.'

- 1.12.7. Vraag 63: 'Door de geringe informatie verstrekking (geen ruimtelijk en technisch pve) is de kans dat bij de beoordeling appels met peren worden vergeleken. Hoe denkt aanbesteder uiteindelijk een objectieve weging te kunnen maken?'

Antwoord: 'Zie inschrijvingsleidraad en uitleg over gunningscriteria op Tender-Ned.'

1.13. In de Nota van Inlichtingen van 19 september 2017 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden van 19 september 2017 opgenomen:

1.13.1. Vraag 69: 'Kunt u aangeven wat het budget is? Kunt u dit tevens uitsplitsen naar posten nieuwbouw en renovatie?'

Antwoord: 'Een schatting van de kosten voor fase A zal rond de 10 miljoen excl btw zitten. Zie extra bijlage [Y].'

1.13.2. Vraag 71: 'Kunt u nader specificeren wat wordt verstaan onder "Ondersteunen van de aanbesteding t.b.v. het bouwproject (technisch ontwerp/bestek/ondersteunen beantwoording Nota van Inlichtingen/ondersteunen beoordelen aanbieders). Wat houdt ondersteunen precies in?'

Antwoord: 'U dient het technisch ontwerp en bestek te maken. Daarnaast bent u onderdeel van het aanbestedingsteam dat de gestelde vragen beantwoordt en de inschrijving beoordeelt.'

1.13.3. Vraag 72: 'Hier is sprake van een WABO-procedure. Betreft het hier een reguliere of een uitgebreide WABO-procedure?'

Antwoord: 'Het betreft hier een reguliere WABO-procedure.'

1.13.4. Vraag 79: 'Aan de massastudie heeft [Y] meegewerkt. [X] uit [Z] heeft inzage gehad in de bevindingen van [Y]. Willen alle partijen een gelijke start kunnen maken, dan dienen zij over gelijke informatie van de opdrachtgever te beschikken. Kunt u alle gegadigden inzage geven in de bevindingen van [Y]?'

Antwoord: 'Ja, zal ik vandaag als bijlage bijvoegen. Dit is wel een voorstel/grove schatting en voor ons geen leidraad aangezien wij een aantal zaken in eigen beheer gaan doen.'

1.14. Op 21 september 2017 heeft ondernemer A de volgende e-mail aan het klachtemeldpunt van beklagde gezonden:

'Bij deze willen wij een klacht indienen aangaande de 'Europese niet-openbare aanbesteding "Architect nieuwbouw en inbreiding [Naam]. Na de eerste ronde van deze aanbestedingsprocedure zijn wij geselecteerd als één van de 5 partijen die mochten deelnemen aan de tweede ronde. Wij zijn inmiddels al even bezig in deze tweede ronde, maar hebben besloten niet meer verder te gaan omdat we niet genoeg vertrouwen hebben in een objectieve en gelijkwaardige beoordeling van de gegadigden, daarnaast zijn de aanbestedingsstukken, ons inziens, van een zeer ondermaats niveau en zijn het programma en de beoordelingscriteria te vaag.

Vandaar dat wij ons zojuist middels onderstaande mail hebben afgemeld bij de heer [B], de contactpersoon van de aanbestedende dienst. In onderstaande mail staat ook nog wat verdere uitleg over onze bedenkingen bij deze aanbesteding. Reeds in de eerste ronde bleek uit de nota dat wij niet de enige partij zijn die het niveau van deze aanbesteding beschamend vond, één van de concurrerende partijen begon namelijk een vraagstelling als volgt: "De procedure t.b.v. de architectenselectie nieuwbouw en inbreiding [...] is de merkwaardigste die wij in lange

tijd zijn tegengekomen. Vooreerst lijkt de verstrekte leidraad in verschillende opzichten een conceptversie te zijn...(...)"

Daarnaast bleek na door vragen in de tweede ronde dat de partij die al een behoorlijke voorsprong heeft in de procedure, doordat zij de makers zijn van het masterplan waarop de aanbesteding is gestoeld, zelf mee te doen aan de aanbesteding en daarnaast over veel meer informatie te beschikken dan aan de andere partijen was verstrekt.

Tenslotte wordt er in de korte periode van ongeveer een maand een compleet ontwerp gevraagd waarvoor een ontwerpvergoeding van slechts 3000,- aan de verliezers wordt verstrekt. Deze onrealistische vraagstelling is, ons inziens, exemplarisch voor het gebrek aan professionaliteit bij de uitvraag van deze aanbestedingsprocedure. Architectenbureaus worden op deze wijze ernstig benadeeld, er moet veel tijd en geld gestoken worden in de mogelijkheid om een mooie opdracht als deze te vergaren, vandaar dat we het niet bij slechts een afmelding wilden laten, maar ook middels de in de leidraad beschreven procedure, het sturen van een mail aan uw adres, een klacht indienen.'

- 1.15. Op 29 september 2017 heeft het klachtenmeldpunt van beklagde als volgt gereageerd op de klacht van A:

'(...)

Met betrekking tot uw constatering over de kwaliteit van de aanbestedingsstukken en gunningcriteria.

In zijn algemeenheid

We constateren dat er zeker veel verschillen zijn in de "kwaliteit" van aanbestedingsstukken. De uitgangspunten en beschikbare informatie bij aanbestedingsstukken is natuurlijk ook nooit het zelfde.

Men kan verschillende methodieken toepassen maar tevens is het steeds vaker zo dat aanbestedende partijen ook de exacte uitvoering nog niet kennen en dat een masterplan veelvuldig wordt aangepast.

Het is dan de keuze aan de aanbestedende dienst op welk moment men de aanbesteding in de markt gaat zetten. Bij veel onduidelijkheden kan dit tot hogere prijzen leiden omdat de inschrijver aannames en risico's doet inbouwen. Het is dan niet gelijk zo dat dit een gevaar moet zijn voor een objectieve en gelijkwaardige beoordeling. Daar waar een inschrijver zich niet comfortabel voelt bij de uitvraag kan dit leiden tot minder inschrijvers. Wij zullen hier de aanbestedende dienst op wijzen. Opmerkelijk is wel, gezien het aantal inschrijvingen bij de voorselectie en het aantal gegadigden, dat er voldoende animo is voor de opdracht.

Met betrekking tot bovenstaande aanbesteding Is er gekozen om de beoordeling te doen op een ontwerp van onder andere de bouwkundige buitenkant van het gebouw.

Gunningcriteria

Voorlopig ontwerp (schetsontwerp)

Hier worden 5 sub criteria gevraagd die relevant zijn voor de aanbestedende dienst en hier wordt gevraagd naar eigen inbreng. Tevens is er een schouwing geweest

percentage van de bouwsom.

Men kan een percentage offreren. Dit is op zich gebruikelijk wanneer men beschrijft welke diensten men hier voor moet leveren.

Dit hoeft niet perse een aftekenlijst te zijn van activiteiten en sub activiteiten. Het kan altijd zo zijn dat er wel eens interpretatieverschillen zijn en men dit in goed partnerschap kan oplossen. Tevens ligt er nog meerwerk in het verschiet wanneer men tevreden is over de dienstverlening

Visie op de opgave als presentatie

Hier staan een aantal aspecten (behalve de klik) beschreven op welke manier dit beoordeeld gaat worden door meerdere personen.

Dit zal moeten leiden tot een objectieve waardering.

Voorkennis

Met betrekking tot u punt van voorkennis van een partij.

Uit de aanbestedingsstukken blijkt inderdaad dat een partij meer tijd heeft gehad in het voor traject en dit risicovol kan zijn voor een gelijkwaardige beoordeling. Terecht is in de nota van inlichtingen een vraag gesteld om meer informatie te verstrekken zodat een ieder weet waar in het verleden al eens is over nagedacht. Het nieuwe ontwerp moet nog worden bepaald.

Conform artikel 2.51 in de aanbestedingswet zal de aanbestedende dienst "passende maatregelen nemen om er voor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de deelneming van die gegadigde inschrijver" In deze Casus is alle informatie welke relevant zou kunnen zijn voor de invulling van deze opdracht verstrekt. Deze informatie is dan wel wat later aangeleverd daar het voor de Aanbestedende dienst zelf niet als zo relevant is aangemerkt en dat de gevraagde inschrijvingen hier een hele andere richting aan kunnen geven. Wel is de inschrijfduur iets verlengd, dit in het verlengde van Artikel 2.51 sub b uit de aanbestedingswet. Het is dus niet zo per definitie dat de aanbestedende dienst deze inschrijver kan uitsluiten.

Over de inschrijftijd, het maken van een schetsontwerp (voor de buitenkant van het gebouw) en de vergoeding van 3000 Euro kunnen wij lastig een uitspraak over doen.

Wanneer deze termijnen en vergoedingen niet proportioneel zouden zijn kan dit zo maar leiden tot weinig of geen inschrijving. De termijn is in ieder geval iets verlengd. En tevens is het ontwerp vervangen door schetsontwerp. Wij zullen in ieder geval ook de aanbestedende dienst op wijzen hiermee rekening te houden bij volgende aanbestedingen. [Beklaagde] zullen wij op de hoogte brengen van de klacht en ons advies'

- 1.16. Klager, een brancheorganisatie, heeft op 6 november 2017 de volgende e-mail aan beklaagde gezonden:

'Middels deze mail wil [Klager] een klacht indienen over de Europese niet-openbare aanbesteding "Architect Nieuwbouw en Uitbreiding [Locatie]". Wij betreuren dat we slechts in een laat stadium een melding over deze aanbesteding ontvingen, waardoor wij niet eerder konden reageren. Gezien de ernst van de tekortkomingen in deze procedure menen wij dat een formele klacht toch op zijn plaats is. De klacht zal zeer waarschijnlijk geen effect meer hebben op de procedure, maar wij hopen dat de klacht aanleiding is om maatregelen te treffen om herhaling te voorkomen.'

- 1.17. Bij de e-mail van 6 november 2017 heeft klager de volgende klachtbrief van 26 oktober 2017 gevoegd:

'(...) [Klager] is van mening dat de gevoerde procedure niet voldoet aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie en proportionaliteit. Ik ben me terdege bewust van het late tijdstip, maar gezien de ernst van de tekortkomingen wil [Klager] toch een formele klacht indienen. Omdat wij pas in een laat stadium een melding kregen over voornoemde aanbesteding, was [Klager] niet in de gelegenheid om eerder te klagen. Gezien het stadium van de aanbesteding zal [Klager] haar grieven beperken tot de inschrijvingsfase. Ik zal hierna de onderdelen van onze klacht toelichten.' [Zie de onderbouwing van de klacht onder 3 hierna, Commissie.]'

1.18. Beklaagde heeft op 10 november 2017 als volgt gereageerd op de klacht:

'In een eerder stadium is reeds een klacht aan het klachtenmeldpunt geadresseerd met een aantal zaken en tekortkomingen zoals u ze aan de order stelt in uw schrijven.

Aan deze kandidaat inschrijver welke zich op dat moment al teruggetrokken had in de aanbestedingsprocedure zijn we uitvoerig ingegaan op het aanbestedingsproces en de situaties die zich hebben voorgedaan.

Ik weet niet of deze kandidaat inschrijver onze reactie aan u heeft laten toekomen. Dat is een keuze welke de kandidaat inschrijver kan doen. Wij kunnen niet zonder meer deze correspondentie aan derden verstrekken.

De Aanbestedende dienst heeft tijdens het aanbestedingstraject wel extra informatie, transparantie en aangepaste termijnen gegeven om een gelijk speelveld te creëren.

Tevens hebben we de aanbestedende dienst er op gewezen dat bij volgende trajecten meer zorgvuldigheid vereist is en het gelopen traject geen schoonheidsprijs verdiend. Hier is schriftelijk en persoonlijk contact over geweest

We kunnen niet inhoudelijk op de genoemde zaken in uw brief ingaan omdat u geen partij geweest bent in deze aanbesteding. Wel nemen we uw opmerkingen te harte en zullen het document "richtlijnen gezonde architectenselectie" doorsturen aan het inkoopnetwerk binnen het mbo onderwijs voor verdere professionalisering als het gaat om aanbestedingen architect diensten.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft de aanbestedingsprocedure slecht voorbereid waardoor de aanbestedingsstukken en de omschrijving van de opdracht onvoldoende transparant zijn geformuleerd.

2.2. Klachtonderdeel 2

Het gunningscriterium prijs is onvoldoende transparant.

2.3. Klachtonderdeel 3

Het door beklagde gevraagde schetsontwerp (SO) is niet proportioneel gezien de vergoeding die daar tegenover staat en het detailniveau van de gunningscriteria en is tevens onvoldoende transparant.

2.4. Klachtonderdeel 4

De vrijwaringsclausule van artikel 6.2 in de concept-overeenkomst is ongelimiteerd en daarmee niet proportioneel.

2.5. Klachtonderdeel 5

Het afstand moeten doen van auteursrechten op tenderonderwerpen is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel, zeker voor niet winnende inschrijvers.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Klager stelt dat meerdere potentiële inschrijvers in de vragenrondes de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure aan de orde hebben gesteld (zie 1.4, 1.12 en 1.13 hiervoor). Volgens klager lijkt de aanbesteding een haastklus en slecht voorbereid.
- 3.1.2. In dit kader verwijst klager naar de Gids Proportionaliteit, in het bijzonder de hoofdstukken over de Voorfase en het Opstellen van de Aanbestedingsstukken. De Gids benadrukt volgens klager het belang van een goede voorbereiding en vraagarticulatie, in het bijzonder middels het opstellen van een programma van eisen (klager wijst hierbij op paragraaf 2.6 en 3.2 van de Gids Proportionaliteit).
- 3.1.3. Volgens klager wijkt beklagde ongemotiveerd af van deze handreikingen in de Gids Proportionaliteit. Daar komt volgens klager nog bij dat de aanbesteder pas in een laat stadium alle stukken heeft verstrekt waarover X, één van de inschrijvers die ook betrokken was bij de voorbereiding van de aanbesteding, beschikte.
- 3.1.4. Omdat de informatie alsnog verstrekt is aan de overige inschrijvers en de inschrijftermijn is verruimd, is er naar de mening van klager geen sprake van een aanbestedingsrechtelijke doodzonde, maar het had allemaal veel zorgvuldiger voorbereid kunnen worden.
- 3.1.5. Klager vindt het vooral een kwalijke zaak dat de aanbestedingsstukken geen duidelijke beschrijving van de opdracht (scope werkzaamheden) bevatten (zie 1.3 en 1.5 hiervoor). Reeds in de selectiefase hebben meerdere potentiële gegadigden de vraag gesteld of de opdracht alleen betrekking heeft op bouwkundig/architectonisch ontwerp of op een 'total engineering'-opdracht (opdracht aan ontwerpteam met alle benodigde adviseurs, zie 1.4 hiervoor).
- 3.1.6. In de nota van inlichtingen in de selectiefase is beklagde het antwoord naar mening van klager schuldig gebleven. Kort samengevat luidde het antwoord volgens klager dat er meer duidelijkheid zou volgen in de inschrijvingsfase.
- 3.1.7. Klager stelt dat uit de stukken in de inschrijvingsfase nog steeds niet eenduidig blijkt wat de scope van de te verrichten werkzaamheden nu precies is. Dan is het volgens klager niet zo vreemd dat een geselecteerde gegadigde vraagt om een nadere taakbeschrijving ('kruisjeslijst' op basis van de DNR-STB, zie 1.12.2 hiervoor).
- 3.1.8. Tot op zekere hoogte kan klager nog volgen dat beklagde antwoordt dat er geen 'kruisjeslijst' verstrekt wordt (zie 1.12.2 hiervoor) – de keuze of de scope gespecificeerd wordt aan de hand van de DNR-STB of niet is volgens klager aan be-

klaagde – maar klager vindt het onbegrijpelijk en in strijd met het transparantiebeginsel dat beklaagde verzaakt heeft een nadere taakspecificatie te verstrekken.

3.1.9. Om een honorarium als percentage van de bouwsom af te kunnen geven maakt het volgens klager nogal uit of de opdracht alleen bouwkundig/architectonisch advies betreft of alle technische disciplines. Klager stelt dat inschrijvers nu moeten gokken wat er nu wel en wat niet onderdeel is van de te verrichten ontwerpdiensten.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Klager voert aan dat de inschrijvers een honorariumbieding moeten doen als percentage van de bouwsom. Klager wijst er echter op dat beklaagde blijkens de nota van inlichtingen nog geen raming heeft gemaakt van de verwachte bouwkosten (zie 1.12.3 en 1.12.6 hiervoor). Daardoor is het voor de inschrijvers onduidelijk welk bouwbudget beklaagde in haar hoofd heeft en of dat budget toereikend is in de huidige markt van snel stijgende bouwkosten.

3.2.2. Dit leidt er volgens klager toe dat inschrijvers zelf maar een inschatting moeten maken van de verwachte bouwkosten en daar een percentage op moeten geven. Het gevolg hiervan is volgens klager dat inschrijvers niet weten of de geraamde bouwkosten acceptabel zijn voor de opdrachtgever en bestaat er een reële kans dat de ramingen verschillen en de percentages van inschrijvers dus gebaseerd zijn op andere bedragen.

3.2.3. Met het oog op transparantie had het naar de mening van klager veel meer voor de hand gelegen om een raming van de verwachte bouwkosten te geven op basis waarvan de inschrijvers een percentage kunnen afgeven.

3.3. Klachtonderdeel 3

3.3.1. Oorspronkelijk vroeg beklaagde om een voorlopig ontwerp (VO) als onderdeel van de inschrijving. Hierbij merkt klager op dat geselecteerde inschrijvers hier terecht vragen over gesteld hebben.

3.3.2. Klager stelt dat het op basis van de verstrekte gegevens niet mogelijk is om een goed voorlopig ontwerp te maken. Klager is bovendien van mening dat een voorlopig ontwerp als uitvraag disproportioneel is, gezien de beperkte vergoeding van € 3000 (zie paragraaf 3.1 van de Inschrijvingsleidraad, in 1.5 hiervoor). Volgens klager is in de Gids Proportionaliteit in Voorschrift 3.8 bepaald dat beklaagde een redelijke vergoeding moet overwegen wanneer inschrijvers een deel van de te plaatsen opdracht moeten uitvoeren (klager verwijst tevens naar artikel 1.10, lid 2, sub g, Aw 2012).

3.3.3. Naar de mening van klager is het hier overduidelijk dat inschrijvers een deel van de opdracht moeten uitvoeren, maar van een redelijke vergoeding is volgens klager geen sprake. De vergoeding van € 3000 dekt volgens klager slechts een fractie van de daadwerkelijke inschrijfkosten waarbij klager verwijst naar de Richtlijn Gezonde Architectenselecties (te vinden op www.bna.nl).

3.3.4. Beklaagde heeft het vereiste uitwerkingsniveau aangepast naar schetsontwerp (SO), maar klager betwijfelt of de uitvraag daardoor proportioneel geworden is.

3.3.5. De inschrijvingsleidraad laat volgens klager in het midden wat er precies onder een uitwerkingsniveau van schetsontwerp verstaan moet worden. Bovendien heeft de aanpassing van de aan te leveren 'deliverables' niet geleid tot een heroverweging van de kwalitatieve gunningscriteria. Klager vraagt zich ten eerste

af in hoeverre met een schetsontwerp een goed inzicht gegeven kan worden in het realiseren van duurzaamheidsambities en fasering en logistiek. Dat vraagt volgens klager toch al snel om uitwerking op het niveau van een voorlopig ontwerp. Daardoor ontstaat naar de mening van klager het risico dat de inschrijvers zich gedwongen zullen voelen om toch een voorlopig ontwerp aan te bieden.

3.4. Klachtonderdeel 4

3.4.1. Klager is van mening dat de voorgestelde vrijwaring in artikel 6.2 van de conceptovereenkomst (zie 1.11 hiervoor) een vorm van onbegrensde aansprakelijkheid is. Dergelijke vrijwaringen worden volgens klager niet gedekt door de gangbare beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

3.4.2. Klager verwijst naar Voorschrift 3.9 D van de Gids Proportionaliteit en stelt dat er in dit geval sprake is van een ongelimiteerde aansprakelijkheid.

3.5. Klachtonderdeel 5

3.5.1. In paragraaf 3.1 van de Inschrijvingsleidraad is bepaald dat inschrijvers afstand moeten doen van het auteursrecht op hun tenderontwerp (zie 1.5 hiervoor). Klager is van mening dat deze clausule evident niet proportioneel is.

3.5.2. Een aanbestedingsprocedure dient volgens klager primair om het contract toe te kennen aan de beste marktpartij en niet om extra ontwerpen beneden kostprijs te krijgen. Klager is dan ook van mening dat een beperkt gebruiksrecht op de afgewezen tenderontwerpen het maximale is wat beklagde van de inschrijvers kan vragen. In dat kader wijst klager op paragraaf 3.9.1.2 van de Gids Proportionaliteit.

4. Reactie beklagde

4.1. Klachtonderdeel 1

4.1.1. Beklaagde merkt op dat zij in de voorbereidingsfase een selectieleidraad en later een inschrijvingsleidraad heeft gemaakt. Daarnaast merkt beklagde op dat zij tevens als bijlage een massastudie en masterplan heeft aangeleverd (zie de vermelding in paragraaf 1.1 en 1.2 van de Inschrijvingsleidraad in 1.5 hiervoor). Beklaagde voert aan dat zij functioneel heeft gespecificeerd.

4.1.2. Voorts stelt beklagde dat voor inschrijvers op TenderNed was te vinden wat beklagde verwacht van de aan te leveren documenten. In dit kader verwijst beklagde naar diverse plaatsen in de Inschrijvingsleidraad waarin naar haar mening staat wat zij van de inschrijvingen verwacht, bijvoorbeeld in paragraaf 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 en 1.5 (zie 1.5 hiervoor).

4.1.3. Beklaagde verwijst ter onderbouwing hiervan naar vragen 71 en 72 en de antwoorden hierop in de Nota van inlichtingen van 19 september 2017 (zie 1.13.2 en 1.13.3 hiervoor).

4.1.4. Tot slot staat volgens beklagde op TenderNed uitgelegd waar het voorlopig ontwerp (later veranderd in schetsontwerp) aan moet voldoen.

4.2. Klachtonderdeel 2

4.2.1. Wat betreft het tweede klachtonderdeel, de onduidelijkheid van het gunningscriterium prijs, merkt beklagde op dat zij de raming in de Nota van inlichtingen

heeft gegeven. In dat kader verwijst beklaagde naar vragen 54, 62, 69 en 79 en de antwoorden hierop in de Nota's van inlichtingen van 14 en 19 september (zie 1.12.3, 1.12.6, 1.13.1 en 1.13.4 hiervoor).

4.2.2. Tot slot geldt volgens beklaagde dat het in het beginstadium voor beklaagde niet geheel duidelijk was welke bouwkosten uitbesteed zouden worden en welke werkzaamheden in eigen beheer zouden plaatsvinden. Hierdoor is beklaagde terughoudend omgegaan met het verstrekken van de bouwkosten. Nadat inschrijvers nogmaals hierom hebben verzocht, heeft beklaagde deze bouwkosten alsnog aangeleverd (zie het antwoord op vragen 62 en 69 in 1.12.6 en 1.13.1 hiervoor).

4.3. Klachtonderdeel 3

4.3.1. Ten aanzien van het derde klachtonderdeel merkt beklaagde op dat zij in de Nota van Inlichtingen een vraag heeft ontvangen of een Voorlopig ontwerp (VO) geen Schetsontwerp (SO) moest zijn. Naar aanleiding van deze vraag heeft beklaagde de aanvraag aangepast (zie het antwoord op vraag 52 in de Nota van inlichtingen van 14 september 2017 in 1.12.1 hiervoor).

4.3.2. Voorts merkt beklaagde op dat zij geen vragen heeft ontvangen over de redelijkheid van de te verstrekken vergoeding. Overigens geldt dat beklaagde vier goede schetsontwerpen heeft ontvangen.

4.4. Klachtonderdeel 4

Beklaagde stelt dat zij heeft getracht de vrijwaringsbepaling van artikel 6.2 van de concept-overeenkomst (zie 1.11 hiervoor) in alle redelijkheid te formuleren.

4.5. Klachtonderdeel 5

Beklaagde stelt dat zij geen vragen over de auteursrechtbepaling in paragraaf 3.1 van de Inschrijvingsleidraad (zie 1.5 hiervoor) heeft gehad. Beklaagde voegt daaraan toe dat zij vragen mogelijk had kunnen oplossen door een beperkt auteursrecht te vragen.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie stelt vast dat beklaagde op 1 september 2017 een niet-openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor architectendiensten voor nieuwbouw en inbreiding van een schoolgebouw. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

5.2. Klachtonderdeel 1

5.2.1. De Commissie is van oordeel dat beklaagde geen duidelijke omschrijving van de opdracht heeft gegeven. Ook naar aanleiding van vragen van potentiële gegadigden en inschrijvers heeft beklaagde niet duidelijk gemaakt of de opdracht alleen betrekking heeft op het bouwkundig/architectonisch ontwerp of op een 'total engineering'-opdracht met alle technische disciplines. Als gevolg van de onduidelijkheid over de inhoud van de opdracht heeft beklaagde voor de inschrijvers bovendien geen gelijk speelveld gecreëerd. Het voorgaande betekent dat beklaagde in strijd met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van artikel 1.9 respectievelijk 1.8 Aw 2012 heeft gehandeld.

5.2.2. Daarmee is klachtonderdeel 1 gegrond.

5.3. Klachtonderdeel 2

5.3.1. De Commissie is van oordeel dat het prijs criterium onvoldoende transparant is doordat de bouwkosten nog niet vastliggen en beklagde als prijs criterium om een percentage van de bouwkosten heeft gevraagd. In de Nota's van inlichtingen heeft beklagde slechts een schatting van de kosten gegeven (zie de antwoorden op vragen 62 en 69 in 1.12.6 en 1.13.1 hiervoor), nog daargelaten dat zij het document van Y met de onderbouwing van de bouwkosten met de volgende begeleidende tekst heeft verstrekt (zie het antwoord op vraag 79 in 1.13.4 hiervoor): 'Dit is wel een voorstel/grove schatting en voor ons geen leidraad aangezien wij een aantal zaken in eigen beheer gaan doen.' Met het voorgaande heeft beklagde bovendien opnieuw geen gelijk speelveld voor de inschrijvers gecreëerd. Een en ander betekent dat beklagde in strijd met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van artikel 1.9 respectievelijk 1.8 Aw 2012 heeft gehandeld.

5.3.2. Daarmee is ook klachtonderdeel 2 gegrond.

5.4. Klachtonderdeel 3

5.4.1. De Commissie zal allereerst onderzoeken of klager klachtonderdeel 3 tijdig bij beklagde onder de aandacht heeft gebracht.

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

5.4.3. Beklagde heeft in dit kader in paragraaf 2.2 van de Inschrijvingsleidraad bepaald dat onvolkomenheden direct na constatering bij beklagde kunnen worden gemeld (zie 1.5 hiervoor).

5.4.4. Hoewel over de ontwerpvergoeding geen vragen zijn gesteld, heeft A naar het oordeel van de Commissie hierover tijdig (op 21 september 2017) een klacht ingediend. A heeft immers twee dagen na de laatste Nota van Inlichtingen en ruim voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn een klacht bij het klachtenmeldpunt van beklagde ingediend.

5.4.5. Klager is weliswaar zelf geen (potentiële) inschrijver, maar behartigt de belangen van potentiële inschrijvers. In die hoedanigheid kan zij zowel op eigen initiatief als naar aanleiding van een melding van een potentiële gegadigde een klacht indienen bij de Commissie. In beide gevallen geldt voor de brancheorganisatie dan een afgeleide klachtplicht. Niet is vereist dat eventuele vragen of klachten tijdens de aanbestedingsprocedure door de brancheorganisatie zelf zijn ingediend (vgl. Advies 256, overwegingen 5.3.2-5.3.4). Als gevolg van de door A ingediende klacht is beklagde op de hoogte geraakt van bezwaren van potentiële inschrijvers tegen de geboden ontwerpvergoeding en is aan de afgeleide klachtplicht van klager voldaan (vgl. Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943, JAAN 2016/11 m.nt. E.E. Zeelenberg, r.o. 6.15 en Advies 396, overweging 5.5).

5.4.6. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht.

5.4.7. Artikel 1.10, lid 1 en 2, Aw 2012 luidt, voor zover relevant, als volgt:

'1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...), voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

(...)

g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;

(...)'

5.4.8. Krachtens het vierde lid van voornoemd artikel dient een aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit toe te passen of een afwijking daarvan te motiveren in de aanbestedingsstukken.

5.4.9. In Voorschrift 3.8 Gids Proportionaliteit is bepaald:

'De aanbestedende dienst biedt een vergoeding aan wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen.'

5.4.10. Voorschrift 3.8 is in de Gids Proportionaliteit onder meer als volgt toegelicht:

'(...) Wanneer het onvermijdelijk is dat er verhoudingsgewijs aanzienlijke kosten (denk aan visiepresentaties, maquettes en modellen, schetsen of (constructie-)doorberekening) per inschrijving gemaakt moeten worden, is het proportioneel aan een inschrijver daarvoor een vergoeding te geven.'

5.4.11. Naar het oordeel van de Commissie heeft beklagde er goed aan gedaan om het vereiste van een voorlopig ontwerp naar aanleiding van vragen te laten varen (zie het antwoord op vraag 52, in 1.12.1 hiervoor). In plaats daarvan heeft beklagde gevraagd om een schetsontwerp.

5.4.12. Beklagde heeft echter nagelaten te omschrijven wat zij onder een schetsontwerp verstaat. Bovendien is het eerste gunningscriterium 'voorlopig ontwerp' ongewijzigd gebleven. De elementen 'Fasering en logistiek' en 'Realiseren duurzaamheidsambitie' lijken niet in een schetsontwerp thuis te horen. Door deze kwalitatieve subgunningscriteria te handhaven, worden de inschrijvers er toch toe aangezet meer dan een schetsontwerp in te dienen. Voor zover het klachtonderdeel inhoudt dat het vereiste van het schetsontwerp onvoldoende transparant is, is het naar het oordeel van de Commissie gegrond. Bovendien heeft beklagde daardoor geen gelijk speelveld voor de inschrijvers gecreëerd.

5.4.13. Daarmee is klachtonderdeel 3 gegrond, voor zover erover is geklaagd dat het vereiste van het schetsontwerp onvoldoende transparant is.

5.4.14. De Commissie waardeert het dat beklagde een ontwerpvergoeding aan de inschrijvers toekent. Ook indien slechts om een schetsontwerp wordt gevraagd, komt de vergoeding de Commissie echter aan de lage kant voor. Nu dit klachtonderdeel reeds gegrond is, laat de Commissie het bij deze opmerking.

5.5. Klachtonderdeel 4

5.5.1. Alvorens tot behandeling van het vierde klachtonderdeel over te gaan, schetst de Commissie eerst het relevante toetsingskader.

5.5.2. Artikel 1.10, lid 1 en 2, Aw 2012 luidt, voor zover relevant, als volgt:

'1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...), voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

(...)

h. de voorwaarden van de overeenkomst.'

5.5.3. Krachtens het vierde lid van voornoemd artikel dient een aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit toe te passen of een afwijking daarvan te motiveren in de aanbestedingsstukken.

5.5.4. Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit luidt als volgt:

'De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.'

5.5.5. In Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit is bepaald:

'1. De aanbestedende dienst verlangt geen aansprakelijkheid die op geen enkele manier gelimiteerd is.

2. Bij de beoordeling welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is slaat de aanbestedende dienst in ieder geval acht op:

- De risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt;
- De gebruikelijke aansprakelijkheidseis in de betreffende branche of voor de betreffende opdracht naar aard en omvang.'

5.5.6. Een contractuele regeling kan allereerst tot onbeperkte aansprakelijkheid van de opdrachtnemer leiden, wanneer die regeling er in voorziet dat het risico – namelijk: dat zich in verband met de uitvoering van de opdracht een gebeurtenis voordoet die tot schade leidt – te allen tijde bij de opdrachtnemer wordt gealloceerd. In een dergelijk geval kan zo'n contractuele regeling een afwijking inhouden van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Van een dergelijke afwijking zal geen sprake zijn in het geval dat een contractuele risicoregeling ontbreekt – in welk geval immers kan worden teruggevallen op het stelsel van het Burgerlijk Wetboek (zie art. 6:74 e.v. BW) – of de in het contract voorziene risicoregeling bij dat wettelijk stelsel aansluit (vergelijk Adviezen 40 en 42, overweging 6.2; Advies 154, overweging 6.2.8; Advies 331, overweging 5.6; Advies 355, overweging 5.3.1 en Advies 404, overweging 5.3.1).

5.5.7. Een contractuele regeling kan in de tweede plaats tot onbeperkte aansprakelijkheid van de opdrachtnemer leiden, wanneer zijn aansprakelijkheid op grond van de wet of een contractuele risicoregeling in beginsel kan worden gevestigd (zie 5.5.6 hiervoor) en het contract er expliciet in voorziet dat zijn schadevergoedingsverbintenis naar de inhoud, omvang of duur daarvan ongelimiteerd is. In een dergelijk geval – dat zich voordeed in de casus die speelde in Advies 331 – vormt een dergelijke contractuele voorziening een afwijking van Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit. Van een dergelijke afwijking zal geen sprake zijn in het geval dat zo'n expliciete voorziening in het contract ontbreekt – in welk geval immers kan worden teruggevallen op het stelsel van het Burgerlijk Wetboek (zie in het bijzonder afdeling 6.1.10 BW) – of de in het contract voorziene regeling bij dat wettelijk stelsel aansluit (vergelijk Adviezen 40 en 42, overwe-

ging 6.5.2; Advies 154, overwegingen 6.2.2 t/m 6.2.6; Advies 331, overweging 5.7; Advies 355, overweging 5.3.2 en Advies 404, overweging 5.3.2).

- 5.5.8. Klager stelt dat de vrijwaringsbepaling van artikel 6.2 van de concept-overeenkomst (zie 1.11 hiervoor) ongelimiteerd is en dat beklagde daarmee Voorschrift 3.9 D Gids Proportionaliteit niet in acht neemt. Daarmee ziet de klacht op Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit.
- 5.5.9. Van ongelimiteerde aansprakelijkheid in de zin van Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit is echter geen sprake. Naar het oordeel van de Commissie ligt het voor de hand de vrijwaringsplicht van artikel 6.2 van de concept-overeenkomst in die zin uit te leggen dat opdrachtnemer aansprakelijk is voor schade van derden, met een maximum van € 3.000.000 per jaar, die tijdens de uitvoering van de overeenkomst door hem wordt toegebracht door schuld, opzet of grove nalatigheid, behalve in geval van opzet of grove schuld van opdrachtgever. Daarmee is de aansprakelijkheid voor schade van derden naar het oordeel van de Commissie op drie manieren gelimiteerd. In de eerste plaats is die aansprakelijkheid gelimiteerd tot een bedrag van € 3.000.000 per jaar, waarmee geen sprake is van ongelimiteerde aansprakelijkheid in de zin van Voorschrift 3.9 D, lid 1, Gids Proportionaliteit. Ten tweede is die aansprakelijkheid beperkt tot schade toegebracht door schuld, opzet of grove nalatigheid van opdrachtnemer en ten slotte is de aansprakelijkheid voor schade van derden beperkt tot situaties waarin er geen sprake is van opzet of grove schuld van beklagde. Deze laatste twee beperkingen zien op de vestiging van aansprakelijkheid in de zin van Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit.
- 5.5.10. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 4 ongegrond.

5.6. Klachtonderdeel 5

- 5.6.1. De Commissie zal allereerst onderzoeken of klager klachtonderdeel 5 tijdig bij beklagde onder de aandacht heeft gebracht.
- 5.6.2. Door pas op 6 november 2017 een klacht over de auteursrechtbepaling van paragraaf 3.1 van de Inschrijvingsleidraad (zie 1.5 hiervoor) bij beklagde in te dienen, heeft klager de in 5.4.2 en 5.4.5 hiervoor bedoelde (afgeleide) verplichting naar het oordeel van de Commissie niet nageleefd. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat klager haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. Dat klager pas laat een melding kreeg over de onderhavige aanbestedingsprocedure komt voor haar risico.
- 5.6.3. Deze handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium voor de auteursrechtbepaling nog een beroep kan doen op strijd met het proportionaliteitsbeginsel.
- 5.6.4. Klachtonderdeel 5 is derhalve ongegrond.
- 5.7. Ten overvloede gaat de Commissie hierna nog inhoudelijk op het klachtonderdeel in.
- 5.7.1. Paragraaf 3.9.1.2 Gids Proportionaliteit luidt als volgt:

‘Conform de Auteurswet ligt het intellectuele eigendom bij de maker ervan. In veel sectoren is het intellectueel eigendom op een product het enige dat echt waarde heeft en/of cruciaal is voor de reguliere bedrijfsvoering van inschrijvers. Het is voor aanbestedende diensten vaak van belang te voorkomen dat ze bij voor hen gemaakte producten afhankelijk worden van een onderneming. Om die

reden willen ze graag het intellectuele eigendom verkrijgen. Om dit probleem te voorkomen is niet per se het intellectueel eigendom nodig, maar volstaat veelal een uitgebreid gebruiksrecht. Als men uitgaat van dat laatste, wordt recht gedaan aan de positie van zowel de inschrijver als de aanbestedende dienst.'

- 5.7.2. In paragraaf 3.1 ("Eisen ten aanzien van de opdracht") van de Inschrijvingsleidraad (zie 1.5 hiervoor) is bepaald: 'U dient afstand te doen van het auteursrecht van het door u ingediend plan.'
- 5.7.3. Anders dan klager veronderstelt, richt deze eis zich naar het oordeel van de Commissie slechts op de inschrijver die de opdracht gegund krijgt. Alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers zullen deze eis op deze wijze uitleggen. Deze eis is immers opgenomen in de paragraaf met eisen ten aanzien van de opdracht. De overige eisen in deze paragraaf zien eveneens op de uitvoering van de opdracht. Slechts de eerste eis in deze paragraaf betreffende de vergoeding van € 3000 voor de presentaties ziet op elke deelnemer en vermeldt dat expliciet.
- 5.7.4. Alvorens te kunnen onderzoeken of de eis betreffende het auteursrecht proportioneel is, zal de Commissie beoordelen of de eis voldoende transparant is in die zin dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers dit voorschrijft op dezelfde wijze zullen uitleggen. Naar het oordeel van de Commissie is dit niet het geval. De Commissie gaat ervan uit dat met het 'ingediend plan' wordt bedoeld op het schetsontwerp. Zoals ook uit de literatuur blijkt (zie Spoor, Verkade en Visser: Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht, 2005, paragraaf 13.5) is echter niet duidelijk wat is bedoeld met 'afstand doen' van het auteursrecht en welke rechtsgevolgen daarmee zijn beoogd. Voor zover beklagde met de gestelde eis de overdracht van een auteursrecht of de verlening van een licentie heeft willen bewerkstelligen, heeft zij dat niet duidelijk tot uitdrukking gebracht zodat onvoldoende transparant is welk rechtsgevolg uit deze eis voortvloeit.
- 5.7.5. Nu de eis betreffende het auteursrecht naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant is, komt de Commissie niet meer toe aan de vraag of de eis in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel.

6. Advies

De Commissie acht de klachtonderdelen 1, 2 en 3, voor zover daarin is geklaagd dat het vereiste van het schetsontwerp onvoldoende transparant is, **gegrond** en klachtonderdeel 4 **ongeground**. Wat betreft klachtonderdeel 5 heeft beklagde in strijd met het transparantiebeginsel van artikel 1.9 Aw 2012 gehandeld. Dat klager haar bezwaren te laat kenbaar heeft gemaakt, doet geen afbreuk aan die conclusie. Wel heeft klager daarmee een onvoldoende proactieve houding aangenomen en dat staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog kan opkomen tegen het handelen van beklagde. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 5 **ongeground**.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 18 december 2017

w.g.:

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid