

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 431

### 1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft in het voorjaar van 2006 een Europese aanbestedingsprocedure gehouden voor een overheidsopdracht voor architectendiensten bestaande uit het ontwerpen van nieuwe gebouwen (waaronder een gebouw voor X), het opstellen van een visie op het totale gebouwencomplex van beklagde en het opstellen van een masterplan voor het omliggende terrein van dat complex. Klager heeft in het kader van deze aanbestedingsprocedure destijds de winnende inschrijving ingediend. Beklaagde en klager hebben vervolgens in het voorjaar van 2007 een overeenkomst met elkaar gesloten. Op deze overeenkomst is De Nieuwe Regeling (DNR) 2005 van toepassing verklaard. Op basis van deze overeenkomst heeft beklagde vanaf 2007 gedurende een aantal jaren deelopdrachten aan klager verstrekt.

1.2. Op 22 januari 2013 heeft beklagde een persbericht opgesteld waarin onder meer het volgende is opgenomen:

'[Beklaagde] en [A] versterken hun bestaande samenwerking op het gebied van (...), in het bijzonder op het gebied van wetenschappelijk onderzoek en (...). Vandaag ondertekenen de organisaties hiertoe een samenwerkingsovereenkomst. (...)

De samenwerking tussen [Beklaagde] en [A] vindt vooral plaats tussen [X] van [Beklaagde] en het Universitair Centrum van [A]. Tot de privatisering in 1991 was [Y] een afdeling van het toenmalig [Ziekenhuis]. Sinds 2001 maakt het [Y] als divisie deel uit van [A]. (...)

1.3. In een door beklagde op 21 augustus 2013 opgesteld verslag van een overleg tussen onder meer beklagde en klager valt onder andere het volgende te lezen:

'Ontwerpproces gaat verder zonder [A]. [A] bekijkt of ze in een later stadium in 2015 toch mee doen.

PVE (...) 14.700 m<sup>2</sup> met investerings 38,5 miljoen volgens berekening [Z], budget is 35 miljoen.

In het PVE van 14.700 m<sup>2</sup> zit een deel gemeenschappelijk gebruik en deel [A]. Onderzoek nodig om te bepalen of m<sup>2</sup> verminderd kan worden om dichterbij budget te komen. [H] stuurt rapport raming [Z] naar [V].

(...)

1.4. In een in november 2013 opgesteld verslag – gewijzigd in december – van een overleg tussen onder meer beklagde en klager valt onder andere het volgende te lezen:

'Situatie rond [A]:

[A] zal in eerste instantie niet meedoen in het nieuwbouw traject. Zij bezien hun positie in 2016;

- Situatie rond [X]. De budgetbrief is hiervoor binnen, dd. 11 april 2013. De bouwsom is vastgesteld obv een klinische capaciteit van 70 bedden, bruto vloeroppervlak van 13700m<sup>2</sup>. Een eventuele verhoging van de bouwsom kan plaats-

vinden als [X] hiervoor zelf extra middelen genereert, 2<sup>e</sup> -4<sup>e</sup> geldstroom, verhuur bedden. In eerste instantie wordt dit nog niet meegenomen, nog geen harde afspraken.

*[Klager]*

*BVO van 13.700 m<sup>2</sup> komt niet overeen met PvE, dient nog aangepast te worden. Budget voor casco is per mail gesteld op € 424,- /m<sup>2</sup> BVO. Wat wordt er bedoeld met het casco? Alleen constructie of ook gevel en dak? (...)*

- De inzet van architect en overige adviseurs wordt sterk bepaald door de wijze waarop eea wordt ontwikkeld en in de markt gezet. Intern B&I is geopteerd voor een gescheiden ontwikkeling van casco en inbouw pakket. Het casco uitwerken als schetsontwerp, SO, gerelateerd aan minimale variant van het bestemmingsplan, met aandacht voor de beukmaat. De eerste fase casco, tbv [X], uitwerken tot voorlopig ontwerp, VO. Dit VO aan te vullen met de prestaties tav duurzaamheid, comfort (klimaat), exploitatie ed., dus het + deel, tot een VO+;

*[Klager]*

*Wat wordt bedoeld met een gescheiden ontwikkeling van casco en inbouwpakket. Wat betekent dit voor de betrokkenheid van adviseurs in deze gescheiden ontwikkeling. Naar aanleiding van bovenstaande gaan we ervan uit dat het werk wordt aanbesteed op basis van VO+. Klopt dat? En zo ja, wat is dan de uitvraag aan de aannemer? Wij pleiten voor betrokkenheid van adviseurs van begin tot eind van het project. Die continuïteit si niet bij elke uitvraag gegarandeerd.*

- Gelijktijdig aan de uitwerking van de eerste fase casco wordt het inbouwpakket voor [X] ontworpen op basis van definitief programma van eisen, en waarbij aandacht wordt besteed aan flexibiliteit en het "nieuwe werken";

(...)

- Binnen B&I wordt gewerkt aan een notitie mbt een waterleidingonderbreker (wlo) cq. reinwaterkelder, onder de nieuwbouw, groot 1000m<sup>3</sup>. (...)'

1.5. Op 12 januari 2016 heeft beklagde de volgende e-mail aan klager verzonden:

'Dit is de laatste versie van het PVE, deze week hebben ze nog nodig om de versie voor besluitvorming klaar te maken.  
De verandering die nog doorgevoerd gaat worden zit in het aantal onderzoekers, de rest is akkoord.  
Zodra ik de nieuwste versie krijg zal ik je deze ook sturen.'

1.6. Op 16 februari 2016 heeft beklagde de volgende e-mail aan klager verzonden:

'Ik wil je even laten weten dat ik je morgen aan het einde van de middag het PVE t.a.v. sportfaciliteiten i.h.k.v. haalbaarheidsstudie [X] toe kan sturen.  
(...)'

1.7. Op 14 december 2016 heeft beklagde het volgende bericht aan klager verzonden:

'Zoals toegezegd zou ik je vandaag berichten en mede na ons telefonisch onderhoud zojuist. De Raad van bestuur heeft, alles overwegende, gekozen voor een nieuwe opdracht t.b.v. de architectuur [X] die zal worden aanbesteed. De consequentie hiervan voor [Klager] is dat alles wat gerelateerd is aan eerdere opdracht c.q. de oude situatie, dient te eindigen. Dat geldt evenzo voor het supervisorschap.

Ik kan mij voorstellen dat deze boodschap, dat onze samenwerking hier eindigt, teleurstellend is. Voorstel is, om na de aankomende weken en in het nieuwe jaar jou de gelegenheid te bieden om met ons in gesprek te gaan, [Beklaagde] streeft voor beide partijen naar een bevredigende afwikkeling. Hiertoe stellen wij vooralsnog de woensdag 11 januari 2017 voor, op nog nader te bepalen locatie en tijdstip.'

1.8. Op 16 februari 2017 heeft beklagde de volgende e-mail aan klager verzonden:

'In vervolg op onze mailwisseling zou ik het volgende aan u willen voorleggen. Aan het einde van het gesprek op 23 januari j.l. lagen in feite 2 scenario's op tafel:

1. Voortzetting van de samenwerking tussen [Beklaagde] en [Klager];
2. Beëindiging van de samenwerking op voor beide partijen acceptabele voorwaarden.

Ook gaf ik aan nader te willen onderzoeken welke opdrachten er sinds 2007 aan [Klager] zijn verstrekt. Dit nader onderzoek vordert inmiddels gestaag. Daarnaast heb ik van de gelegenheid gebruikt gemaakt intern na te gaan in hoeverre scenario 1 voor de Raad van Bestuur bespreekbaar zou zijn. Het antwoord hierop is inmiddels duidelijk: het wordt volstrekt onwenselijk geacht. Hoewel ik me kan voorstellen dat deze boodschap voor uw cliënte moeilijk te accepteren is, is het wel de realiteit en betekent dit dat we ons volledig zullen moeten richten op de voorwaarden waaronder partijen uit elkaar gaan.

In dit verband zou ik willen voorstellen dat u met cliënte nadenkt over de vraag wat voor haar een passende regeling zou kunnen zijn. In de tussentijd kan aan onze kant het overzicht van opdrachten en facturen worden gecompleteerd. Wellicht kunnen wij in de week na de voorjaarsvakantie telefonisch een eerste voorstel met elkaar bespreken.'

1.9. Op 17 februari 2017 heeft de advocaat van klager per e-mail als volgt gereageerd op de e-mail van beklagde van 16 februari 2017:

'Alvorens ik uw suggestie met cliënte kan bespreken hoor/lees ik graag waarom voortzetting van de samenwerking/werkzaamheden door [Beklaagde], gegeven de in 2006/2007 gewonnen aanbesteding, de sindsdien naar tevredenheid van [Beklaagde] uitgevoerde werkzaamheden en de wens van [Beklaagde] om [X] nog steeds te realiseren, niet wenselijk wordt geacht.

Ook voor de vraag of een opvolgende aanbesteding rechtmatig is is dat van belang.'

1.10. Op 3 maart 2017 heeft beklagde per e-mail als volgt gereageerd op de e-mail van klager van 17 februari 2017:

'In antwoord op uw mailbericht d.d. 17 feb. 2017 kan ik u als volgt meedelen. Hoewel ik uw vraag naar de onderbouwing van de beslissing van de RvB [Beklaagde] vanuit de optiek van uw cliënt begrijp, ben ik wel terughoudend om daar al te veel over te zeggen. Dit zou onbedoeld wellicht een discussie openen, terwijl het wat ons betreft een voldongen feit is.

De voornaamste reden om niet met elkaar verder te willen is gelegen in het feit dat de direct betrokken functionarissen bij het project nieuwbouw (...) niet in staat zijn gebleken diverse (andere) stake-holders binnen [Beklaagde], waaronder de leiding van [X], alsmede de Raad van Bestuur van [Beklaagde], aangehaakt te houden bij (de voortgang van) het project.

Hoewel deze omstandigheid uiteraard onmogelijk geheel en al kan worden toegeschreven aan uw cliënt, is zij wel feitelijk jarenlang in verschillende hoedanigheden betrokken geweest bij het project.

Tien jaar na dato heeft de huidige Raad van Bestuur de balans opgemaakt en moeten vaststellen dat er niet of nauwelijks uitvoering is gegeven aan de nieuwbouwplannen (intenties) uit 2006. Daarbij is vastgesteld dat er behoefte is aan een frisse start met een opgave in een wezenlijk andere context. Bovendien is een aantal interne sleutelposities inmiddels anders ingevuld.

In aanbestedingsrechtelijk opzicht is er ons inziens sprake van een wezenlijk gewijzigde opdracht. Deze opdracht zal te zijner tijd via een EA in de markt worden gezet.

Een en ander leidt opnieuw tot de conclusie dat wij ons thans zouden moeten focussen op de voorwaarden waaronder partijen uit elkaar gaan. Ook los van de hierboven genoemde overwegingen bieden de verschillende voorwaarden waaronder partijen met elkaar kunnen contracteren (SR 1997, DNR 2005, DNR 2011) daartoe de mogelijkheid.

In dit verband praat het misschien wat gemakkelijker aan de hand van een concrete berekening [*volgt berekening, Commissie*].

(...)

Er vanuit gaande er voor het overige geen verplichtingen resteren, is dat het bedrag waar wij thans op uit zouden komen.

(...)'

- 1.11. Op 31 maart 2017 heeft de advocaat van klager per brief als volgt gereageerd op de e-mail van beklaagde van 3 maart 2017:

'Medio 2006 heeft cliënte (: [Klager]) de aanbesteding gewonnen van de architectenselectie voor de nieuwbouw van circa 25.490 m<sup>2</sup> voor [X] en [Y] en voor de visie op het totale terrein en gebouwencomplex van [Beklaagde]. Dat is begin 2007 aan [Klager] gemeld en nadien ook in diverse publicaties, van onder andere [Beklaagde], bekend gemaakt.

Vanaf 2007 is door middel van een groot aantal deelopdrachten van [Beklaagde] uitvoering gegeven aan die opdracht. Van haar werkzaamheden heeft [Klager] altijd punctueel verslag gedaan aan – en gecommuniceerd met – de bij de verschillende deelprojecten betrokken personen die conform de (deel)opdracht(en) kennis moesten nemen van die informatie.

[Klager] heeft in dat kader o.a., maar daartoe niet beperkt, intensief contact gehad met: [Namen].

De visie van [Klager] op de gebouwen en het omliggende terrein is sinds 2011 gereed en [Beklaagde] was/is met die visie akkoord. In opdracht van [Beklaagde] is in 2016 tevens een Beelkwaliteitsplan voor de openbare ruimte en het atrium in het CMC-gebouw gemaakt. Ook daar is [Beklaagde] mee akkoord. Bij de uitvoering van andere bouwprojecten wordt daar van uitgegaan en naar gehandeld. Ook bij die projecten is [Klager] betrokken geweest.

Het ontwerp voor de nieuwbouw voor [Gebouwen] is nog niet gereed. O.a. als gevolg van:

- door [Beklaagde] gewenst nader onderzoek door derden in opdracht van [Beklaagde];
  - herhaalde actualisering door of in opdracht van [Beklaagde] van het Programma van Eisen waar het gebouw aan moet voldoen (de laatste versie dateert van begin 2016);
  - gedwongen stilstand van (een deel van) het project op last van de RvB van [Beklaagde] van begin 2014 tot eind 2015/begin 2016, omdat [Beklaagde] zich moest bezinnen over budget en de inhoud van de opgave project/PVE;
  - vertraging bij het vaststellen – en naderhand aanpassen – van het bouwbudget door (derden in opdracht van) [Beklaagde];
  - onzekerheid bij [Beklaagde] waar het gebouw op het terrein moet komen en wat onderdeel moet zijn van het betreffende gebouw;
  - onzekerheid bij [Beklaagde] of de nieuwbouw enkel bestemd wordt voor [X], [Y] en/of derden (ook nu nog) en;
  - personeelwisselingen bij [Beklaagde], [X] en [Y] in die periode;
- wat allemaal aspecten zijn waar [Klager] voor de voortgang van haar werk van afhankelijk was, is het tot een realisatie van het gebouw voor [X] en/of [Y] helaas nog niet gekomen.

Dat valt [Klager] niet te verwijten of aan te rekenen. Gezien het voorstel van [Beklaagde] tot afrekening op basis van opzegging door de opdrachtgever zonder grond, begrijp ik dat [Beklaagde] daar ook (terecht) geen verwijten over maakt richting [Klager].

Uit uw voornoemde e-mail – en uit de bespreking tussen partijen op 23 januari jl. bij [Beklaagde] – is duidelijk dat [Beklaagde] het ontwerp en de nieuwbouw voor [X] en/of [Y] nog steeds uitgevoerd wil zien. [Beklaagde] stelt echter dat voortzetting van de overeenkomst door [Klager] niet mogelijk zou zijn, omdat er volgens [Beklaagde] sprake is van een wezenlijke wijziging waardoor een nieuwe aanbesteding gehouden zou moeten worden voor het resterende deel van de opdracht. Omdat een toelichting ontbreekt, is onduidelijk wat [Beklaagde] als wezenlijke wijziging ziet en waarom en op basis waarvan dat van invloed zou zijn voor de door [Beklaagde] aan [Klager] verstrekte opdracht.

Daarop vooruitlopende wijst [Klager] erop, dat er in deze bij een gelijkblijvende of kleinere opdracht geen sprake is van een wezenlijke wijziging. Daarvan uitgaande maakt [Klager] dan ook op grond van het Aanbestedingsrecht nog steeds aanspraak op uitvoering van het restant van de opdracht. Om die reden maakt [Klager] daarom nu formeel bezwaar tegen een nieuwe aanbesteding van de opdracht die al door een aanbesteding aan [Klager] gegund is.

Dat neemt niet weg dat [Beklaagde] op grond van het bouw- en architectenrecht en de door partijen overeengekomen DNR in beginsel het recht heeft om de lopende opdracht(en) eenzijdig zonder grond te beëindigen. De door [Beklaagde] in dat kader gemaakt berekening is echter gegeven de DNR niet correct. Los van het feit de werkzaamheden grotendeels betrekking hadden op [X] en visie – en in mindere mate op [Y] – moet er afgerekend worden over het resterende deel van de advieskosten die [Beklaagde] verschuldigd zou zijn aan [Klager] als de opdracht volledig uitgevoerd zou worden (artikel 33 DNR).

Op grond daarvan kan [Klager] aanspraak maken op de navolgende posten [*volgt berekening, Commissie*]:

(...)

De afkoopsom komt daardoor per saldo uit op tussen (...) en (...).

Indien [Beklaagde] echter (nadien) besluit om het restant van de opdracht alsnog te laten uitvoeren, dan maakt [Klager] (ook dan) onverkort aanspraak op uitvoering van de opdracht.'

- 1.12. Beklaagde heeft op 19 mei 2017 per brief als volgt gereageerd op de brief van klager van 31 maart 2017:

'Ook [Beklaagde] geeft nog steeds de voorkeur aan een minnelijke regeling, uiteraard mits en voor zover binnen redelijke kaders.

De door u gemaakte berekening(en) kan ik deels volgen; op onderdelen echter niet.

Omwille van de duidelijkheid begin ik met een overzicht wat volgens mij feitelijk min of meer vaststaat.

[Klager] heeft via de offerte d.d. 30 juni 2006 ingeschreven op de opdracht van [Beklaagde]. Uit de offerte blijkt dat wordt uitgegaan van een bouwopgave van afgerond 26.000 m<sup>2</sup>, opgesplitst in twee fasen van globaal 11.00 m<sup>2</sup> en 15.000 m<sup>2</sup>.

*[volgt berekening, Commissie]*

(...)

Aangezien fase 1 a 11.000 m<sup>2</sup> niet is gerealiseerd, en er ook geen sprake is van het parallel lopen van beide fasen, kan worden gesteld dat [Klager] in beginsel uitsluitend aanspraak heeft op dat deel van het honorarium dat gebaseerd is op fase 1.

Niettemin is [Beklaagde] bereid om met het oog op een minnelijke regeling het honorarium voor beide fasen te betrekken bij de berekeningen.

Dat betekent in concreto dat we bereid zijn [Klager] te compenseren met een bedrag dat als volgt is opgebouwd:

(...)

Het totaalbedrag komt daarmee op (...).

Zoals telefonisch besproken is [Beklaagde] bereid na te denken over een variant waarbij [Klager] tevens afziet van deelname aan een nieuwe aanbesteding. Voor [Beklaagde] is dit zoals eerder aangegeven geen harde voorwaarde. Er is geen bijzondere behoefte om [Klager] op voorhand perse van deelname uit te sluiten. Ook hiervoor geldt echter dat te denken is aan een redelijk bedrag in de orde van grootte van enkele tienduizenden euro's.

Zoals aangegeven is er op RvB-niveau weliswaar bereidwilligheid om te komen tot een minnelijke regeling, echter niet ten koste van alles. Het voorstel is niet in beton gegoten, maar ik hecht er aan te benadrukken dat de eerder in uw brief geschetste bovengrens niet realistisch is.

Al met al zijn wij van mening dat ons voorstel alleszins redelijk genoemd kan worden. (...)'

- 1.13. Op 30 mei 2017 heeft klager de volgende brief aan beklagde gezonden in reactie op de brief van beklagde van 19 mei 2017:

'Vast staat dat [Beklaagde] nog steeds een of meerdere nieuwe gebouwen wil realiseren (...). [Beklaagde] heeft daarvoor eerder al opdracht gegeven aan [Klager]. [Beklaagde] heeft echter aangegeven dat sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging en dat daarom een nieuwe aanbesteding gehouden moet worden. Of

dat het geval is kan [Klager] nu nog niet beoordelen, omdat [Beklaagde] daarover nog niets heeft losgelaten. Indien inderdaad sprake is van een wezenlijke wijziging van de ontwerpopdracht, waardoor de opdracht groter en/of inhoudelijk wezenlijk anders wordt, dan heeft [Klager] geen bezwaar tegen een nieuwe aanbesteding en komt [Klager] graag in aanmerking voor die opdracht.

(...)

Zoals al eerder aangegeven geeft [Klager] echter de voorkeur aan voortzetting en afronding van de lopende opdracht. [Klager] is bereid om in dat kader zo nodig nadere en/of aanvullende afspraken met [Beklaagde] te maken.

Indien [Beklaagde] bij haar voornemen blijft om de lopende opdracht te staken, dan maakt [Klager] – zoals al eerder besproken – aanspraak op positieve schriftelijke referenties voor het door haar uitgevoerde werk (...) en verzoekt [Klager] [Beklaagde] om daarnaast een positief persbericht op te stellen – en bij akkoord van [Klager] – te verzenden, waarin waardering wordt uitgesproken voor het door [Klager] (...) uitgevoerde werk, het opgestelde Masterplan, het bijbehorend beeldkwaliteitsplan en het beeldkwaliteitsplan interieur. In de verklaring zal als reden voor het desondanks beëindigen van de samenwerking worden aangegeven, dat de door [Beklaagde] beoogde wezenlijke wijziging van de opdracht (...) de reden is voor het stopzetten van de opdracht aan [Klager] maar dat de hoop wordt uitgesproken dat [Klager] ook op de aangepaste en andere toekomstige aanbestedingen voor architectendiensten voor [Beklaagde] zal inschrijven. U hebt eerder al aangegeven dat [Beklaagde] daartoe bereid is.

Na het stopzetten van de opdracht heeft [Klager] het recht om deel te nemen aan nieuwe aanbestedingen van [Beklaagde] voor architectendiensten. Als een opdracht voor architectendiensten voor de nieuwbouw voor (...)gebouwen in de markt worden gezet, dan heeft [Klager] het recht om te laten toetsen of daarbij dan sprake is van een wezenlijke wijziging ten opzichte van de opdracht uit 2006/2007.'

- 1.14. Beklaagde heeft op 11 juli 2017 per brief onder andere als volgt op de brief van klager van 30 mei 2017 gereageerd:

'Mede gezien het feit dat uw cliënte in het voorstel in onze ogen financieel ruimschoots wordt gecompenseerd voor onder meer de beweerdelijke reputatieschade, ziet de Raad van Bestuur thans geen aanleiding voor de gevraagde positieve, schriftelijke referenties. Als het gaat om het persbericht is de Raad van Bestuur bereid een zakelijk – en in neutrale bewoordingen opgesteld – persbericht te laten uitgeven. Hierin zal niet de hoop worden uitgesproken dat [Klager] op toekomstige aanbestedingen voor architectendiensten zal inschrijven.

[Beklaagde] doet u bijgaand een finaal voorstel dat als volgt is opgebouwd [*volgt berekening, Commissie*]:

(...)'

- 1.15. Op 18 juli 2017 heeft de advocaat van klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Bij afwezigheid van mijn kantoorgenoot [Naam] reageer ik hierbij namens [Klager] op het door u bij brief van 11 juli 2017 verzonden tegenvoorstel:

1. Cliënte stemt in met betaling van een bedrag van (...) te vermeerderen met BTW.

(...)

Graag verzoek ik u mij per brief/e-mail te bevestigen dat bovenstaande akkoord is en dat deze week tot betaling van het overeengekomen bedrag zal worden overgegaan.'

- 1.16. Beklaagde heeft op 18 juli 2017 per brief als volgt gereageerd op het bericht van klager van 18 juli 2017:

'(...)

[Beklaagde] zal het bedrag van (...) uiterlijk een week na dagtekening van deze brief overmaken op rekening nummer: (...).'

- 1.17. Beklaagde heeft op 19 juli 2017 een Europese niet-openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor ontwerpdiensten met betrekking tot de nieuwbouw van X.

- 1.18. Op 24 augustus 2017 heeft de advocaat van klager de volgende brief aan beklagde gezonden:

'Op verzoek van cliënte, [Klager], reageer ik hierdoor op de door uw organisatie ([Beklaagde]) uitgeschreven aanbesteding ten behoeve van de selectie van een architect voor een integrale ontwerpoperdracht voor nieuwbouw [Beklaagde].

[Beklaagde] heeft daarvoor echter in 2007 al opdracht gegeven aan [Klager].

Omdat [Beklaagde] eerder dit jaar aangaf dat zij die opdracht wezenlijke wilde wijzigen, waardoor een nieuwe aanbesteding gehouden zou moeten worden, heeft [Klager] op 18 juli jl., onder voorbehoud van alle rechten en wesen, ingestemd met stopzetten van de opdracht.

Op dat moment was niet bekend op welke wijze de aan [Klager] vergeven opdracht gewijzigd zou worden, en dus ook niet of wel sprake was van een wezenlijke wijziging waarvoor op grond van de Aanbestedingswet opzegging van de lopende opdracht nodig is, omdat [Beklaagde] daarover toen niets heeft willen loslaten.

Op 19 juli 2017 heeft [Beklaagde] een nieuwe aanbesteding uitgeschreven. [Beklaagde] heeft [Klager] daarvan niet op de hoogte gesteld, waardoor [Klager] nu pas kennis heeft kunnen nemen van de aanbestedingsstukken van de nieuwe procedure.

Uit de aanbestedingsstukken volgt dat [Beklaagde] nog steeds nieuwbouw wil realiseren ten behoeve van (...) ([X]), thans begroot op ongeveer 13.000 m<sup>2</sup>. Dat was eerder ongeveer 15.190 m<sup>2</sup>. Op grond van artikel 9 van de tussen partijen indertijd overeengekomen DNR was [Beklaagde] bij de oorspronkelijke opdracht gerechtigd tot wijziging en/of beperking. Een (contractueel toegestane) verkleining van de oorspronkelijke opdracht betreft bovendien geen wezenlijke wijziging als bedoeld in artikel 2.163a Aw.

Dat in de selectieleidraad onderscheid wordt gemaakt in diensten ten behoeve van a) het ontwerp voor de bouw van een casco en b) het interieur, maakt dat niet anders omdat sprake is (en was) van een integrale ontwerpoperdracht aan één en hetzelfde ontwerpteam. Het ontwerp van het interieur was ook al onderdeel van de eerder aan [Klager] verleende opdracht.

Bij de uitvoering van de opdracht heeft [Klager] al onderzoek gedaan naar de haalbaarheid bij gecombineerd gebruik, verhuur van delen aan derden en een waterkelder. Ook wat dat betreft is dus geen sprake van een wezenlijke wijziging. Bij onderzoek naar die mogelijkheden heeft [Beklaagde] indertijd ook niet aangegeven dat sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging. Dezelfde opdracht kan niet nogmaals in de markt worden gezet.

Ten slotte waren flexibiliteit en aandacht voor de omgeving en inpassing van het gebouw op het bestaande terrein indertijd ook al selectie eisen. Omdat sprake is van een eerder al aan [Klager] verleende opdracht, zijn eventuele wijzigingen van selectie eisen niet van belang bij het beoordelen van de vraag of de opdracht inhoudelijk gewijzigd is. Zoals hiervoor al aangegeven is geen sprake van een inhoudelijke of wezenlijke wijziging, want [Beklaagde] wil nog steeds een nieuwgebouw voor [X] realiseren. Net zo als in de periode 2006-2016.

Van een wezenlijke wijziging is dan ook geen sprake, zodat [Beklaagde] niet gerechtigd was, of is, om de eerder vergunde opdracht in te trekken en een (nagenoeg) gelijke opdracht door een aanbesteding opnieuw in de markt te zetten.

[Klager] maakt dan ook onverkort aanspraak op uitvoering van de in 2007 aan haar gegunde opdracht tot het maken van een ontwerp c.a. voor het [X] gebouw. Om die reden maakt [Klager] bezwaar tegen de lopende aanbesteding en verzoekt, en voor zover nodig sommeert, [Klager] u hierdoor om de lopende aanbesteding binnen zeven dagen na heden in te trekken en in overleg te treden met WA over voortzetting van de opdracht uit 2007, bij gebreke waarvan ik [Klager] zal adviseren om verdergaande rechtsmaatregelen te treffen.

Voortzetting van de opdracht door [Klager] is ook in het voordeel van [Beklaagde], omdat [Beklaagde]:

- daarmee de eigen kosten van (het vervolg van) een nieuw aanbesteding beperkt/bespaart en (daardoor) zorgvuldig met schaars maatschappelijk geld om gaat;
- geen bijdrage hoeft te betalen aan de inschrijvers die na 'Gunningsfase B' niet in aanmerking komen voor gunning (2x€ 15.000,00 + BTW);
- de bespaarde kosten kan investeren in de nieuwbouw voor [X], waardoor de kans op een spoedige realisatie groter wordt gegeven het krappe budget van [Beklaagde];
- [Klager] al bekend is met de betrokkenen aan de zijde van [Beklaagde]/[X];
- [Klager] al bekend is met het PVE, de bijzondere uitgangspunten voor [X] en de ambitie van [Beklaagde] betreffende 'healthy aging';
- [Klager] in het kader van de al verstrekte opdracht onderzoek heeft gedaan naar inpassing op de beoogde locatie en de impact op logistiek op het terrein/in het pand;
- met voortzetting van de opdracht door [Klager] een uniform beeld op het terrein en in het gebouw geborgd wordt, omdat [Klager] ook het masterplan ontworpen heeft;
- (de medewerkers van) [Klager] het project vrijwel direct weer kunnen oppakken, waardoor [X] waarschijnlijk (ruim) 2 jaar eerder intrek kan nemen in de nieuwbouw waar al zo lang op gewacht wordt en;
- voortzetting van de eerder aan [Klager] vergunde opdracht in overeenstemming is met het Aanbestedingsrecht.'

## **2. Beschrijving klacht**

Beklaagde heeft op 19 juli 2017 een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor een overheidsopdracht die nagenoeg gelijk is aan de opdracht die beklagde in 2007 aan klager heeft gegund. Daarmee handelt beklagde volgens klager in strijd met de Aanbestedingswet 2012, aangezien beklagde heeft nagelaten – alvorens tot heraanbesteding over te gaan – de opdracht eerst wezenlijk te wijzigen.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Klager stelt dat beklagde in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, dan wel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan wel de goede trouw heeft gehandeld, en/of hetgeen klager mocht verwachten op grond van de overeenkomst die zij had met beklagde door een nieuwe aanbesteding uit te schrijven. Deze nieuwe opdracht is volgens klager (nagenoeg) gelijk aan de in 2007 aan klager verstrekte opdracht(en).
- 3.2. Volgens klager is er geen sprake van een wezenlijk gewijzigde opdracht en kan beklagde daar ook geen beroep (meer) op doen om een nieuwe aanbesteding uit te schrijven. Ter onderbouwing hiervan voert klager het volgende aan.
- 3.3. Uitgangspunt is volgens klager de aan haar in 2007 gegunde opdracht. Volgens klager heeft beklagde eind 2016, begin 2017 aan haar laten weten dat deze opdracht moest worden ingetrokken omdat door wijzigingen in die opdracht sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging en dat beklagde daardoor dus gehouden was om een nieuwe aanbestedingsprocedure te starten.
- 3.4. Klager stelt dat om te beoordelen of er sprake is van een gewijzigde opdracht er gekeken moet worden naar de oorspronkelijke opdracht uit 2007, tussentijdse wijzigingen en de opdracht in 2016/2017.
- 3.5. Volgens klager is de aard van de opdracht gelijk nu zowel de in 2007 aan klager gegunde opdracht en de 'nieuwe opdracht' zien op het ontwerp van nieuwbouw voor X. Klager verwijst hierbij naar de MvT op de gewijzigde Aanbestedingswet 34.329, nr. 3, o.a. p. 93).
- 3.6. Verder stelt klager dat de opdracht in 2007 betrekking had op het ontwerp van een gebouw van in eerste instantie 25.940 m<sup>2</sup>.
- 3.7. Klager voegt hieraan toe dat beklagde vanwege onvoorziene gewijzigde omstandigheden de opdracht in 2013 heeft beperkt tot (eerst 14.700 m<sup>2</sup> en daarna tot) 13.700 m<sup>2</sup> maar volgens klager heeft beklagde zich toen niet op het standpunt gesteld dat er sprake was van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Ook hebben andere architecten daar volgens klager geen beroep op gedaan. De omvang van het te ontwerpen gebouw is volgens klager daarna weer (in ieder geval tot eind 2016) ongewijzigd gebleven.
- 3.8. Klager merkt hierbij op dat zij heeft ingestemd met de hiervoor genoemde voorgestelde wijzigingen omdat volgens haar in de selectieleidraad indertijd was aangegeven dat rekening gehouden moest worden met wijzigende omstandigheden en uitgangspunten.
- 3.9. Volgens klager ziet de 'nieuwe opdracht' op een ontwerp voor X van ongeveer 13.000 m<sup>2</sup> en daarmee is volgens klager de omvang van de opdracht dus (bijna) hetzelfde als de opdracht (in 2013) aan klager. Dit houdt volgens klager in dat er

geen sprake is van een wezenlijke wijziging zoals bedoeld in artikel 2.163a e.v. Aw 2012, mede gezien artikel 4.15, lid 2, Aw 2012. Bovendien kan beklagde daar volgens klager ook in alle redelijkheid geen beroep op doen, dan wel de door haar zelf al in 2013 geïnitieerde wijziging nu niet als reden gebruiken, om de opdracht aan klager op te zeggen en een nieuwe aanbesteding van (nagenoeg) hetzelfde werk (als in 2007/2013) in de markt te zetten.

- 3.10. Daarnaast merkt klager op dat zij, in ieder geval vanaf 2013, rekening moest houden met een reinwaterkelder. Klager stelt dat ook in de 'nieuwe opdracht' rekening moet worden gehouden met een reinwaterkelder hetgeen volgens klager dus hetzelfde is als bij de opdracht aan klager.
- 3.11. Klager stelt dat zij op grond van de in 2007 gehanteerde eisen in de selectie- en gunningsfase een samenhangend ontwerp diende te maken met aandacht voor stedenbouw, architectuur en interieur. In 2013 heeft beklagde volgens klager dit nader uitgewerkt en aangegeven dat het casco en het interieur/inbouwpakket gelijktijdig en gescheiden door klager ontworpen dienden te worden, met toespitsing op flexibiliteit.
- 3.12. In de 'nieuwe opdracht' is volgens klager flexibiliteit ook weer een eis, waarbij gekozen is voor één opdracht waarbij het casco en het inbouwpakket separaat moeten worden uitgewerkt. Volgens klager gaat het hier dus wederom om dezelfde opdracht als de opdracht die eerder aan klager is verstrekt.
- 3.13. Het terrein en de aansluiting op het bestaande complex waren volgens klager onderdeel van de opdracht in 2007. Daarbij was het aan klager om de nieuwbouw harmonieus te integreren in de bestaande situatie. Er werd volgens klager geen locatie genoemd en zij heeft bij de uitvoering naar drie verschillende locaties gekeken.
- 3.14. Bij de 'nieuwe opdracht' hoort volgens klager de terreininrichting ten behoeve van X tot de opgave, net zoals het inpassen van het gebouw tussen bestaande gebouwen op het terrein van beklagde. Een specifieke locatie wordt volgens klager niet genoemd. Klager concludeert ook hier dat er geen sprake is van een verschil ten opzichte van de opdracht uit 2007.
- 3.15. Voorts merkt klager op dat na gunning van de opdracht in 2007 partijen niet hebben gesproken over aanpassing van het aan klager toekomende honorarium.
- 3.16. Volgens klager is het standpunt van beklagde dat er sprake is van een verkleining van ongeveer 15% en dat daarom sprake is van een wezenlijke wijziging, niet correct. Beklaagde doelt daar volgens klager waarschijnlijk op het percentage waarmee het oppervlak voor het beoogde pand voor X gekrompen is in samenhang met de 15% in artikel 2.163b Aw 2012. Klager stelt dat deze bepaling echter niet over aanpassing van de omvang van de opdracht gaat, maar over wijziging van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht. Klager stelt dat partijen daar dus niet over gesproken hebben zodat één en ander niet aan de orde is. Van een wijziging is ook wat dat betreft volgens klager geen sprake. Evenmin is er volgens klager sprake van een wijziging van het economisch evenwicht ten gunste van klager, zoals bedoeld in artikel 2.163g Aw 2012.
- 3.17. Klager voert verder aan dat uit de (toelichting op) Richtlijn 2014/24/EU dan wel artikel 2.163a Aw 2012 volgt dat bedoeld wordt op uitbreiding van een opdracht en dat dat naar haar mening hier ook niet aan de orde is. De opdracht is volgens klager juist alleen maar kleiner geworden.

- 3.18. Volgens klager is het gegeven het feit dat wijziging van een opdracht met (meermaals) 50% extra ten opzichte van de oorspronkelijke opdracht onder omstandigheden is toegestaan (artikel 2.163d en f Aw 2012), merkwaardig indien een beperking van een opdracht die voor iedere architect openstond ineens aangemerkt zou kunnen worden als wezenlijke wijziging, zeker in een situatie waarin de betreffende wijziging gedurende (vier) voorafgaande jaren geen bezwaar was voor beklaagde en/of andere architecten (artikel 4.15 Aw 2012).
- 3.19. Volgens klager staat vast dat zij de aan haar gegunde opdracht naar behoren heeft vervuld. Door omstandigheden die niet aan haar toe te rekenen zijn is die opdracht naar haar mening dan ook nog niet afgerond. Heraanbesteding van de opdracht is volgens klager alleen aan de orde/mogelijk als er sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht en daarvan is volgens klager geen sprake.
- 3.20. Klager stelt dat uit de jurisprudentie volgt dat een heraanbesteding alleen aan de orde is bij wezenlijke wijziging van de specificaties van de opdracht, dus van de dienst zelf.
- 3.21. De opdracht van klager betrof (na wijziging door beklaagde in 2013) volgens klager ongeveer 13.700 m<sup>2</sup> voor X met een reinwaterkelder (voor calamiteiten), een flexibel ontwerp waarbij het ontwerp voor casco en interieur uit elkaar worden gehaald hiervoor), meewerken aan een visie op het totale gebouwencomplex met omliggend terrein, stedenbouw, architectuur en interieur in samenhang ontwikkelen en de nieuwbouw harmonieus integreren in de bestaande situatie, inclusief terrein.
- 3.22. Klager stelt dat bij de nieuwe opdracht dezelfde aspecten aan bod komen en dat de huidige aanbesteding dus betrekking heeft op (nagenoeg) dezelfde opdracht als die welke in 2007 aan klager is gegund.
- 3.23. Bovendien heeft klager ook opgemerkt dat, als gevolg van omstandigheden aan de zijde van beklaagde vanaf 2007, het ontwerp voor de nieuwbouw van (het door beklaagde in 2006/2013 inhoudelijk gewijzigde plan voor) X eind 2016 nog niet gereed was. Voor de voortgang van haar werk was klager afhankelijk van deze aspecten. Klager stelt dat het haar niet te verwijten is of aan te rekenen en dat beklaagde dat ook niet doet. Als omstandigheden noemt klager:
- door beklaagde gewenst nader onderzoek door derden in opdracht van beklaagde;
  - gedwongen stilstand van (een deel van) het project op last van de Raad van Bestuur van beklaagde vanaf begin 2014 tot medio 2016, omdat beklaagde zich moest bezinnen over het bouwbudget en de inhoud van de opdracht/het PvE;
  - vertraging bij het vaststellen door (derden in opdracht van) beklaagde van het budget voor de bouw van X;
  - vertraging bij het vaststellen door (derden in opdracht van) beklaagde van het budget voor de bouw van X;
  - herhaalde actualisering door, of in opdracht van, beklaagde van het PvE waar het door klager te ontwerpen gebouw aan moet voldoen (de laatste versie is van 2016);
  - mogelijk tekort op het bouwbudget voor het door beklaagde gewenste gebouw;
  - onzekerheid bij beklaagde waar het gebouw op het terrein moet komen en wat onderdeel moet zijn van het betreffende gebouw;
  - onduidelijkheid bij beklaagde of de nieuwbouw enkel bestemd wordt voor X, X en A/Y of X, A/Y en/of derden (ook nu nog);

- toevoegen of laten vervallen van onderdelen aan het gebouw voor X ten behoeve van (andere afdelingen van) beklaagde (bijvoorbeeld reinwaterkelder) en;
- personeelwisselingen bij beklaagde, X en Y in die periode.

#### **4. Reactie beklaagde**

- 4.1. Beklaagde merkt op dat het juist is dat beklaagde in 2006 een aanbesteding heeft gehouden (hierna: de oude opdracht), waarbij het ontwerp van een nieuw gebouw voor beklaagde een onderdeel vormde. De oude opdracht was volgens beklaagde echter veel omvangrijker omdat deze namelijk zag op het ontwerpen van een aantal nieuwe gebouwen met verschillende functies met een gezamenlijk vloeroppervlak van 55.000 m<sup>2</sup>.
- 4.2. Zoals klager volgens beklaagde zelf ook erkent, had de oude opdracht naast het ontwerpen van voornoemde nieuwbouw ook betrekking op het meewerken aan het opstellen van een visie op het totale gebouwencomplex van beklaagde en een masterplan voor het omliggende terrein van beklaagde.
- 4.3. In de afgelopen 10 jaar heeft klager tal van werkzaamheden uitgevoerd. Zo heeft zij inderdaad meegewerkt aan het opstellen van een visie op het totale gebouwencomplex. Klager heeft vervolgens allerlei 'kleinere' opdrachten voor beklaagde uitgevoerd die volgens beklaagde deels kunnen worden beschouwd als onderdeel van de in 2007 gegunde opdracht, maar die daar deels ook los van staan.
- 4.4. Tot het ontwerpen van 55.000 m<sup>2</sup> aan nieuwbouw is het volgens beklaagde nooit gekomen. Zoals klager zelf in haar klachtbrief omschrijft, waren daar allerlei redenen voor. Beklaagde is naar eigen zeggen na het verstrekken van de oude opdracht namelijk blijven schaven aan het project. Beklaagde voert aan dat er onderdelen zijn bijgekomen en onderdelen zijn vervallen; er werd gekeken welke functies eventueel gecombineerd konden worden, de locatie op terrein van beklaagde is in dat kader een aantal keren gewisseld en het programma van eisen is daardoor ook doorlopend gewijzigd; en ook het in verband met die omstandigheden telkens wijzigende bouwbudget moest goedgekeurd en beschikbaar gemaakt worden.
- 4.5. Met alle wijzigingen zijn volgens beklaagde circa 38.000 m<sup>2</sup> nieuwbouw uit de oude opdracht komen te vervallen.
- 4.6. Zoals klager volgens beklaagde zelf in haar klachtbrief aangeeft, heeft het project op last van de Raad van Bestuur van beklaagde vanaf begin 2014 tot medio 2016 stil gelegen, omdat beklaagde zich moest bezinnen over de inhoud van de opdracht, het programma van eisen en het daarmee samenhangende bouwbudget. De laatste versie van het programma van eisen (voor wat betreft de oude opdracht) dateert volgens beklaagde inderdaad van 2016.
- 4.7. Eind 2016 heeft beklaagde geconstateerd dat zij behoefte heeft aan een veel flexibeler gebouw. Beklaagde heeft daarbij geconstateerd dat een en ander niet mogelijk was binnen de aanbestede opdracht. Hetgeen beklaagde wilde laten uitvoeren week zowel qua aard, omvang als inhoud af van de aanbestede opdracht. Beklaagde stelt dat zij daarom aan klager kenbaar heeft gemaakt dat zij de lopende samenwerking wilde beëindigen en het ontwerp van beklaagde opnieuw door middel van een aanbesteding in de markt wilde zetten.
- 4.8. Klager is volgens klager in haar klachtbrief redelijk uitgebreid ingegaan op de correspondentie die nadien tussen haar en beklaagde heeft plaatsgevonden. Bij-

zonder genoeg heeft klager volgens beklagde echter niet alle brieven over het betreffende onderwerp overgelegd [*beklaagde doelt hier in het bijzonder op de brief van klager van 18 juli 2017, zie 1.15 hiervoor, Commissie*], waaruit volgens beklagde blijkt dat zij uiteindelijk heeft ingestemd met het beëindigen van de opdracht en daarvoor een bepaald bedrag heeft ontvangen.

- 4.9. Beklaagde stelt dat zij op het moment dat zij overeenstemming had met klager over het beëindigen van de oude opdracht, de nieuwe opdracht heeft gepubliceerd. Naar aanleiding daarvan heeft klager gesteld dat er geen sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging ten opzichte van de oude opdracht en beklagde de opdracht dus niet zou mogen gunnen aan een ander dan klager.
- 4.10. In algemene zin wil beklagde een aantal zaken opmerken die volgens haar opvallen aan de redenering van klager.
- 4.11. Ten eerste probeert klager volgens beklagde telkens een vergelijking te maken tussen de nieuwe opdracht en de oude opdracht, zoals die volgens haar laatstelijk in 2013 luidde. De opdracht is evenwel in 2006 aanbesteed (en in 2007 gegund). De vraag of sprake is van een wezenlijke wijziging dient volgens beklagde primair beoordeeld te worden aan de hand van de opdracht zoals die in 2006 in de markt is gezet en luidde bij de gunning in 2007.
  - 4.11.1. Beklaagde stelt dat zij tussen 2007 en 2017 doorlopend bezig is geweest met het bijschaven van de eisen aan, de omvang van en de inhoud van de nieuwbouw. Daardoor heeft klager de ontwerpopdracht nog niet kunnen uitvoeren. Er is volgens beklagde dus geen sprake van dat klager de opdracht (groten)deels al zou hebben uitgevoerd, al (vele) ontwerpen zou hebben aangeleverd en/of telkens nieuwe aangepaste ontwerpen zou hebben moeten maken. Pas in 2016 werden volgens beklagde de uitgangspunten van het ontwerp definitief duidelijk en naar mening van beklagde wijken die uitgangspunten dusdanig af van de aanbestede oude opdracht, dat de opdracht opnieuw in de markt moet worden gezet.
  - 4.11.2. Voor zover klager overigens meende dat wel een vergelijking gemaakt mag worden tussen de nieuwe opdracht en de oude opdracht, zoals deze volgens haar laatstelijk (in 2013) luidde, dan had het volgens beklagde op haar weg gelegen om concreet te benoemen welke wijzigingen volgens haar tussen 2007 en 2013 hadden plaatsgevonden en had zij moeten toelichten waarom dat volgens haar op zichzelf staande wijzigingen zouden zijn die niet tezamen zouden moeten worden beschouwd. Dat heeft klager volgens beklagde niet gedaan, zodat bij de vraag of thans sprake is van een wezenlijke wijziging, ook geen concrete aanleiding bestaat om een vergelijking te maken met de opdracht zoals die volgens klager in 2013 luidde.
  - 4.11.3. Klager meent volgens beklagde overigens ten onrechte dat in geval van meerdere wijzigingen altijd een vergelijking gemaakt zou moeten worden met de opdracht, zoals die laatstelijk (na eventuele eerdere wijzigingen) luidde. In de literatuur is men het er volgens beklagde over eens dat in elk geval de nuttige werking van het aanbestedingsrecht niet in gevaar mag komen. Beklaagde verwijst hiertoe naar het artikel van Hebly & Heijnsbroek, 'Wezenlijke wijziging na Europese aanbesteding', *NtER* 2012, p. 94-106. Het kan wat dat betreft volgens beklagde niet zo zijn dat telkens 'kleinere' wijzigingen worden doorgevoerd en op die manier wordt voorkomen dat sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging en daarom niet opnieuw zou hoeven worden aanbesteed.
  - 4.11.4. Alleen bij opdrachten met een langere looptijd zou een doorlopende aggregatie volgens beklagde kunnen zorgen voor praktische problemen. Beklaagde voert hiertoe aan dat de wijzigingsruimte door de tijd heen steeds beperkter zou wor-

den en ook zou precies bijgehouden moeten worden wat gewijzigd wordt, zodat telkens zou kunnen worden beoordeeld of (inmiddels) sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging. In een dergelijke situatie zou het uitgangspunt volgens beklagde kunnen zijn dat iedere wijziging op zichzelf moet worden beoordeeld. Ook dan geldt echter nog altijd dat deze benadering volgens beklagde de nuttige werking van het aanbestedingsrecht niet mag aantasten (beklaagde verwijst opnieuw naar het artikel van Hebly & Heijnsbroek).

- 4.11.5. In het onderhavige geval is volgens beklagde geen sprake van een opdracht met een lange looptijd, zoals bedoeld door Hebly & Heijnsbroek. Door allerlei omstandigheden is het wel zo dat al tien jaar is verstreken sinds de opdracht is verstrekt, maar dat maakt volgens beklagde niet dat er sprake is van een 'duurovereenkomst'. Beklaagde stelt dat het om een eenvoudige opdracht gaat: een ontwerp maken voor een specifiek gebouw. Alleen indien bijvoorbeeld de opdracht was verstrekt om tien jaar lang allerlei nieuwe gebouwen voor beklagde te ontwerpen, had naar de mening van beklagde betoogd kunnen worden dat een wijziging in de opdracht (voorwaarden) na drie en na zes jaar, niet meegewogen zouden hoeven te worden bij een derde wijziging in het negende jaar (zolang dat de nuttige werking van het aanbestedingsrecht niet verstoort).
- 4.11.6. De onderhavige tussentijdse wijzigingen zien volgens beklagde allemaal op één en hetzelfde gebouw dat ontworpen moet worden. Indien beklagde de eisen aan die specifieke opdracht zo lang en veel bijslijpt dat, op het moment dat het ontwerp gemaakt moet worden, sprake is van een totaal andere opdracht, dan moeten die wijzigingen volgens beklagde wel degelijk tezamen beschouwd worden om de nuttige werking van het aanbestedingsrecht niet te frustreren.
- 4.11.7. Het is naar de mening van beklagde dus niet zo dat klager al een ontwerp voor het nieuwe gebouw van beklagde had gemaakt, er vervolgens nog een 'aanbouwte' bij kwam, zij daarvoor een aanvullend ontwerp heeft gemaakt, en zo nog een aantal wijzigingen is doorgevoerd, waarbij zij telkens weer nieuwe (gewijzigde) werkzaamheden heeft uitgevoerd. Pas na al die jaren van bijschaven van de opdracht kan volgens beklagde met het echte ontwerpen begonnen worden. Beklaagde stelt dat bij aanvang van de uitvoering de opdracht zo verschillend is (qua aard, omvang en inhoud (programma van eisen)) dat deze opnieuw aanbesteed moet worden.
- 4.11.8. Voor zover – theoretisch – eerdere wijzigingen overigens wel op zichzelf beschouwd zouden moeten worden en de nieuwe opdracht in beginsel vergeleken zou moeten worden met de opdracht zoals deze laatstelijk (na de eerdere wijzigingen) luidde, dan zijn de eerdere wijzigingen volgens beklagde ten onrechte niet op zichzelf beschouwd. Indien dat wel zou zijn gedaan, dan zouden volgens beklagde die eerdere wijzigingen ongetwijfeld ook wezenlijk zijn geweest. Beklaagde stelt dat alleen al het wegvallen van twee gebouwen met specifieke functies zo omvangrijk is dat dit een wezenlijke wijziging is (waarover hierna meer). Het is volgens beklagde vanzelfsprekend niet zo dat – als ten onrechte niet eerder is heraanbesteed – een vergelijking gemaakt zou mogen worden met de opdracht zoals die volgens klager luidde na eerdere (wezenlijke) wijzigingen en thans niet meer opnieuw zou hoeven/mogen worden aanbesteed. Beklaagde merkt hierbij nogmaals op dat dat naar haar mening de nuttige werking van het aanbestedingsrecht zou aantasten.
- 4.12. Ten tweede gaat klager er volgens beklagde in haar klachtbrief ten onrechte vanuit dat hetzelfde criterium wordt gehanteerd bij (1) de vraag of een opdracht voldoende van een eerder aanbestede opdracht afwijkt om deze opnieuw in de markt te mogen zetten, als bij (2) de vraag of een opdracht ondanks een wijziging zonder nieuwe aanbesteding mag worden voortgezet. In beide gevallen gaat

het volgens beklaagde om wezenlijke wijzigingen, maar is naar haar mening het toetsingskader anders.

- 4.12.1. Beklaagde voert hiertoe aan dat de artikelen 2.163b-2.163g Aw 2012 een aantal situaties geven waarin een overheidsopdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure mag worden gewijzigd.
- 4.12.2. Als wijzigingen wezenlijk zijn, moet volgens beklaagde evenwel een nieuwe aanbestedingsprocedure gevolgd worden. Ook indien een aanbestedende dienst dus gebruik zou kunnen maken van een van de uitzonderingen van de artikelen 2.163b-2.163g Aw 2012, en dus verondersteld wordt dat de wijzigingen niet zo wezenlijk zijn dat het verplicht is om een nieuwe aanbestedingsprocedure te volgen, kan en mag een aanbestedende dienst er volgens beklaagde voor kiezen om, naar aanleiding van de wijzigingen wel een nieuwe aanbestedingsprocedure te houden. Beklaagde stelt dat het uitgangspunt blijft dat er in geval van wijzigingen een nieuwe aanbestedingsprocedure dient te worden gehouden, alleen kan en mag een aanbestedende dienst volgens beklaagde er in sommige gevallen voor kiezen dat niet te doen. Binnen dit kader kan naar de mening van beklaagde vastgesteld worden wanneer opnieuw moet worden aanbesteed danwel een opdracht ondanks een wijziging – desgewenst – zonder nieuwe aanbesteding mag worden voortgezet.
- 4.12.3. Een ander leerstuk betreft volgens beklaagde de vraag of een aanbestedende dienst een opdracht mag intrekken na (voorlopige) gunning en opnieuw mag aanbesteden. Beklaagde stelt dat behoudens in situaties waarin sprake is van procedurele fouten of wanneer er geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan, het zomaar intrekken en opnieuw in de markt mogen zetten van dezelfde opdracht zou kunnen leiden tot favoritisme en willekeur. In zoverre volgt uit jurisprudentie dat een nieuwe opdracht ook (wezenlijk) zou moeten afwijken van de oorspronkelijke opdracht wil men een (zelfde) opdracht opnieuw aanbesteden. Deze wezenlijke wijziging hoeft volgens beklaagde echter niet even 'zwaar' te zijn als de wezenlijke wijziging die verplicht tot een nieuwe aanbesteding.
- 4.12.4. Volgens beklaagde kan er dus sprake zijn van wijzigingen die niet zo wezenlijk zijn dat het verplicht is om een nieuwe aanbestedingsprocedure te houden (men zou volgens beklaagde dus een beroep kunnen doen op de uitzonderingen van de artikelen 2.163b-2.163g Aw 2012, maar op grond van de contractsvrijheid is een opdrachtgever daartoe niet verplicht (beklaagde verwijst opnieuw naar het artikel van Hebly & Heijnsbroek). In die zin is volgens beklaagde dan dus geen sprake van een wezenlijke wijziging. Maar diezelfde wijziging kan wel wezenlijk genoeg zijn om te kunnen besluiten de opdracht opnieuw aan te besteden, zonder dat sprake is van favoritisme of willekeur.
- 4.12.5. Indien een aanbestedende dienst het bij – bijvoorbeeld – een wijziging van een programma van eisen, met als gevolg een wijziging van de opdrachtsom met net geen 10%, wenselijk vindt om de gewijzigde opdracht opnieuw in de markt te zetten, omdat zij hoopt dat de wijziging voor haar opdracht leidt tot meer mededinging op de markt van de inschrijvers, heeft zij daar volgens beklaagde dus het volste recht toe. Beklaagde voegt hieraan toe dat de betreffende wijziging dan niet als wezenlijk wordt gezien in de zin van de artikelen 2.163a-2.163g Aw 2012, maar wel degelijk een wijziging is die voldoende wezenlijk is om haar toe te staan dat zij de opdracht opnieuw aanbesteed zonder dat sprake is van willekeur of favoritisme.
- 4.12.6. Voor de goede orde merkt beklaagde op dat de onderhavige wijzigingen zo wezenlijk zijn dat zij wel degelijk verplicht is om een nieuwe aanbestedingsprocedure te houden. Klager lijkt evenwel te veronderstellen dat als beklaagde niet ver-

plicht zou zijn om de opdracht opnieuw aan te besteden, zij daar ook niet het recht toe zou hebben. Beklaagde meent echter – als hiervoor toegelicht – dat ook als zij niet verplicht is om opnieuw aan te besteden, zij daar wel voor mag kiezen omdat de wijzigingen wel dusdanig wezenlijk zijn dat bij haar keuze geen sprake is van willekeur of favoritisme.

- 4.13. Beklaagde gaat in haar reactie op de klacht ook nog in op de wijzigingen zelf. In dat kader herhaalt zij dat de oorspronkelijke opdracht betrekking had op 55.000 m<sup>2</sup> nieuwbouw. De opdracht die thans in de markt wordt gezet, ziet volgens beklagde op 13.000 m<sup>2</sup> nieuwbouw. Ten opzichte van de oorspronkelijke 55.000 m<sup>2</sup> die in de markt is gezet, is dat naar mening van beklagde een wezenlijke wijziging (23,6% van de oorspronkelijke omvang). Het staat buiten kijf dat de nieuwe opdracht qua omvang wezenlijk afwijkt van de oorspronkelijke opdracht. Ook indien een vergelijking gemaakt zou worden met de beweerdelijke eerdere wijzigingen is volgens beklagde nog steeds sprake van wezenlijke wijzigingen.
- 4.14. In haar klachtbrief stelt klager volgens beklagde nog dat Richtlijn 2014/24 en de artikelen 2.163a e.v. Aw 2012 alleen bedoeld zouden zijn voor uitbreidingen van een opdracht. Het verkleinen van een opdracht zou niet nopen tot een nieuwe aanbesteding. Naar mening van beklagde is dit niet juist. Het Hof van Justitie heeft in 2016 overwogen dat een beperking van een opdracht tot gevolg kan hebben dat die binnen het bereik komt van een groter aantal marktdeelnemers (HvJ 7 september 2016, zaak C-549/14). Een kleinere opdracht kan volgens het Hof interessant zijn voor kleinere ondernemers. Bovendien dienen de geschiktheidseisen gerelateerd te zijn aan het voorwerp en de omvang van de opdracht. Een beperking van de opdracht kan dus een evenredige beperking van de geschiktheidseisen met zich brengen, waardoor ook andere (kleinere) ondernemers in aanmerking kunnen komen voor de opdracht, aldus het Hof van Justitie.
- 4.15. Een verkleining van de opdracht kan naar de mening van beklagde dus wel de gelijk ook een wezenlijke wijziging zijn. Anders dan klager meent, valt volgens beklagde niet in te zien waarom artikel 2.163b Aw 2012 niet op een dergelijke verkleining (analoog) kan worden toegepast. Naar mening van beklagde is dan tevens sprake van een materiële wijziging als bedoeld in artikel 2.163g, lid 2, Aw 2012 en van een wijziging die bijkomende deelnemers aan een aanbestedingsprocedure zou hebben aangetrokken als bedoeld in artikel 2.163g, lid 3, sub a, Aw 2012.
- 4.16. Beklaagde stelt dat uit het voorgaande volgt dat zij terecht heeft overwogen dat de omvang van de nieuwe opdracht dusdanig afwijkt van de oorspronkelijke opdracht dat opnieuw aanbesteed dient te worden.
- 4.17. Nog los van het aanzienlijk verkleinen van de omvang van de opdracht in vierkante meters, is de inhoud van de opdracht daarmee volgens beklagde ook wezenlijk gewijzigd. Beklaagde merkt op dat er binnen de architectenwereld immers architecten zijn die zich bijvoorbeeld specifiek toeleggen op ziekenhuizen, winkelpanden, kantoorpanden, openbaar publieke gebouwen zoals gemeentehuizen, schouwburgen of voetbalstadions, et cetera. Net zoals die verschillende bouwwerken hebben kantoorpanden (voor staf- en overige functies) en andere gebouwen die beklagde met de nieuwe aanbestedingsprocedure beoogt te doen realiseren zo hun eigen kenmerken waar architecten bij hun ontwerp rekening mee moeten houden.
- 4.18. Het kan volgens beklagde dus heel goed zijn dat een of meer architecten geen interesse voor de oude opdracht hadden, omdat de specifieke functies van die gebouwen niet tot hun aandachtsgebieden behoorden. Ook het feit dat de nieuwe opdracht niet langer ziet op gebouwen met bepaalde specifieke functies, maakt

derhalve dat de nieuwe opdracht interessant kan zijn voor bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure, als bedoeld in artikel 2.163g, lid 3, sub a, Aw 2012.

- 4.19. Beklaagde voegt hieraan toe dat in afwijking van de oude opdracht de nieuwe opdracht ook betrekking heeft op installatieadvies en constructieadvies. Ook deze onderdelen maken volgens beklagde dat de aard van de nieuwe opdracht afwijkt van de oude opdracht en de doelgroep voor wie de opdracht interessant is, gewijzigd is c.q. uitgebreid is met installateurs en constructeurs. Dat is naar de mening van beklagde ook een wezenlijke wijziging in de zin van artikel 2.163g Aw 2012.
- 4.20. Aangezien beklagde heeft geconstateerd dat behoefte bestaat aan een veel flexibeler gebouw, zodat het gebruik van het gebouw in de toekomst eenvoudiger kan worden aangepast aan gewijzigde omstandigheden, is er voor de nieuwe opdracht voor gekozen om onderscheid te maken tussen het ontwerp van het casco gebouw en het ontwerp van het inbouwpakket c.q. afbouwpakket. Hoewel deze twee onderdelen niet in separate percelen zijn ondergebracht, maakt dit volgens beklagde wel dat (combinaties van) andere architecten/inschrijvers in de opdracht geïnteresseerd kunnen zijn. Beklaagde stelt dat dit eveneens een wezenlijke wijziging is in de zin van artikel 2.163g Aw 2012.
- 4.21. Tot slot zijn er volgens beklagde in de nieuwe opdracht tal van overige aspecten gewijzigd. Zo heeft beklagde er bijvoorbeeld voor gekozen om een veel duurzamer en flexibeler gebouw te laten ontwerpen dan oorspronkelijk de bedoeling was. Daarmee heeft beklagde een heel ander soort gebouw voor ogen dan tien jaar geleden het geval was. De eisen qua duurzaamheid en flexibiliteit wegen thans ook mee bij de gunningscriteria. Klager meent volgens beklagde ten onrechte dat, omdat duurzaamheid en flexibiliteit altijd een rol zouden spelen, althans in algemene zin ook in de oude opdracht een rol zouden hebben gespeeld, geen sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging. Beklaagde stelt hier dat het in de nieuwe opdracht niet om duurzaamheid en flexibiliteit in algemene zin gaat, maar om specifiek benoemde criteria. Dat is volgens beklagde een wezenlijke wijziging die gunning aan een andere inschrijver mogelijk maakt als bedoeld in artikel 2.163g Aw 2012.
- 4.22. Naar mening van beklagde is op grond van het voorgaande evident dat de nieuwe opdracht zeer wezenlijk afwijkt van de oorspronkelijke opdracht. Beklaagde voegt hier aan toe dat dat niet alleen geldt voor de individueel benoemde wijzigingen, maar zeker als die wijzigingen tezamen worden beschouwd.
- 4.23. Naar mening van beklagde probeert klager in haar klachtbrief ten onrechte te benadrukken welke gelijkenissen zij ziet tussen de nieuwe opdracht en de oude opdracht. Voor de vraag of sprake is wezenlijke wijzigingen, dient vanzelfsprekend naar de verschillen gekeken te worden en niet naar gelijkenissen. Als de verschillen in ogenschouw worden genomen, is volgens beklagde volstrekt helder dat er zoveel veranderingen zijn dat beklagde op goede gronden heeft mogen besluiten de opdracht in zijn huidige vorm opnieuw aan te besteden. Beklaagde stelt dat niets in de onderhavige casus ook maar in de buurt komt van willekeur of favoritisme in de zin dat een opdracht die door de ene opdrachtnemer zou zijn gewonnen maar door een aanbestedende dienst liever aan een andere opdrachtnemer zou worden verstrekt.
- 4.24. Beklaagde concludeert dat zij geheel correct heeft gehandeld binnen de ruimte en vrijheid die zij als aanbestedende dienst heeft.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 19 juli 2017 een Europese niet-openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor ontwerpdiensten met betrekking tot de nieuwbouw van een gebouw. 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. Klager stelt dat beklagde met deze aanbestedingsprocedure een overheidsopdracht aanbesteedt die nagenoeg gelijk is aan de opdracht die zij in 2007 aan klager heeft gegund. Door die opdracht opnieuw aan te besteden zonder – aldus klager – de opdracht eerst wezenlijk te wijzigen, handelt beklagde volgens klager in strijd met de Aanbestedingswet 2012, in het bijzonder met een of meer bepalingen van hoofdstuk 2.5 van die wet.
- 5.3. Alvorens tot een beoordeling van de klacht over te gaan, stelt de Commissie het volgende vast.
  - 5.3.1. Beklagde en klager hebben in 2007 – als resultaat van een daaraan voorafgaande Europese aanbestedingsprocedure – een overeenkomst met elkaar gesloten. In dat kader zijn zij de toepasselijkheid van de DNR 2005 met elkaar overeengekomen.
  - 5.3.2. Partijen zijn het er over eens dat beklagde gebruik heeft gemaakt van haar op grond van artikel 24 DNR 2005 bestaande bevoegdheid om de overeenkomst met klager eenzijdig en zonder grond op te zeggen. Voor de behandeling van de klacht is het precieze moment waarop beklagde de overeenkomst heeft opgezegd verder niet relevant.
  - 5.3.3. Partijen zijn het er voorts over eens dat de civielrechtelijke rechtsgevolgen van de uitoefening door beklagde van haar bevoegdheid tot opzegging worden bepaald door artikel 33 DNR 2005, dat onder andere voorziet in een betalingsverplichting van de opdrachtgever jegens de adviseur.
  - 5.3.4. Vast staat dat beklagde zich bereid heeft verklaard deze betalingsverplichting jegens klager na te komen (zie 1.14 hiervoor) en dat klager zich akkoord heeft verklaard met het in dat kader door beklagde voorgestelde bedrag (zie 1.15 hiervoor).
- 5.4. Daarmee komt de Commissie toe aan de beoordeling van de klacht. In dat kader overweegt zij het volgende.
  - 5.4.1. Vooropgesteld dient te worden dat een geval als het onderhavige afwijkt van het geval, waarin een aanbestedende dienst nog tijdens de aanbestedingsprocedure besluit om die procedure af te breken en de opdracht opnieuw aan te besteden. In het laatstbedoelde geval zal die heraanbesteding – onder omstandigheden – aanbestedingsrechtelijk kunnen worden geproblematiseerd wanneer de aanbestedende dienst nalaat de opdracht wezenlijk te wijzigen, alvorens deze opnieuw door middel van een aanbestedingsprocedure in de markt te zetten.
  - 5.4.2. In deze zaak doet dat het hiervoor bedoelde geval zich echter niet voor. Wat in deze zaak immers gebeurt, is dat de aanbestedende dienst eerst na afloop van de aanbestedingsprocedure en nadat de uit die procedure resulterende overeenkomst tot stand is gekomen, gebruik maakt van zijn bevoegdheid tot opzegging van die overeenkomst, waarbij de grondslag van die bevoegdheid niet alleen in

de overeenkomst (zie artikel 24 DNR 2005) maar ook in de wet is verankerd (zie artikel 7:408, lid 1, BW).

- 5.4.3. Voor zover klager met haar klacht betoogt dat een aanbestedende dienst in een geval als het onderhavige in de uitoefening van diens bevoegdheid tot opzegging zou worden beperkt door de Aanbestedingswet 2012 of door enige andere regel van aanbestedingsrecht, die zou inhouden dat een aanbestedende dienst een opdracht – na opzegging daarvan – alleen opnieuw kan aanbesteden na wezenlijke wijziging daarvan, kan de Commissie klager daarin niet volgen. Met dat betoog gaat klager namelijk voorbij aan het volgende.
- 5.4.4. In het in 5.4.1 hiervoor bedoelde geval, waarin een aanbestedende dienst besluit de aanbestedingsprocedure in te trekken, om vervolgens de opdracht opnieuw aan te besteden, zal het belang van de inschrijver die op grond van het verloop van de ingetrokken procedure meent aanspraak te kunnen maken op de opdracht – namelijk: het belang van het verwerven van die opdracht en het daarmee verband houdende positieve contractsbelang – kunnen worden beschermd met een beroep op de regel dat heraanbesteding van nagenoeg dezelfde opdracht in beginsel niet toelaatbaar is. In een geval als het onderhavige wordt het hiervoor genoemde belang echter niet geschonden: de opdrachtnemer die wordt geconfronteerd met een opdrachtgever die zijn bevoegdheid tot opzegging van de tussen partijen gesloten overeenkomst op enig moment uitoefent, behoudt immers zijn aanspraak op het positieve contractsbelang dat de inzet was van de aanbestedingsprocedure die aan de totstandkoming van de opgezegde overeenkomst vooraf is gegaan: opzegging van de overeenkomst verplicht de opdrachtgever immers tot betaling van 10% van het resterende deel van de advieskosten die de opdrachtgever verschuldigd zou zijn bij de volledige vervulling van de opdracht (zie artikel 33 lid 2 DNR 2005).
- 5.4.5. Gelet op het voorgaande kan in het licht van de onder 5.3 hiervoor vastgestelde feiten verder in het midden blijven of beklagde de in 2007 aan klager gegunde opdracht al dan niet wezenlijk heeft gewijzigd, alvorens deze op 19 juli 2017 – na opzegging van de met klager gesloten overeenkomst – opnieuw door middel van een Europese aanbestedingsprocedure in de markt te zetten. Uit het voorgaande volgt immers dat de Commissie van oordeel is dat noch de Aanbestedingswet 2012, noch enige andere regel van aanbestedingsrecht, in een geval als het onderhavige in de weg staan aan de op 19 juli 2017 door beklagde aangekondigde aanbestedingsprocedure, ongeacht of het object van die procedure wezenlijk verschilt van het object van de in 2006 en 2007 gevolgde procedure.
- 5.5. Het voorgaande betekent dat de klacht ongegrond is.

**6. Advies**

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 2 februari 2018

w.g.:

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

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid