

Advies 515 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese niet-openbare aanbesteding voor een overheidsopdracht voor de uitwerking van het bestek met werktekeningen door een voorgescreven architect, de sloop en de bouwkundige- en installatietechnische uitvoeringswerkzaamheden ten behoeve van de nieuwbouw van een gemeentehuis. Het ARW 2016 is op deze procedure van toepassing verklaard.

Klachtonderdeel 1

De brancheorganisatie stelt dat de aanbesteder het gewicht van de kwalitatieve gunningscriteria heeft gewijzigd door in de gunningsleidraad een veel lager gewicht toe te passen dan was bepaald in de selectiefase. Tevens klaagt zij dat de aanbesteder daarmee te laat het gewicht van de kwalitatieve gunningscriteria heeft bekendgemaakt.

De Commissie is van oordeel dat de in de aankondiging en de selectieleidraad bekendgemaakte percentages weinig zeggen over de werkelijke gewichten van kwaliteit en prijs. Die werkelijke gewichten worden immers in sterke mate mede bepaald door de formules die worden gebruikt om de totaalscore te bepalen. Deze formules heeft aanbesteder pas in de gunningsleidraad bekendgemaakt.

Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder het relatieve gewicht van de nadere gunningscriteria dan ook nog niet daadwerkelijk bekendgemaakt ten tijde van de aankondiging. Pas in de gunningsleidraad heeft aanbesteder de weging van de nadere gunningscriteria bekendgemaakt. Daarmee handelt aanbesteder in strijd met (de toelichting op) artikel 3.6.4 ARW 2016. De Commissie acht klachtonderdeel 1 dan ook gegrond.

Klachtonderdeel 2

De brancheorganisatie klaagt verder dat aanbesteder zonder (deugdelijke) motivering is afgeweken van Voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit door een aanzienlijk aantal afwijkingen op de UAV 2012 in het bestek op te nemen.

De Commissie constateert dat aanbesteder door een architect een Definitief Ontwerp heeft laten vervaardigen. Met de onderhavige overheidsopdracht beoogt aanbesteder vervolgens aan een opdrachtnemer op te dragen: het op basis van één overeenkomst uitwerken van het Definitief Ontwerp tot een bestek met werktekeningen en het vervolgens op basis daarvan uitvoeren van de sloop en de bouwkundige en installatiewerkzaamheden. De Commissie is van oordeel dat daarmee in essentie sprake is van een geïntegreerd contract. Dat de opdrachtnemer met het oog op de uitwerking van het Definitief Ontwerp tot een bestek met werktekeningen gebruik moet maken van de diensten van een voorgescreven architect en in dat kader het contract met deze architect van aanbesteder moet overnemen, doet aan het voorgaande niet af: in de aanbestedingsstukken is immers bepaald dat de opdrachtnemer jegens aanbesteder de verantwoordelijkheid draagt voor de bedoelde uitwerking. Aan het voorgaande doet evenmin af dat aanbesteder in de aanbestedingsstukken heeft bepaald dat gedurende de fase van uitwerking van het Definitief Ontwerp tot een bestek met werktekeningen in bouwteamverband zal worden gewerkt.

De UAV 2012 zijn paritair opgestelde voorwaarden die enkel de uitvoering van werken en technische installatiewerken betreffen. De UAV 2012 zijn dus geen algemene voorwaarden voor de onderhavige situatie waarin sprake is van een geïntegreerd contract. Daarmee wijkt aanbesteder – anders dan de brancheorganisatie stelt – niet af van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit door de UAV 2012 zonder deugdelijke motivering niet integraal over te nemen. De Commissie acht klachtonderdeel 2 dan ook ongegrond.

Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. Ook voor geïntegreerde contracten bestaan paritair opgestelde voorwaarden: de Model Basisovereenkomst (MBO) met bijbehorende UAV-GC 2005. Aangezien de brancheorganisatie niet heeft geklaagd dat aanbesteder op basis van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit de MBO met UAV-GC 2005 integraal had moeten toepassen of een afwijking daarvan had moeten motiveren, laat de Commissie deze mogelijke inbreuk op artikel 1.10, lid 4, Aw 2012 verder onbesproken.

Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om ook bij een Europese niet-openbare procedure waarop het ARW 2016 niet van toepassing is, de weging van de nadere gunningscriteria reeds ten tijde van de aankondiging bekend te maken. Daarbij beveelt de Commissie aan niet te volstaan met de weergave van een percentage per gunningscriterium, maar tevens de formule(s) bekend te maken waarmee de totaalscores zullen worden berekend (zie in dat kader meer uitvoerig 5.5.13, 5.5.17-5.5.19 hierna).

Indien de in paragraaf II.2.5 van de aankondiging van de opdracht voor de weging van de nadere gunningscriteria ingevulde getallen niet overeenstemmen met de werkelijke weging, omdat deze slechts zijn ingevuld om een aankondiging te kunnen doen, beveelt de Commissie aan om dat in paragraaf VI.3 (“Nadere inlichtingen”) van de aankondiging duidelijk te maken (zie in dat kader meer uitvoerig 5.5.19 hierna).

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 515

1. Feiten

1.1. Aanbesteder heeft op 21 juni 2018 een Europese niet-openbare aanbesteding aangekondigd voor een overheidsopdracht voor het vervaardigen van het bestek met werktekeningen door een voorgeschreven architect, de sloop en de bouwkundige en installatietechnische uitvoeringswerkzaamheden ten behoeve van de nieuwbouw van een gemeentehuis. Het ARW 2016 is op deze procedure van toepassing verklaard.

1.2. In de Aankondiging van 21 juni 2018 is onder meer het volgende bepaald:

‘II.2.4) Beschrijving van de aanbesteding:

(aard en omvang van de werken, leveringen of diensten, of vermelding van de behoeften en vereisten)

Sloop: circa 7000 m2 bvo

Nieuwbouw: circa 8000 m2 bvo

Verbouw en aanpassingen: circa 1000 m2 bvo

II.2.5) Gunningscriteria

De onderstaande criteria

Kwaliteitscriterium Naam: Slopen en nieuwbouw gemeentehuis [Aanbesteder] Weging: 50

Prijs Weging: 50’

1.3. In de Selectieleidraad van 20 juni 2018 is onder meer het volgende bepaald:

‘1. INLEIDING

(...)

1.2. De Opdracht

De Aanbestedende dienst gaat voor haar dienstverlenende en kantoorhoudende taken een nieuw gemeentehuis realiseren. Naast [Aanbesteder] zal ook de bibliotheek en het historisch archief in de nieuwbouw worden gehuisvest. Onder de nieuwbouw zal een fietsenkelder worden voorzien. Ook het archief wordt in de kelder ondergebracht. De nieuwbouw wordt gerealiseerd op de plek van het huidige (oude) gemeentehuis en wordt tegen het [theater- en kunstencentrum] aangebouwd. Dit deel is recent al als fase 1 gerealiseerd. De nieuwbouw van gemeentehuis, bibliotheek en Historisch archief wordt beschouwd als fase 2 van de totale vernieuwbouw van [Aanbesteder].

Om de nieuwbouw te kunnen realiseren zal het huidige gemeentehuis eerst gesloopt moeten worden. **De sloopwerkzaamheden maken deel uit van de onderhavige opdracht.**

Samengevat betreft de opdracht:

- Het in bouwteamverband adviseren over (bouwkundig) - en engineeren van (installatietechnisch) het Definitief Ontwerp tot een bestek;
- het realiseren van een tijdelijke scheiding tussen de recent gerealiseerde fase 1 en de nieuw te realiseren fase 2;

- de sloop van het huidige gemeentehuis, inclusief tijdelijke huisvesting ([naam gebouw]). Dit betreft zowel het gebouw alsmede een beheerste demontage en verwijdering van oude installaties;
- de realisatie van nieuwbouw voor een gemeentehuis, in combinatie met bibliotheek en Historisch archief, grenzend aan het recent gerealiseerde theater- en Kunstencentrum [naam];
- de verbouw / herinrichting van een deel van de in fase 1 gerealiseerde ruimtes (huidige bibliotheek; ca. 1.000 m2 bvo)

(...)

2 AANBESTEDINGSPROCEDURE

(...)

2.3 Beschrijving van de Opdracht en motivering samenvoeging opdracht

(...)

2.3.4 Omvang van de Opdracht – sloop- bouwkundige- en installatietechnische werkzaamheden -

(...)

In opdracht van de Aanbestedende dienst is het Definitief Ontwerp (DO) opgesteld. Het DO wordt in de gunningsfase ter beschikking gesteld aan de geselecteerde Gegadigden. De Opdrachtnemer heeft na gunning van de Opdracht een actief adviserende rol in het **bouwteam** voor de **bouwkundige werkzaamheden**. De architect zal het DO uitwerken tot een bestek in opdracht van de opdrachtnemer.

Opdrachtnemer wordt derhalve verplicht om de architectenopdracht voor de uitwerking van het bestek en werktekeningen van de gemeente over te nemen.

De opdrachtnemer heeft na gunning van de Opdracht daarnaast een actief engineeringende rol in het **bouwteam** voor de **installatiewerkzaamheden**. De installatieadviseur heeft daarbij een toetsende rol.

(...)

7. ENKELE VOORWAARDEN VOOR DE GUNNINGFASE

Op basis van de later aan de geselecteerde Gegadigden te verstrekken Gunningleidraad wordt aan de geselecteerde Gegadigden gevraagd een Inschrijving te doen. Hieronder staan enkele voorwaarden die in de gunningfase gesteld zullen worden. Deze voorwaarden zijn niet limitatief en kunnen naderhand nog wijzigen, waarbij wordt opgemerkt dat de complete contractdocumenten in de gunningfase aan de orde zullen komen. Een gegadigde kan geen beroep doen op hetgeen in deze selectieleidraad is opgenomen. Ter informatie meldt de Aanbestedende dienst al dat:

- Gunning plaatsvindt op basis van beste prijs-kwaliteitverhouding.
- De Inschrijver bereid dient te zijn om bij Inschrijving een gedetailleerde open begroting te overleggen.
- Een 'on first demand' bankgarantie ter grootte van 5% van de inschrijfsom moet worden verstrekt door de winnende inschrijver voorafgaand aan de eerste facturatie.
- De door de Inschrijver gemaakte kosten voor het opstellen en aanbieden van de Inschrijving worden vergoed ten bedrage van € 15.000,-- excl.

btw. De winnaar van de aanbesteding komt niet voor deze vergoeding in aanmerking.

- De gestanddoeningstermijn van de Inschrijving 120 kalenderdagen dient te bedragen.
- Inschrijver in aanvulling op § 43b UAV 2012 zich afdoende dient te verzekeren tegen risico's die voortvloeien uit de Overeenkomst en de door de Inschrijver uit te voeren werkzaamheden. De specifieke voorwaarden die aan de verzekeringen worden gesteld, worden in de Overeenkomst opgenomen.

De criteria die de aanbestedende dienst zal hanteren, houden verband met de opdracht en hebben onder andere betrekking op:

- de bouwlogistiek tijdens de uitvoering;
- de planning en fasering;
- de wijze van samenwerking met de opdrachtgever;
- de wijze waarop gegadigde communiceert met opdrachtgever, gebruikers en andere betrokkenen.
- de inschrijfsom;

Het gunningsproces zal verder beschreven worden in de Gunningsleidraad.'

1.4. In de Nota van Inlichtingen die is uitgebracht in de selectiefase zijn onder meer de volgende vragen gesteld en de volgende antwoorden gegeven:

1.4.1. Vraag 2: 'Op blad 29 van de selectieleidraad treffen wij de gunningscriteria die de aanbestedende dienst onder andere zal hanteren. De tekst suggereert dat er misschien nog wat gaat veranderen aan het gunningskader. Is dat het geval?'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst zal het gunningskader hanteren zoals in de selectieleidraad is aangegeven. Dat betekent dat het gunningscriterium Beste Prijs Kwaliteitsverhouding zal worden gehanteerd. Beoordeling van de inschrijvingen vindt plaats aan de hand van de ingediende prijs en de beschreven kwalitatieve criteria (blz. 29 selectieleidraad), die nog verder worden uitgeschreven en 'SMART' worden gemaakt. In beginsel gaat de aanbestedende dienst uit van een weging prijs-kwaliteit '50-50'. Het is waarschijnlijk dat de prijs zwaarder zal worden gewogen (bv. in een verhouding 60-40 of 70-30 (prijs-kwaliteit)).'

1.4.2. Vraag 3: 'U geeft in par. 3.2.1 aan dat u verwacht de UAV van toepassing te verklaren. Dat wekt de indruk dat u nog niet weet wat de inhoud van de overeenkomst zal zijn. Kunt u bevestigen dat u de UAV 2012 van toepassing verklaart?'

Antwoord: 'Dat kunnen wij bevestigen. De UAV 2012 zal van toepassing zijn.'

1.5. In de Gunningsleidraad van 21 november 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

"7. GUNNINGSCRITERIA

7.1. Inleiding

Dit hoofdstuk beschrijft de gunningcriteria met betrekking tot deze aanbestedingsprocedure en hoe de Inschrijvingen beoordeeld zullen worden teneinde de Opdracht te gunnen aan de Inschrijver met de beste prijs kwaliteit verhouding (BPKV). De Aanbestedende dienst zal 'op waarde' gunnen.

De Inschrijvingen die na toetsing voldoen aan de minimum- en vormvereisten, worden door de beoordelingscommissie (bestaande uit een vast team van

verschillende disciplines, samengesteld door de Aanbestedende dienst) op basis van de gunningscriteria beoordeeld.

Het gunningscriterium is onderverdeeld in het criterium 'Prijs' (par. 7.2) en 'Kwaliteit', waarbij 'Kwaliteit' wordt beoordeeld op basis van het door de Inschrijvers in te dienen Plan van Aanpak (par. 7.3).

Voor de Aanbestedende dienst is een reële prijsaanbieding – die in lijn dient te liggen met de zorgvuldig vooraf geraamde opdrachtwaarde – essentieel voor de doorgang van deze Opdracht. Om deze reden heeft de Aanbestedende dienst een relatief zwaar gewicht toegekend aan het subgunningscriterium 'Prijs'. De Aanbestedende dienst meent dat de Opdracht en het uiteindelijke bestek- en de bestekstekeningen waarvan kan worden uitgegaan, niet complex van aard zijn, behoudens de logistieke omgeving waar de werkzaamheden plaatsvinden. De door de Aanbestedende dienst gevraagde kwaliteit is dan ook niet van een niveau dat abnormaal hoog is. De Aanbestedende dienst verwacht dan ook geen (verregaande) innovatieve en duurzame oplossingen. Daarbij speelt in de huidige (oververhitte) markt de prijs doorgaans een bepalende rol. De Inschrijvers moeten derhalve de mogelijkheid hebben een verschil te kunnen maken met het subgunningscriterium 'Prijs'. Evenwel hecht de Aanbestedende dienst ook waarde aan een kwalitatief goede voorbereiding en een goed doordachte uitvoering. Om die reden past de Aanbestedende dienst het gunningscriterium beste prijs kwaliteitverhouding toe en zal de beoordeling van het Plan van Aanpak bij de totaalscore in de vorm van een fictieve korting worden ingehouden op de inschrijfsom.

Kortom: de Aanbestedende dienst acht het hanteren van het gunningscriterium beste prijs kwaliteitverhouding met de toegekende gewichten aan de verschillende subgunningscriteria de meest doelmatige wijze om te komen tot gunning van de Opdracht.

7.2. Prijs

De volgende uitgangspunten en voorwaarden worden voor wat betreft het criterium prijs aan de Inschrijving gesteld.

7.2.1. Inschrijfsom

Als inschrijfsom wordt het bedrag (excl. BTW) aangehouden, dat door de Inschrijver op het ondertekende inschrijfformulier (bijlage 3) is ingevuld onder 'E: TOTAAL INSCHRIJFSOM'.

7.2.2. Open begroting en kwaliteit

De Inschrijver dient een open begroting voor zowel de bouwkundige alsmede installatietechnische onderdelen conform de STABU-systematiek (inclusief alle gespecificeerde onderliggende offertes van onderaannemers en leveranciers) (STABU-Standaard 2012) in te dienen bij de Inschrijving ter onderbouwing van en sluitend op de inschrijfsom, waarmee wordt aangetoond dat het Werk conform het voorgeschreven kwaliteitsniveau wordt gerealiseerd. Uit de open begroting dient de kwaliteit van de diverse materiaaltoepassingen goed te herleiden zijn. **Het ontbreken van de open begroting leidt tot uitsluiting van de aanbesteding.** De open begroting dient enkel voor verrekening van meer-minderwerk. Er kunnen geen rechten aan worden ontleend inzake compleetheid en volledigheid van de Inschrijving.

7.3. Kwaliteit

De volgende uitgangspunten en voorwaarden worden voor wat betreft het criterium kwaliteit aan de Inschrijving gesteld.

7.3.1. Plan van Aanpak

Als beschrijving van de (kwaliteit van de) voorbereiding en de uitvoering, moet een Plan van Aanpak (anoniem) worden ingediend. Dit zal op de volgende subgunning-criteria worden beoordeeld:

1. De adviserende rol van de Opdrachtnemer bij de uitwerking van het bouwkundig DO naar technisch en uitvoeringsgereed ontwerp (door architect te vervaardigen in opdracht van de Opdrachtnemer) en bij de uitwerking van het installietechnisch DO naar technisch en uitvoeringsgereed ontwerp (door de Opdrachtnemer te vervaardigen);
2. ingebruikname technische installaties;
3. bouwvolgorde, planning en doorlooptijd (kaders ten aanzien van dit onderdeel zijn beschreven in bijlage 9);
4. communicatie en omgevingsmanagement;
5. bereikbaarheid en veiligheid.

Het Plan van Aanpak wordt een bijlage van de Overeenkomst.

Het Plan van Aanpak dient te worden aangeleverd op maximaal tien (10) pagina's A4, inclusief beeldmateriaal, diagrammen, schema's, etc. (Extra) bijlagen bij het Plan van Aanpak zijn niet toegestaan. Het Plan van Aanpak dient als één document te worden ingediend. Indien een Plan van Aanpak de limiet overschrijdt, dan neemt de Aanbestedende dienst enkel de eerste pagina's (inclusief beeldmateriaal, diagrammen, schema's, etc.) tot aan de limiet in beschouwing.

De Inschrijver mag naar eigen inzicht de 5 bovengenoemde aspecten verdelen over de geboden tien pagina's. In het Plan van Aanpak moet de volgorde van de subgunningscriteria worden aangehouden.

7.3.2. Subgunningscriterium1: uitwerking DO naar uitvoeringsgerede tekeningen
De architect, [Naam], heeft de primaire taak om het bouwkundig ontwerp binnen het ontwerpteam verder uit te werken tot en met technisch en uitvoeringsgereed ontwerp **in opdracht van de Opdrachtnemer**. De architect behoudt daarbij zijn rol als esthetisch toezichthouder. De Opdrachtnemer heeft een uitdrukkelijke adviserende taak, zoals bedoeld in de (concept) Overeenkomst. De Aanbestedende dienst hecht veel waarde aan een proactieve rol van de Opdrachtnemer, die gevraagd en ongevraagd (op eigen initiatief) adviseert over de uitwerking van details, mogelijke alternatieven aandraagt voor toe te passen materialen, de aanpak van de uitvoering, etc. de Opdrachtgever behoudt zich te allen tijde het recht op het laatste woord voor. Zie ook par. 1.4.

Verder heeft de Opdrachtnemer de taak om het installietechnisch ontwerp **actief uit te werken**, met een toetsende rol van de installatieadviseur in het ontwerpteam. De installateur heeft in deze context dus een **engineerende, actieve** rol.

Voor dit subgunningscriterium moet de Inschrijver onder meer ingaan op (niet limitatief; voor zowel bouwkundige alsmede installietechnische onderdelen):

- zijn rol binnen het ontwerpteam; en
- hoe hij deze rol invult en organiseert en;
- op welke onderdelen hij verwacht invloed uit te kunnen oefenen en welke gevolgen deze invloed kan en zal hebben op de uitwerking van het ontwerp; en
- hoe hij de integraliteit van het bouwkundig, constructief en installietechnisch ontwerp borgt; en
- hoe hij de kwaliteit handhaaft van het uit te werken ontwerp en de uitvoering.

Dit subgunningscriterium wordt door de beoordelingscommissie als volgt gewaardeerd:

Cijfer	Beoordeling	Omschrijving
1	Slecht	De Inschrijver gaat slechts zeer globaal in op dit onderdeel. De Inschrijver onderkent onvoldoende dat dit van belang is.
4	Onvoldoende	De Inschrijver onderkent dat hier belangrijke doelstellingen liggen. De Inschrijver weet echter onvoldoende duidelijk te maken hoe hij de doelstellingen in zijn aanpak borgt.
7	Voldoende	De Inschrijver onderkent dat hier een belangrijke rol ligt en hij kan duidelijk maken hoe en op welke gebieden hij hier invulling aan geeft.
10	Zeer goed	De Inschrijver onderkent dat hier een belangrijke rol ligt en geeft op zeer heldere wijze aan hoe hij hier invulling geeft. Hij komt bovendien met inventieve oplossingen, die veel waarde toevoegen voor de Opdrachtgever, uitgedrukt in kwaliteit en/of tijd.

7.3.3. Subgunningscriterium 2: ingebruikname technische installaties

De Aanbestedende dienst vindt het belangrijk dat zij vanaf moment van oplevering kan beschikken over een gebouw met goed functionerende en bedienbare installaties.

Voor dit subgunningscriterium moet de Inschrijver onder meer ingaan op de volgende aspecten (niet limitatief) die betrekking hebben op het proces van beproeving en oplevering:

- de wijze waarop de Inschrijver het proces van beproeving en oplevering gaat voorbereiden en de rol welke hij daarin gaat vervullen; en
- de wijze waarop de Inschrijver tijdens de voorbereiding- en realisatiefase inzichtelijk maakt, wanneer welke stappen genomen zullen worden; en
- de wijze waarop door de Inschrijver een goed opleveringsresultaat in het proces beproeving en oplevering wordt geborgd.

[Dit subgunningscriterium wordt op dezelfde wijze beoordeeld als subgunningscriterium 1, zie hierboven, Commissie]

7.3.4. Subgunningscriterium 3: bouwvolgorde, planning en doorlooptijd

De Aanbestedende dienst hecht veel waarde aan een beheerst en overzichtelijk bouwproces, mede omdat het gebouw voor een groot deel in bedrijf blijft. Bibliotheek en theater en Kunstencentrum [naam], waaronder ook de muziekschool valt, stellen specifieke eisen om hun activiteiten ook tijdens de bouw door te kunnen zetten (zie **bijlage 9** voor deze voorwaarden en openingstijden).

Voor dit subgunningscriterium moet de Inschrijver onder meer ingaan op (niet limitatief; voor zowel bouwkundige alsmede installatietechnische onderdelen):

- De bouwvolgorde die hij voorziet en de wijze waarop hij dit mogelijk maakt binnen de gestelde uitgangspunten en randvoorwaarden die [Aanbesteder] voorschrijft; en
- Hoe en met welke middelen hij een rustig en werkbaar bouwproces mogelijk maakt en de continuïteit van de bedrijfsvoering van de [bibliotheek en theater en kunstencentrum] waarborgt;
- De doorlooptijd die hij voorziet, waarbij belangrijke mijlpalen aangegeven moeten worden; en
- De voorwaarden die de Opdrachtnemer aan de Aanbestedende dienst stelt om de opleverdatum te kunnen halen.

Dit subgunningscriterium wordt door de beoordelingscommissie als volgt gewaardeerd:

Cijfer	Beoordeling	Omschrijving
1	Slecht	De Inschrijver gaat slechts zeer globaal in op dit onderdeel.
4	Onvoldoende	De Inschrijver onderkent dat hier belangrijke doelstellingen liggen. De Inschrijver weet echter onvoldoende duidelijk te maken hoe hij de doelstellingen in zijn aanpak borgt.
7	Voldoende	De Inschrijver onderkent dat hier een belangrijke rol ligt en hij kan duidelijk maken hoe en op welke gebieden hij hier invulling aan geeft.
10	Zeer goed	De Inschrijver onderkent dat hier een belangrijke rol ligt en geeft op zeer heldere wijze aan hoe hij hier invulling geeft. Hij komt bovendien met inventieve oplossingen, die veel waarde toevoegen voor de Opdrachtgever, uitgedrukt in tijd en/of geld.

7.3.5. Subgunningscriterium 4: communicatie en omgevingsmanagement

Goede (interne en externe) communicatie bij (ver)bouwen in een gebouw dat in gebruik blijft is essentieel. Dit geldt vooral nu sprake is van een bibliotheek, theater en Kunstencentrum, waarin onder andere muzieklessen worden gegeven gedurende de verbouwing. Daarbij moet de (directe) omgeving nauw betrokken worden. De Aanbestedende dienst hecht daarom veel waarde aan een Inschrijver die hier voldoende aandacht voor heeft.

Voor dit subgunningscriterium moet de Inschrijver onder meer ingaan op (niet limitatief; voor zowel bouwkundige alsmede installatietechnische onderdelen):

- De betrokkenen die hij binnen het project onderscheidt;
- De wijze waarop deze worden geïnformeerd en hoe vaak dat gebeurt;
- De middelen die hij verwacht in te zetten;
- hoe hij de communicatie verwacht te organiseren en welke rol dit voor Aanbestedende dienst naar verwachting met zich meebrengt.

Dit subgunningscriterium wordt door de beoordelingscommissie als volgt gewaardeerd:

Cijfer	Beoordeling	Omschrijving
1	Slecht	De Inschrijver gaat slechts zeer globaal in op dit onderdeel.
4	Onvoldoende	De Inschrijver onderkent dat hier belangrijke doelstellingen liggen. De Inschrijver weet echter onvoldoende duidelijk te maken hoe, met wie en met wat hij de communicatiedoelstellingen in zijn aanpak bereikt.
7	Voldoende	De Inschrijver onderkent dat hier een belangrijke rol ligt en hij kan duidelijk maken hoe en met wie en met wat hij hier invulling aan geeft.
10	Zeer goed	De Inschrijver onderkent dat dit een belangrijk onderdeel is en geeft op zeer heldere, concrete en gedetailleerde wijze aan hoe hij hieraan invulling geeft. Hij komt bovendien met inventieve ideeën, die veel waarde toevoegen voor de Opdrachtgever.

7.3.6. Subgunningscriterium 5: bereikbaarheid en veiligheid

De wijze waarop rekening wordt gehouden met het bouwen op de betreffende locatie en haar gebruikers om de veiligheid te waarborgen en de geluids- en stofoverlast voor omwonenden, bezoekers en naastgelegen gebouwen tot het minimum te beperken vindt de Aanbestedende dienst zeer belangrijk. Daarom moet

inzicht worden gegeven in beoogde bouwstromen en de inrichting van het bouwterrein (in bijlage 8 is de voorziene locatie van het bouwterrein aangegeven). De aanpak van de overlastreductie moet duidelijk gemaakt worden aan de hand van een te vervaardigen en bij te voegen bouwplaatstekening en een tekstuele onderbouwing. Een belangrijk aandachtspunt is de aanvoerroute en de tijdstippen voor laden en lossen.

Dit subgunningscriterium wordt door de beoordelingscommissie als volgt gewaardeerd:

Cijfer	Beoordeling	Omschrijving
1	Slecht	De Inschrijver gaat slechts zeer globaal in op dit onderdeel.
4	Onvoldoende	De Inschrijver onderkent dat hier belangrijke doelstellingen liggen. De Inschrijver weet echter onvoldoende duidelijk te maken hoe, met wie en met wat hij de veiligheid en bereikbaarheid borgt met zijn aanpak.
7	Voldoende	De Inschrijver onderkent dat dit een belangrijk onderdeel is en hij kan duidelijk maken hoe en met wie en met wat hij veiligheid en bereikbaarheid borgt.
10	Zeer goed	De Inschrijver onderkent dat dit een belangrijk onderdeel is en geeft op zeer heldere, concrete en gedetailleerde wijze aan hoe hij hieraan invulling geeft. Hij komt bovendien met inventieve ideeën, die veel waarde toevoegen voor de Aanbestedende dienst.

8. BEOORDELING EN GUNNING

8.1. Beoordelingsmethodiek

De Inschrijvingen worden beoordeeld door een objectieve beoordelingscommissie met daarin vertegenwoordigers die mandaat hebben vanuit de betrokken organisaties. De beoordeling en de gunning vindt plaats in een drietal te onderscheiden stappen:

1. Beoordelen op minimum- en vormeisen;
2. Beoordelen op gunningscriteria;
3. Gunningsbeslissing.

8.1.1. Stap 1. Beoordeling op minimum- en vormvereisten

Bij beoordeling van de Inschrijvingen wordt in eerste instantie getoetst of de Inschrijver een volledige Inschrijving heeft ingediend die voldoet aan de gestelde eisen. De toetsing van de volledigheid betreft een toetsing van het aantal documenten van de Inschrijving zelf, evenals een toetsing op de inhoud van de documenten. Een onvolledige Inschrijving wordt in beginsel uitgesloten van de verdere beoordelingsprocedure, tenzij het ontbreken van bepaalde informatie als een kennelijke omissie is aan te merken. Inschrijvingen die niet voldoen aan de eisen of Inschrijvingen waaraan voorwaarden respectievelijk voorbehouden zijn verbonden door de Inschrijver, worden terzijde geschoven en niet verder beoordeeld.

8.1.2. Stap 2. Beoordelen op gunningcriteria

Na stap 1. worden uitsluitend de Inschrijvingen die voldoen aan de minimum- en vormvereisten beoordeeld op de gunningcriteria ('prijs' en 'kwaliteit'). Daarbij wordt een fictieve inschrijfsom bepaald aan de hand van de daadwerkelijke inschrijfsom, die wordt gecorrigeerd met een fictieve korting op basis van een puntentoekenning aan de 5 subgunningscriteria kwaliteit.

Voor de vijf subgunningscriteria kwaliteit kan maximaal een 10 en minimaal een 1 per subgunningscriterium worden behaald. In totaal zijn dus maximaal 50 en minimaal 5 punten voor de subgunningscriteria te behalen. Bij de beoordeling van het Plan van Aanpak kennen de leden van de beoordelingscommissie per Inschrijver in onderling overleg een eenduidig cijfer (1, 4, 7 of 10) per subgunningscriterium toe.

Ieder behaald punt vertegenwoordigt een fictieve korting van € 20.000,-- excl. BTW. Dit betekent dat maximaal een fictief bedrag van € 1.000.000,-- en minimaal een fictief bedrag van € 100.000,-- in mindering wordt gebracht op de inschrijfsom, waardoor een fictieve totaalinschrijfsom per Inschrijver wordt vastgesteld.

8.1.3. Stap 3. Gunningsbeslissing

Het gunningvoorstel van de beoordelingscommissie wordt voorgelegd aan het bevoegd bestuursorgaan van de Aanbestedende dienst. Hierbij worden de winnende Inschrijving en de inschrijfsom getoetst aan de vooraf vastgestelde (financiële) kaders (de begroting). Na besluitvorming worden de Inschrijvers gelijktijdig via Tendered over de voorlopige gunning geïnformeerd."

9 BIJLAGEN

(...)

5. Concept – (aannemings)overeenkomst o.b.v. UAV

(...)'

- 1.6. In Bijlage 5 ("Overeenkomst tot aanneming van werk, bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden, sloop en nieuwbouw gemeentehuis en bibliotheek (...)") in concept) is onder meer bepaald:

'OVERWEGENDE DAT:

(...)

B. de beoogde werkzaamheden in hoofdzaak bestaan uit deelname aan het Ontwerpteam en de bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden ter zake het slopen en nieuw bouwen van het gemeentehuis en [bibliotheek] zoals nader omschreven in deze Aannemingsovereenkomst (inclusief Bijlagen), hierna te noemen: het "Werk";

(...)

E. Opdrachtgever voor de vervaardiging van het DO van het Project de Architect heeft gecontracteerd; Aannemer dient zijn kennis en kunde ter zake de realisatie van bouwwerken in te zetten teneinde de verdere ontwerpwerkzaamheden, dat wil zeggen de vervaardiging van het technisch ontwerp en uitvoeringsgereed ontwerp (op basis van het DO), verder te optimaliseren en af te stemmen op de aan Aannemer op te dragen realisatie van het Werk, zulks geheel overeenkomstig de voorwaarden en uitgangspunten zoals neergelegd in deze Aannemingsovereenkomst;

F. Aannemer de architectenwerkzaamheden voor de uitwerking van het DO tot technisch en uitvoeringsgereed ontwerp in opdracht geeft aan [Architectenbureau A] en derhalve de opdrachtgeversrol overneemt van Opdrachtgever, een en ander conform de offerte / opdracht zoals deze aan deze Aannemingsovereenkomst is gehecht.

G. de realisatie van het Werk uit zowel bouwkundige alsmede installatietechnische werkzaamheden bestaat binnen één en dezelfde opdracht;

(...)

VERKLAREN TE ZIJN OVEREENGEKOMEN ALS VOLGT:

Artikel 1. Definities.

(...)

1.2 Tot de Aannemingsovereenkomst behoren de navolgende door Partijen ge-
waarmerkte Bijlagen die een onverbreekelijk deel uitmaken van de Aannemings-
overeenkomst:

Bijlage 1 DO (bouwkundig, constructief en installatietechnisch)

Bijlage 2 Algemene Voorwaarden

Bijlage 3 Plan van Aanpak

Bijlage 4 Offerte [Architectenbureau A] terzake bestek (technisch ontwerp) en
werktekeningen (uitvoeringsgereed ontwerp)

(...)

Artikel 2. Opdracht.

2.1. Opdrachtgever draagt hierbij op aan Aannemer, welke opdracht hierbij door
Aannemer wordt aanvaard:

- deelname aan het Ontwerpteam ter zake het ter beschikking stellen van de kennis
en kunde van de Aannemer met betrekking tot de realisatie van bouwwerken ten
behoefte van het verder ontwerpen c.q. de optimalisatie van het DO tot een Bestek
en werktekeningen;

- het vervaardigen van het bouwkundige bestek en werktekeningen, waarbij Aan-
nemer zich conformeert aan de opdracht ter zake de werkzaamheden van Architect
en deze opdracht van Opdrachtgever overneemt zonder aanvullende voorwaarden;

- het vervaardigen van het installatietechnische bestek en werktekeningen;

- de uitvoering van alle nodige (voorbereidende) bouwkundige en installatietech-
nische werkzaamheden voor de realisatie van het Werk, een en ander conform het
op te stellen Bestek en de daarbij behorende tekeningen en de Planning (...), een
en ander conform het bepaalde in de Aannemingsovereenkomst.

Opdracht: Ontwerpteam

2.2. Ten behoeve van de vervaardiging van het Bestek en werktekeningen heeft
Opdrachtgever een adviseursovereenkomst gesloten met de Architect. Deze over-
eenkomst wordt overgenomen door Aannemer. Voor de verdere uitwerking van het
DO tot Bestek, heeft Opdrachtgever een Ontwerpteam opgericht. Aannemer zal
zitting nemen in het Ontwerpteam. Indien Opdrachtgever dat nodig acht, is het
haar altijd toegestaan partijen aan het Ontwerpteam toe te voegen, te vervangen
en/of partijen daaruit te verwijderen.

2.3. Het Ontwerpteam is een samenwerkingsverband, voorgezeten door Opdracht-
gever, waarin de deelnemers samenwerken aan de voorbereiding van het Project
en verantwoordelijk zijn voor het opstellen van duidelijke en volledige contractdo-
cumenten, waaronder in elk geval het Bestek. Voor dat doel is ieder der deelne-
mers, waaronder Aannemer, gehouden zo goed mogelijk gebruik te maken van
zijn specifieke ervaring en deskundigheid en dient deze proactief in te brengen in
het Ontwerpteam.

2.4. Aannemer heeft ingeschreven met een Aannemingssom van EUR [■], exclusief
BTW. Indien Opdrachtgever dit nodig acht, spannen Partijen zich tijdens de Ont-
werpteam-fase in om bezuinigingen door te voeren bij de uitwerking van het DO

tot Bestek, teneinde het Project binnen de vooraf door Opdrachtgever geraamde begroting en voor een lager bedrag dan de Aannemingssom te (kunnen) realiseren.

2.5. Aannemer stelt aan het Ontwerpteam haar specifieke ervaring en deskundigheid op het gebied van de uitvoering van bouwwerken en de daaraan verbonden kosten ter beschikking teneinde binnen de overeengekomen Aannemingssom en Planning te komen tot een voor Opdrachtgever aanvaardbaar Bestek. Tot haar takenpakket wordt onder meer gerekend:

- het beoordelen van de uitvoerings- en kostentechnische aspecten van de in het Ontwerpteam voorgestelde plannen en aanbiedingen, alsmede – indien zinvol – het voorstellen van één of meer alternatieven voor de in het Ontwerpteam voorgestelde plannen en aanbiedingen;
- het signaleren van afwijkingen in tijd en/of geld ten opzichte van planningstechnische en financiële afspraken en taakstellingen;
- het adviseren over de uitvoerings-, constructie-, bouwtechnische-, installatietechnische-, en kostentechnische optimalisatie van het Project;
- het adviseren over de technische haalbaarheid van het Project als geheel;
- het adviseren en begeleiden bij het opstellen van het Bestek. De Aannemer is hoofdverantwoordelijk voor het opstellen van het (bouwkundig en installatietechnische) Bestek;
- het bewaken van de doelmatigheid van de werkvoorbereiding (bouwvolgorde) en de Planning;
- het opvragen, vergaren en/of genereren van alle informatie die nodig is om alle risico's en kosten met betrekking tot de realisatie van het Project te beoordelen teneinde Opdrachtgever tijdig en gefundeerd te waarschuwen voor kostenaspecten, tijdsaspecten en/of eventuele (andere) risico's ter zake.

(...)

2.8. Opdrachtgever verwacht dat in het Ontwerpteam, waarin alle vereiste disciplines zijn vertegenwoordigd, alle mogelijke knelpunten en risico's aan bod komen en dat daarvoor oplossingen worden aangedragen en uitgewerkt. Het doel is de daadwerkelijke realisatie van het Project zonder onderbrekingen, in één vloeiende bouwstroom en zonder verdere (juridische en/of technische) discussies te laten verlopen. Het realiseren van het vereiste kwaliteitsniveau voor de overeengekomen Aannemingssom, dient dan ook middels de werkwijze in het Ontwerpteam gegarandeerd te worden. Aannemer neemt daarbij het ontwerprisico van Opdrachtgever over.

(...)'

Opdracht: Uitvoering

2.12. Op de Aannemingsovereenkomst zijn de UAV 2012 van toepassing (...).

(...)'

- 1.7. Op 10 januari 2019 heeft de brancheorganisatie bij aanbesteder een klacht ingediend.
- 1.8. Aanbesteder heeft op 16 januari 2019 als volgt gereageerd op de klacht van de brancheorganisatie.

'Hierbij onze reactie op uw brief van 10 januari j.l. Om het één en ander overzichtelijk te houden is uw eigen tekst zwart en onze reactie blauw.

**Klacht: Het gewicht van de kwalitatieve gunningscriteria is onvoldoende
Gevraagd resultaat: Aanpassen van het gewicht van de kwaliteitscriteria**
(...)

Onze klacht richt zich evenwel vooral op het gegeven dat het gewicht van de kwaliteitscriteria fors minder is dan de 50% die is voorgespiegeld in de aankondiging. Middels de beantwoording van een vraag in de nota van inlichtingen is dat percentage weliswaar bijgesteld tot 60/40 of 70/30, maar uiteindelijk is gekozen voor een fictieve aftrek van maximaal € 1.000.000. Gemeten aan de bouwopgave is het bedrag van de maximale fictieve aftrek minder dan 10% van de prijzen die zullen worden ingediend. Deze zeer lage waardering van de kwalitatieve gunningscriteria merken wij aan als een wezenlijke wijziging. Als op voorhand bekend was gemaakt dat het accent van de gunning zo nadrukkelijk op de prijs ligt, dan had dat geresulteerd in een ander deelnemersveld.

[Dit is speculatief en in deze markt zeker niet te verwachten](#)

Om die reden dringen wij erop aan dat u de verhouding tussen prijs en kwaliteit zodanig aanpast dat de uitkomst van de aanbesteding recht doet aan de verwachtingen die in de selectiefase zijn opgeroepen.

[We hebben voldoende gemotiveerd waarom we gunnen op waarde. Daarnaast is de verhouding prijs/kwaliteit door geen enkele gegadigde ter discussie gesteld in zowel NvI 1 als NvI 2. Wij voeren geen aanpassingen door.](#)

(...)

Klacht: De aanbestedende dienst handelt disproportioneel door op een groot aantal onderdelen (ongemotiveerd) af te wijken van de UAV 2012

Klacht: De aanbestedende dienst handelt disproportioneel door (zonder opgave van reden) verzoeken tot aanpassing van afwijkende voorwaarden af te wijzen.

Gevraagd resultaat: Integrale toepassing van de UAV 2012

In de selectiefase is aangegeven dat u verwacht dat op de overeenkomst de UAV 2012 zullen zijn, *voor zover daarvan overigens in die overeenkomst niet is afgeweken*. Wij hebben u destijds op voorschrift 3.9.C van de Gids Proportionaliteit gewezen en aangedrongen op integrale toepassing van de UAV 2012. In de nota van inlichtingen is geantwoord dat de UAV 2012 van toepassing zal zijn. Zonder mitsen en maren. Deze toezegging is niet waargemaakt. Verre van dat. Het bestek staat bol van de afwijkingen op de UAV 2012 met als resultaat dat de risicoallocatie uit balans is. Dit heeft geresulteerd in een groot aantal vragen waarin duidelijk blijkt dat inschrijvers daar niet tevreden over zijn en aanpassing verlangen. De manier waarop deze vragen zijn beantwoord doet geen recht aan de proportionaliteitsvoorschriften. Daar komt dan nog bij dat enkele vragen, die relevant zijn voor het inschatten van risico's en benodigde hoeveelheden, niet naar behoren zijn beantwoord.

Er is geen inhoudelijk antwoord gegeven waardoor de gesignaleerde onzekerheden niet zijn ondervangen. Daarmee handelt de aanbestedende dienst in strijd met het voorschrift dat voldoende informatie moet worden gegeven over de omvang van de opdracht. Wij verlangen dan ook dat de gemeente alsnog haar belofte tot integraal toepassen van de UAV 2012 waar maakt en vragen in dat verband tevens om een integrale herziening van de antwoorden op de vragen om inlichtingen.

Ten overvloede merken wij op dat het creëren van een disbalans in de risicotoeleding gevolgen kan hebben voor de animo tot inschrijven en de financiële inschatting van de risico's. Het in stand laten van deze onevenwichtige voorwaarden kan daarom nadelig zijn voor het gewenste resultaat van de aanbestedingsprocedure.

[In de tweede nota van inlichtingen hebben wij een aantal uitzonderingen op de UAV op verzoek van gegadigden aangepast/ laten vervallen. Daarnaast wordt het technisch ontwerp nog verder uitgewerkt in bouwteamverband.](#)

(...)'

- 1.9. Op 28 januari 2019 heeft de brancheorganisatie een e-mail aan aanbesteder gezonden, waarin zij onder meer het volgende heeft vermeld:

'ik heb onze klachten en uw antwoorden nog eens doorgenomen. Ik kan u berichten dat ik er weinig aan toe te voegen heb. Onze eerste klacht is principieel van aard. Een aanbesteding waarin de prijs een zeer dominante rol speelt is een ander soort competitie dan een aanbesteding waarin bedrijven een ruime kans krijgen zich op kwaliteitsaspecten te onderscheiden.

Artikel 2.115 Aanbestedingswet geeft heel duidelijk aan welke verplichtingen de aanbestedende dienst heeft ten aanzien van het afroepen van de nadere gunningscriteria.

Artikel 2.115

1. De aanbestedende dienst die de economisch meest voordelige inschrijving vaststelt op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, maakt in de aankondiging van de overheidsopdracht bekend welke nadere criteria hij stelt met het oog op de toepassing van dit criterium.

Het is in strijd met de kernbepalingen van transparantie en non-discriminatie om in de inschrijvingsfase andere gunningscriteria toe te passen dan aangekondigd in de selectiefase.

Een dergelijke handeling is niet transparant omdat geïnteresseerde ondernemingen geen correcte informatie hebben ontvangen omtrent de daadwerkelijk toegepaste gunningscriteria.

Het wijzigen van gunningscriteria kan ertoe leiden dat de aanpassing in het voordeel kan werken van de ene inschrijver en nadelig kan uitpakken voor een ander. Iedere onderneming heeft nu eenmaal zijn sterke en minder sterke kanten.

Het maakt dan niet uit of de wijziging van gunningscriteria al dan niet beoogt een partij in de kaart te spelen of de wind uit de zeilen te nemen.

Het enkele feit dat zulks het gevolg kan zijn van de wijziging van spelregels maakt dit een schending van het gelijkheidsbeginsel.

Voor de wijziging van de verhouding prijs/kwaliteit geldt dat evenzeer.

Ten aanzien van het weergeven van de wegingsfactoren lijken de Aanbestedingswet en het ARW 2016 toe te staan dat deze pas in de inschrijvingsfase worden gecommuniceerd.

Artikel 2.115

4. De aanbestedende dienst specificiert in de aanbestedingsstukken het relatieve gewicht van elk van de door hem gekozen nadere criteria voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Dit gewicht kan worden uitgedrukt door middel van een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.

ARW 2016 3.6.4 De aanbesteder specificiert in de aankondiging of in de voor inschrijving relevante aanbestedingsstukken het relatieve gewicht van elk van de door hem gekozen nadere criteria voor de bepaling van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Dit gewicht kan worden uitgedrukt door middel van een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.

Uit de toelichting van het ARW 2016 (blad 473) blijkt evenwel
2.6.4 3.6.4 4.6.4 5.6.4 6.5.4 7.4.4 8.6.4 14.6.4 15.4.2

Dit artikel dient in samenhang met het bepaalde in artikel 2.4.9, 3.4.9, etc. te worden gelezen. Het biedt dus geen ruimte om het relatieve gewicht van de nadere criteria voor de bepaling van de beste prijs-kwaliteitverhouding pas op een later moment dan de bekendmaking van de aankondiging vast te stellen en kenbaar te maken.

Volledigheidshalve vermeld ik de toelichting op artikel 2.4.9 etc

2.4.9 3.4.9 4.4.10 5.4.10 8.4.9 11.3.9 12.4.8 13.4.8 14.4.9

De passage "voor zover deze stukken beschikbaar zijn" dient zo te worden begrepen dat het geen ruimte scheidt om een aanbesteding al te starten met een aankondiging terwijl bepaalde aanbestedingstukken (bijvoorbeeld het bestek) nog in de maak zijn en daarom nog niet beschikbaar zijn. Er zijn echter aanbestedingsstukken die per definitie nog niet beschikbaar zijn op het moment van aankondiging (bijvoorbeeld Nota van Inlichtingen).

Op basis van de nota van inlichtingen selectiefase mochten ondernemingen in redelijkheid verwachten dat de nadere gunningscriteria en de bandbreedte voor de verhouding prijs/kwaliteit correct waren weergegeven.

De aanbestedende dienst heeft echter "gejokt". Dat heeft wrevel opgeroepen. De keuze van kwalitatieve maatregelen is door de wezenlijk gewijzigde verhouding prijs/kwaliteit in een ander krachtenveld gekomen.

De keuze om anoniem te klagen in plaats van deze openlijk aan de orde te stellen is in deze situatie niet verwonderlijk.

Zij moeten rekening houden met het risico dat kritiek spuien doorwerkt in de scores die zij op de kwaliteitscomponenten zullen ontvangen.

Klacht 2 ziet toe op het afwijken van de UAV 2012.

Ook hier spoort te informatie die u aan de voorkant van de procedure heeft gegeven ten aanzien van de UAV 2012 niet met de geconstateerde werkelijkheid.

Wederom is hier sprake van een schending van het transparantiebeginsel en mogelijk ook het gelijkheidsbeginsel.

Aan de orde is voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit:

Voorschrift 3.9 C: *In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.* In gevallen

waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan, die paritair zijn opgesteld, dienen deze in beginsel integraal te worden toegepast nu het daarbij gaat om een evenwichtig pakket van voorwaarden. Denk hierbij aan de UAV versies 1989 en 2012 en de UAV-GC 2005. Projectspecifieke situaties kunnen het noodzakelijk maken om van die modellen of voorwaarden af te wijken, maar die afwijkingen dienen dan wel te kunnen worden gemotiveerd.

Het staat buiten kijf dat hier niet is gehandeld naar de instructie de UAV 2012 in beginsel integraal toe te passen.

Bovendien blijkt uit niets dat projectspecifieke situaties de gekozen maatregelen noodzakelijk maken.

Er is niet gemotiveerd waarom dit alles nodig is.

Ik sluit advies 360 van de Commissie van Aanbestedingsexperts bij.

Hierin kunt u lezen hoe de Commissie aankijkt tegen het op vele punten afwijken van de UAV 2012.

Een belangrijke reden om de UAV 2012 integraal toe te passen is uw belang om een aantal inschrijvingen te ontvangen.

Inschrijvers weten waar zij aan toe zijn met de UAV 2012. Afwijkende bepalingen komen doorgaans neer op extra risico's. Die ontnemen inschrijvers de animo om in te schrijven.

Het mag dan zo zijn dat er hier en daar wat afwijkingen zijn teruggedraaid of gemitigeerd, maar er resteren nog genoeg afwijkingen om te stellen dat de gekozen opzet niet spoort met voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit. (...)'

- 1.10. Aanbesteder heeft vervolgens per e-mail van 31 januari 2019 aan de brancheorganisatie laten weten niet meer inhoudelijk te zullen reageren, omdat hij al uitvoerig zijn argumenten naar voren heeft gebracht en hij niet binnen de gestelde termijn met een aanvullende onderbouw (kan) komen.
- 1.11. Op 4 februari 2019 heeft de brancheorganisatie een klacht ingediend bij de Commissie. In het klachtenformulier geeft de brancheorganisatie onder deelklacht 1 het volgende aan:
- ‘(...) Klacht 1: De aanbestedende dienst schendt het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel door een veel lager gewicht toe te passen aan de kwalitatieve gunningscriteria dan zij heeft voorgespiegeld in de selectiefase.(en andere kwalitatieve gunningscriteria toe te passen dan opgenomen in de selectieleidraad).
(...)
Het verdient opmerking dat [Brancheorganisatie] in eerste aanleg een expliciete klacht bij de aanbestedende dienst heeft ingesteld tegen het geringe gewicht dat aan de kwalitatieve gunningscriteria is gegeven. De klacht over het inhoudelijk aanpassen van de kwalitatieve gunningscriteria is minder stellig verwoord omdat wij daar geen kritische geluiden over hebben ontvangen. Om die reden is het tweede deel van de klacht tussen haakjes geplaatst. [Brancheorganisatie] heeft er vrede mee als dit deel van de klacht niet wordt behandeld. Er bestaat al genoeg jurisprudentie die bevestigt dat achteraf aanpassen niet is toegestaan.’
- 1.12. De Commissie heeft aan aanbesteder en aan de brancheorganisatie op 5 februari 2019 laten weten dat het door de brancheorganisatie tussen haken geplaatste deel van deelklacht 1 niet in behandeling wordt genomen. Reden daarvoor is dat uit hetgeen de brancheorganisatie heeft aangegeven in het klachtenformulier blijkt dat dit deel van de klacht niet wordt ingediend namens één of meerdere ondernemers die de opdracht willen verwerven (zie artikel 7, lid 1, sub b, van het Reglement van de Commissie).

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder heeft het gewicht van de kwalitatieve gunningscriteria gewijzigd door in de gunningsleidraad een veel lager gewicht toe te passen dan was bepaald in de selectiefase. Aanbesteder heeft daarmee te laat het gewicht van de kwalitatieve gunningscriteria bekendgemaakt.

2.2. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder is zonder (deugdelijke) motivering afgeweken van Voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit door een aanzienlijk aantal afwijkingen op de UAV 2012 in het bestek op te nemen.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. De brancheorganisatie heeft bij de aanbestedende dienst expliciet geklaagd over het geringe gewicht dat aan de kwalitatieve criteria is gegeven.

3.1.2. In de klacht bij de Commissie geeft zij aan dat over het gewicht van de kwaliteitscriteria in de aanbestedingsstukken het volgende is opgenomen:

‘Aankondiging: gewicht kwaliteit 50%

Nota van inlichtingen: gewicht misschien 60/40 of 70/30

Inschrijvingsleidraad: maximaal een fictief bedrag van € 1.000.000,-- en minimaal een fictief bedrag van € 100.000,-- in mindering wordt gebracht op de inschrijfsom, waardoor een fictieve totaalinschrijfsom per Inschrijver wordt vastgesteld.’

Dit komt volgens de brancheorganisatie neer op minder dan 10% van de opdrachtwaarde.

3.1.3. De aanbestedende dienst heeft in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld. Het is denkbaar dat door de aanpassing van het gewicht van de kwaliteitscriteria wijzigingen hebben plaatsgevonden in de kansen van de ondernemingen om de opdracht te verwerven. De kunde om een lage prijs aan te bieden is nu eenmaal een andere dan het uitblinken op de gevraagde kwalitatieve aspecten. In die zin is het gelijkheidsbeginsel geschonden.

3.1.4. Daarnaast kan het onjuist informeren ertoe hebben geleid dat de selectiefase een ander deelnemersveld heeft opgeroepen dan het geval zou zijn geweest indien de feitelijke verhouding tussen prijs en kwaliteit was aangekondigd.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit is niet nageleefd omdat aanbesteder in de gunningsfase aangebrachte afwijkingen op de van toepassing verklaarde UAV 2012 niet, althans niet deugdelijk, heeft gemotiveerd.

3.2.2. In Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit is bepaald:

‘In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.’

3.2.3. In de Gids Proportionaliteit is dit voorschrift, onder meer, als volgt toegelicht:

‘In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan, die paritair zijn opgesteld, dienen deze in beginsel integraal te worden toegepast nu het daarbij gaat om een evenwichtig pakket van voorwaarden. Denk hierbij aan de UAV versies 1989 en 2012 en de UAV-GC 2005. Projectspecifieke situaties kunnen het noodzakelijk maken om van die modellen of voorwaarden af te wijken, maar die afwijkingen dienen dan wel te kunnen worden gemotiveerd.

(...)

3.2.4. De brancheorganisatie vindt dat het haar niet past en dat het, gelet op de strekking van voorschrift 3.9.C van de Gids Proportionaliteit, ook niet nodig is om te ageren tegen iedere afzonderlijke afwijking op de UAV 2012.

4. Reactie aanbestede

- 4.1. Aanbestede verzoekt de Commissie kritisch te toetsen of de klacht van de brancheorganisatie in behandeling kan worden genomen. Hij verwijst in dit kader naar artikel 7, lid 1, sub b, van het Reglement van de Commissie. Hierin is bepaald dat een klacht kan worden ingediend door brancheorganisaties van ondernemers die optreden namens één ondernemer of meerdere ondernemers die een opdracht willen verwerven, eventueel zonder de naam van de ondernemer(s) te vermelden.
- 4.2. Aanbestede stelt dat uit de klacht blijkt dat de brancheorganisatie acteert op basis van "kritische geluiden" over deze aanbestedingsprocedure. Bovendien heeft de brancheorganisatie eerder aan aanbestede bericht dat haar klacht van principiële aard is. Zij wijst op een passage uit een e-mail van de brancheorganisatie van 28 januari 2019 (zie 1.9 hiervoor).
- 4.3. Aanbestede stelt dat aan de voorwaarde van artikel 7, lid 1, van het Reglement, te weten dat namens één of meerdere ondernemers die een opdracht willen verwerven moet worden opgetreden, niet wordt voldaan indien op eigen initiatief een klacht wordt ingediend (op basis van 'kritische geluiden' of om principiële redenen). Aanbestede leest de voorwaarde zo dat de brancheorganisatie daadwerkelijk moet zijn verzocht door één of meerdere ondernemers om een klachtprocedure namens haar/hen te starten. Van het bestaan van een dergelijk verzoek heeft aanbestede geen kennis.
- 4.4. Klachtonderdeel 1
 - 4.4.1. Aanbestede ontkent het transparantie- en gelijkheidsbeginsel te hebben geschonden door een "veel lager gewicht" toe te passen voor de kwalitatieve gunningscriteria dan hij heeft voorgespiegeld in de selectiefase. Aanbestede verzoekt de Commissie klachtonderdeel 1 ongegrond te verklaren.
 - 4.4.2. Aanbestede stelt dat hij het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding nooit heeft gewijzigd en voert verder onder meer het volgende aan.
 - 4.4.3. In reactie op een door de brancheorganisatie gestelde vraag bij nota van inlichtingen in de selectiefase, heeft aanbestede bevestigd dat het criterium van beste prijs-kwaliteitverhouding zou worden gehanteerd en dat de gunningscriteria verder zouden worden gespecificeerd in de gunningsleidraad. Daarbij heeft aanbestede slechts aangegeven dat het subgunningscriterium 'prijs' zwaarder zou worden gewogen. Aanbestede heeft duidelijk aangegeven dat deze verhoudingen ter indicatie waren en als voorbeeld golden. Bovendien blijkt uit de selectieleidraad – waarmee inschrijvers hebben ingestemd door het doen van een aanmelding/inschrijving – dat de voorwaarden niet limitatief waren en naderhand nog konden worden gewijzigd.
 - 4.4.4. In de gunningsleidraad heeft aanbestede, conform het gestelde in de selectieleidraad, het gunningscriterium nader gespecificeerd. Aanbestede heeft daarbij een systematiek uitgewerkt op basis waarvan een fictieve korting kon worden gescoord op de kwaliteit. Daarbij heeft aanbestede – als onderdeel van de aanbestedingsdocumenten – een technische omschrijving d.d. 16 november 2018 ("de TO") verstrekt. De TO dient als uitgangspunt voor de inschrijvingen. In de TO is (de voorgenomen realisatie van) de Opdracht zeer gedetailleerd uitgewerkt.

- 4.4.5. Aanbesteder verwijst naar de paragrafen 7.1 en 8.1.2 van de Gunningsleidraad voor de wijze waarop hij de systematiek heeft gespecificeerd en gemotiveerd (zie 1.5 hiervoor).
- 4.4.6. Aanbesteder heeft gekozen voor deze specificering van het gunningscriterium, omdat het – mede gelet op het gedetailleerde en uitgewerkte bestek – de redelijke verwachting was dat de inschrijfprijzen van de inschrijvers dicht bij elkaar zouden liggen. Door het kunnen scoren van een maximale fictieve korting van € 1.000.000 op 'kwaliteit', hadden inschrijvers voldoende mogelijkheid om met de kwaliteit het verschil te kunnen maken. Dit maakt dat het gehanteerde gunningscriterium een deugdelijke en transparante schaalverdeling betreft, waarbij voldoende onderscheidend vermogen op kwaliteit is geboden. De subgunningscriteria zijn objectief en eenduidig en zijn afgestemd op de Opdracht. Dit volgt eveneens uit het feit dat de geselecteerde gegadigden geen vragen hebben gesteld ter zake.
- 4.4.7. De mogelijkheid om de gekozen nadere criteria voor de bepaling van de beste prijs-kwaliteitverhouding (en de weging daarvan) nader te specificeren in de (voor de inschrijving relevante) gunningsleidraad, dus na de aankondiging, wordt ook expliciet geboden door het (van toepassing zijnde) ARW 2016. Zie paragraaf 3.23 van het ARW 2016 (onderstrepingen toegevoegd door aanbesteder):

3.23.7. In de uitnodiging tot inschrijving neemt de aanbesteder ten minste de volgende informatie op:

a. (...);

f. het relatieve gewicht van de gunningscriteria van de opdracht of, in voorkomend geval, de afnemende volgorde van belangrijkheid van de criteria, indien deze niet in de aankondiging is vermeld.

(...)

3.23.10. Indien de aanbesteder het gunningscriterium op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding hanteert, vermeldt hij het relatieve gewicht van elk van de door hem gekozen nadere criteria voor de bepaling van de beste prijs-kwaliteitverhouding, of, in voorkomend geval, de afnemende volgorde van belangrijkheid van deze criteria, indien het relatieve gewicht of de volgorde niet in de aankondiging is vermeld. Het relatieve gewicht kan worden uitgedrukt door middel van een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.'

- 4.4.8. De systematiek van de fictieve korting maakt dat de exacte verhoudingen tussen kwaliteit en prijs simpelweg niet op voorhand zijn te geven. Immers, het is aan inschrijvers om onderscheid te maken op kwaliteit en daarmee een hogere fictieve korting te scoren. De uiteindelijke verhoudingen en het daadwerkelijke gewicht van prijs/kwaliteit zal aldus pas ná ontvangst inschrijvingen kunnen worden vastgesteld. Een dergelijke systematiek past binnen het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding.
- 4.4.9. Inmiddels heeft aanbesteder de inschrijvingen ontvangen en de verwachting van aanbesteder is ook uitgekomen. De inschrijfprijzen liggen minder dan € 200.000 uit elkaar. Aanbesteder is voornemens de opdracht te gunnen aan een partij die daadwerkelijk het verschil heeft kunnen maken door haar score op de 'kwaliteit'; de inschrijfprijs van de winnende inschrijver ligt hoger dan de inschrijfprijs van de nummer twee, maar haar fictieve korting is zodanig dat haar fictieve totaalinschrijfsom lager is dan die van de nummer twee. Kortom: de kwaliteit heeft het verschil gemaakt in de uitkomst van deze aanbestedingsprocedure. Daarmee is de bevestiging gegeven dat de gekozen methodiek heeft geleid tot de beste prijs-kwaliteitverhouding en goed aansluit op de aard en kenmerken van de opdracht.
- 4.4.10. Aanbesteder concludeert dat hij het gunningscriterium nooit heeft gewijzigd; vanaf de aankondiging is het gunningscriterium de beste prijs-kwaliteitverhouding. Het

'gewicht' van de subgunningscriteria is ook nooit gewijzigd. Aanbesteder heeft de inschrijvingen beoordeeld en een fictieve korting vastgesteld per inschrijving. Na ontvangst van de inschrijvingen is gebleken dat de fictieve korting ook de doorslag heeft gegeven. Aanbesteder verzoekt de Commissie derhalve klachtonderdeel 1 ongegrond te verklaren.

4.5. Klachtonderdeel 2

- 4.5.1. De brancheorganisatie stelt dat aanbesteder zonder (deugdelijke) motivering afwijkt van Voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit door een aantal afwijkingen op de UAV 2012 in haar bestek op te nemen. Naar de mening van aanbesteder is dit onjuist. Aanbesteder verzoekt de Commissie ook klachtonderdeel 2 ongegrond te verklaren.
- 4.5.2. In dat kader wenst aanbesteder allereerst op te merken dat het onduidelijk is op welke aanvullingen/afwijkingen de brancheorganisatie precies doelt. De brancheorganisatie lijkt te willen volstaan met een algemene klacht, zonder daarbij duidelijk aan te geven welke bepalingen in haar optiek een motivering verdienen. De brancheorganisatie stelt dat "het haar niet past om te ageren tegen iedere afzonderlijk afwijking op de UAV 2012".
- 4.5.3. Nu de brancheorganisatie haar klacht – kennelijk bewust – niet verder wenst te onderbouwen, kan van aanbesteder niet worden verwacht dat zij het klachtonderdeel nader invult en zich daartegen verweert.
- 4.5.4. Bovendien handelt de brancheorganisatie volgens aanbesteder in strijd met de verplichting haar klacht te onderbouwen. De brancheorganisatie stelt enkel dat sprake is van een gebrek aan evenwicht in het contractuele kader. De brancheorganisatie gaat bij haar deelklacht echter uit van een verkeerde (en gedateerde) voorstelling van zaken en gaat eraan voorbij dat dit 'evenwicht in het contractuele kader' bij nota van inlichtingen ten faveure van opdrachtnemer is gewijzigd. De brancheorganisatie heeft bij brief van 10 januari 2019 haar klacht ingediend (onder meer) ter zake de afwijkingen op de UAV 2012 (zie 1.7 hiervoor), terwijl aanbesteder nadien bij Nota van Inlichtingen 2 van 18 januari 2019 nog afwijkingen op de UAV 2012 heeft geschrapt. Voor zover er al sprake zou zijn van een disbalans, dan is die bij nota van inlichtingen hersteld. Aanbesteder wijst ter illustratie op de vraag 191 en het antwoord daarop:

Vraag 191: 'U stelt vast te houden aan artikel 2.15 van de aannemingsovereenkomst. Als een omstandigheid de aannemer niet toe te rekenen is dan is dit buitenproportioneel en niet redelijk. Daarnaast is een dergelijke bepaling niet door ons af te prijzen. Wij verzoeken dringend deze bepaling alsnog aan te passen of te schrappen.'

Antwoord: 'Na nadere overweging zijn wij bereid artikel 2.15 uit de definitieve overeenkomst te schrappen.'

- 4.5.5. Volgens aanbesteder spreekt de brancheorganisatie van een onevenwichtige overeenkomst, terwijl zij aantoonbaar niet alle bepalingen en/of aanvullingen en/of afwijkingen heeft meegenomen bij het indienen van haar klacht. Het is niet aan aanbesteder of de Commissie om nu alsnog invulling te geven aan dit klachtonderdeel. Naar de mening van aanbesteder dient klachtonderdeel 2 dan ook ongegrond te worden verklaard.
- 4.5.6. Dat gezegd hebbende en zonder te kunnen reageren op voldoende geconcretiseerde klachten, merkt aanbesteder nog op dat de afwijkingen c.q. aanvullingen op de UAV 2012 (zoals die blijken uit de aannemingsovereenkomst en het TO)

gebruikelijk en proportioneel zijn. Zie bijvoorbeeld de bepaling over de uitbreiding van de (tussentijdse) beëindigingsgronden en het bevoegdheidsbeding. Indien een afwijking op een model niet problematisch is in het licht van het proportionaliteitsbeginsel, dan moet die afwijking toelaatbaar worden geacht. Ook indien een motivering ontbreekt. In dat kader verwijst aanbesteder naar Advies 301 van de Commissie (onderstrepingen toegevoegd door aanbesteder):

‘5.8.3. De Commissie is van oordeel dat het partijen bij een overeenkomst binnen de kaders van de bepalingen van Boek 6 BW vrijstaat om een contractuele regeling te treffen zoals voorzien in art. 19.2 sub c van de definitieve Basisovereenkomst. Zoals beklaagde in haar reactie op het klachtonderdeel terecht stelt, is het in de praktijk zeer gebruikelijk dat professionele partijen in hun overeenkomst een dergelijke regeling treffen. De Commissie is dan ook van oordeel dat beklaagde niet heeft gehandeld in strijd met art. 1.10 lid 1 jo. lid 2 sub h Aw 2012 door art. 19.2 sub c op te nemen in de definitieve Basisovereenkomst, zeker nu beklaagde – zoals zij in haar beantwoording van vraag 63 in de Nota van Inlichtingen 3 ook zelf heeft aangegeven – haar in art. 19.2 sub c voorziene bevoegdheid niet op onredelijke gronden zal mogen uitoefenen.

(...)

5.9.2. De Commissie is echter van oordeel dat een afwijking als hiervoor bedoeld toelaatbaar moet worden geacht, ook wanneer die afwijking – zoals in het onderhavige geval – een voldoende gemotiveerde onderbouwing ontbeert. Bij dat oordeel komt allereerst betekenis toe aan het feit dat tussen partijen niet ter discussie lijkt te staan dat een procedure bij de rechtbank en een procedure bij de Raad van Arbitrage in beginsel met dezelfde waarborgen zijn omkleed. In het verlengde daarvan weegt de Commissie mee dat moeilijk valt in te zien – ook klager maakt dat niet duidelijk – waarom de bedoelde afwijking problematisch is in het licht van de inhoud en strekking van het proportionaliteitsbeginsel en de uitwerking daarvan in art. 1.10 Aw 2012 en Voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit.’

- 4.5.7. Aanbesteder voegt daaraan toe dat project specifieke situaties het nodig kunnen maken dat wordt afgeweken van de modellen. In onderhavig geval is het bestek zeer gedetailleerd, aangezien alle onderdelen van de opdracht worden ondervangen. Zo maken ook sloopwerkzaamheden en tijdelijke huisvesting onderdeel uit van de opdracht. Ook krijgt de opdrachtnemer een actieve participerende en adviserende rol in bouwteamverband. Daarbij moeten de uitgangspunten voor het ontwerp en de realisatie nog nader worden verduidelijkt in het bouwteam, risico's verder in kaart worden gebracht en de gebudgetteerde kosten nader worden bepaald. De (standaard) UAV 2012 houdt onvoldoende rekening met een dergelijke opdracht. Dit alles maakt dat er behoefte is aan contractuele verduidelijkingen en aanpassingen van de UAV 2012.
- 4.5.8. Veel afwijkingen zijn volgens aanbesteder evident niet in het nadeel van de opdrachtnemer, maar betreffen ‘slechts’ een verduidelijking op de UAV 2012.
- 4.5.9. Tot slot wenst aanbesteder te benadrukken dat de geselecteerde gegadigden uitdrukkelijk de mogelijkheid is geboden om opmerkingen te maken op de (concept-)overeenkomst. De geselecteerde gegadigden hadden de mogelijkheid om per artikel een tekstvoorstel voor aanpassing van het betreffende artikel aan te leveren. Vervolgens zou aanbesteder de eventuele aanpassingen opnemen in de definitieve (concept-)overeenkomst. Geselecteerde gegadigden hebben ook gebruik gemaakt van deze mogelijkheid, hetgeen geresulteerd heeft in enkele aanpassingen van de (concept-)overeenkomst.
- 4.5.10. Aanbesteder concludeert dat de afwijkingen en aanvullingen die volgen uit de aannemingsovereenkomst en het technisch ontwerp (TO) proportioneel en gangbaar zijn gelet op de aard van de opdracht. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat

dergelijke afwijkingen in voorkomend geval toelaatbaar moeten worden geacht. Ook indien daarvoor een motivering ontbreekt. Aanbesteder verzoekt de Commissie klachtonderdeel 2 ongegrond te verklaren.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 21 juni 2018 een Europese niet-openbare aanbesteding heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de uitwerking van het bestek met werktekeningen door een voorgeschreven architect, de sloop en de bouwkundige- en installatietechnische uitvoeringswerkzaamheden ten behoeve van de nieuwbouw van een gemeentehuis. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit. Het ARW 2016 is op deze procedure van toepassing verklaard.
- 5.2. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of zij de onderhavige klacht in behandeling kan nemen. Zij overweegt in dat verband het volgende.
 - 5.2.1. Allereerst heeft aanbesteder zich beroepen op artikel 7, lid 1, onder b, van het Reglement van de Commissie. Daarin is bepaald dat een klacht bij de Commissie kan worden ingediend door brancheorganisaties van ondernemers die optreden namens één ondernemer of meerdere ondernemers die een opdracht willen verwerven, eventueel zonder de naam van de ondernemer(s) te vermelden. Aanbesteder heeft de Commissie gevraagd kritisch te onderzoeken of zij de onderhavige klacht in behandeling kan nemen, aangezien niet vast zou staan dat de brancheorganisatie optreedt namens één of meerdere ondernemers die de opdracht willen verwerven (zie 4.1- 4.3 hiervoor).
 - 5.2.2. De Commissie heeft naar aanleiding van deze stelling van aanbesteder de brancheorganisatie verzocht te bevestigen dat zij ten aanzien van klachtonderdelen 1 en 2 optreedt namens één of meerdere ondernemers die de opdracht willen verwerven. Deze bevestiging heeft de Commissie vervolgens van de brancheorganisatie ontvangen. De in dat kader door de brancheorganisatie gegeven onderbouwing en toegezonden bewijsstukken hebben de Commissie ervan overtuigd dat de brancheorganisatie in de onderhavige klachtprocedure inderdaad optreedt namens één of meerdere ondernemers die de opdracht willen verwerven. De Commissie maakt de van de brancheorganisatie ontvangen onderbouwing en bewijsstukken niet bekend, gezien de mogelijkheid die artikel 7 lid 1 onder b van het Reglement van de Commissie aan ondernemers biedt om via een brancheorganisatie anoniem een klacht bij de Commissie in te dienen.
- 5.3. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht.
- 5.4. Klachtonderdeel 1
- 5.5. Alvorens tot de beoordeling van klachtonderdeel 1 over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.

5.5.1. In artikel 67, lid 5, Richtlijn 2014/24/EU is bepaald:

‘5. De aanbestedende dienst specificeert in de aanbestedingsstukken het relatieve gewicht dat hij voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving aan elk van de gekozen criteria toekent, behalve wanneer deze uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald.

Dit relatieve gewicht kan worden uitgedrukt in een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.

Wanneer weging om objectieve redenen niet mogelijk is, vermeldt de aanbestedende dienst de criteria in afnemende volgorde van belangrijkheid.’

5.5.2. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen. In artikel 1.9 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst transparant moet handelen.

5.5.3. In artikel 2.115 Aw 2012 is, onder meer, bepaald:

‘(...)

4. De aanbestedende dienst specificeert in de aanbestedingsstukken het relatieve gewicht van elk van de door hem gekozen nadere criteria voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Dit gewicht kan worden uitgedrukt door middel van een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.

5. Indien om objectieve redenen geen weging mogelijk is, vermeldt de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken de nadere criteria in afnemende volgorde van belang.’

5.5.4. Hoofdstuk 3 van het ARW 2016 stelt regels voor de niet-openbare procedure. In artikel 3.4.9 ARW 2016 is bepaald:

‘Bij de Europese aanbesteding biedt de aanbesteder, tenzij één van de gevallen als bedoeld in artikel 3.8.3 van toepassing is, met elektronische middelen kosteloze, rechtstreekse en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken vanaf de datum van bekendmaking van de aankondiging, voor zover deze stukken beschikbaar zijn. De aanbesteder vermeldt in de aankondiging het internetadres waar de aanbestedingsstukken toegankelijk zijn.’

5.5.5. In de toelichting op artikel 3.4.9 is bepaald:

‘De passage "voor zover deze stukken beschikbaar zijn" dient zo te worden begrepen dat het geen ruimte scheidt om een aanbesteding al te starten met een aankondiging terwijl bepaalde aanbestedingsstukken (bijvoorbeeld het bestek) nog in de maak zijn en daarom nog niet beschikbaar zijn. Er zijn echter aanbestedingsstukken die per definitie nog niet beschikbaar zijn op het moment van aankondiging (bijvoorbeeld Nota van Inlichtingen).’

5.5.6. In artikel 3.6.4 ARW 2016 is bepaald:

‘De aanbesteder specificeert in de aankondiging of in de voor inschrijving relevante aanbestedingsstukken het relatieve gewicht van elk van de door hem gekozen nadere criteria voor de bepaling van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Dit gewicht kan worden uitgedrukt door middel van een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.’

5.5.7. In de toelichting op artikel 3.6.4 ARW 2016 is bepaald:

‘Dit artikel dient in samenhang met het bepaalde in artikel (...) 3.4.9 (...) te worden gelezen. Het biedt dus geen ruimte om het relatieve gewicht van de nadere criteria voor de bepaling van de beste prijs-kwaliteitverhouding pas op een later moment dan de bekendmaking van de aankondiging vast te stellen en kenbaar te maken.’

5.5.8. Artikel 3.23 ARW 2016 betreft de uitnodiging tot inschrijving. In artikel 3.23.7 is, onder meer, bepaald:

‘In de uitnodiging tot inschrijving neemt de aanbesteder ten minste de volgende informatie op:

(...)

f. het relatieve gewicht van de gunningscriteria van de opdracht of, in voorkomend geval, de afnemende volgorde van belangrijkheid van de criteria, indien deze niet in de aankondiging is vermeld;

(...)

5.5.9. In de toelichting op artikel 3.23.7 is bepaald:

‘Dit artikel dient in samenhang met het bepaalde in artikel 2.4.9, 3.4.9, etc. te worden gelezen. Het biedt dus geen ruimte om de nadere criteria voor de bepaling van de beste prijskwaliteitverhouding pas op een later moment dan de bekendmaking van de aankondiging vast te stellen en kenbaar te maken.’

5.5.10. In artikel 3.23.10 is bepaald:

‘Indien de aanbesteder het gunningscriterium op basis van de beste prijskwaliteitverhouding hanteert, vermeldt hij het relatieve gewicht van elk van de door hem gekozen nadere criteria voor de bepaling van de beste prijs-kwaliteitverhouding, of, in voorkomend geval, de afnemende volgorde van belangrijkheid van deze criteria, indien het relatieve gewicht of de volgorde niet in de aankondiging is vermeld. Het relatieve gewicht kan worden uitgedrukt door middel van een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.’

5.5.11. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van klachtonderdeel 1.

5.5.12. De Commissie stelt vast dat aanbesteder in de aankondiging heeft bepaald dat kwaliteit en prijs beide voor 50 zullen meewegen (zie 1.2 hiervoor). Vervolgens heeft aanbesteder in antwoord op vraag 2 in de Nota van Inlichtingen die in de selectiefase is uitgebracht, aangegeven dat hij in beginsel uitgaat van een weging prijs-kwaliteit ‘50-50’. Daaraan heeft aanbesteder toegevoegd dat het waarschijnlijk is dat de prijs zwaarder zal worden gewogen en geeft daarbij als voorbeelden de verhouding 60-40 en 70-30 (zie 1.4.1 hiervoor).

5.5.13. De Commissie is van oordeel dat die percentages weinig zeggen over de werkelijke gewichten van kwaliteit en prijs. Die werkelijke gewichten worden immers in sterke mate mede bepaald door de formules die worden gebruikt om de totaalscore te bepalen (zie Advies 311, overweging 5.4.4). Deze formules heeft aanbesteder pas in de gunningsleidraad bekendgemaakt (zie 1.5 hiervoor).

5.5.14. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder het relatieve gewicht van de nadere gunningscriteria dan ook nog niet daadwerkelijk bekendgemaakt ten tijde van de aankondiging. Pas in de gunningsleidraad heeft aanbesteder de weging van de nadere gunningscriteria bekendgemaakt. Daarmee handelt aanbesteder in strijd met (de toelichting op) artikel 3.6.4 ARW 2016.

- 5.5.15. De Commissie acht klachtonderdeel 1 dan ook gegrond.
- 5.5.16. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op.
- 5.5.17. De Nederlandse wetgever is verder gegaan dan de Uniewetgever door in artikel 2.115, lid 1, Aw 2012 verplicht te stellen dat de nadere gunningscriteria in de aankondiging bekend worden gemaakt (zie Advies 482, overweging 5.4.11). Voor de bekendmaking van de weging van deze nadere gunningscriteria heeft de Nederlandse wetgever wel aangesloten bij artikel 67, lid 5, Richtlijn 2014/24/EU. Op basis van artikel 2.115, lid 4, Aw 2012 dienen aanbestedende diensten het relatieve gewicht van de nadere gunningscriteria in de aanbestedingsstukken te specificeren. Op basis van artikel 2.115, lid 4, Aw 2012 lijkt het dan ook niet verplicht om bij een Europese niet-openbare procedure de weging van de nadere gunningscriteria reeds ten tijde van de aankondiging bekend te maken. Op basis van het ARW 2016 moet dat wel (zie 5.5.4-5.5.9 hiervoor). Zoals terecht door de brancheorganisatie is aangevoerd (zie de omschrijving van dit klachtonderdeel zoals door aanbesteder weergegeven in zijn reactie van 16 januari 2019 op de op 10 januari 2019 bij hem ingediende klacht in 1.8 hiervoor, de mail van de brancheorganisatie van 28 januari 2019 in 1.9 hiervoor en 3.1.3 en 3.1.4 hiervoor), geldt echter niet alleen voor de nadere gunningscriteria, maar ook voor de weging daarvan dat die voor potentiële gegadigden van belang kan zijn om te beoordelen of het voor hen de moeite waard is om tijd en energie te steken in het indienen van een verzoek tot deelneming (vgl. Advies 482, overweging 5.4.11). De Commissie beveelt aanbestedende diensten dan ook aan om ook bij een (Europese) niet-openbare procedure waarop het ARW 2016 niet van toepassing is, de weging van de nadere gunningscriteria reeds ten tijde van de aankondiging bekend te maken.
- 5.5.18. In het kader van de openbare en niet-openbare procedure is echter een complicatie dat het Europese elektronische formulier voor de aankondiging van de opdracht op dit moment niet de mogelijkheid biedt om in paragraaf II.2.5 ("Gunningscriteria") wél de nadere gunningscriteria op te nemen – zoals in Nederland verplicht is (zie 5.5.17 hiervoor) – maar niet een weging van deze criteria. Indien de nadere gunningscriteria zijn vermeld, maar daaraan geen gewicht is toegekend, kan de aankondiging niet worden afgerond. Bovendien bieden de invulvelden in paragraaf II.2.5 van het aankondigingsformulier niet de mogelijkheid om in het kader van de weging van de nadere gunningscriteria formules op te nemen.
- 5.5.19. Indien de in paragraaf II.2.5 van de aankondiging van de opdracht voor de weging van de nadere gunningscriteria ingevulde getallen niet overeenstemmen met de werkelijke weging omdat deze slechts 'pro forma' zijn ingevuld om een aankondiging te kunnen doen, beveelt de Commissie aan om dat in paragraaf VI.3 ("Nadere inlichtingen") van de aankondiging duidelijk te maken. Indien de aanbestedende dienst de weging van de nadere gunningscriteria ten tijde van de aankondiging bekend wil maken – zoals verplicht is op basis van het ARW 2016 en zoals de Commissie in andere gevallen aanbeveelt (zie 5.5.4-5.5.9 en 5.5.17 hiervoor) – zouden ook de formules voor deze weging in paragraaf VI.3 van de aankondiging bekendgemaakt kunnen worden. Ook kan een verwijzing naar een aanbestedingsdocument worden opgenomen dat ten tijde van de aankondiging beschikbaar is, waarin de formules worden bekendgemaakt.

Klachtonderdeel 2

- 5.5.20. Alvorens tot beoordeling van dit klachtonderdeel over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 5.5.21. In artikel 1.10, lid 1 en lid 2, aanhef en sub h, Aw 2012 is, onder meer, bepaald:
- ‘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.’
- 5.5.22. Een aanbestedende dienst moet op grond van artikel 1.10, lid 4, Aw 2012 hetzij de voorschriften van de Gids Proportionaliteit toepassen, hetzij een afwijking van die voorschriften motiveren in de aanbestedingsstukken.
- 5.5.23. In Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit is het volgende bepaald:
- ‘In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.’
- 5.5.24. De toelichting op Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit noemt de UAV 1989, de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 als voorbeeld van paritair opgestelde voorwaarden (zie blz. 65 Gids Proportionaliteit versie april 2016).
- 5.5.25. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van klachtonderdeel 2.
- 5.5.26. Het wezenskenmerk van een geïntegreerde bouworganisatievorm is dat de opdrachtnemer op basis van één overeenkomst niet alleen zorg draagt voor de uitvoering van een werk, maar dat hij ook – in meer of mindere mate – zorg draagt voor het ontwerp van dat werk (zie Advies 500, overweging 5.2.2 en 5.2.3).
- 5.5.27. De Commissie constateert dat aanbesteder door architect A een Definitief Ontwerp heeft laten vervaardigen. Met de onderhavige overheidsopdracht beoogt aanbesteder vervolgens aan een opdrachtnemer op te dragen: het op basis van één overeenkomst uitwerken van het Definitief Ontwerp tot een bestek met werktekeningen en het vervolgens op basis daarvan uitvoeren van de sloop en de bouwkundige en installatiewerkzaamheden (zie paragraaf 2.3.4 van de Selectieleidraad in 1.3, paragraaf 3.7.1 en 3.7.2 van de Gunningsleidraad in 1.5 en overweging F en artikelen 2.1, 2.5 en 2.8 van de concept-overeenkomst in 1.6 hiervoor). De Commissie is van oordeel dat daarmee in essentie sprake is van een geïntegreerd contract. Dat de opdrachtnemer met het oog op de uitwerking van het Definitief Ontwerp tot een bestek met werktekeningen gebruik moet maken van de diensten van architect A en in dat kader het contract met architect A van aanbesteder moet overnemen, doet aan het voorgaande niet af: in de hiervoor genoemde bepalingen van de aanbestedingsstukken is immers voorzien dat de opdrachtnemer jegens aanbesteder de verantwoordelijkheid draagt voor de bedoelde uitwerking.
- 5.5.28. Aan het voorgaande doet evenmin af dat aanbesteder in de aanbestedingsstukken erin heeft voorzien dat gedurende de fase van uitwerking van het Definitief Ontwerp tot een bestek met werktekeningen in bouwteamverband zal worden gewerkt. Aanbesteder heeft de eindverantwoordelijkheid voor het door de voorgeschreven

architect A op basis van het Definitief Ontwerp te vervaardigen bestek met werktekeningen immers bij de opdrachtnemer neergelegd, zodat naar het oordeel van de Commissie nog steeds sprake is van een geïntegreerd contract.

- 5.5.29. De UAV 2012 zijn paritair opgestelde voorwaarden die enkel de uitvoering van werken en technische installatiewerken betreffen. De UAV 2012 zijn dus geen algemene voorwaarden voor de onderhavige situatie waarin sprake is van een geïntegreerd contract. Daarmee wijkt aanbesteder – anders dan de brancheorganisatie stelt – niet af van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit door de UAV 2012 zonder deugdelijke motivering niet integraal over te nemen.
- 5.5.30. De Commissie acht klachtonderdeel 2 dan ook ongegrond.
- 5.5.31. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op.
- 5.5.32. Ook voor geïntegreerde contracten bestaan paritair opgestelde voorwaarden: de Model Basisovereenkomst (MBO) met bijbehorende UAV-GC 2005. Aangezien de brancheorganisatie niet heeft geklaagd dat aanbesteder op basis van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit de MBO met UAV-GC 2005 integraal had moeten toepassen of een afwijking daarvan had moeten motiveren, laat de Commissie deze mogelijke inbreuk op artikel 1.10, lid 4, Aw 2012 verder onbesproken.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond** en klachtonderdeel 2 **ongegrond**.

7. Aanbeveling

- 7.1. De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om ook bij een Europese niet-openbare procedure waarop het ARW 2016 niet van toepassing is, de weging van de nadere gunningscriteria reeds ten tijde van de aankondiging bekend te maken. Daarbij beveelt de Commissie aan niet te volstaan met de weergave van een percentage per gunningscriterium, maar tevens de formule(s) bekend te maken waarmee de totaalscores zullen worden berekend (zie in dat kader meer uitvoerig 5.5.13, 5.5.17-5.5.19 hiervoor).
- 7.2. Indien de in paragraaf II.2.5 van de aankondiging voor de weging van de nadere gunningscriteria ingevulde getallen niet overeenstemmen met de werkelijke weging omdat deze slechts zijn ingevuld om een aankondiging te kunnen doen, beveelt de Commissie aan om dat in paragraaf VI.3 ("Nadere inlichtingen") van de aankondiging duidelijk te maken (zie in dat kader meer uitvoerig 5.5.19 hiervoor).

Den Haag, 20 december 2019

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid