

Advies 517 | Samenvatting

De klacht betreft de opdracht tot het ontwerp en de bouw van een monument op initiatief van Stichting A op een bepaalde locatie in gemeente B. Stichting A heeft de opdracht tot het ontwerp van het monument gegund aan Architect K. Stichting X en 13 architecten en kunstenaars klagen dat deze opdracht ten onrechte niet Europees of nationaal is aanbesteed op grond van de Aanbestedingswet 2012. De klacht richt zich tegen Stichting A, gemeente B en de Staat.

De Commissie heeft de klacht gedeeltelijk in behandeling genomen. Voor zover de klacht is ingediend door stichting X neemt de Commissie deze niet in behandeling. Naar het oordeel van de Commissie kan stichting X niet worden gezien als een ondernemer die de opdracht wil verwerven in de zin van artikel 7, lid 1, sub a, en kwalificeert zij ook niet als een brancheorganisatie in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van het Reglement van de Commissie. Een brancheorganisatie behartigt de belangen van een bepaalde branche in zijn algemeenheid, terwijl de statutaire doelstelling van stichting X naar aanleiding van één concrete casus is gewijzigd en de Commissie niet is gebleken dat de stichting in bredere zin de belangen van een bepaalde branche behartigt. De Commissie neemt de klacht wel in behandeling voor zover deze is ingediend door 2 architecten. Of de Commissie de klacht van de 11 kunstenaars in behandeling kan nemen, laat zij in het midden, omdat zij van oordeel is dat de klacht ongegrond is.

Verder neemt de Commissie de klacht alleen in behandeling voor zover deze ziet op de opdracht tot het ontwerp van het monument. De Commissie gaat ervan uit dat de 13 architecten en kunstenaars niet geïnteresseerd zullen zijn in de afzonderlijke opdracht tot de bouw van het monument, tenzij die opdracht zou zijn samengevoegd met de ontwerpopdracht. Het gaat in dit geval echter niet om één geïntegreerde ontwerp- en bouwopdracht, maar om twee separate opdrachten.

Met het verstrijken van de termijn van artikel 4.15, lid 2 aanhef en sub b, Aw 2012 is de tussen Stichting A en architect K gesloten overeenkomst, in het veronderstelde geval dat die overeenkomst als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht zou kwalificeren, in rechte niet meer aantastbaar. Dit laat de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de Commissie echter onverlet.

Naar het oordeel van de Commissie hebben de ondernemers echter onvoldoende proactief gehandeld. In 2013 is in lokale en landelijke media bekend gemaakt dat stichting A architect K heeft ingeschakeld voor het ontwerp van het monument, op dat moment nog op een andere locatie. Nadat is gekozen voor de huidige locatie is in de Kamerbrief van 27 januari 2017 ook melding gemaakt van het ontwerp van architect K. Wat de Commissie vooral van belang acht, is dat in deze brief tevens valt te lezen dat de Staat de realisatie van het monument met een bedrag van € 2.300.000 zal subsidiëren.

Door pas op 7 februari 2018 in een bezwaarschrift in het kader van een omgevingsvergunning bij gemeente B de vermeende aanbestedingsplicht aan te kaarten, hebben ondernemers onvoldoende proactief gehandeld. Ook vervolgens hebben ondernemers onvoldoende voortvarend gehandeld. Na de reactie van gemeente B van 17 augustus 2018 op hun brief van 17 juli 2018 hebben ondernemers pas op 4 februari 2019 een volgende klachtbrief gestuurd naar stichting A, gemeente B en de Staat. Deze handelwijze van ondernemers staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog een beroep kunnen doen op het niet naleven van een aanbestedingsplicht. De klacht is derhalve ongegrond.

Ten overvloede gaat de Commissie nog inhoudelijk op de klacht in.

De Commissie laat zich eerst uit over de vraag of sprake is van een inbreuk op een eventuele aanbestedingsplicht door gemeente B en/of de Staat. De Commissie stelt allereerst vast dat, nu de klacht slechts nog betrekking heeft op de opdracht tot het ontwerp van het monument en niet tevens de bouw van dat monument betreft, daarmee niet de vraag aan de orde is of sprake is van een overheidsopdracht voor werken in de zin van de definitie van een overheidsopdracht voor werken onder c in artikel 1.1 Aw 2012. De Commissie stelt verder vast dat er geen sprake van is dat gemeente B of de Staat rechtstreeks een overheidsopdracht hebben verstrekt aan architect K. In zoverre is er naar het oordeel van de Commissie dan ook geen sprake van een inbreuk op een Europese of nationale aanbestedingsplicht van gemeente B en/of de Staat.

Daarmee komt de Commissie toe aan de vraag of stichting A als subsidieontvanger de ontwerpopdracht op grond van artikel 2.8 en 2.9 Aw 2012 Europees had moeten aanbesteden. De door stichting A aan architect K verstrekte ontwerpopdracht houdt verband met civieltechnische werkzaamheden als bedoeld in artikel 2.8, lid 1, onder a, sub 1°, Aw 2012. De Commissie gaat er voorshands van uit dat met de waarde van de opdracht de toenmalige drempelwaarde voor diensten van € 209.000 wordt overschreden.

Bij inschakeling van architect K in 2013 was er nog geen sprake van subsidieverlening door gemeente B of de Staat aan stichting A voor de realisatie van het monument. Toepassing van (de voorgangers van) de artikelen 2.8 en 2.9 Aw 2012 kon op dat moment dus nog niet aan de orde zijn. Indien er van uit wordt gegaan dat de ontwerpopdracht van stichting A ten tijde van de opdrachtbrief van 28 augustus 2016 aan architect K werd verstrekt, is er van subsidieverlening door gemeente B of de Staat aan stichting A voor de realisatie van het monument ook nog geen sprake. Ook op dat moment kon toepassing van de artikelen 2.8 en 2.9 Aw 2012 dus niet aan de orde zijn.

De Commissie constateert dat stichting A de ontwerpopdracht aan K mogelijk in maart of september 2017 heeft verstrekt, dat de drempelwaarde voor diensten waarschijnlijk werd overschreden en dat de Staat in de op 27 januari 2017 in een Kamerbrief aangekondigde subsidiebeschikking van 30 juni 2017 een bedrag van € 2.300.000 aan stichting A heeft toegekend ten behoeve van de totstandkoming van het monument. De Commissie gaat er voorshands van uit dat deze subsidie mede betrekking kan hebben gehad – en ook als zodanig is aangewend door stichting A – op de financiering (achteraf) van het ontwerp van het monument en dat dit meer dan de helft van de waarde van de ontwerpopdracht betrof.

Op basis van de haar ter beschikking gestelde informatie kan de Commissie dan ook niet uitsluiten dat stichting A de ontwerpopdracht aan architect K in 2017 op basis van artikel 2.8 en 2.9 Aw 2012 Europees had moeten aanbesteden, vanwege de (toegezegde) subsidieverlening door de Staat. Aangezien ondernemers onvoldoende proactief hebben gehandeld, kan dit echter niet leiden tot gegrondverklaring van de klacht.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 517

1. Feiten

1.1. De klacht betreft het ontwerp en de realisatie van een monument op initiatief van Stichting A op een bepaalde locatie in gemeente B. De klacht richt zich tegen Stichting A, gemeente B en de Staat.

1.2. In september 2013 heeft stichting A een programma van wensen aan architect K verstrekt voor een monument in Nederland. Het eerste ontwerp was voor een monument op een andere locatie. In de lokale en landelijke media is bekendgemaakt dat stichting A in dat kader architect K in de arm heeft genomen.

1.3. Stichting A heeft in overleg met gemeente B in 2016 voor de huidige locatie gekozen. In een raadsbesluit van 22 juni 2016 heeft de gemeenteraad van gemeente B besloten in te stemmen met:

‘4. De zwaardere weging van de door [Stichting A] opgegeven 4 criteria namelijk: “[bepaalde wijk in Gemeente B], statuur, openbaar toegankelijk en aanraakbaarheid van [delen van het monument]”;

5. [locatie] als definitieve locatiekeuze voor [het Monument].’

1.4. De afspraken tussen stichting A en architect K voor de werkzaamheden zijn vastgelegd in een opdrachtbrief van 28 augustus 2016. In september 2016 heeft architect K het voorlopig ontwerp voor het onderhavige monument gemaakt.

1.5. In een brief aan de Tweede Kamer van 27 januari 2017 schrijft Staatssecretaris 1 onder meer:

‘(...)

Over zowel de plannen om een [Monument] op te richten als (...) heb ik intensief met de initiatiefnemers gesproken. Bij de ontwikkeling van dergelijke initiatieven past vanuit de Rijksoverheid vanwege de geschiedenis bescheidenheid en met het oog op de toekomst betrokkenheid. In overleg met de initiatiefnemers ben ik gekomen tot concrete bijdragen die realisatie en uitbouw verder mogelijk moeten maken.

(...)

Op initiatief van [Stichting A] is lang gewerkt aan de realisatie van een [Monument] (...). Het ontwerp van [Architect K] voorziet in [omschrijving Monument]. Ik stel hiervoor € 2,3 miljoen ter beschikking welke ook als noodzakelijk fundament en stimulans naar verdere fondsenwerving kan werken.

(...)

1.6. De opdrachtbrief van stichting A aan architect K is in maart 2017 aangepast.

1.7. In de 'Begroting ten behoeve van Fondsenwerving' voor het monument van stichting A van april 2017 is een onderverdeling gemaakt tussen bouwkosten (met onder meer de posten 'keerwand en inrichting', 'gemetselde wand monument' en 'staal/spiegelend deel monument') en bijkomende kosten bestaande uit: 'architect/constructeur/installatie adviseur/overig advies /verschotten/mock-up cF/onderzoek MER/RO / grondonderzoek/sonderingen/ onderzoek belendingen /aansluitkosten water/elektra/riool/onvoorzien tijdens bouw onvoorzien bijkomende kosten/toezicht tijdens bouw/bouwbegeleiding / projectleiding/kosten NAC/prijsstijging bijkomende kosten.' De bouwkosten zijn begroot op € 3.283.388 en de bijkomende kosten op € 1.422.215, beide exclusief BTW. De kosten om het terrein bouwrijp te maken worden begroot op € 926.000 exclusief BTW. De totale begrote kosten voor de bouwkosten, de bijkomende kosten en het bouwrijp maken van het terrein bedragen € 5.631.602, exclusief BTW. In totaal betreft het een bedrag van € 6.814.238 inclusief BTW.

1.8. In de subsidiebeschikking van 30 juni 2017 van de Staat is, onder meer, het volgende bepaald:

'Met uw aanvraag van 23 maart 2017, voor het laatst aangevuld op 14 juni 2017, vraagt u subsidie voor [het Monument], uit te voeren in de periode van 1 mei 2017 tot en met 30 september 2018. Met deze beschikking beslis ik op uw aanvraag.

Besluit

Hierbij verleen ik u voor bovengenoemde periode een subsidie van ten hoogste € 2.300.000,-.

(...)

De subsidie is bestemd voor de activiteiten, zoals vermeld in het activiteitenplan en voorzien in de begroting. Het gaat hierbij om de volgende activiteiten: de realisatie van een keerwand en inrichting, gemetselde wand, staal/spiegelend deel en alle andere activiteiten die leiden tot de oplevering van [het Monument].

(...)'

1.9. In de zomer van 2017 heeft architect K een definitief ontwerp gemaakt.

1.10. Omdat stichting A er de voorkeur aan gaf de opdracht naar Nederlands recht onder toepasselijkheid van de DNR 2011 uit te laten voeren, zijn de definitieve afspraken met architect K vervat in de uiteindelijke architectenovereenkomst van 5 september 2017. De architectenopdracht van 5 september 2017 omvat alle fasen van de architectenopdracht, te weten Voorlopig Ontwerp, Definitief Ontwerp, Technisch ontwerp en werkzaamheden tijdens de uitvoeringsfase. Architect K ontvangt voor zijn werkzaamheden een honorarium van stichting A.

1.11. In een memo van 9 november 2017 van de stadsdeelvoorzitter van het betreffende stadsdeel van gemeente B staat, onder meer, het volgende.

'Inleiding

Op 22 juni 2016 heeft de gemeenteraad [de locatie] aangewezen als de locatie waar [het Monument] gerealiseerd kan gaan worden.

[Stichting A] wil volgend voorjaar met de bouw starten.

Er lopen inmiddels aanvragen voor de omgevingsvergunningen voor de bouw en de kap van bomen. Naast het verkrijgen van de benodigde vergunningen door [Stichting A] moet de gemeente de grond beschikbaar stellen. Dit doet de gemeente onder voorwaarden. Hiertoe wordt een Overeenkomst opgesteld waarin de voorwaarden en de (financiële) verantwoordelijkheden m.b.t. het oprichten én in stand houden van het monument tussen partijen zijn vastgelegd.

Dit raakt ook de fondswerving door [de Stichting] en de positie van de gemeente waar het (de garantie op) de financiële haalbaarheid van het project betreft.

Dit memo is bedoeld om, ter voorbereiding op ons aanstaand overleg over dit onderwerp, kennis te nemen van de (financiële) stand van zaken in het project.

Begroting en dekking bouw [Monument]

De realisatiekosten van het door [Architect K] ontworpen monument bedraagt ongeveer € 7,5 mln. exclusief onvoorzien en BTW. [Stichting A] is verantwoordelijk voor het bijeenbrengen van het benodigd bedrag en heeft via fondswerving naar eigen zeggen inmiddels ruim de helft (ca. 4 mln.) aan toezeggingen binnen. Onderdeel hiervan is een bijdrage van het Rijk van € 2,3 mln.

Daarnaast wordt door ongeveer 25 gemeenten en particulieren bijgedragen.

(...) Naast gemeenten en particulieren wordt ook door bedrijven bijgedragen.

Er ontbreekt dus nog een substantieel deel in de dekking. [Stichting A] is intensief bezig met fondswerving en verwacht daarbij ook een substantiële bijdrage van [gemeente B].

(...)

De gemeente (...) draagt los van de eventuele bovenbedoelde bijdrage overigens ook op andere wijze bij aan de totstandkoming van het monument. Door inzet van capaciteit, bekostiging van diverse onderzoeken en de toezegging om de twee bestaande monumenten (...) voor rekening van de gemeente te verplaatsen. Bij elkaar bedraagt dit een bedrag van ca. 3 ton.

Eigendom, beheer & onderhoud [Monument]

[Stichting A] wil het monument na realisatie als 'cadeau' aan [Gemeente B] overdragen.

Dit impliceert dat de gemeente, indien zij dit 'cadeau' accepteert, het in eigendom krijgt en verantwoordelijk wordt voor het beheer en onderhoud. Gelet op de aard en de omvang van het monument moet rekening worden gehouden met een aanzienlijke structurele (jaarlijkse) last.

Op basis van een nog op te stellen beheerplan door (de architect van) [Stichting A] en een toets door het stadsdeel moet nog duidelijk worden hoe hoog de jaarlijkse beheerkosten zullen zijn.

Risico's

[Stichting A] wil het risico nemen om te starten met de bouw indien 2/3 van het benodigde budget beschikbaar is. Zij stelt dat de fondswerving voor de laatste 1/3 van het budget parallel kan lopen aan de bouw en dat deze positief wordt beïnvloed indien éénmaal daadwerkelijk is gestart.

[Het stadsdeel] wil het beschikbaar stellen van de grond aan [Stichting A] verbinden aan de voorwaarde dat er een door partijen ([Stichting A] en de gemeente) getekende Overeenkomst ligt.

Dit moet de garantie bieden dat het project financieel haalbaar is en na de start ook kan worden afgebouwd zonder dat de gemeente hierin financiële risico's draagt.

Dit vraagt uiteraard aan de voorkant ook om een duidelijk gemeentelijk standpunt ten aanzien van:

1. acceptatie van het toekomstig eigendom
2. acceptatie van kosten voor het toekomstig beheer, onderhoud en veiligheid
3. eventuele bijdrage in de bouwkosten
4. eventuele bijdrage in de kosten voor de ceremoniële opening

Voorkomen moet worden dat indien als gevolg van eventuele (financiële) problemen tijdens de realisatie fase het project stagneert deze op de gemeente worden afgewenteld.

Een onafgebouwd [Monument] is onbestaanbaar. Indien het project om financiële redenen stagneert kan de gemeente (publicitair) in een lastige positie komen.'

- 1.12. In een op 11 juli 2018 gepubliceerde voordracht voor de raadsvergadering van woensdag 18 en donderdag 19 juli 2018 van gemeente B met als onderwerp 'Instemmen met de financiële bijdragen ten behoeve van het realiseren van [het Monument]' staat onder meer het volgende.

'Met deze voordracht stellen wij u voor het volgende besluit te nemen:

De gemeenteraad van [Gemeente B]

Gezien de voordracht van burgemeester en wethouders,

Besluit:

in te stemmen met:

- a. een incidentele financiële bijdrage aan het ter beschikking te stellen aan [Stichting A] ten behoeve van het realiseren van [het Monument] van € 3 miljoen in 2019 voor de realisatie van [het Monument];
- b. De structurele kosten voor het beheer en onderhoud van het monument van € 150.000 vanaf 2019;
- c. De aanschaf van 7 beveiligingscamera's (€ 105.000 incidenteel in 2019) en de structurele kosten voor de beveiliging van het monument (€ 140.000 structureel vanaf 2019);
- d. (...)

Wettelijke grondslag

Artikel 191 Gemeentewet

Bestuurlijke achtergrond

[Stichting A] wil een nationaal monument in [Gemeente B] realiseren. (...) Op 22 juni 2016 heeft de gemeenteraad bepaald dat [de Locatie] de meest geschikte locatie is [het Monument] te realiseren. [Stichting A] heeft alle Nederlandse gemeenten om een bijdrage gevraagd ten behoeve van de realisatie van [het Monument].

Onderbouwing besluit

[Stichting A] heeft alle gemeenten om een bijdrage gevraagd (...). Bijna 50 gemeenten hebben hier positief op gereageerd en hebben bedragen toegezegd. Voor [Gemeente B] zou dit betekenen dat het 3 miljoen euro vrijmaakt (...).

Gemeente B neemt, ten opzichte van andere gemeenten, een bijzondere positie in. [Het Monument] zal in [Gemeente B] worden opgericht. Op basis van bestuurlijke toezeggingen ondersteunt de gemeente [Stichting A] bij de realisatie van het monument en neemt de apparaatskosten voor haar rekening.

Daarnaast wil de gemeente bepaalde onderdelen van het bouwrijp maken van het terrein (o.a. de bomenkap, het verplaatsen van bestaande monumenten en de ondergrondse vuilcontainers) en de herinrichtingskosten van de op het monument aansluitende openbare ruimte, voor haar rekening nemen. Daarnaast wordt de gemeente eigenaar van het monument na realisatie, waarmee kosten voor beheer onderhoud en beveiliging gemoeid zijn.

Met betrekking tot de financiering dient onderscheid te worden gemaakt tussen :

- a) de financiering voor de realisatie van het monument (stichtingskosten);
- b) de financiering voor het beheer en onderhoud en
- c) de beveiliging van het monument.

De **stichtingskosten** zijn eenmalig. De kosten voor beheer/onderhoud en beveiliging zijn **structureel**. Als zodanig moeten de kosten dan ook in de begroting worden opgenomen.

Ad a. incidentele financiële bijdrage aan [Stichting A] (€ 3 miljoen incidenteel in 2019)

Er wordt een bijdrage van € 3 miljoen beschikbaar gesteld aan [Stichting A] voor Stichtingskosten. Dit bestaat uit de volgende onderdelen:
Een bijdrage van € 2.400.000 (voor adoptie [van delen van het Monument]);
Uitvoering onderdelen van het bouwrijp maken (o .a. verplaatsen van bestaande monumenten, bomen en ondergrondse vuilcontainers verplaatsen, bomen kappen), geraamd op € 200.000;
Uitvoering (her)inrichting aansluitende openbare ruimte , geraamd op € 400.000

Daarnaast zijn er kosten voor inzet van gemeentelijke capaciteit t.b.v. het proces van totstandkoming. Deze kosten zijn voor rekening van de gemeente.

Ad b. Beheer en onderhoud van het monument(€ 50.000 structureel vanaf 2019)

[Stichting A] wil het monument na realisatie als 'cadeau' aan [Gemeente B] overdragen. Dit impliceert dat de gemeente, indien zij dit 'cadeau' accepteert door de grond beschikbaar te stellen, het door natrekking in eigendom krijgt en verantwoordelijk wordt voor het beheer en onderhoud. Gelet op de aard en de omvang van het monument is er voor het beheer en onderhoud € 50.000 structureel vanaf 2019 benodigd.

Ad c. Aanschaf beveiligingscamera's en kosten beveiliging

Om het monument te beveiligen, wordt een zevental beveiligingscamera's aangeschaft. De incidentele kosten die hiermee samenhangen zijn € 105.000 incidenteel

teel in 2019. Daarnaast zijn er structurele kosten voor beheer en beveiliging van € 140.000 vanaf 2019.

(...)'

- 1.13. Advocaat 1 van stichting X 'en andere belanghebbende' heeft op 17 juli 2018 een brief aan gemeente B gestuurd, waarin stichting X zich op het standpunt stelt dat gemeente B de opdracht tot het ontwerp en de realisatie van het monument op grond van de Aanbestedingswet 2012 moet aanbesteden.
- 1.14. Gemeente B heeft bij brief van 17 augustus 2018 als volgt op de brief van 17 juli 2018 van advocaat 1 van Stichting X en andere belanghebbenden gereageerd.

'Vanwege de vakantieperiode en het reces reageer ik met enige vertraging op uw schrijven van 17 juli jl. Mijn excuses hiervoor.

In uw brief stelt u dat de gemeente aanbestedingsplichtig is en sommeert u de gemeente zich aan de Aanbestedingswet te houden en onrechtmatig handelen verband houdende met het niet handelen conform de aanbestedingswet te staken.

De gemeente voldoet aan uw sommatie nu zij niet aanbestedingsplichtig is, immers:

- Niet de gemeente, maar [Stichting A] is opdrachtgever van het ontwerp en de bouw van [het Monument];
- De gemeente is slechts eigenaar van de grond en zal dit in gebruik geven aan [Stichting A];
- [Stichting A] is en blijft eigenaar van het monument

Voor zover de stellingen van [Stichting X en andere belanghebbenden] al juist zouden zijn, is er bovendien geen enkel belang van [Stichting X en andere belanghebbenden] dat geschaad wordt als gevolg van het niet aanbesteden van het monument.

Ik licht het standpunt van de gemeente toe:

Het enkele gegeven dat het monument op de grond van de gemeente wordt gebouwd is onvoldoende om een aanbestedingsplicht aan te nemen. Dit zou dan voor ieder bouwwerk en ontwikkeling in [Gemeente B] gelden. Dit is niet het geval. Daarbij komt dat het uitgeven van grond (in erfpacht) in beginsel ook niet aanbestedingsplichtig is. De gemeente geeft – naast allerlei civiele gronduitgiftes – wel vaker grond uit aan stichtingen en verenigingen met een maatschappelijk doel (bijvoorbeeld een kerk). Aan dergelijke gronduitgiftes liggen ook besluiten van het College van B&W of gemeenteraad ten grondslag. Aanbestedingsplichtig zijn alleen die overeenkomsten waarbij de aanbestedende dienst daadwerkelijk een tegenprestatie ontvangt.

Het realiseren van een monument als [het Monument] is aanbestedingsplichtig, als dit in opdracht van de aanbestedende dienst wordt ontworpen en gebouwd. De aanbestedingswet definieert het immers als "een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen één of meer aannemers en één of meer aanbestedende diensten die betrekking heeft op (...)." Nu er geen overeenkomst is of zal komen tussen de gemeente en de architect of aannemer; is er geen

sprake van een overheidsopdracht voor werken. Het begrip 'overheidsopdracht voor werken' vereist immers dat de aannemer zich direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de betrokken werken en dat de uitvoering van deze verbintenis *in rechte* kan worden afgedwongen. De aannemer moet zich dus verbonden hebben aan de aanbestedende dienst tot het (laten) uitvoeren van de betrokken werken. [Stichting A] heeft deze opdracht verstrekt en is een overeenkomst daartoe aangegaan met de architect. De gemeente heeft geen (beslissende) invloed gehad (hooguit via bepalingen van ruimtelijke aard in het bestemmingsplan of bouwvergunning) op het sluiten van de overeenkomst, de selectie van de architect of op het gekozen ontwerp. De gemeente heeft ook geen betalingen verricht aan de architect. Voor wat betreft het realiseren van het monument geldt hetzelfde. De gemeente heeft geen invloed op de keuze voor de aannemer of werkzaamheden, planning, prijs etc. Een aanbestedingsplicht terzake van de gemeente kan dan ook niet worden aangenomen.

Voorop staat dat het initiatief voor dit monument bij [Stichting A] vandaan komt. De wens en betrokkenheid van de gemeente bij het realiseren van het [Monument] is gelet op de maatschappelijke impact van het monument evenwel groot. De gemeente is betrokken geweest bij het zoeken naar een locatie en daarover heeft bestuurlijke afstemming plaatsgevonden. Dit wil evenwel niet zeggen dat de gemeente ook betrokken is geweest bij het ontwerpen of de opdrachten aan architect en aannemer. De gemeente heeft uiteraard de invloed van het monument op de omgeving en ruimtelijke ordening willen reguleren en heeft daartoe haar publieke taak gebruikt door in het bestemmingsplan en de vergunning (ruimtelijke eisen) te stellen aan het te realiseren bouwwerk. Echter, niet meer dan gebruikelijk bij dergelijke ontwikkelingen in de openbare ruimte. Dit is echter niet aan te merken als beslissende invloed op het ontwerp en de bouw en de keuzes van opdrachtnemers; bijvoorbeeld door het opstellen van het bestek. Deze handelwijze is in lijn met het Mullerarrest.

"Een aanbestedende dienst heeft zijn eisen in de zin van deze bepaling eerst vastgesteld, wanneer hij maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen. Het enkele feit dat een overheidsdienst in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of op basis van bevoegdheden ter zake een besluit neemt, voldoet niet aan de voorwaarde "door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen" in de zin van deze bepaling."

Tot slot gaat u in uw brief uit van (deels) achterhaalde feiten.

- De gemeente wordt geen eigenaar van het monument. Dit blijft in bezit van [Stichting A].
- De gemeente zal enkel in opdracht van [Stichting A] beheersmaatregelen (zoals onderhoud) uitvoeren
- Er zal een financiële bijdrage (subsidie) worden geleverd, de hoogte is nog onbekend
- Er wordt geen bouwplicht door de gemeente opgelegd

Ik ga er vanuit met het vorenstaande voldoende toelichting te hebben gegeven.'

- 1.15. Gemeente B en stichting A hebben begin 2019 een overeenkomst gesloten. Deze is gedateerd op 31 januari 2019 en is op 5 februari 2019 getekend door de burgemeester. In de overeenkomst is, onder meer, het volgende bepaald.

a. [Stichting A] heeft het initiatief genomen voor de realisatie in [Gemeente B] van het [Monument] (...);

b. [Stichting A] heeft de Gemeente verzocht mee te werken aan een locatie in [Gemeente B] voor [het Monument]; op 22 juni 2016 heeft de gemeenteraad van [Gemeente B] ingestemd met de keuze voor een locatie ter plaatse van de [locatie];

c. [Stichting A] heeft [Architect K] opdracht gegeven een ontwerp voor [het Monument] te maken. (...);

d. Het [Monument] is ontworpen en zal worden gerealiseerd in opdracht van en voor rekening en risico van [Stichting A]

e. De Gemeente is eigenaresse van het grondperceel waarop [het Monument] zal worden gerealiseerd ('het Terrein'); partijen zullen voorafgaand aan de bouw van [het Monument] een zelfstandig recht van opstal (doen) vestigen ten behoeve van [Stichting A] waardoor [Stichting A] eigenaresse wordt van [het Monument];

f. Partijen hebben over de voorwaarden van het zelfstandig opstalrecht overeenstemming bereikt, de concept akte opstalrecht met de tekening van het Terrein is als **Bijlage 1** aan deze overeenkomst gehecht;

g. [Stichting A] heeft op 21 september 2017 onder nummer (...) een aanvraag omgevingsvergunning voor de bouw van [het Monument] bij de Gemeente ([stadsdeel (...)]) ingediend; de Gemeente ([stadsdeel (...)]) heeft op 27 december 2017 de omgevingsvergunning onder nummer (...) onder voorwaarden verleend;

h. Partijen wensen in deze overeenkomst afspraken te maken over de inrichting van de openbare ruimte rond het [Monument] waarvan de Gemeente eigenaresse is en blijft, de vestiging van een zelfstandig recht van opstal voor het [Monument] ten behoeve van [Stichting A] en voorts over het beheer en onderhoud van [het Monument] door de Gemeente;

PARTIJEN ZIJN HET VOLGENDE OVEREENGEKOMEN:

1. DEFINITIES

In deze Overeenkomst hanteren partijen de navolgende definities:

(...)

e. Stichtingskosten: alle kosten (inclusief BTW) voor het ontwerp, voorbereiding, realisatie en oplevering van [het Monument], inclusief alle bijbehorende leegkosten. Hieronder zijn onder meer begrepen de kosten die verband houden met het functievrij maken van het terrein (met uitzondering van de in artikel 3.2 genoemde kosten), de inrichting van de openbare ruimte van het terrein, zoals aangegeven op de tekening bij de concept akte van opstal (Bijlage 1) de kosten van tijdelijke maatregelen tijdens de bouwwerkzaamheden.

(...)

2. ALGEMENE VERPLICHTINGEN VAN [STICHTING A]

2.1 [Stichting A] is als eigenaresse (opstalgerechtigde) van [het Monument] opdrachtgever voor de realisatie van [het Monument] conform de verleende omgevingsvergunning. [Stichting A] is uit dien hoofde voor eigen rekening en risico verantwoordelijk voor de uitvoering van alle voor de realisatie van [het Monument] benodigde werkzaamheden en de betaling van de Stichtingskosten, behalve voor de in artikel 3.2 genoemde werkzaamheden die de Gemeente voor eigen rekening zal uitvoeren.
(...)

3. ALGEMENE VERPLICHTINGEN VAN DE GEMEENTE

(...)

3.2 De Gemeente zal na verlening van de benodigde onherroepelijke vergunning(en) de navolgende werkzaamheden voor eigen rekening (laten) uitvoeren:
Aanleg van de maaiveldinrichting grenzend het Terrein, inclusief de kap en herplant van de bomen, conform de Inrichtingstekening, en inclusief de plaatsing van beveiligingscamera's met bekabeling;
Omleggen van kabels en leidingen;
Kap (...) van de bomen op het Terrein;
(...);
Het verplaatsen van twee ondergrondse afvalcontainers inclusief betonputten;
Verwijderen van de zitbanken, de lichtmasten inclusief de bekabeling en de Mupi;
Het slopen van de trap (...);
Het aanleggen van een tijdelijke trap naar (...);
Het slopen van de gemetselde boombakken, met dien verstande dat de sloop vanwege de samenhang met de aan te brengen grondkering door [Stichting A] uitgevoerd zal worden. De gemeente vergoedt de kosten, waarover voor aanvang van de werkzaamheden overeenstemming moet worden bereikt.

(...)

3.4 De Gemeente is voor haar rekening verantwoordelijk voor de openbare orde en veiligheid bij de opening van [het Monument].

3.5 De Gemeente is vanaf de opening van [het Monument] naar haar eigen oordeel en inzicht verantwoordelijk voor de beveiliging van [het Monument].

3.6 De Gemeente zal naar haar eigen oordeel en inzicht het onderhoud en het beheer van [het Monument] op zich nemen, zoals nader uitgewerkt in artikel 7 van de Overeenkomst.

3.7 Het Terrein waarop [het Monument] wordt gerealiseerd zal gedurende de openingstijden de status 'openbare ruimte' behouden, dat wil zeggen dat het Terrein gedurende de door de Gemeente vast te stellen openingstijden voor een ieder toegankelijk is en dat de gemeentelijke APV van toepassing is.

4 OPSTALRECHT

4.1 Met de ondertekening van deze overeenkomst verbindt de Gemeente zich tot het vestigen van het Opstalrecht, aan [Stichting A] conform aangehechte concept-akte (bijlage 1) uiterlijk op het moment dat het Werkterrein door [Stichting A] in gebruik wordt genomen overeenkomstig het bepaalde in artikel 5 van de Overeenkomst. [Stichting A] verbindt zich tot het aanvaarden van het Opstalrecht conform de concept-akte (bijlage 1).

(...)

5. VOORWAARDEN GEBRUIK WERKTERREIN DOOR [Stichting A]

5.1 De Gemeente zal als eigenaresse van het Werkterrein, voorafgaand aan de bouw van [het Monument], [Stichting A] schriftelijk toestemming verlenen voor ingebruikname van het Werkterrein ten behoeve van de bouw van [het Monument]. (...)

6. OPLEVERING [MONUMENT]

6.1 [Stichting A] zal de Gemeente als (toekomstig) beheerder van [het Monument] bij de oplevering door de aannemer(s) betrekken en de Gemeente uitnodigen aanwezig te zijn bij de opname ten behoeve van de oplevering.

6.2 [Stichting A] zal een lijst opstellen van gebreken die door de aannemer(s) dienen te worden hersteld voordat tot goedkeuring van het werk en (eind)oplevering van [het Monument] aan [Stichting A] kan worden overgegaan. [Stichting A] zal de Gemeente een kopie van deze lijst verstrekken.

6.3 Indien de Gemeente van oordeel is dat gebreken die bij de opname zijn geconstateerd van wezenlijke invloed zijn op het onderhoud en beheer van [het Monument] door de Gemeente zoals bedoeld in artikel 7 van de Overeenkomst dan deelt zij dat zo spoedig mogelijk en schriftelijk mede aan [Stichting A]. [Stichting A] zal zich inspannen deze gebreken te laten herstellen door de aannemer. [Stichting A] zal de Gemeente informeren over het uitgevoerde herstel van gebreken alvorens zij het werk goedkeurt en als opgeleverd beschouwt.

6.4 De Gemeente dient schriftelijk in te stemmen met de oplevering van [het Monument] aan [Stichting A]. De Gemeente zal haar instemming aan de oplevering in ieder geval onthouden indien [het Monument] ten tijde van de oplevering de in artikel 6.3 genoemde gebreken vertoont die van invloed zijn op het onderhoud en beheer van [het Monument] door de Gemeente zoals bedoeld in artikel 7 van de Overeenkomst. Indien [Stichting A] desondanks instemt met de eindoplevering is de verplichting van de Gemeente tot het uitvoeren van het beheer en onderhoud van [het Monument] opgeschort totdat de gebreken zijn hersteld.

7. BEHEER EN ONDERHOUD

7.1 [Stichting A] zal [het Monument] onderhouden tot het einde van de onderhoudstermijn zoals overeengekomen met de aannemer(s), onverminderd het bepaalde in dit artikel. De Gemeente en [het Monument] zullen gezamenlijk bepalen vanaf welk moment de Gemeente het onderhoud en beheer van [het Monu-

ment] van [Stichting A] overneemt, rekening houdend met het bepaalde in artikel 7.2.

7.2 De Gemeente neemt het beheer en onderhoud van [het Monument] niet eerder op zich dan nadat [het Monument] door de aannemer(s) aan [Stichting A] is opgeleverd en nadat de Gemeente hiermee schriftelijk heeft ingestemd. Het onderhoud gaat niet eerder over dan nadat de relevante onderhoudstermijnen die [Stichting A] met de aannemer(s) is overeengekomen zijn verstreken.

7.3 [Stichting A] stelt de Gemeente in de gelegenheid na de termijn genoemd in artikel 7.2 [het Monument] te onderhouden en te beheren. (...)

7.4 De Gemeente zal [het Monument] naar eigen oordeel en inzicht onderhouden en beheren, binnen het door de gemeenteraad beschikbaar gestelde budget. (...)

(...)'

- 1.16. Advocaat 2 van stichting X heeft op 4 februari 2019 de volgende brief gestuurd aan de Staat, gemeente B en stichting A.

'Tot ons heeft zich gewend [Stichting X] in de aangelegenheid die door [Advocaat 1] aan de orde is gesteld bij brief van 17 juli 2018 aan gemeente B. De gemeente heeft op het schrijven van [Advocaat 1] gereageerd bij brief van 17 augustus 2018. Afschrift van deze briefwisseling is aan deze brief gehecht. [Stichting X] heeft mij verzocht [Advocaat 1] op te volgen als raadsman, aan welk verzoek ik gevolg heb gegeven.

[Stichting X] heeft naar mijn oordeel op goede gronden het standpunt ingenomen dat [Gemeente B] gehouden is ontwerp en realisatie van het [Monument] aan te besteden met inachtneming van de regels die bij of krachtens de Aanbestedingswet (Aw) zijn gesteld. De reactie van de gemeente bij brief van 17 augustus 2018 overtuigt niet.

Ter adstructie van haar stelling dat zij niet aanbestedingsplichtig zou zijn, beroept de gemeente zich erop dat zij niet meer zou doen dan met toepassing van haar publiekrechtelijke bevoegdheden de ruimtelijke eisen en randvoorwaarden die voor het monument gelden vast te stellen. Die eisen en randvoorwaarden zouden niet verder gaan dan de eisen en randvoorwaarden die de gemeente met toepassing van haar publiekrechtelijke bevoegdheden kan stellen (en zo nodig afdwingen).

[Stichting X] waagt dat ten stelligste te betwijfelen. Immers, de eisen (die door [Gemeente B] bij raadsbesluit van 22 juni 2016 zijn vastgesteld) dat het monument openbaar toegankelijk moet zijn, dat bezoekers [delen van het Monument] moeten kunnen aanraken, dat het monument geplaatst moet worden in [een bepaalde wijk van [Gemeente B], en dat het 'statuur' heeft (waarmee is bedoeld dat het monument van nationaal belang is), zijn geen eisen en randvoorwaarden die gemeente met toepassing van de Wet ruimtelijke ordening, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht of welke andere publiekrechtelijke wet- en regelgeving dan ook zou kunnen stellen (en zonedig) afdwingen.

[Stichting A] beschikt niet over de grond waarop het monument zou moeten worden gerealiseerd. Evenmin beschikt [Stichting A] over de financiële middelen die benodigd zijn om het monument te (doen) ontwerpen en realiseren.

Blijkens een memo van [Stadsdeelvoorzitter van een stadsdeel van gemeente B] aan [de Loco-burgemeester] d.d. 9 november 2017 worden de kosten van alleen al de realisatie van het [Monument] geschat op ongeveer € 7,5 miljoen, exclusief onvoorzien en BTW. Dat is mitsdien ruimschoots boven de Europese aanbestedingsdrempel.

In zijn brief van 27 januari 2017 aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal heeft [Staatssecretaris 1] medegedeeld voor de realisatie van [het Monument] overeenkomstig het ontwerp van [Architect K] 2,3 miljoen euro ter beschikking te stellen. Bij raadsbesluit d.d. 18 juli 2018 heeft de gemeenteraad van [Gemeente B] besloten een incidentele financiële bijdrage aan [Stichting A] ter beschikking te stellen ten behoeve van het realiseren van [het Monument] ter hoogte van 3 miljoen euro in 2019, alsmede in te stemmen met structurele kosten voor beheer, onderhoud en beveiliging van het Monument, die jaarlijks 0,2 miljoen bedragen. Uit de website van [Stichting A] blijkt dat ook een aantal andere gemeenten toezeggingen hebben gedaan tot het verrichten van financiële bijdragen met het oog op realisatie van [het Monument]. Het moge duidelijk zijn dat [Stichting A] niet in staat is zelf de kosten van het ontwerp en de realisatie van het door haar beoogde monument te dragen (zie ook de balans 2016, van [Stichting A], zoals gepubliceerd op haar website, waaruit niet blijkt van enig noemenswaardig vermogen). Naar verluidt zou [Architect K] het ontwerp van [het Monument] om niet aan [Stichting A] ter beschikking hebben gesteld.

Het moet een [Monument] zijn naar het ontwerp van [Architect K] dat openbaar is, met andere woorden de gemeente wenst een openbaar werk. De gemeente stelt daartoe grond en financiële middelen beschikbaar. Zoals [de Burgemeester] schreef in zijn brief van 5 augustus 2016 aan [Stichting A] (waarin hij [Stichting A] mededeelde dat de raad had ingestemd met de aanwijzing van de locatie voor het monument): de gemeente en [Stichting A] zullen goede afspraken moeten maken over gebruik van de grond, eigendom, beheer en onderhoud van het toekomstige monument.

Het is gelet op het staand beleid van [gemeente B] met betrekking tot de uitgifte van gronden niet aannemelijk dat de gemeente gronden aan [Stichting A] zou uitgeven (of het nu is in eigendom, in erfpacht, in vruchtgebruik, in huur, in bruikleen of onder welke titel dan ook) dan wel financiële middelen beschikbaar zou stellen voor ontwerp en realisatie van een dergelijk monument zonder daaraan privaatrechtelijk (waar het de gronduitgifte betreft) respectievelijk publiekrechtelijk (waar het de subsidie betreft) de voorwaarde/het voorschrift te verbinden dat de gronden en financiële middelen daadwerkelijk worden aangewend voor het doel waartoe zij zijn bestemd. In vorengenoemd memo van [de Stadsdeelvoorzitter van een stadsdeel van gemeente B] wordt een en ander met zoveel woorden bevestigd:

[Het stadsdeel van gemeente B] wil het beschikbaar stellen van de grond aan [Stichting A] verbinden aan de voorwaarde dat er een door partijen ([Stichting A] en de gemeente) getekende Overeenkomst ligt. Dit moet de garantie bieden dat het project financieel haalbaar is en na de start ook kan worden afgebouwd zonder dat de gemeente hierin financiële risico's draagt.

Dit vraagt uiteraard aan de voorkant ook om een duidelijk gemeentelijk standpunt ten aanzien van:

1. *De acceptatie van de toekomstige eigendom*
2. *Acceptatie van kosten voor toekomstig beheer, onderhoud en veiligheid*
3. *Eventuele bijdragen in de bouwkosten*
4. *Eventuele bijdrage n in de kosten voor de ceremoniële opening*

Voorkomen moet worden dat indien als gevolg van eventuele (financiële) problemen tijdens de realisatiefase het project stagneert deze op de gemeente worden afgewenteld. Een onafgebouwd [Monument] is onbestaanbaar. Indien het project om financiële redenen stagneert kan de gemeente (publicitair) in een lastige positie komen.

Het is mitsdien niet denkbaar dat de gemeente de voor realisatie van het [Monument] benodigde gronden en haar financiële bijdrage beschikbaar zou stellen zonder aan [Stichting A] de verplichting op te leggen om indien en zodra alle vereiste vergunningen (waaronder bijvoorbeeld de omgevingsvergunning voor het bouwen en de kapvergunning) onherroepelijk (rechtens onaantastbaar) zijn verkregen het monument daadwerkelijk binnen een zekere termijn te realiseren.

Bij brief van 31 januari 2019 heeft [Gemeente B] aan de advocaat van omwonenden medegedeeld dat de gemeente een overeenkomst heeft bereikt met [Stichting A] over de wijze waarop en de voorwaarden waaronder [het Monument] zal worden gerealiseerd. Namens [Stichting X] verzoek ik u een afschrift van deze overeenkomst aan [Stichting X] te verstrekken, opdat duidelijk wordt onder welke voorwaarden de gemeente en [Stichting A] hebben gecontracteerd en welke rechten en verplichtingen voor hen uit deze overeenkomst voortvloeien.

[Stichting A] zal voorts niet in staat zijn het monument, indien het eenmaal is gerealiseerd, naar behoren te beheren, te onderhouden en waar nodig te vernieuwen, zodat ook daarvoor overheidsmiddelen van [Gemeente B] onontbeerlijk zijn. [Gemeente B] zal dan ook op haar begroting structureel gelden reserveren ter bestrijding van deze kosten.

Als de gemeente dan betoogt dat een gronduitgiftetransactie als de onderhavige niet aanbestedingsplichtig zou zijn (omdat de tegenprestatie zou zien op het gebruik van de grond en niet op het op de grond te stichten werk), dan gaat [Gemeente B] te kort door de bocht. Het gaat hier immers om een overheidsorgaan (aanbestedende dienst) dat een openbaar werk tot stand brengt c.q. doet brengen. Dit is te meer het geval nu [Gemeente B] niet beschikt over een algemene subsidieregeling voor monumenten, op basis waarvan iedere (rechts) persoon die daartoe het initiatief zou willen nemen een subsidie voor het ontwerp en de realisatie van een (nationaal) monument zou kunnen aanvragen, die hem zonder aanzien des persoons en op strikt objectieve gronden zou moeten worden verleend, indien aan de voorwaarden van de subsidieregeling/-verordening wordt voldaan.

Het betreft hier derhalve een specifieke (incidentele) bijdrage van [Gemeente B] die het initiatief van [Stichting A] wenst te ondersteunen. De gemeente ondersteunt derhalve niet in het algemeen de oprichting van monumenten, (...), maar bijzonderlijk het initiatief van [Stichting A] [voor dit nationaal monument]. Het

besluit van de gemeenteraad d.d. 18 juli 2018 spreekt met zoveel woorden van een incidentele financiële bijdrage. Het staat bovendien buiten twijfel dat de gemeente het monument naar het ontwerp van [Architect K] wenst, daar zowel de locatiekeuze van het gemeentebestuur als ook de financiële bijdrage juist daarop betrekking hebben. [Stichting X] kan tot geen andere slotsom komen dan dat de gemeente het ontwerp van [Architect K] tot het hare heeft gemaakt, en dit door tussenkomst van [Stichting A] laat uitvoeren.

Ook de Staatssecretaris beoogt blijkens zijn brief d.d. 27 januari 2017 aan de Tweede Kamer een financiële bijdrage specifiek gericht op [het Monument] waartoe [Stichting A] het initiatief heeft genomen. Het betreft een schaarse subsidie, waarvoor ook andere partijen dan [Stichting A] (en [Architect K]) in aanmerking moeten kunnen komen, nu het in wezen een opdracht betreft, die met inachtneming van het transparantiebeginsel moet worden aangekondigd, zulks te meer daar [Stichting X] toch moet aannemen dat ook de Staat niet zal overgaan tot het verstrekken van een zo aanzienlijke financiële bijdrage aan een nationaal monument zonder te borgen dat deze schaarse middelen worden ingezet voor het doel waartoe zij zijn bestemd. Gelet op de geschatte waarde van zowel de dienst (het ontwerp) als het werk dient ook de Staat aan te besteden met inachtneming van het aanbestedingsrecht. De verplichting tot aanbesteding geldt voor de Staat en de gemeente gezamenlijk, met toepassing van artikel 2.11a Aw.

De gemeente stelt in haar reactie voorts nog dat zij geen eigenaar van het monument zal worden, maar of de gemeente nu eigenaar wordt (door aanvaarding van een schenking van het monument door [Stichting A] aan de gemeente na realisatie, door natrekking of anderszins) of niet, dat is geenszins doorslaggevend. Het is immers klip en klaar dat de overheid (in het bijzonder [de Staatssecretaris] en [Gemeente B]) in aanmerkelijke mate financieel zullen bijdragen aan de realisatie van het monument, [Gemeente B] zal kunnen beschikken over het monument gelet op de openbare bestemming die het zal hebben (uit hoofde van de Overeenkomst waarover [de Stadsdeelvoorzitter van een stadsdeel van gemeente B] in zijn memo spreekt), de overheid aanzienlijke financiële risico's zal lopen indien de financiering van de realisatiekosten niet volledig is geborgd, en zich kostenoverschrijdingen mochten voordoen als gevolg van omstandigheden zoals vertraging in de bouw, bouwfouten, insolventie van de aannemer en andere onvoorziene omstandigheden, die op de gemeente zullen worden afgewenteld omdat [Stichting A] deze risico's niet kan dragen, en last but not least de gemeente zal moeten opkomen voor beheer en onderhoud daar van een rendabele vastgoedexploitatie geen sprake zal kunnen zijn.

Het rechtstreeks economisch belang is derhalve een gegeven.

De gemeente rept voorts nog van een "particulier initiatief" van [Stichting A], dat zij slechts faciliteert en waarop zijn geen beslissende invloed uitoefent. Het is kort gezegd (aldus de gemeente) niet van haar afhankelijk of het monument er komt of niet. Er zou door de gemeente geen bouwplicht worden opgelegd maar ook dat is niet doorslaggevend, omdat het erom gaat of [Stichting A] direct of indirect wordt gedwongen het monument te realiseren. En men mag toch aannemen dat als de Staat, [Gemeente B] en andere overheidsinstellingen een zeer aanzienlijk bedrag aan (schaarse) overheidsmiddelen ter beschikking stellen specifiek met het oog op de realisatie van [een nationaal monument] naar het ontwerp van [Architect K], niets aan het toeval zal worden overgelaten. Het is niet voorstelbaar dat de Staat en de gemeente als subsidiegevers niet bestuursrech-

telijk (artikel 4:36 lid 2 of 4:37 lid 1 a Awb) alsook de gemeente privaatrechtelijk (gronduitgifteovereenkomst) [Stichting A] zullen verplichten om bij de aanwending van de financiële bijdragen overeenkomstig hun doeleinden te acteren.

Maar ook indien de overheid volstaat met de verplichting de subsidie te retourneren en de grond terug te geven indien niet binnen een bepaalde termijn het monument is opgericht, zal dit betekenen dat [Stichting A] de facto gedwongen is om het ter beschikking gestelde grondstuk en de ontvangen subsidie aan te wenden overeenkomstig de bestemming, te weten het realiseren van [een nationaal monument] naar het ontwerp van [Architect K] op de aangewezen plek in [Gemeente B]. [Stichting A] beschikt immers zelf bij lange na niet over de financiële middelen die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van dit nationaal monument.

Uit hoofde van artikel 2.1 e.v. Aw zijn de Staat en [Gemeente B] verplicht de opdracht tot zowel het ontwerp als de uitvoering van [het nationaal monument] aan te besteden. De aanbestedende diensten dienen de waarde van de opdracht vanzelfsprekend te ramen, maar voorshands mag ervan uit worden gegaan dat de waarde van het werk ruimschoots de Europese drempel voor een opdracht tot uitvoering van een werk overtreft. Ook met betrekking tot de ontwerpopdracht is het aannemelijk dat de Europese drempel voor (ontwerp) diensten wordt overschreden. Mochten deze overheidsopdrachten onderdrempelig zijn, dan zijn deze nog steeds aanbestedingsplichtig. Deze aanbestedingsplicht voor de gemeente en de Staat vloeit voort uit artikel 1.7 jo. 1.10 AW, nu er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Immers, het behoeft geen betoog dat tal van gerenommeerde ontwerpers en (bouw)ondernemingen uit andere lidstaten van de Unie geïnteresseerd zouden zijn om een (schaarse) opdracht als de onderhavige te verwerven. Uit dien hoofde verplicht het aanbestedingsbeleid van de gemeente aan te besteden conform de in dat beleid voorgeschreven procedures.

Het is mitsdien duidelijk dat de gemeente zowel ten aanzien van het ontwerp als de uitvoering van het monument aanbestedingsplichtig is. Dit geldt ook voor de Staat der Nederlanden.

Daar niet [Stichting A] doch de gemeente beschikt over de gronden waarop [het Monument] zou moeten verrijzen, is de gemeente niet bevoegd de aanbestedingsplicht door te leggen.

Dit betekent dat [Stichting A] niet vrij zal zijn in de keuze van opdrachtnemers voor het ontwerp en de realisatie van het monument. Dit geldt temeer nu indien al [Gemeente B] niet aanbestedingsplichtig zou zijn zoals zij betoogt, welk betoog zoals hiervoor uiteengezet geen steek houdt, [Stichting A] zelf aanbestedingsplichtig is. Immers, onder vigeur van artikel 2.8 en 2.9 Aw doet zich hier het geval voor dat een subsidie-ontvanger, te weten [Stichting A], verplicht is met inachtneming van de Aanbestedingswet aan te besteden (als ware zij aanbestedende dienst), omdat ontwerp en realisatie van het werk voor meer dan 50% met overheidsmiddelen wordt gefinancierd. Daarmee is duidelijk dat [Stichting A] aanbestedingsplichtig is, indien de Staat en de gemeente dat niet zouden zijn.

Dit wordt niet anders (voor zover het het ontwerp van het monument betreft) indien het ontwerp voor het monument door [Architect K] om niet aan [Stichting A], de gemeente en/of de Staat ter beschikking zou worden gesteld. De Aanbe-

stedingswet kent regels met betrekking tot de raming van de waarde van een opdracht tot het ontwerp van een werk. De raming van de waarde van de ontwerp-opdracht voor het werk dient te geschieden vanuit het perspectief van een potentiële gegadigde/inschrijver (en derhalve niet vanuit het perspectief van opdrachtgever). Het is evident dat het ontwerp van [het Monument] (met inachtneming van de daaraan door [Gemeente B] gestelde eisen) een aanzienlijk bedrag zou kosten. De Staat, [Gemeente B] noch [Stichting A] kunnen de aanbestedingsplicht ontgaan met de stelling dat [Architect K] het ontwerp om niet aan [Stichting A], de gemeente en/of de Staat ter beschikking heeft gesteld, omdat daarmee wel op heel eenvoudige wijze andere potentiële gegadigden buiten de deur worden gehouden, en daarmee het door de wetgever beoogde nuttig effect van de aanbestedingsregels (te weten een open en eerlijke concurrentie en efficiënte aanwending van overheidsmiddelen) zou kunnen worden gefrustreerd.

Ik kom namens [Stichting X] tot de conclusie dat de Staat, [Gemeente B] zowel als [Stichting A] jegens [Stichting X] onrechtmatig handelen door de toepasselijke aanbestedingswetgeving niet in acht te nemen. [Stichting X] behartigt uit hoofde van haar statutaire doelstelling de professionele belangen van architecten, ontwerpers, kunstenaars en andere creatieve beroepen en zij acht het niet juist dat bij een van overheidswege gefinancierd monument niet alle architecten, ontwerpers en kunstenaars en andere professionals die daartoe kwalificeren, nationaal en internationaal, een eerlijke kans krijgen om mee te dingen naar de ontwerp dan wel ontwerp- en realisatie- opdracht, indien zij daarin geïnteresseerd zijn.

[Stichting X] vertrouwt erop dat de Staat, [Gemeente B] en [Stichting A] zullen inzien dat de aanbestedingsregels in acht zullen moeten worden genomen. (...)'

- 1.17. In een brief aan de Tweede Kamer van 21 februari 2019 schrijft Staatssecretaris 2 onder meer:

'(...)

Tevens is geschetst dat [de Staat] een bedrag van € 2,3 mln ter beschikking stelt voor realisering van het monument. Andere fondsen en financiers zoals (...) en [Gemeente B] maar ook particulieren en bedrijven nemen ook hun verantwoordelijkheid voor een deel van de kosten.

(...)

Bij de ontwikkeling van het monument in het plantsoen [op de locatie] te [Gemeente B] is sprake van een toename van kosten waardoor de totale kostenraming op € 14,6 mln uitkomt. Het kabinet heeft daarom besloten zijn verantwoordelijkheid te nemen en een additionele bijdrage van € 6 mln. ter beschikking te stellen. Voor het overige benodigde bedrag voor de realisatie van het monument ad. € 1,7 mln. staat het kabinet garant op het moment dat het niet lukt om de benodigde fondsenwerving te realiseren. (...)'

- 1.18. Vervolgens heeft Advocaat 2 van stichting X op 28 februari 2019 de volgende brief gestuurd aan de Staat, gemeente B en stichting A.

‘Bij brief van 4 februari 2019 heb ik mij namens [Stichting X] tot u gericht in verband met de verplichting tot aanbesteding van [het Monument]. (...) Tot het heden heeft cliënte taal noch teken van u ontvangen (...)

Bij brief van 21 februari 2019 heeft de staatssecretaris (...) aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal medegedeeld dat het monument aanmerkelijk duurder zal uitvallen dan eerder begroot waardoor de totale kostenraming op EUR 14,6 miljoen uitkomt, en dat het Rijk een extra financiële bijdrage ter beschikking zal stellen van EUR 6 miljoen. Daarenboven staat de Rijksoverheid garant voor het overige voor de realisatie benodigde bedrag van EUR 1,7 miljoen, indien [Stichting A] er niet in mocht slagen om via fondsenwerving dat bedrag te dekken.

Uit dit schrijven komt pregnant naar voren dat zowel de ontwerpopdracht als de opdracht tot uitvoering van het werk aanmerkelijk boven de Europese drempelwaarden ligt. Bovendien komt met dit schrijven onomstotelijk vast te staan dat [het Monument] volledig dan wel nagenoeg volledig met overheidsmiddelen wordt gefinancierd. Immers, mocht [Stichting A] niet in staat blijken zelf in de overeengekomen mate bij te dragen aan de kosten van totstandkoming van het monument, dan zal de overheid ook deze kosten voor haar rekening nemen.

Namens [Stichting X] verzoek ik [de Staatssecretaris] mij de totale kostenraming, waarnaar in vorenbedoeld schrijven wordt verwezen, te doen toekomen.

Ondertussen is [Stichting X] onder ogen gekomen een door [de Burgemeester] ondertekend exemplaar van de overeenkomst tussen [Gemeente B] en [Stichting A]. Er veronderstelt men vanuit gaande dat ook [Stichting A] deze overeenkomst heeft ondertekend of zal ondertekenen, staat ingevolge deze overeenkomst onder meer vast dat de kosten van beheer en onderhoud van het monument volledig ten laste van [Gemeente B] zullen komen en dat [Gemeente B] verantwoordelijk zal zijn voor de beveiliging van het monument.

Het te stichten monument zal zich in de openbare ruimte bevinden en zal ingevolge vorenbedoelde overeenkomst openbaar toegankelijk zijn. Dit is een alleszins begrijpelijke eis van de overheid, maar onderstreept ook dat de overheid een openbaar werk doet realiseren en de overheid aanbestedingsplichtig is met betrekking tot dat werk.

(...)

- 1.19. De Staat heeft bij brief van 7 maart 2019 als volgt gereageerd op de brief van de advocaat van stichting X van 4 februari 2019 (zie 1.16 hiervoor):

‘(...)

Ik heb uw brief aandachtig gelezen en kom tot de conclusie, dat ik uw stelling dat de Staat der Nederlanden zijn aanbestedingsplicht heeft geschonden, niet deel. De Staat bevindt zich in relatie tot de [Stichting A] in de rol van subsidieverstrekker op grond van de [Regeling Subsidies]. De Staat steunt op deze wijze – door middel van een subsidie – beleidsmatig de realisatie van het monument. Het initiatief tot de realisatie van het monument is evenwel niet vanuit de Staat, maar [Stichting A] is gekomen. [De Staat] is in deze zaak derhalve geen aanbe-

stedende dienst die een aanbestedingsplichtige opdracht heeft verleend voor het realiseren van het monument.

(...)'

- 1.20. Stichting X en 13 architecten en kunstenaars hebben op 8 maart 2019 een klacht bij de Commissie ingediend tegen stichting A, gemeente B en de Staat. Zij voeren aan dat de opdracht tot het ontwerp en de realisatie van het monument ten onrechte niet nationaal of Europees is aanbesteed.
- 1.21. De Commissie heeft partijen op 22 maart en 18 april 2019 laten weten de klacht vooralsnog gedeeltelijk in behandeling te nemen.
 - 1.21.1. De Commissie neemt de klacht in behandeling voor zover deze is ingediend door de 13 architecten en kunstenaars. Voor zover de klacht is ingediend door stichting X neemt de Commissie deze niet in behandeling. Naar het oordeel van de Commissie kan stichting X niet gezien worden als een ondernemer die de opdracht wil verwerven in de zin van artikel 7, lid 1, sub a, en kwalificeert zij ook niet als een brancheorganisatie in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van het Reglement van de Commissie. Een brancheorganisatie behartigt de belangen van een bepaalde branche in zijn algemeenheid, terwijl de statutaire doelstelling van stichting X naar aanleiding van één concrete casus is gewijzigd en de Commissie niet is gebleken dat de stichting in bredere zin de belangen van een bepaalde branche behartigt.
 - 1.21.2. Verder neemt de Commissie de klacht alleen in behandeling voor zover deze ziet op de opdracht tot het vervaardigen van het ontwerp van het monument. De Commissie gaat ervan uit dat de 13 architecten en kunstenaars niet geïnteresseerd zullen zijn in de afzonderlijke opdracht tot de bouw van het monument, tenzij die opdracht zou zijn samengevoegd met de ontwerpopdracht. Het gaat in dit geval echter niet om één geïntegreerde ontwerp- en bouwopdracht, maar om twee separate opdrachten. De Commissie neemt de klacht dus niet in behandeling voor zover deze ziet op de bouwopdracht.
 - 1.21.3. Naar aanleiding van de reacties van stichting A, gemeente B en de Staat op de bij de Commissie ingediende klacht, zal de Commissie bij de beoordeling van de klacht nogmaals ingaan op de vraag of en in hoeverre zij de klacht in behandeling kan nemen (zie 7.2 e.v. hierna).

2. Beschrijving klacht (voor zover in behandeling genomen)

De opdracht tot het ontwerp van het monument is ten onrechte niet nationaal of Europees aanbesteed.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. De onderbouwing van de klacht betreft de volledige klacht, zoals die is ingediend, ook voor zover deze niet in behandeling is genomen. Ter onderbouwing van hun klacht voeren ondernemers het volgende aan. Het voornemen bestaat om in gemeente B een monument te realiseren op een groenstrook op een bepaalde locatie. De kosten voor de realisatie zijn geraamd op 14.6 miljoen euro. De Staat en

gemeente B zullen voor het overgrote deel de financiering voor hun rekening nemen. Een vijftigtal gemeenten heeft eveneens een bijdrage toegezegd. De Staat stelt een bedrag van circa 8.3 miljoen euro ter beschikking en nog een extra bedrag van 1.7 miljoen euro indien stichting A er niet in mocht slagen om via fondsenwerving het benodigde bedrag te realiseren. Gemeente B draagt een bedrag van minimaal 3 miljoen euro bij en neemt alle onderhouds-, beheer- en beveiligingskosten voor haar rekening tot in lengte van dagen. Het monument wordt volledig dan wel nagenoeg volledig door overheidsmiddelen gefinancierd.

- 3.2. Ondernemers stellen zich op het standpunt dat de Staat, gemeente B en/of Stichting A het ontwerp en de realisatie van het monument zowel nationaal als Europees dienen aan te besteden en verwijzen in dit kader naar hun brieven van 4 en 28 februari 2019 (zie 1.16 en 1.18 hiervoor).
- 3.3. Stichting A beschikt niet over de grond waarop het monument zou moeten worden gerealiseerd en ook niet over de financiële middelen die benodigd zijn om het monument te (doen) ontwerpen en realiseren. De gelden die door de Staat en de gemeente B ter beschikking worden gesteld voor de realisatie van het monument betreffen een specifieke (incidentele) bijdrage om het initiatief van stichting A te ondersteunen. Ondernemers menen dan ook dat de gemeente en de Staat het ontwerp en de realisatie van het monument door tussenkomst van stichting A laten uitvoeren. Het is de wens van zowel de Staat als de gemeente B om een nationaal en openbaar monument te realiseren. In dit verband wordt ook verwezen naar de overeenkomst tussen gemeente B en stichting A van 5 februari 2019 waaruit blijkt dat de kosten van beheer en onderhoud van het monument volledig ten laste van gemeente B zullen komen en dat gemeente B verantwoordelijk zal zijn voor de beveiliging van het monument. Gemeente B stelt zich dan ook ten onrechte op het standpunt dat het een particulier initiatief betreft.
- 3.4. De ontwerpopdracht ten behoeve van het monument betreft voorts geen geval van een "unieke artistieke prestatie". Er is geen sprake van dat het monument alleen door een bepaalde ontwerper zou kunnen worden ontworpen (zie Advies 459 van de Commissie). Zowel in Berlijn als Londen is de ontwerpopdracht ten behoeve van een monument ook door middel van een prijsvraag in concurrentie aanbesteed. Aan deze prijsvraag hebben vele (internationale) architecten meegedaan. Uit hoofde van artikel 2.1 e.v. van de Aanbestedingswet zijn de Staat en gemeente B verplicht de opdracht tot zowel het ontwerp als de uitvoering van het monument aan te besteden. Deze overheidsdiensten dienen de waarde van de opdracht te ramen en vervolgens het ontwerp en de uitvoering Europees aan te besteden.
- 3.5. Ondernemers verzoeken de Commissie dringend de onderhavige klacht met de grootste spoed in behandeling te nemen. Naast de belangen van ondernemers om in concurrentie te kunnen meedingen naar de ontwerpopdracht, bestaat er veel maatschappelijke onrust vanwege de wijze waarop met de inspraak in Gemeente B en de aanbestedingsregels wordt omgegaan. Het spoedeisende belang is er in gelegen dat voorkomen dient te worden dat wordt aangevangen met onomkeerbare (bouw)werkzaamheden.

4. Reactie stichting A

- 4.1. Stichting A geeft eerst samenvattend haar standpunt weer. Naar haar mening is het recht om te klagen verwerkt. De opdracht van stichting A aan architect K dateert van 5 september 2017 en feitelijk van veel eerdere datum. De mogelijkheid om via de onderhavige klacht de gunning aan te tasten is gelet op bestendige jurisprudentie vervallen. Indien en voor zover ondernemers (nog) zouden kunnen worden ontvangen in hun klacht meent stichting A dat de klacht ongegrond is. Stichting A is een private rechtspersoon en zij is niet op basis van de Aanbestedingswet 2012 gehouden om de architectenopdracht voor het ontwerp van het monument via een Europese aanbestedingsprocedure te gunnen. Stichting A mag rechtstreeks een opdracht gunnen aan een architect en dat is wat in 2017 is gebeurd. Het betreft een private opdracht, waar gemeente B noch de Staat bij betrokken zijn of zijn geweest. Deze twee overheidsorganen zijn geen opdrachtgever van architect K en zijn bij het ontwerp ook niet betrokken.
- 4.2. De vraag die in het kader van de ingediende klacht voorligt is of de architectenwerkzaamheden die stichting A aan architect K heeft opgedragen in 2016/2017 via een Europese aanbesteding hadden moeten worden gegund. Deze vraag beantwoordt stichting A ontkennend.
- 4.3. Stichting A stelt zich allereerst op het standpunt dat de klacht niet in behandeling kan worden genomen voor zover deze is ingediend door een aantal kunstenaars. In dat kader voert stichting A het volgende aan.
 - 4.3.1. De ondernemers die een klacht hebben ingediend typeren zichzelf als "architecten en kunstenaars". Stichting A heeft informatie over de achtergrond van deze ondernemers verzameld uit openbare bronnen en daaruit blijkt dat elf van hen kunstenaar zijn en "slechts" twee zichzelf aanmerken als architect. In dat kader verwijst stichting A naar een bijlage waarin zij dit per ondernemer uitwerkt onder verwijzing naar een bron (in veel gevallen een website van de betreffende persoon).
 - 4.3.2. De ontwerpopdracht die stichting A heeft verstrekt aan architect K voor het monument is naar zijn aard een zuivere architectenopdracht. Het is een opdracht voor het maken van een architectonisch ontwerp onder toepasselijkheid van de DNR 2011. Stichting A heeft bewust een keuze gemaakt voor een architect en een architectonisch ontwerp en heeft geen kunstenaar een opdracht verstrekt om een kunstwerk te ontwerpen. Het is de opdrachtgever, in dit geval stichting A, die de aard en de omvang bepaalt, van de opdracht die wordt verstrekt. Niet valt in te zien dat de elf kunstenaars aanspraak zouden kunnen maken op de vererving van een dergelijke architectenopdracht. Zij zijn geen architect en zijn gelet op hun achtergrond niet te beschouwen als ondernemingen die de architectenopdracht zouden willen (en kunnen) verwerven. Op geen enkele wijze is gesteld of gebleken dat de kunstenaars ondernemer zijn respectievelijk beschikken over voldoende vakbekwaamheid als architect om een opdracht voor het architectonisch ontwerp van het monument te kunnen verwerven.
 - 4.3.3. Op grond van deze feiten en omstandigheden meent stichting A dat ook deze 11 kunstenaars niet in hun klacht kunnen worden ontvangen gelet op het bepaalde in artikel 7, lid 1, van het Reglement van de Commissie. Indien ook "derden" die niet voor gunning van een opdracht in aanmerking (kunnen) komen een klacht

bij de Commissie mogen indienen, wordt dit artikel oneigenlijk opgerekt en dat past niet bij de aard en bedoeling van de Commissie, aldus stichting A.

- 4.4. Ondernemers, waaronder de 11 kunstenaars, hebben ideeën over hoe zij zelf een monument zouden willen maken op een andere locatie. Zij gaan daarbij ten onrechte op de stoel zitten van stichting A. Het initiatief voor het monument is afkomstig van stichting A en in dat kader heeft stichting A besloten voor het architectonisch ontwerp opdracht te geven aan architect K. Als ondernemers zelf een initiatief willen ontplooiën staat hen dat vrij, maar van stichting A zullen zij nooit een opdracht krijgen.
- 4.5. Wat de inhoud van de klacht betreft, stelt stichting A zich op het standpunt dat zij de architectenopdracht niet hoefde aan te besteden en voert daartoe het volgende aan.
 - 4.5.1. Stichting A is een stichting, een private rechtspersoon en kwalificeert niet als een aanbestedende dienst of een publiekrechtelijke instelling als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012. Ondernemers erkennen overigens dat stichting A een private entiteit is. En toch menen zij dat stichting A gehouden zou zijn om de opdracht die aan architect K is verstrekt, Europees aan te besteden. Zulks ten onrechte. De Aanbestedingswet 2012 strekt zich niet uit over het handelen van private aanbesteders. Op basis van het in Nederland geldende beginsel van contractsvrijheid staat het stichting A vrij om zelf te kiezen met wie zij een overeenkomst sluit.
 - 4.5.2. De relatie tussen architect K en stichting A gaat terug tot 2013. In september 2013 heeft stichting A reeds een programma van wensen aan architect K verstrekt voor een monument in Nederland. Het eerste ontwerp was voor een monument op een andere locatie. Begin 2016 is in overleg met gemeente B de huidige locatie gekozen. In september 2016 is door architect K het voorlopig ontwerp voor het onderhavige monument gemaakt. De planning was “start bouw” vanaf oktober 2017. De afspraken tussen partijen voor de werkzaamheden zijn vastgelegd in een opdrachtbrief van 28 augustus 2016, later aangepast in maart 2017, met toepasselijkheid van het recht van een ander land. Omdat stichting A er de voorkeur aan gaf de opdracht naar Nederlands recht onder toepasselijkheid van de DNR 2011 uit te laten voeren, zijn de definitieve afspraken vervat in de uiteindelijke architectenovereenkomst van 5 september 2017. Stichting A wil hiermee aangeven dat de rol van architect A en zijn inschakeling als architect al van een veel eerdere datum stamt dan de datum van de overeenkomst waar ondernemers hun aanbestedingsrechtelijke pijlen op schieten. De betrokkenheid van architect K als architect bij het monument is reeds vanaf 2013 bekend en ook volop in de publiciteit.
 - 4.5.3. De architectenopdracht van 5 september 2017 omvat alle fasen van een architectenopdracht, te weten Voorlopig Ontwerp, Definitief Ontwerp, Technisch ontwerp en werkzaamheden tijdens de uitvoeringsfase. Architect K ontvangt voor zijn werkzaamheden een honorarium van stichting A.
 - 4.5.4. De overeenkomst tussen stichting A en architect K is een privaatrechtelijke overeenkomst tussen twee private partijen. Stichting A voelt zich niet vrij en is daartoe ook niet gehouden, om deze overeenkomst met architect K aan derden waaronder de ondernemers ter hand te stellen. Het verzoek om overlegging van de overeenkomst beschouwt stichting A als een onterechte “fishing expedition”. In-

zage in de overeenkomst is niet nodig voor de beslechting van de onderhavige klacht. Ondernemers gaan er immers vanuit dat stichting A aan architect K een ontwerpopdracht heeft verstrekt en dat feit wordt door stichting A erkend. Tegen het resultaat van hetgeen architect K op basis van de architectenopdracht heeft vervaardigd, het ontwerp van het monument, richt zich immers hun bezwaar. Zij verzetten zich tegen het monument en vooral de locatie waar dat is gesitueerd en gebruiken hiervoor thans ook het aanbestedingsrecht als oneigenlijk middel in een van de vele pogingen om de realisatie van het monument tegen te houden.

- 4.5.5. Stichting A wenst voor het monument een architect van naam en faam te contracteren die in staat is een dergelijk monument te ontwerpen. Gelet op zijn ervaring en reputatie is de keuze van stichting A op architect K gevallen. Dat is een keuze van stichting A waar ondernemers geen enkele invloed op hebben of zouden mogen hebben.
- 4.6. Voorts stelt stichting A zich op het standpunt dat ondernemers hun rechten hebben verwerkt en zij voert daartoe het volgende aan.
 - 4.6.1. Architect K heeft in september 2016 het voorlopig ontwerp voor het monument vervaardigd. In de zomer van 2017 is het definitief ontwerp gemaakt. Het merendeel van de met architect K overeengekomen werkzaamheden is door hem uitgevoerd. Het definitief ontwerp en het technisch ontwerp is gereed.
 - 4.6.2. Stichting A heeft ervoor gekozen om het ontwerp verder uit te werken in bouwteamverband met andere adviseurs en een – via een meervoudig onderhandse aanbesteding geselecteerde – aannemer. Stichting A heeft met de aannemer op 1 december 2017 een bouwteamovereenkomst gesloten en de aannemer heeft inmiddels een prijsaanbieding gedaan. Echter tot uitvoering van het ontwerp kan niet worden overgegaan als gevolg van de door de kunstenaars en architecten ingediende bezwaren en het inmiddels lopende beroep bij de rechtbank tegen de aan stichting A verleende omgevingsvergunning alsmede tegen de door gemeente B verleende kapvergunning. De nog door architect K te verrichten werkzaamheden in het kader van de aan hem verleende opdracht zien vooral op toezicht en aanvullende werkzaamheden tijdens de uitvoering van zijn ontwerp.
 - 4.6.3. Stichting A meent dat het indienen van een klacht op 22 maart 2019 over een overeenkomst die op 5 september 2017 (en feitelijk nog veel eerder) is gesloten tardief is. Het recht om over de overeenkomst te klagen is vervallen. Een overeenkomst kan wegens strijd met het aanbestedingsrecht slechts in rechte worden aangetast op de gronden genoemd in artikel 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012. Volgens vaste jurisprudentie is dit een limitatief stelsel (Hoge Raad 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638). Een vordering tot vernietiging dient te worden ingesteld voor het verstrijken van een termijn van 30 kalenderdagen, respectievelijk een periode van zes maanden na totstandkoming van de overeenkomst (artikel 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012). Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat deze termijnen zijn opgenomen omwille van rechtszekerheid voor zowel de aanbestedende dienst als de ondernemer die de opdracht gegund heeft gekregen (Hoge Raad 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:487).
 - 4.6.4. Tot op de dag van vandaag is er in rechte geen vernietiging van de overeenkomst gevorderd en een dergelijke vordering zou, als hij alsnog zou worden ingesteld, door de rechtbank niet ontvankelijk worden verklaard.

4.6.5. De hiervoor genoemde vervaltermijn ex artikel 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012 heeft volgens stichting A niet alleen betrekking op vernietiging van een overeenkomst, maar ziet eveneens op vorderingen – en in dit geval een klacht – waarmee wordt beoogd de overeenkomst te beëindigen of de uitvoering daarvan te verhinderen. Dit blijkt uit voornoemd arrest van de Hoge Raad van 18 november 2016 ECLI:NL:HR:2016:2638, r.o. 3.7.5:

‘De als resultaat van de gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst is dus alleen aan te tasten in de hiervoor in 3.7.3 genoemde gevallen. Dat brengt mee dat ook vorderingen waarmee wordt beoogd de overeenkomst te beëindigen of de uitvoering daarvan te verhinderen, alleen toegewezen kunnen worden in die gevallen. (...)’

4.6.6. Stichting A is van oordeel dat ondernemers en architecten – na het verstrijken van de in artikel 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012 bedoelde periode van zes maanden – omwille van rechtszekerheid geen recht meer hebben om de overeenkomst tussen stichting A en architect K nog aan te tasten. Die rechtsverwerking strekt zich naar de mening van stichting A ook uit over het recht om bij de Commissie te klagen.

4.6.7. De reeds grotendeels ten uitvoer gelegde overeenkomst is op geen enkele wijze meer door ondernemers of derden aan te tasten. Stichting A kan ook niet worden geboden of worden verplicht om het resultaat van de overeenkomst, het ontwerp van het monument, terzijde te leggen. Daarvoor is in het aanbestedingsrecht geen grondslag te vinden. Stichting A wijst er ten overvloede op dat de vernietigingsactie als bedoeld in artikel 4.15 Aanbestedingswet niet is bedoeld om tegen private entiteiten in te (kunnen) stellen.

4.6.8. Indien en voor zover uit de klacht van ondernemers zou moeten worden begrepen dat de vervaltermijn van artikel 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012 niet geldt ten aanzien van het recht om na de gunning te procederen over de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing met het oog op het verkrijgen van schadevergoeding wegens (beweerdelijk) onrechtmatig handelen, stelt stichting A het volgende.

4.6.9. Uit het Grossman-arrest (HvJEG 12 februari 2004, C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93) en de daarop gebaseerde jurisprudentie volgt dat van een adequaat handelend inschrijver/gedagigde mag worden verwacht dat deze zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van een aanbestedingsprocedure. De eisen van redelijkheid en billijkheid die de (potentiële) inschrijver/gedagigde jegens de aanbestedende dienst in acht heeft te nemen, brengen mee dat zij de bezwaren duidelijk naar voren brengt en in een zo vroeg mogelijk stadium aan de orde stelt, zodat eventuele onregelmatigheden desgewenst kunnen worden gecorrigeerd met zo min mogelijk consequenties voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure. Een potentiële inschrijver/gedagigde die bezwaren heeft maar er (te lang) mee wacht om die te melden, handelt in strijd met het hiervoor genoemde arrest en heeft het recht verwerkt om hierover te klagen.

4.6.10. Stichting A meent dat ondernemers ook voor hun klacht over de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing (met het eventuele oog op het verkrijgen van schadevergoeding wegens beweerdelijk onrechtmatig handelen) veel te laat zijn en ook hun rechten op dit onderdeel hebben verwerkt. Zij hebben in hun bezwaarschrift

tegen de omgevingsvergunning die op 27 december 2017 is verleend de beweerdelijke schending van het aanbestedingsrecht gememoreerd. Hun bezwaren tegen de vergunning (waaronder bezwaren gebaseerd op het aanbestedingsrecht) dateren van 7 februari 2018. In een aanvulling van hun bezwaren van 2 mei 2018 bezigden ondernemers toen reeds als argument voor hun bezwaar tegen de omgevingsvergunning dat er een aanbesteding onder kunstenaars zou moeten worden gehouden. Stichting A heeft dit weerlegd en in de bezwaarprocedure aangegeven dat de wijze van aanbesteden geen rol speelt bij het verlenen van de omgevingsvergunning. De bezwaarschriftencommissie heeft op 15 november 2018 (ook) de aanbestedingsrechtelijke bezwaren resoluut van tafel geveegd in haar advies met verwijzing naar vaste jurisprudentie van de Raad van State en dat advies is door het dagelijks bestuur van het stadsdeel in de beslissing op bezwaar van 27 november 2018 integraal overgenomen. Op 17 juli 2018 heeft de toenmalige advocaat van ondernemers, aan de burgemeester van de gemeente B bezwaren tegen de aanbesteding kenbaar gemaakt, maar verder geen actie ondernomen. De reactie van de gemeente d.d. 17 augustus 2018 is helder en correct. Daarna blijft het muisstil van de zijde van ondernemers over de beweerdelijke schending van het aanbestedingsrecht.

- 4.6.11. Het pas op 22 maart 2019 in de vorm van de onderhavige klacht bij de Commissie klagen over de rechtmatigheid van de gunning aan architect K is te laat. De handelwijze van ondernemers getuigt geheel niet van een proactieve opstelling. In dit verband wijst stichting A erop dat de betrokkenheid van architect K als architect sinds 2013 algemeen bekend is via de publiciteit die daaraan in lokale en landelijke media is gegeven. Toen is er door ondernemers geen aanbestedingsrechtelijk protest geuit tegen de opdracht aan architect K. Dat argument hebben zij pas in stelling gebracht als onderdeel van hun bezwaren tegen de omgevingsvergunning. Ook dat gegeven laat zien dat de klacht die nu wordt geuit louter wordt gebruikt om de bouw van het monument te voorkomen en niet zozeer om een opdracht om een architectonisch bouwwerk te ontwerpen te kunnen verwerven. Stichting A meent dat het ondernemers in het geheel niet gaat om het verwerven van een opdracht voor het ontwerp van een monument van stichting A, maar dat het hen enkel erom gaat dit monument op deze plek te voorkomen. Ondernemers misbruiken het aanbestedingsrecht voor dat doel. Ieder recht om te klagen over de opdracht aan architect K is door de handelwijze van ondernemers verwerkt c.q. vervallen. Ook om deze reden dient de klacht niet in behandeling te worden genomen respectievelijk ongegrond te worden verklaard onder meer wegens gebrek aan belang.
- 4.7. De stelling van ondernemers dat de opdracht feitelijk door of vanwege de Staat en gemeente B zou zijn verstrekt en subsidiair dat deze vanwege de subsidie(toezegging) van deze beide overheidsorganen aanbesteed had moeten worden, houdt volgens stichting A geen stand. Daartoe voert zij het volgende aan.
 - 4.7.1. De Staat heeft op goede gronden aangegeven waarom zij het noodzakelijk acht dat het initiatief van stichting A wordt verwezenlijkt en heeft daarom in twee tranches subsidie toegezegd. Meer betrokkenheid van de Staat bij het monument is er niet.
 - 4.7.2. Ondernemers menen dat vanwege de toekenning van subsidie door de Staat en gemeente B deze twee overheden het ontwerp (en de realisatie) "door tussenkomst van stichting A" zouden laten uitvoeren. Dat is onjuist. Stichting A ontkent en betwist met klem dat gemeente B of de Staat op enige wijze betrokken zou-

den zijn bij de opdracht aan architect K. Ondernemers stellen dat zonder enig begin van bewijs. Het is pertinent niet het geval. Het ontwerp is gemaakt in opdracht van stichting A en zal ook in opdracht van stichting A worden gerealiseerd door een aannemer. Dat zowel de gemeente als de Staat het private initiatief van stichting A voor een dergelijk monument ondersteunen maakt hen geen opdrachtgever. Niet vanuit civielrechtelijk en niet vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief bezien. De morele steun noch de financiële ondersteuning maakt dat deze twee overheden opeens als opdrachtgever van (het ontwerp van) het monument zouden moeten of kunnen worden beschouwd. Het initiatief voor het monument is afkomstig van stichting A, zij heeft opdracht gegeven voor het ontwerp en zal als opdrachtgever van de bouw fungeren en is en blijft de eigenaar van het monument.

4.7.3. Voor stichting A als private entiteit was er in 2016/2017 geen gehoudenheid om een architectenopdracht aan architect K via een Europese aanbestedingsprocedure in de markt te zetten. Er waren op dat moment bij stichting A voldoende financiële middelen in kas om de opdracht aan architect K te betalen. De recente subsidietoezegging uit februari 2019 van de Staat en van 18 juli 2018 van gemeente B dateren van na de opdrachtverlening aan architect K en de betaling van het grootste deel van het honorarium. Het honorarium van Architect K is in 2017 betaald uit eigen middelen van stichting A. Circa 85% van het honorarium is, gelet op de stand van de door architect K uitgevoerde werkzaamheden, voldaan. Alleen de termijn voor de betrokkenheid van architect K in de uitvoeringsfase is nog onbetaald. Bovendien betreft het toezeggingen van de Staat en gemeente B en heeft stichting A in dat kader nog geen subsidiegelden ontvangen. Er is geen sprake van dat de opdracht aan architect K voor meer dan 50% met subsidie is betaald als bedoeld in artikel 2.8 en 2.9 Aanbestedingswet. Ook dat schept geen aanbestedingsplicht voor stichting A. Stichting A heeft in de periode 2016/2017 veel donaties ontvangen van particulieren en bedrijven, die op deze wijze haar initiatief financieel wilden ondersteunen. Ook kwam de adoptie van delen van het monument op gang door gemeenten. Nog steeds komen er op deze wijze donaties van gemeenten en bedrijven binnen die op die manier hun steun betuigen aan het initiatief van stichting A. Volgens stichting A kunnen en mogen dergelijke donaties niet worden aangemerkt als een subsidie in de zin van artikel 2.8 Aw 2012. Kort en goed: de opdracht aan architect K is niet met meer dan 50% overheidssubsidie betaald.

4.7.4. Omdat stichting A het monument in gemeente B wil realiseren heeft zij praktische afspraken met de gemeente gemaakt. Die afspraken zijn opgenomen in een overeenkomst van 31 januari 2019. Die overeenkomst geeft exact weer hoe de verhoudingen liggen en wat de rol van partijen is. Ondernemers negeren de inhoud van de overeenkomst in hun klacht. Stichting A citeert de considerans en onderstreept op sommige plaatsen de tekst ter verduidelijking:

'a. [Stichting A] heeft het initiatief genomen voor de realisatie in [Gemeente B] van [het Monument] (...);

b. [Stichting A] heeft de Gemeente verzocht mee te werken aan een locatie in [Gemeente B] voor [het Monument]; op 22 juni 2016 heeft de gemeenteraad van [Gemeente B] ingestemd met de keuze voor een locatie ter plaatse van de [locatie];

c. [Stichting A] heeft [Architect K] opdracht gegeven een ontwerp voor [het Monument] te maken. (...);

d. [Het Monument] is ontworpen en zal worden gerealiseerd in opdracht van en voor rekening en risico van [Stichting A]

e. De Gemeente is eigenaresse van het grondperceel waarop [het Monument] zal worden gerealiseerd ('het Terrein'); partijen zullen voorafgaand aan de bouw van [het Monument] een zelfstandig recht van opstal (doen) vestigen ten behoeve van [Stichting A] waardoor [Stichting A] eigenaresse wordt van [het Monument];

f. Partijen hebben over de voorwaarden van het zelfstandig opstalrecht overeenstemming bereikt, de concept akte opstalrecht met de tekening van het Terrein is als **Bijlage 1** aan deze overeenkomst gehecht;

g. [Stichting A] heeft op 21 september 2017 onder nummer 3210991 een aanvraag omgevingsvergunning voor de bouw van [het Monument] bij de Gemeente ([stadsdeel (...)] ingediend; de Gemeente ([stadsdeel (...)]) heeft op 27 december 2017 de omgevingsvergunning onder nummer 3210991 onder voorwaarden verleend;

h. Partijen wensen in deze overeenkomst afspraken te maken over de inrichting van de openbare ruimte rond [het Monument] waarvan de Gemeente eigenaresse is en blijft, de vestiging van een zelfstandig recht van opstal voor [het Monument] ten behoeve van [Stichting A] en voorts over het beheer en onderhoud van [het Monument] door de Gemeente;'

4.7.5. Uit de considerans volgt dat gemeente B grond ter beschikking stelt en dat het monument voor rekening en risico van stichting A wordt ontworpen en gerealiseerd. Er is geen sprake van een gronduitgifte-transactie met een bouwplicht. Gemeente B heeft een locatie ter beschikking gesteld waar stichting A haar monument op kan verwezenlijken. De eigendom van het monument blijft bij stichting A door het gevestigde opstalrecht. Er is geen invloed op en er zijn geen eisen gesteld door de gemeente aan het ontwerp of de realisatie. De inrichting van de openbare ruimte rondom het monument regelt de gemeente zelf en is niet de taak en verantwoordelijkheid van stichting A. Dat de gemeente bereid is het beheer en onderhoud van het monument op zich te nemen verandert niets aan de eigendomsverhouding en schept ook geen verplichting voor stichting A om het ontwerp van het monument (met terugwerkende kracht) aan te besteden. Ook het ter beschikking stellen van grond door de gemeente B waarop stichting A haar nationaal monument wil realiseren, maakt niet dat de gemeente hierdoor als aanbesteder van de architectenopdracht aan architect K zou moeten of kunnen worden aangemerkt.

4.7.6. Het monument is en blijft het initiatief van stichting A. Uit deze overeenkomst blijkt dat andermaal. De gemeente heeft het ontwerp van Architect K niet "tot het hare gemaakt" en evenmin is er sprake van dat de gemeente het ontwerp "door tussenkomst van stichting A" laat uitvoeren. Stichting A wordt niet direct of indirect gedwongen het monument te realiseren. De gemeente heeft geen eisen gesteld aan het ontwerp. Het ontwerp, gemaakt in opdracht van stichting A, is door de gemeente in het kader van de verleende omgevingsvergunning getoetst. Niet meer en niet minder. Gemeente B heeft op geen enkele wijze invloed gehad op of

bemoeienis gehad met het ontwerp dat architect K in opdracht van stichting A heeft vervaardigd. Ook de Staat heeft geen eisen gesteld aan het ontwerp van het monument.

4.8. Stichting A meent dat de klacht van ondernemers niet in behandeling moet worden genomen dan wel ongegrond dient te worden verklaard. Er ontbreekt ten aanzien van de klacht een spoedeisend belang.

4.9. Ondernemers stellen in hun klacht (zie 3.5 hiervoor):

‘Naast de belangen van klagers om in concurrentie te kunnen meedingen naar de ontwerpopdracht, bestaat er veel maatschappelijke onrust vanwege de wijze waarop met de inspraak in de gemeente B en de aanbestedingsregels wordt omgegaan. Het spoedeisende belang is er in gelegen dat voorkomen dient te worden dat wordt aangevangen met onomkeerbare (bouw)werkzaamheden.’

4.10. Stichting A meent dat deze stelling niet alleen feitelijk onjuist is, maar ook het bepaalde in artikel 4.15 Aw 2012 miskent. Het recht om te kunnen klagen is vervallen en staat aan een contradictoire aanspraak op ‘een behandeling met de grootste spoed’ in de weg. De beweerdelijk grote maatschappelijke onrust rond het monument, die ondernemers stellen, ontbreekt en is bovendien met een korteltje zout te nemen. Deze ‘onrust’ is beperkt tot de bezwaren die ondernemers zelf indienen tegen een bouwwerk in hun nabijheid. Als zij geen bezwaren zouden hebben tegen de komst van het monument in hun buurt was het al gerealiseerd. Mede gelet op het feit dat de aanbesteding van het monument geen onderdeel meer uitmaakt van het beroep tegen de omgevingsvergunning, maakt de beweerdelijke spoedeisendheid onaannemelijk.

5. Reactie gemeente B

5.1. Ondernemers die dit geschil aanhangig hebben gemaakt, zijn verenigd in stichting X. Kort gezegd, willen deze bewoners het monument niet in de buurt van hun woning. Eerder al oordeelde de Commissie dat de klacht, voor zover die door stichting X is ingediend, niet in behandeling wordt genomen.

5.2. Voor zover ondernemers geen architect zijn, dient hun klacht naar de mening van de gemeente niet in behandeling te worden genomen gelet op het bepaalde in artikel 7, lid 1, onder a en b van het Reglement van de Commissie.

5.3. Ondernemers zijn niet tegen het monument, maar tegen de beoogde plek. De kern van deze discussie is dan ook niet zo zeer een aanbestedingsrechtelijk geschil, maar een bestuursrechtelijk geschil. Afgevraagd moet worden of onderhavige procedure hiervoor gebruikt kan worden.

5.4. Zoals in de correspondentie voorafgaand aan deze procedure is aangegeven, stelt de gemeente zich in dit geschil op het standpunt dat er geen enkel aanbestedingsrechtelijk principe is geschonden. Zij heeft louter een historisch zeer relevant initiatief willen faciliteren en daaraan haar financiële steun toegezegd.

5.5. Er is hier geen aanbestedingsplicht, omdat:

- Niet de gemeente, maar stichting A initiatiefnemer en opdrachtgever is van het ontwerp voor het monument;
- De gemeente slechts eigenaar is van de grond en dit in gebruik zal geven aan stichting A;
- De gemeente enkel onverplicht stichting A subsidieert, net als veel andere (overheids)organisaties;
- Stichting A eigenaar is en blijft van het monument;
- Als er al een aanbestedingsplicht zou zijn, die verplichting bij stichting A ligt en niet bij de Staat of de gemeente;
- Ondernemers hun rechten ten aanzien van een eventuele aanbestedingsplicht hebben verwerkt.

5.6. Gemeente B werpt de vraag op of ondernemers überhaupt nog een belang hebben. Het (schets)ontwerp van architect K (in eerste instantie voor een andere locatie) dateert van 2013 (productie) en is gepubliceerd in 2014. De daaropvolgende ontwerpopdracht is vervolgens verstrekt in 2016. De gemeente stelt zich op het standpunt dat ondernemers hun rechten ten aanzien van een mogelijke opdracht hebben verwerkt. De mogelijkheid om via de onderhavige klacht de gunning aan te tasten is gelet op bestendige jurisprudentie vervallen. Indien en voor zover de klacht van ondernemers nog in behandeling zou kunnen worden genomen, is de gemeente van oordeel dat de klacht ongegrond is.

5.7. Gemeente B gaat eerst in op de voorgeschiedenis.

5.7.1. Het monument is een initiatief van stichting A. De beoogde locatie voor het monument was in eerste instantie een andere locatie in gemeente B.

5.7.2. De strekking van de klacht is dat het ontwerp van het monument door middel van een open procedure, met een brede maatschappelijke discussie, tot stand had moeten komen. Stichting A heeft in 2013/2014 gekozen voor een ontwerp door architect K. Stichting A heeft architect K hiervoor uitgenodigd. Dit was nog voordat de gemeente enige (financiële) toezegging had gedaan ten aanzien van dit monument of ten aanzien van de locatie.

5.7.3. Gemeente B draagt het initiatief van het monument vanaf het begin een warm hart toe.

5.7.4. De gemeente heeft verder geen invloed uitgeoefend, zodat stichting A vrij was en is in de verdere uitwerking van het ontwerp op de door de gemeenteraad vastgestelde locatie. Dit dient uiteraard wel plaats te vinden binnen de stedelijke en juridisch-planologische kaders die de gemeente stelt. Op 18 maart 2014 heeft de gemeente in eerste instantie ingestemd met het voornemen het monument te plaatsen op een andere locatie.

5.7.5. In januari 2014 is ook de fondsenwerving gestart. De fondsenwerving heeft de vorm van een adoptieprogramma. Iedereen kan delen van het monument adopteren. Voor 50 euro per deel draagt men zo bij aan de realisering van het monument. Daarnaast is het mogelijk zonder adoptie een bedrag te doneren.

5.7.6. Alle gemeenten in Nederland hebben een uitnodiging gekregen om delen van het monument te adopteren. Circa 70 gemeenten in Nederland dragen bij aan het monument. Deze gemeenten zijn evenwel niet betrokken in deze procedure.

- 5.7.7. Op 10 juni 2014 is het (schets)ontwerp van architect K gepresenteerd. Ondertussen speelde een discussie met omwonenden over de beoogde locatie. Naar aanleiding van bezwaren en een uitgebreid onderzoek naar mogelijke locaties voor het monument is medio 2016 gekozen voor een groenstrook op de nieuwe locatie. Het plantsoen voldoet aan alle voorwaarden voor de plaatsing van het monument en dit heeft uiteindelijk geleid tot een positief besluit van de gemeenteraad op 22 juni 2016.
- 5.7.8. In 2017 is de bouwvergunning verstrekt hetgeen tevens aanleiding is geweest voor bestuursrechtelijke procedures. Stichting X, die een kleine groep omwonenden vertegenwoordigt, lijkt alle mogelijkheden aan te grijpen om de komst van het monument tegen te houden. De ingediende bezwaren zijn op 27 november 2018 door de bezwaarschriftencommissie ongegrond verklaard. Tegen deze uitspraak zijn de tegenstanders opnieuw in beroep gegaan. *[Het beroep is op 9 juli 2019 door de rechtbank Amsterdam ongegrond verklaard. Stichting X en anderen hebben hoger beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Bij uitspraak van 27 november 2019 heeft de voorzieningenrechter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een verzoek van stichting X en anderen om een voorlopige voorziening afgewezen, Commissie.]*
- 5.7.9. Pas in juli 2018 heeft de gemeente toegezegd 3 miljoen euro bij te dragen aan de realisatie van het monument. Ook zegde de gemeente toe zorg te dragen voor het beheer en onderhoud van het monument. Het is dus niet zo dat er een rechtstreeks verband is tussen het ontwerp van architect K en de financiële bijdrage van de gemeente.
- 5.8. Vervolgens gaat gemeente B in op het toepasselijke juridisch kader.
- 5.8.1. Allereerst gaat de gemeente in op de vraag of de klacht in behandeling kan worden genomen. In artikel 7, lid 1, van het Reglement van de Commissie is bepaald:
- ‘Een klacht kan worden ingediend door:
- a. ondernemers die een opdracht willen verwerven, hieronder vallen onder andere:
 - (potentiële) gegadigden;
 - (potentiële) inschrijvers;
 - onderaannemers van (potentiële) inschrijvers.’
- 5.8.2. Voor zover de klacht is ingediend door stichting X kan deze volgens de gemeente dus niet in behandeling worden genomen, zoals de Commissie al eerder vaststelde.
- 5.8.3. Daarnaast werpt de gemeente de vraag op of alle ondernemers onder de reikwijdte van deze bepaling vallen, nu is gebleken dat slechts twee van hen daadwerkelijk architect zijn en de rest kunstenaar. Nu is de laatstgenoemde categorie niet direct ongeschikt voor het ontwerpen van een monument, maar wel voor het ontwerpen van dit monument. Het schetsontwerp staat immers vast en is in opdracht van stichting A aan architect K verder uitgewerkt.
- 5.8.4. Ondernemers lijken een idee te hebben voor het monument (en met name de locatie) maar lijken niet in te zien of te willen inzien dat het juist aan stichting A is om te bepalen hoe het monument er uit komt te zien en aan de gemeente is

om te bepalen waar dit komt te staan (los van een aantal ruimtelijke eisen die de gemeente in zijn algemeenheid stelt aan dergelijke bouwwerken).

- 5.8.5. Vervolgens benadrukt gemeente B dat de omvang van de opdracht duidelijk is. Volgens de gemeente is de Commissie er terecht vanuit gegaan dat er sprake is van twee separate opdrachten: één voor het ontwerp van het monument en één voor de bouw ervan. Volgens de gemeente heeft de Commissie de klacht terecht beperkt tot de opdracht voor het (architectonisch) ontwerp van het monument. Ondernemers zijn omwonenden of architecten en hebben ook niet gesteld dat zij de opdracht voor de bouw van het monument zouden willen verwerven, nog los van de vraag of zij hiervoor gekwalificeerd zijn.
- 5.8.6. De vraag die in het kader van de ingediende klacht resteert is of de architectenwerkzaamheden die stichting A aan architect K heeft opgedragen in 2017, via een Europese aanbesteding hadden moeten worden gegund.
- 5.8.7. Van belang bij het antwoord op de vraag of er sprake is van een aanbestedingsplicht, is de vraag, wat is een overheidsopdracht? Uit artikel 1.1 Aw volgt dat het moet gaan om een:
- ‘schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel; die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten; en die betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van richtlijn 2014/24.’
- 5.8.8. Het enkele feit dat subsidie wordt verstrekt maakt niet dat er sprake is van een aanbestedingsplicht. Artikel 4:21 Awb definieert subsidie als:
- ‘de aanspraak op financiële middelen door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten’.
- 5.8.9. Het realiseren van een monument is aanbestedingsplichtig, als dit in opdracht van de aanbestedende dienst wordt ontworpen of gebouwd. Nu er geen overeenkomst is of zal komen tussen de gemeente en de architect is er eigenlijk al geen sprake van een overheidsopdracht. Vereist is immers dat de opdrachtnemer zich direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de overeenkomst en dat de uitvoering van deze verbintenis in rechte kan worden afgedwongen. De architect – in dit geval architect K – moet zich dus verbonden hebben aan de aanbestedende dienst (gemeente B en/of de Staat, zo stellen ondernemers) tot het (laten) uitvoeren van de betrokken diensten.
- 5.8.10. Vaststaat dat stichting A de opdracht heeft verstrekt en een overeenkomst daartoe is aangegaan met architect K. Stichting A ontkent hierin ook enige betrokkenheid van de gemeente/Staat. De gemeente heeft geen (beslissende) invloed gehad (hooguit via bepalingen van ruimtelijke aard in het bestemmingsplan of bouwvergunning) op het sluiten van de overeenkomst, de selectie van de architect of op het gekozen ontwerp.
- 5.8.11. Voorop staat dat het initiatief voor dit monument bij stichting A vandaan komt. De wens en betrokkenheid van de gemeente bij het realiseren van het monument is gelet op de maatschappelijke impact van het monument evenwel groot. De gemeente is betrokken geweest bij het zoeken naar een locatie en daarover heeft

bestuurlijke afstemming plaatsgevonden. Dit wil evenwel niet zeggen dat de gemeente ook betrokken is geweest bij het ontwerp of de opdrachten aan architect en aannemer.

- 5.8.12. De gemeente heeft uiteraard de invloed van het monument op de omgeving en ruimtelijke ordening willen reguleren en heeft daartoe haar publieke taak gebruikt door in het bestemmingsplan en de vergunning (ruimtelijke) eisen te stellen aan het te realiseren bouwwerk. Echter, niet meer dan gebruikelijk bij dergelijke ontwikkelingen in de openbare ruimte. Dit is echter niet aan te merken als beslissende invloed op het ontwerp en de bouw en de keuzes van opdrachtnemers; bijvoorbeeld door het opstellen van het bestek. Deze handelwijze is in lijn met het Muller-arrest:

‘Een aanbestedende dienst heeft zijn eisen in de zin van deze bepaling eerst vastgesteld, wanneer hij maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen. Het enkele feit dat een overheidsdienst in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of op basis van bevoegdheden ter zake een besluit neemt, voldoet niet aan de voorwaarde „door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen” in de zin van deze bepaling.’

- 5.8.13. Bij de bepaling of er sprake is van een overheidsopdracht moet er sprake zijn van een bezwarende titel. Dit houdt in dat er sprake moet zijn van wederkerigheid; tegenover de prestatie van de aanbestedende dienst staat een prestatie van de opdrachtnemer. Hiervan is in dit geval geen sprake. De gemeente heeft geen betalingen verricht aan de architect en zal ook geen betalingen verrichten aan de architect in het kader van de ontwerpwerkzaamheden voor het monument. Dit volgt rechtstreeks uit de feiten. Het ontwerp was al afgerond voordat de gemeente besloot te subsidiëren, in het kader van de uitoefening van haar publieke taak.

- 5.8.14. Van een rechtstreeks economisch belang is volgens het Europees Hof van Justitie sprake als:

- de overheid eigenaar wordt van het werk;
- het gaat om een werk met een openbaar karakter;
- het werk gedeeltelijk voor rekening/risico van de overheid plaatsvindt of de overheid financieel voordeel uit het werk haalt, nu of in de toekomst.

- 5.8.15. Verder veronderstelt de aanwezigheid van een bezwarende titel dat de realisatie van het werk door de overheid afdwingbaar is. Er kan worden aangenomen dat deze uitleg over bezwarende titel en rechtstreeks economisch belang ook kan worden doorgetrokken naar overheidsopdrachten voor leveringen en diensten.

- 5.8.16. Voor wat betreft het ontwerpen van het monument geldt dat er geen grondslag is die een tegenprestatie rechtvaardigt. De gemeente heeft geen invloed op de keuze voor het ontwerp, architect, planning, prijs etc. De gemeente wordt geen eigenaar van het werk en is niet de initiatiefnemer van het monument. Middels een opstalrecht blijft het monument eigendom van stichting A. De realisatie van het monument is dus geen ‘wens’ van de Gemeente. Het is een initiatief dat de gemeente een warm hart toedraagt.

- 5.8.17. Dat het monument een openbaar karakter kent en de gemeente (net als 70 andere gemeenten, de Staat en talloze andere organisaties) een subsidie verstrekt, rechtvaardigt niet de conclusie dat het monument 'voor rekening en risico' van de gemeente wordt gerealiseerd.
- 5.8.18. Van een rechtsreeks economisch belang kan geen sprake zijn indien de aanbestedende dienst enkel betrokken is vanuit de uitoefening van regulerende publiekrechtelijke bevoegdheden. Ditzelfde geldt voor de uitgifte/ter beschikking stelling van grond. Juist in dit soort gevallen bevindt de gemeente zich in haar maatschappelijke en publieke rol door een dergelijk initiatief te ondersteunen, zonder het initiatief toe te eigenen.
- 5.9. Voorts wijst gemeente B op het tijdsverloop in deze zaak. Immers zijn vanaf het moment dat bekend is geworden dat architect K het ontwerp zou maken voor het monument, ruim vijf jaren verstreken.
- 5.9.1. Op geen enkel moment is door stichting X en de ondernemers een formeel bezwaar gemaakt tegen het niet aanbesteden van de gestelde overheidsopdracht. Een enkele keer is er gewezen op een mogelijke aanbestedingsplicht, echter pas in 2018 is deze gestelde verplichting voor het eerst onderbouwd door stichting X. Van de in deze procedure vooralsnog ontvankelijk verklaarde ondernemers is überhaupt nog nooit iets vernomen over een gestelde aanbestedingsplicht.
- 5.9.2. Uitgangspunt van het aanbestedingsrecht is dat er doeltreffend en voortvarend wordt geprocedeerd ten aanzien van bezwaren bij overheidsopdrachten. Dat betekent dat van (potentiële) inschrijvers in een geval als het onderhavige een proactieve houding mag worden verwacht. Dit houdt in dat ondernemers hun bezwaren kenbaar hadden moeten maken zodra zij deze redelijkerwijze behoorden op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbestedende dienst daarmee in staat wordt gesteld de (gevolgen van de) mogelijke onvolkomenheid ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven. De uiteindelijke overeenkomst met architect K is weliswaar in 2017 gesloten, maar dat hij het ontwerp zou gaan maken en daarvoor opdracht zou krijgen was begin 2014 al bekend. Deze klacht is ruim vijf jaar later ingediend!
- 5.9.3. Gemeente B stelt dan ook dat ondernemers eventuele rechten ten aanzien van de door hen gestelde overheidsopdracht hebben verwerkt. De gemeente verwijst hierbij naar de uitgebreide (Grossmann)jurisprudentie over dit onderwerp.
- 5.9.4. Volgens de gemeente zijn de ondernemers (de architecten en kunstenaars) er eigenlijk aan de haren bijgesleept door stichting X. De gemeente werpt de vraag op in hoeverre deze ondernemers een eigen bezwaar/belang hebben nu zij niet eerder een klacht kenbaar hebben gemaakt.
- 5.9.5. In dat verband verbaast het de gemeente ook dat het verzoek is gedaan de klacht met de grootste spoed te behandelen. Ondernemers hebben immers zelf ruim vijf jaar voorbij laten gaan. Bovendien is het ontwerp van architect K en daarmee de opdracht nagenoeg afgerond en de bouwvergunning verleend.
- 5.10. Tot slot merkt gemeente B het volgende op.

- 5.10.1. Uiteindelijk is het onderliggende probleem van onderhavige klacht dat stichting X en voornamelijk de bij deze procedure betrokken omwonenden het monument niet in de nabijheid van hun woning willen. Er loopt op dit moment een beroepsprocedure tegen de omgevingsvergunning waarvan de uitkomst nog onbekend is. Stichting X heeft een beroepschrift van 89 pagina's geschreven. Kern van het bezwaar is dat omwonenden overlast vrezen van de aantrekkingskracht van het monument op toeristen. [Zie voor de ontwikkelingen in deze bestuursrechtelijke procedure 5.7.8 hiervoor, Commissie.]
- 5.10.2. Indien en voor zover al sprake zou zijn van een overheidsopdracht voor het ontwerp van het monument (hetgeen de gemeente betwist), zou deze hooguit aangenomen kunnen worden voor stichting A. Stichting A heeft deze opdracht verstrekt en is een overeenkomst daartoe aangegaan met de architect.
- 5.10.3. Ondernemers stellen ten onrechte in hun klacht dat er, naast de belangen van ondernemers om in concurrentie te kunnen meedingen naar de ontwerpopdracht, veel maatschappelijke onrust bestaat vanwege de wijze waarop met de inspraak in gemeente B en de aanbestedingsregels wordt omgegaan en dat het spoedeisende belang er in is gelegen dat voorkomen dient te worden dat wordt aangevangen met onomkeerbare (bouw)werkzaamheden (zie 3.5 hiervoor). Volgens de gemeente is deze stelling onjuist. Er is geen maatschappelijke onrust. Enkel stichting X en de ondernemers in onderhavige procedure hebben bezwaar/beroep aangetekend tegen de komst van het monument. Bovendien hebben ondernemers ruim vijf jaar gewacht met het indienen van een klacht. Het recht om te kunnen klagen is vervallen (artikel 4.15 Aw) en staat aan een aanspraak op 'een behandeling met de grootste spoed' in de weg.
- 5.10.4. Ten aanzien van het onderhoud van het monument merkt de gemeente nog op dat dit in overleg met stichting A door de gemeente zal plaatsvinden. De gemeente sluit niet uit dat het onderhoud/beheer van het monument op termijn zal worden meegenomen in de aanbesteding van de schoonmaakdiensten/onderhoud van de buitenruimten van de gemeente.
- 5.11. Op grond van het vorenstaande komt gemeente B tot de volgende conclusies:
- Gelet op artikel 7 van het Reglement van de Commissie dient de klacht van ondernemers niet in behandeling te worden genomen;
 - Er is geen sprake van een overheidsopdracht van de gemeente aan architect K in de zin van artikel 1.1 Aw;
 - Het initiatief voor het ontwerpen en realiseren van het monument ligt bij stichting A, de gemeente heeft hierin geen enkele rol gehad;
 - Het schetsontwerp dateert van januari 2014, de klacht is ruim vijf jaar later ingediend;
 - Ondernemers hebben op geen enkel moment de afgelopen vijf jaar bezwaren geuit bij de gemeente of bij stichting A aangaande het niet mee kunnen dingen naar de ontwerpopdracht. Ondernemers hebben hun rechten ten aanzien van de opdracht verwerkt;
 - Over de onderliggende (Not in my back yard; Nimby) problematiek loopt een bestuursrechtelijke procedure;
 - Gemeente B heeft pas in 2017 tot de huidige locatie besloten en pas in 2018 subsidie toegekend.
- 5.12. Gelet op het vorenstaande meent de gemeente dat de klacht voor afwijzing gereed ligt. Er is geen sprake van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht,

maar van zuiver publiekrechtelijk handelen van de gemeente in de ondersteuning van de totstandkoming van een historisch zeer relevant monument.

6. Reactie Staat

- 6.1. De Staat stelt zich op het volgende standpunt. De Staat is in de onderhavige kwestie op generlei wijze betrokken (geweest) bij het verstrekken van de opdracht tot het ontwerp en/of de realisatie van het monument. De betrokkenheid van de Staat bij het monument blijft beperkt tot een (bestuursrechtelijke) subsidiërelatie met de stichting A. De Staat vervult daarbij de rol van subsidieverstrekker. De Staat steunt op deze wijze – door middel van het verstrekken een subsidie – beleidsmatig de realisatie van het monument.
- 6.2. Het feit dat de Staat de realisatie van het monument beleidsmatig van groot belang acht en om die reden subsidie verstrekt (zie de Kamerbrief van 21 februari 2019), kan niet tot de conclusie leiden dat de Staat daarmee opdrachtgever is van het ontwerp van het monument. Het initiatief tot de realisatie van het monument is namelijk niet vanuit de Staat, maar vanuit stichting A gekomen. Ook heeft de Staat geen nadere eisen gesteld aan de (vormgeving van) het monument, of anderszins afdwingbare afspraken met stichting A gemaakt. Het betreft een private opdracht van stichting A, waar de Staat bij betrokken is geraakt nadat stichting A het initiatief tot het monument had genomen en reeds een overeenkomst met architect K had gesloten voor het ontwerp van het monument (zie de Kamerbrief van 27 januari 2017). Dat is bij subsidieverstrekking ook de gebruikelijke gang van zaken: een maatschappelijke stichting of partij meent dat een door hem ontwikkeld initiatief binnen de beleidsmatige en juridische subsidiekaders van de overheid past en dient daarom een subsidieaanvraag bij het betrokken overheidsorgaan in. Als dit overheidsorgaan vervolgens tot het oordeel komt dat de aanvraag inderdaad binnen voornoemde kaders past, kan de aanvraag worden gehonoreerd en kan een subsidie worden verstrekt.
- 6.3. De Staat wijst in dit verband op de definitie van het begrip subsidie in artikel 4:21, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht:

‘Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.’
- 6.4. Ook wijst de Staat op een bepaling uit de relevante Kaderregeling subsidies:

‘Een aanvraag tot verlening van een subsidie wordt in ieder geval ingediend voor aanvang van de periode waarvoor subsidie wordt aangevraagd.’
- 6.5. Uit voornoemde bepalingen blijkt dat het initiatief dient uit te gaan van de subsidieaanvrager, niet van de subsidieverstrekker. Dit is ook de gevolgde gang van zaken in het onderhavige geval. Er is dan ook geen sprake van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet, omdat geen sprake is van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen de Staat enerzijds en stichting A of architect K anderzijds die betrekking heeft op het verlenen van diensten of werken.

- 6.6. De stelling van ondernemers dat (onder andere) de Staat het ontwerp en de realisatie van het monument door tussenkomst van stichting A laat uitvoeren, wijst de Staat nadrukkelijk af. De hiermee gewekte suggestie dat (onder andere) de Staat de daadwerkelijke opdrachtgever tot het ontwerp van het monument zou zijn en daarbij stichting A als intermediair zou hebben gebruikt, is onjuist. Zoals reeds aangegeven is er sprake van een subsidierelatie tussen de Staat en de stichting A en daarmee geen aanbestedingsplichtige overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet. Een beroep op artikel 2.8 Aw 2012 gaat tevens niet op, omdat er geen sprake is van een overeenkomst tussen de Staat en stichting A als subsidieontvanger voor de realisatie van werken als bedoeld in lid 1 sub a van het artikel die voor meer dan 50 procent rechtstreeks door één of meerdere aanbestedende diensten worden gesubsidieerd.
- 6.7. De Staat benadrukt in dit verband met klem dat ondernemers geen enkel bewijs van opdrachtgeverschap van de Staat hebben overgelegd, dan wel deze stelling anderszins aannemelijk hebben gemaakt, zodat deze stelling als ongefundeerd terzijde moet worden geschoven.
- 6.8. De Staat concludeert dat hij geen opdrachtgever voor het ontwerp van het monument is, dan wel daarbij op enigerlei wijze een (initierende) rol heeft gespeeld of bij het ontwerp is betrokken. De Staat is in deze zaak derhalve geen aanbestedende dienst die een aanbestedingsplichtige opdracht heeft verleend voor het realiseren van het monument. De Staat heeft de Aanbestedingswet niet geschonden en verzoekt de Commissie de tegen de Staat ingediende klacht ongegrond te verklaren.

7. Beoordeling

- 7.1. De klacht betreft de opdracht tot het ontwerp van een monument op initiatief van Stichting A op een bepaalde locatie in gemeente B. Ondernemers klagen dat deze opdracht ten onrechte niet Europees of nationaal is aanbesteed op grond van de Aanbestedingswet 2012. De klacht richt zich tegen Stichting A, gemeente B en de Staat.
- 7.2. De Commissie heeft partijen op 22 maart en 18 april 2019 laten weten de klacht vooralsnog gedeeltelijk in behandeling te nemen. De Commissie heeft de klacht in behandeling genomen voor zover deze is ingediend door de 13 architecten en kunstenaars en voor zover deze ziet op de opdracht tot het vervaardigen van het ontwerp van het monument (zie 1.21-1.21.2 hiervoor). In de reacties op de klacht hebben stichting A, gemeente B en de Staat zich op het standpunt gesteld dat de Commissie ook andere delen van de klacht niet in behandeling zou moeten nemen. In zoverre zal de Commissie dan ook opnieuw ingaan op de vraag of en in hoeverre zij de klacht in behandeling kan nemen.
- 7.2.1. Stichting A en gemeente B hebben aangevoerd dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen, voor zover deze is ingediend door 11 kunstenaars (zie 4.3-4.3.3, 5.2 en 5.8.3 hiervoor). Aangezien de Commissie van oordeel is dat de klacht ongegrond is (zie hierna), laat de Commissie in het midden of zij de klacht in behandeling kan nemen voor zover deze is ingediend door deze 11 kunstenaars.

- 7.2.2. Stichting A heeft verder aangevoerd dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen omdat ondernemers hun rechten hebben verwerkt door het verstrijken van de termijn van zes maanden van artikel 4.15, lid 2 aanhef en sub b, Aw 2012 (zie 4.6-4.6.7 hiervoor). Met het verstrijken van deze termijn is de tussen Stichting A en architect K gesloten overeenkomst, in het veronderstelde geval dat die overeenkomst als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht zou kwalificeren, in rechte niet meer aantastbaar. Dit laat de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de Commissie echter onverlet. Wanneer de behandeling van een klacht onverhoopt niet leidt tot een oplossing daarvan, kan die behandeling desalniettemin bijdragen aan de in artikel 2, lid 1, van het Reglement van de Commissie genoemde verdere verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en leereffecten teweegbrengen (vergelijk ook Advies 454, overweging 5.2.5 en de verwijzing in die overweging naar andere adviezen).
- 7.3. Stichting A heeft ten slotte aangevoerd dat ondernemers onvoldoende proactief hebben gehandeld (zie 4.6.8-4.6.11 hiervoor). De Commissie zal in dat kader onderzoeken of ondernemers de klacht tijdig bij stichting A, gemeente B en de Staat onder de aandacht hebben gebracht en vervolgens voldoende voortvarend hebben gehandeld.
- 7.3.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in een geval als het onderhavige in dat een ondernemer een – mogelijke – inbreuk op de wettelijke verplichting tot Europees aanbesteden dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de instelling op wie de vermeende verplichting rust daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven (vgl. Advies 489, overweging 6.3.1).
- 7.3.2. In 2013 is in lokale en landelijke media bekend gemaakt dat stichting A architect K heeft ingeschakeld voor het ontwerp van het monument, op dat moment nog op een andere locatie (zie 1.2 hiervoor).
- 7.3.3. Nadat is gekozen voor de huidige locatie is in de Kamerbrief van 27 januari 2017 ook melding gemaakt van het ontwerp van architect K (zie 1.5 hiervoor). Wat de Commissie vooral van belang acht, is dat in deze brief tevens valt te lezen dat de Staat de realisatie van het monument met een bedrag van € 2.300.000 zal subsidiëren.
- 7.3.4. Door pas op 7 februari 2018 in een bezwaarschrift in het kader van een omgevingsvergunning bij gemeente B de vermeende aanbestedingsplicht aan te kaarten (zie 4.6.10 hiervoor), hebben ondernemers voormelde verplichting niet nageleefd. Ook vervolgens hebben ondernemers onvoldoende voortvarend gehandeld. Na de reactie van gemeente B van 17 augustus 2018 (zie 1.14 hiervoor) op hun brief van 17 juli 2018 (zie 1.13 hiervoor) hebben ondernemers pas op 4 februari 2019 een volgende klachtbrief gestuurd naar stichting A, gemeente B en de Staat (zie 1.16 hiervoor).
- 7.3.5. Deze handelwijze van ondernemers staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog een beroep kunnen doen op het niet naleven van een aanbestedingsplicht.
- 7.3.6. De klacht is derhalve ongegrond.

- 7.4. Ten overvloede gaat de Commissie hierna nog inhoudelijk op de klacht in.
- 7.5. De Commissie begrijpt de klacht aldus dat ondernemers zich op het standpunt stellen dat hetzij gemeente B en de Staat hetzij stichting A de ontwerpopdracht voor het monument als een overheidsopdracht Europees dan wel nationaal hadden moeten aanbesteden. De Commissie zal zich eerst uitlaten over de vraag of sprake is van een inbreuk op een eventuele aanbestedingsplicht door gemeente B en/of de Staat.
- 7.5.1. De Commissie stelt allereerst vast dat de klacht slechts betrekking heeft op de opdracht tot het ontwerp van het monument en niet tevens de bouw van dat monument. Daarmee is niet de vraag aan de orde of sprake is van een overheidsopdracht voor werken in de zin van artikel 1.1 Aw 2012 en meer in het bijzonder of in dat kader gemeente B of de Staat het monument laat uitvoeren met welke middelen dan ook waarbij het monument voldoet aan de eisen van gemeente B of de Staat en zij een beslissende invloed uitoefenen op het soort werk of het ontwerp van het werk (zie de definitie van een overheidsopdracht voor werken onder c in artikel 1.1 Aw 2012).
- 7.5.2. De Commissie stelt verder vast dat er geen sprake van is dat gemeente B of de Staat rechtstreeks een overheidsopdracht hebben verstrekt aan architect K. In zoverre is er naar het oordeel van de Commissie dan ook geen sprake van een inbreuk op een Europese of nationale aanbestedingsplicht van gemeente B en/of de Staat.
- 7.6. Daarmee komt de Commissie toe aan de vraag of stichting A de ontwerpopdracht op grond van artikel 2.8 en 2.9 Aw 2012 Europees had moeten aanbesteden.
- 7.7. Alvorens nader in te gaan op deze vraag, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 7.7.1. In artikel 3, lid 3, Richtlijn 92/50/EEG, de oude richtlijn voor diensten, was bepaald:
- ‘3. De Lid-Staten nemen de nodige maatregelen opdat de aanbestedende diensten de bepalingen van deze richtlijn naleven of doen naleven, wanneer zij voor een opdracht voor dienstverlening die door een andere instantie dan de aanbestedende dienst is geplaatst en die verband houdt met een opdracht voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1 bis, lid 2, van Richtlijn 71/305/EEG, rechtstreeks voor meer dan 50 % subsidie verlenen.’
- 7.7.2. In Richtlijn 71/305/EEG, de oude richtlijn voor werken, is artikel 1 bis toegevoegd door Richtlijn 89/440/EEG. In dat artikel was bepaald:
- ‘Artikel 1 bis
1. De Lid-Staten nemen de nodige maatregelen opdat de aanbestedende diensten de bepalingen van deze richtlijn naleven of doen naleven wanneer zij rechtstreeks voor meer dan 50 % subsidie verlenen voor een opdracht voor de uitvoering van werken die door een andere instantie dan een aanbestedende dienst is geplaatst .

2 . Lid 1 heeft slechts betrekking op opdrachten die vallen onder klasse 50, groep 502, van de NACE-no - menclatuur en op opdrachten betreffende bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school - en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming.'

- 7.7.3. In artikel 8 van Richtlijn 2004/18/EG, de oude richtlijn voor werken, diensten en leveringen, was vervolgens bepaald:

'Artikel 8

Voor meer dan 50% door aanbestedende diensten gesubsidieerde opdrachten

Deze richtlijn is van toepassing op de plaatsing van

- a) opdrachten die voor meer dan 50% rechtstreeks door aanbestedende diensten worden gesubsidieerd en waarvan de geraamde waarde, exclusief BTW, ten minste gelijk is aan EUR 6 242 000,
 - wanneer deze opdrachten betrekking hebben op civieltechnische werkzaamheden in de zin van bijlage I;
 - wanneer deze opdrachten betrekking hebben op bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming;
- b) opdrachten voor diensten die voor meer dan 50% rechtstreeks door aanbestedende diensten worden gesubsidieerd en waarvan de geraamde waarde, exclusief BTW, ten minste gelijk is aan EUR 249 000, wanneer deze opdrachten verband houden met een opdracht voor werken als bedoeld onder a).

De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de aanbestedende diensten die de subsidies toekennen deze richtlijn doen naleven wanneer deze opdrachten door een of meer andere instanties dan zij zelf worden geplaatst, dan wel zelf deze richtlijn naleven wanneer zij zelf deze opdrachten in naam en voor rekening van deze andere instanties plaatsen.'

- 7.7.4. In het huidige artikel 13 van Richtlijn 2014/24/EU is bepaald:

'Artikel 13

Door aanbestedende diensten gesubsidieerde opdrachten

Deze richtlijn is van toepassing op het plaatsen van de volgende opdrachten:

- a) opdrachten voor werken die voor meer dan 50 % rechtstreeks door aanbestedende diensten worden gesubsidieerd en waarvan de geraamde waarde, exclusief btw, gelijk is aan of groter is dan 5 186 000 EUR, ingeval deze opdrachten betrekking hebben op een van de volgende activiteiten:
 - i) civieltechnische werkzaamheden als genoemd in bijlage II,
 - ii) bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming;
- b) opdrachten voor diensten die voor meer dan 50 % rechtstreeks door aanbestedende diensten worden gesubsidieerd, waarvan de geraamde waarde, exclusief btw, gelijk is aan of groter is dan 207 000 EUR en die verband houden met een opdracht voor werken als bedoeld onder a).

De aanbestedende diensten die de subsidies in de zin van de eerste alinea, onder a) en b), toekennen, zorgen ervoor dat deze richtlijn wordt nageleefd indien zij de opdracht niet zelf gunnen of hem in naam van en voor rekening van andere instanties gunnen.'

7.7.5. In artikel 2.8, lid 1, en artikel 2.9 Aw 2012 is bepaald:

'Artikel 2.8

1. Het bepaalde bij of krachtens deze wet voor aanbestedende diensten is tevens van toepassing op subsidie-ontvangers die overeenkomsten sluiten voor:

a. werken die voor meer dan 50 procent rechtstreeks door één of meer aanbestedende diensten worden gesubsidieerd en die bestaan uit:

1°. civieltechnische werkzaamheden als bedoeld in bijlage II van richtlijn 2014/24/EU waarvan de geraamde waarde overeenkomt met of hoger is dan het in artikel 13, onderdeel a, van richtlijn 2014/24/EU genoemde bedrag, exclusief omzetbelasting, of

2°. bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming waarvan de geraamde waarde overeenkomt met of hoger is dan het in artikel 13, onderdeel a, van richtlijn 2014/24/EU genoemde bedrag, exclusief omzetbelasting;

b. diensten die voor meer dan 50 procent rechtstreeks door een of meer aanbestedende diensten worden gesubsidieerd, verband houden met een overeenkomst voor werken als bedoeld in onderdeel a en waarvan de geraamde waarde overeenkomt met of hoger is dan het in artikel 13, onderdeel b, van richtlijn 2014/24/EU genoemde bedrag, exclusief omzetbelasting.

(...)

Artikel 2.9

Een subsidie-ontvanger als bedoeld in het artikel 2.8, eerste lid, verstrekt een overheidsopdracht als bedoeld in het eerste lid overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens deze wet.'

7.7.6. Bouwwerkzaamheden aan een historisch monument of gedenkteken (CPV-code 45212314-0) vallen onder Bijlage II van Richtlijn 2014/24/EU.

7.7.7. Op grond van Verordening (EU) 2015/2170 bedroeg de toepassingsdrempel voor de werken van artikel 13, onderdeel a, van Richtlijn 2014/24/EU in 2017 € 5.225.000 en die voor de diensten van artikel 13, onderdeel b, van die richtlijn € 209.000.

7.8. De Commissie zal nu ingaan op de in 7.6 gestelde vraag of stichting A de ontwerp-opdracht op grond van artikel 2.8 en 2.9 Aw 2012 Europees had moeten aanbesteden.

7.8.1. De door stichting A aan architect K verstrekte ontwerp-opdracht houdt verband met civieltechnische werkzaamheden als bedoeld in artikel 2.8, lid 1, onder a, sub 1°, Aw 2012 (zie 7.7.5 en 7.7.6 hiervoor).

7.8.2. De waarde van de ontwerp-opdracht van stichting A aan architect K is onbekend. De Commissie gaat er daarom voorshands van uit dat met de waarde van de opdracht de toenmalige drempelwaarde voor diensten van € 209.000 wordt overschreden (zie 7.7.7 hiervoor).

- 7.8.3. Stichting A heeft gesteld dat zij de opdracht aan architect K uit eigen middelen heeft gefinancierd. Of dat zo is, kan de Commissie op basis van het dossier niet vaststellen.
- 7.8.4. Bij inschakeling van architect K in 2013 was er nog geen sprake van subsidieverlening door gemeente B of de Staat aan stichting A voor de realisatie van het monument. Toepassing van (de voorgangers van) de artikelen 2.8 en 2.9 Aw 2012 kon op dat moment dus nog niet aan de orde zijn.
- 7.8.5. Indien er van uit wordt gegaan dat de ontwerpopdracht van stichting A ten tijde van de opdrachtbrief van 28 augustus 2016 aan architect K werd verstrekt (zie 1.4 hiervoor), is er van subsidieverlening door gemeente B of de Staat aan stichting A voor de realisatie van het monument ook nog geen sprake. Ook op dat moment kon toepassing van de artikelen 2.8 en 2.9 Aw 2012 dus niet aan de orde zijn.
- 7.8.6. Stichting A heeft geen informatie over de opdrachtverlening in 2013 en in 2016 overgelegd, zodat de Commissie de inhoud en omvang van de in 2013 en 2016 door haar aan architect A verstrekte opdrachten niet kan beoordelen. Indien er veronderstellenderwijs vanuit wordt gegaan dat hetzij de gewijzigde opdracht van maart 2017 (zie 1.6 hiervoor), hetzij de architectenovereenkomst van 5 september 2017 (zie 1.10 hiervoor) als het moment van opdrachtverstrekking dienen te worden aangemerkt, is het vervolgens de vraag of de artikelen 2.8 en 2.9 Aw 2012 op dat moment dienden te worden toegepast.
- 7.8.7. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 13 van Richtlijn 2014/24/EU leidt de Commissie af dat met de verwijzing onder b) naar 'een opdracht voor werken als bedoeld onder a)' enkel is bedoeld te verwijzen naar het soort werkzaamheden als bedoeld onder a). Nu de gewijzigde formulering van de verwijzing in Richtlijn 2004/18/EG niet in de considerans is toegelicht, neemt de Commissie aan dat niet is bedoeld te verwijzen naar de voorwaarden dat het werken moet betreffen met een waarde boven de drempelwaarde en dat de werken voor meer dan 50 procent rechtstreeks door één of meer aanbestedende diensten worden gesubsidieerd. Arrowsmith lijkt de voorloper van artikel 13 Richtlijn 2014/24/EU, artikel 8 Richtlijn 2004/18/EG, ook zo te interpreteren (zie *The law of public and utilities procurement*, 2005, hoofdstuk 14.24).
- 7.8.8. De Commissie constateert dat stichting A de ontwerpopdracht aan K mogelijk in maart of september 2017 heeft verstrekt, dat de drempelwaarde voor diensten waarschijnlijk werd overschreden en dat de Staat in de op 27 januari 2017 in een Kamerbrief aangekondigde subsidiebeschikking van 30 juni 2017 een bedrag van € 2.300.000 aan stichting A heeft toegekend ten behoeve van de totstandkoming van het monument (zie 1.5 en 1.8 hiervoor). De Commissie gaat er voorshands van uit dat deze subsidie mede betrekking kan hebben gehad – en ook als zodanig is aangewend door stichting A – op de financiering (achteraf) van het ontwerp van het monument en dat dit meer dan de helft van de waarde van de ontwerp-opdracht betrof.
- 7.8.9. Op basis van de haar ter beschikking gestelde informatie kan de Commissie dan ook niet uitsluiten dat stichting A de ontwerpopdracht aan architect K in 2017 op basis van artikel 2.8 en 2.9 Aw 2012 Europees had moeten aanbesteden, vanwege de (toegezegde) subsidieverlening door de Staat. Aangezien ondernemers on-

voldoende proactief hebben gehandeld (zie 7.3-7.3.6 hiervoor), kan dit niet leiden tot grondverklaring van de klacht.

8. Advies

De Commissie kan niet uitsluiten dat stichting A de ontwerpopdracht aan architect K in 2017 op basis van artikel 2.8 en 2.9 Aw 2012 als een overheidsopdracht voor diensten Europees had moeten aanbesteden, vanwege de (toegezegde) subsidieverlening door de Staat. Ondernemers hebben echter een onvoldoende proactieve houding aangenomen en dat staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog kunnen opkomen tegen het handelen van stichting A. Daarmee acht de Commissie de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 10 februari 2020

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid