

Advies 535 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese niet-openbare procedure voor een overheidsopdracht voor ontwerpdiensten van een team van een architect en een constructief adviseur voor de renovatie/nieuwbouw van een gebouw van aanbestedder. De brancheorganisatie klaagt onder meer dat loting als selectiemethodiek in de onderhavige procedure disproportioneel is.

Klachtonderdeel 1

In de eerste plaats klaagt de brancheorganisatie erover dat het verstrekken – kort voor de uiterste datum van aanmelding – van aanvullende informatie die van aanzienlijk belang is voor het opstellen van de verzoeken tot deelneming disproportioneel is zonder termijnverlenging. De Commissie acht dit klachtonderdeel gegrond.

Klachtonderdeel 2

In de tweede plaats vindt de brancheorganisatie loting als selectiemethodiek in de onderhavige procedure disproportioneel. De Commissie bevestigt dat loting als selectiemethodiek in een Europese niet-openbare procedure in beginsel toegestaan is en dat het een aanbestedende dienst derhalve in beginsel vrijstaat voor loting als selectiemethodiek te kiezen. De Commissie acht de keuze daarvoor in het onderhavige geval niet disproportioneel.

Of loting de meest wenselijke en doelmatige manier van selectie van gegadigden is, is een andere kwestie. Ten overvloede gaat de Commissie uitvoerig in op aspecten voor en tegen loting als selectiemiddel in een niet-openbare procedure.

De Commissie meent dat van geval tot geval zal moeten worden bepaald, al dan niet na een marktverkenning of marktconsultatie, welke ruimte er nog is voor kwalitatieve differentiatie voor in beginsel geschikte, potentiële gegadigden, gelet op het karakter van de opdracht (standaard, complex, wel of geen hoogwaardige dienstverlening) en het niveau van de geschiktheidseisen. Bij een groot aantal, in beginsel even geschikte gegadigden en een niet-complexe opdracht of standaardopdracht is loting naar het oordeel van de Commissie een geschikte en doelmatige selectiemethodiek. Is evenwel sprake van een complexe opdracht en/of hoogwaardige dienstverlening en van potentiële gegadigden die zich, boven een minimum geschiktheidsniveau, nog verder kwalitatief zouden kunnen onderscheiden in technische bekwaamheid, dan lijkt het ondoelmatig om na bepaling van de geschiktheid loting tussen hen toe te passen. Immers, een gegadigde die 'met de hakken over de sloot' aan de minimum geschiktheidseisen voldoet, heeft dan evenveel kans te worden uitgenodigd tot inschrijving als een gegadigde die 'veel meer in huis heeft' en daardoor mogelijk ook een kwalitatief betere (mogelijk zelfs de economisch meest voordelige) aanbieder zou kunnen doen. Bij een complexe opdracht en/of hoogwaardige dienstverlening waarin van gegadigden wordt verlangd dat zij beschikken over een aanzienlijk aantal essentiële kerncompetenties, kan er naar het oordeel van de Commissie vanuit worden gegaan dat er tussen de geschikte gegadigden geen relevante verschillen meer bestaan in geschiktheid. In zo'n geval is loting als selectiemiddel een begrijpelijke keuze.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 535

1. Feiten

1.1. Aanbesteder heeft op 7 maart 2019 op TenderNed een aankondiging gepubliceerd van een Europese niet-openbare procedure voor een overheidsopdracht voor ontwerpdiensten van een team van een architect en een constructief adviseur voor de renovatie/nieuwbouw van een gebouw van aanbesteder.

1.2. In de aankondiging op TenderNed is onder meer het volgende bepaald:

`(...)

II.1.4) Korte beschrijving

Doel

Het doel van deze aanbesteding is het selecteren van één ontwerpteam bestaande uit een architect en constructief adviseur (Team) voor de renovatie/nieuwbouw van [Gebouw X] ter grootte van ca. 17.775 m² BVO (Bruto Vloer Oppervlak) onderdeel uitmakend van [locatie]. Daarnaast zal het Team tezamen met de overige leden van het Ontwerpteam [locatie] (zijnde adviseur gebouwgebonden installaties en adviseur akoestiek, bouwfysica en brandveiligheid) met [Aanbesteder] een afzonderlijke ontwerpteamovereenkomst sluiten."

(...)

IV.2.2) Termijn voor ontvangst van inschrijvingen of deelnemingsaanvragen

Datum: 08/04/2019 Plaatselijke tijd: 12:00

(...)'

1.3. In de Selectieleidraad in Negometrix is onder meer het volgende bepaald:

`(...)

Beschrijving Selectieprocedure

1.1.6. KO

Gewicht: Niet beschikbaar

Q: 1.1.6 Verloop selectie

(...)

Fase 3 Uitnodiging gunningsfase (Selectiebeslissing)

De uitnodiging tot deelname wordt bepaald door loting. De loting wordt uitgevoerd door een notaris. De Gegadigden zijn niet bevoegd daarbij in persoon of bij gemachtigde tegenwoordig te zijn.

Alle Gegadigden die aan de minimale geschiktheidseisen voldoen en zich tijdig, juist en volledig hebben aangemeld en voldoen aan het hiervoor bepaalde, gaan door naar de loting. Door de loting worden maximaal vijf geschikte Gegadigden uitgenodigd tot deelname aan de gunningsfase.

De Aanbestedende Dienst zal vervolgens de geselecteerde gegadigden (de winnaars van de loting) een bevestiging vragen of deze gegadigden ook van plan zijn daadwerkelijk in te gaan schrijven. Hiermee wordt getracht te voorkomen dat partijen zich in een laat stadium terugtrekken. Zodra van vijf gegadigden de bevestiging is ontvangen dat zij daadwerkelijk zullen gaan inschrijven, zullen zij worden toegelaten tot de inschrijvingsfase. Indien meer dan vijf gegadigden voldoen aan de gestelde eisen of een Gegadigde niet van plan is om in te schrijven heeft de Aanbestedende Dienst het recht om de aanbesteding voort te zetten en slechts die gegadigden uit te nodigen tot inschrijving die wel voldoen (mits bij voldoende concurrentie).

(...)

1.5.Selectiecriteria

7 7

Niet beschikbaar

Technische bekwaamheid

Van Gegadigde wordt verlangd dat hij qua kerncompetenties relevante ervaring heeft om de opdracht uit te kunnen voeren. Daarvoor zal Gegadigde een opgave doen van de voor de opdracht meest relevante referentieprojecten, waarvan de overeenkomst tot uitvoering van het project met de realiserende partij in de afgelopen zeven jaar is getekend (februari 2012 of later).

Er geldt dat per kerncompetentie één referentie opgegeven dient te worden, waarbij aangegeven dient te worden voor welke kerncompetentie de referentie geldt. Een referentie mag voor meerdere kerncompetenties gebruikt worden.

Per referentieproject dienen de volgende onderdelen te worden aangeleverd:

- Korte omschrijving van het project;
- Korte omschrijving van de rol van Gegadigde in de uitvoering van het project en het proces;
- Omvang van het werk in vierkante meters bvo;
- Projectvisualisatie (beeldmateriaal en eventueel een plattegrond) van maximum 2 A4 per referentie.

De Gegadigde dient de relevantie van het project als referentieproject voor de voorliggende opdracht te onderbouwen door in de gevraagde onderdelen te verwijzen naar de raakvlakken met de volgende gevraagde kerncompetenties voor [het Gebouw] :

Integraal + binnenstedelijk

1.5.1. KO

Gewicht: Niet beschikbaar

Q: 1.5.1. Van gegadigde wordt verwacht dat hij relevante kennis en ervaring heeft opgedaan met een integraal ontwerptraject van ten minste 7.500 m2 BVO in een binnenstedelijke omgeving. Integraal houdt in: samen met andere adviseurs in een ontwerpteam.

(...)

Monument

1.5.2. KO

Gewicht: Niet beschikbaar

Q: 1.5.2. Van gegadigde wordt verwacht dat hij relevante kennis en ervaring heeft opgedaan met het verrichten van architectonische ontwerpwerkzaamheden voor de renovatie van een technisch en energetisch verouderd gemeentelijk en/of rijks- monumentaal multifunctioneel gebouw met een minimale omvang van 1.000 m2 BVO, met als doel het gebouw en de inrichting aan de hedendaagse eisen te laten voldoen, de

gegadigde aantoonbare ervaring heeft met complexe restauratieprojecten en bekend is met de restauratieladder, - ethiek en - filosofie;
(...)

BIM

1.5.3. KO

Gewicht: Niet beschikbaar

Q: 1.5.3. Van gegadigde wordt verwacht dat hij aantoonbare kennis en ervaring heeft met het maken van een integraal architectonisch ontwerp, met gebruikmaking van een Bouw Informatie Model (BIM) en de coördinatie van dit model binnen het ontwerpteam, voor renovatie van een gebouw met een minimale omvang van 2.500 m2.
(...)

Flexibiliteit

1.5.4. KO

Gewicht: Niet beschikbaar

Q: 1.5.4. Van gegadigde wordt verwacht dat hij aantoonbare kennis en ervaring heeft met het door slimme oplossingen ontwerpen van een gebouw dat in de toekomst transformeerbaar is naar andere functies.
(...)

Duurzaamheid

1.5.5. KO

Gewicht: Niet beschikbaar

Q: 1.5.5. Van gegadigde wordt verwacht dat hij aantoonbare kennis en ervaring heeft met het gebruik van duurzame materialen, processen en oplossingen in relatie tot het ontwerp bij een gebouw met een minimale omvang van 2.500 m2 BVO.
(...)

Exploitatiekosten

1.5.6. KO

Gewicht: Niet beschikbaar

Q: 1.5.6. Van gegadigde wordt verwacht dat hij aantoonbare kennis en ervaring heeft opgedaan met het toepassen en integreren van slimme oplossingen om de exploitatiekosten (onderhoud en energie) van een gebouw van tenminste 2.500 m2 BVO zo laag mogelijk te houden, binnen het meegegeven kader voor de bouwkosten.
(...)

Bouwkostenmanagement

1.5.7. KO

Gewicht: Niet beschikbaar

Q: 1.5.7. Van gegadigde wordt verwacht dat hij aantoonbare kennis en ervaring heeft met het uitvoeren van de werkzaamheden binnen het vooraf gestelde budget. Hiermee wordt bedoeld dat de werkzaamheden binnen het vooraf gestelde budget uitgevoerd zijn. Werkzaamheden die aangepast zijn op verzoek van projectmanager nadat is geconstateerd dat dit boven budget gerealiseerd is, wordt goedgekeurd, mits de uiteindelijke werkzaamheden realiseerbaar waren binnen het uiteindelijke budget. Elk ingediend referentieproject dient aan deze geschiktheidseis te voldoen.
(...)

1.4. In de Nota van Inlichtingen in Negometrix zijn tot en met 19 maart 2019 onder meer de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 11: 'Het is bij architectenselecties vrij ongebruikelijk om te selecteren op basis van minimumeisen en een loting. Doorgaans vindt naast een selectie op minimumeisen tevens een nadere selectie plaats waarbij referenties of andere aspecten worden beoordeeld op vooraf vastgestelde selectiecriteria. De vijf gegadigden met de hoogste score komen in aanmerking voor de Gunningsfase. Kunt u toelichten waarom u voor een selectiemethode op basis van loting heeft gekozen?'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst heeft besloten om geen selectiecriteria te stellen en te selecteren door loting, omdat men o.a. de kansen voor het MKB wil vergroten en de administratieve last wenst te beperken. Loting is in de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 ook expliciet genoemd als één van de mogelijke procedures voor het selecteren van gegadigden.'

1.5. Uit de Nota van Inlichtingen in Negometrix blijkt dat op 27 en 28 maart 2019 onder meer nog de volgende antwoorden zijn gegeven op gestelde vragen:

1.5.1. Vraag 17: 'Wat verstaat u onder 'de raakvlakken met de volgende gevraagde kerncompetenties'? De selectiecriteria zijn heldere KO-criteria; je voldoet wel of niet. De gegadigden die voldoen aan de selectiecriteria komen allen in aanmerking voor de loting. Dit betekent dat de eis alleen datgene kan betreffen dat in de leidraad omschreven is. Andere 'raakvlakken' of interpretaties zijn binnen deze procedure niet mogelijk. Kunt u bevestigen dat de referentieprojecten alleen beoordeeld worden op de omschrijvingen die bij de criteria gegeven zijn?'

Antwoord: 'Ja, de referenties worden alleen beoordeeld.'

1.5.2. Vraag 52: 'U geeft aan dat selectie plaatsvindt op basis van loting, en dat alle partijen die aan de minimale geschiktheidseisen voldoen hiervoor in aanmerking komen. Klopt het dat de Kerncompetenties in hoofdstuk 1.5 Selectiecriteria kunnen worden beschouwd als minimale geschiktheidseisen/knock-out criteria? Indien ja, dan lijkt de hoeveelheid informatie die u verlangt ten aanzien van de Kerncompetenties buitenproportioneel, aangezien de referentieprojecten niet inhoudelijk worden beoordeeld. Een uitgebreide projectbeschrijving van max 2 A4 en een beeldbijlage van 2A4 zijn in het kader van minimum geschiktheidseisen overbodig en leveren onnodig veel werk op voor zowel de Gegadigden als de Aanbestedende dienst. In principe zou kunnen worden volstaan met een invulformulier, met daarop specifieke (duidelijke) vragen ten aanzien van de kerncompetenties. Bijvoorbeeld, voor het aantonen van Technische Bekwaamheid ten aanzien van kerncompetentie 1 (integraal en binnenstedelijk) zou een beantwoording van de volgende vragen volstaan: - integraal ontwerptraject: benoemen van de disciplines in het ontwerp-team - ten minste 7.500 m2 BVO: benoemen BVO referentieproject - binnenstedelijke omgeving: adres van referentieproject. Kunt u de gevraagde documentatie t.a.v. de kerncompetentie 1 t/m 7 heroverwegen?'

Antwoord: 'Het klopt dat de kerncompetenties worden beschouwd als minimale geschiktheidseisen/ knock-out criteria. De aangegeven hoeveelheden zijn de maximale hoeveelheden het staat de inschrijver vrij om ook minder pagina's in te dienen.'

1.5.3. Vraag 53: 'In de beschrijving van de selectieprocedure geeft u aan dat de uitnodiging tot deelname aan de gunningsfase wordt bepaald door loting. Echter door te selecteren op basis van concrete en objectieve selectiecriteria dmv een wegingsmethode wordt de markt werkelijk gestimuleerd. Het is in het algemene belang en in uw belang als opdrachtgever om de meest geschikte kandidaten te kunnen selecteren voor deze complexe opgaven. PIANOo adviseert aanbestedende diensten daarom om de rol van loting zo beperkt mogelijk te houden. In sommige gevallen

kunnen lotingprocedures ook onrechtmatig zijn, bij voorbeeld wanneer veel gegadigden gelijk scoren en waarbij loting doorslaggevend is. Enkele rechters oordeelden eerder dat deze wijze van selectie in strijd is met het karakter en doel van de aanbestedingsprocedure: het stimuleren van concurrentie. We willen u vragen de keuze voor loting te heroverwegen en gewogen selectiecriteria toe te passen.'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst heeft besloten om geen selectiecriteria te stellen en te selecteren door loting, omdat men o.a. de kansen voor het MKB wil vergroten en de administratieve last wenst te beperken. Loting is in de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 ook expliciet genoemd als één van de mogelijke procedures voor het selecteren van gegadigden.'

- 1.5.4. Vraag 54: 'Zoals omschreven in de selectieleidraad zal er een loting plaatsvinden om tot 5 gegadigden te komen voor de gunningsfase en wordt er daarom geen weging gegeven aan de verschillende selectiecriteria. Kunt u per selectie criterium aangeven wanneer men voldoende ervaring heeft aangetoond om mee te dingen naar deze loting?'

Antwoord: 'De Eisen staan vermeld per selectiecriteria (art 1.5.1 t/m 1.5.7)'

- 1.5.5. Vraag 63: '...aantoonbare kennis en ervaring... duurzame materialen, processen en oplossingen....'Kan dit bijvoorbeeld worden aangetoond door een BREEAM certificaat van een project bij te voegen?'

Antwoord: 'Ja, dit mag.'

- 1.6. Bij brief van 28 maart 2019 heeft de brancheorganisatie namens haar leden aan aanbestedder onder meer de volgende vragen gesteld :

'(...)

[De Brancheorganisatie] heeft vragen ontvangen van leden over bovengenoemde Europese aanbesteding naar aanleiding van de nota van inlichtingen. [De Brancheorganisatie] heeft daarop de aanbestedingsstukken op Negometrix bestudeerd en concludeert dat uw aanbestedingsprocedure op onderdelen in strijd is met het bepaalde in de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit. Daarom wil [de Brancheorganisatie] middels deze brief een aantal punten vragen indienen. [De Brancheorganisatie] verzoekt u deze vragen in een aanvullende nota van inlichtingen te beantwoorden. (...)

Geschiktheidseisen zijn deels onvoldoende transparant en disproportioneel

U heeft maar liefst zeven kerncompetenties geformuleerd. Dat is fors. [De Brancheorganisatie] is van mening dat deze kerncompetenties om onderdelen te vaag (onvoldoende transparant) zijn. Geschiktheidseisen moeten naar hun aard volstrekt eenduidig zijn en binair getoetst kunnen worden (gegadigde voldoet wel/niet; zie onder ander Succhi di Frutta-arrest). (...) Ook is het [de Brancheorganisatie] niet duidelijk wat u allemaal wilt accepteren als bewijs van 'duurzame materialen, processen en oplossingen' (paragraaf 1.5.5). (...) Deze criteria lijken zich naar hun aard beter te lenen voor een beoordeling aan de hand van een scoreschaal dan een binaire toets. (...) [De Brancheorganisatie] roept u op deze kerncompetenties te verduidelijken. (...)

Disproportionele selectiemethode

[De Brancheorganisatie] is van mening dat in de onderhavige aanbesteding loting een disproportionele selectiemethode is. Het enkele feit dat in de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet wordt gesteld dat loting een mogelijke

selectiemethodiek is, wil niet zeggen dat dit altijd per definitie proportioneel is. De aanbestedingsregels leggen het primaat bij mededinging, ondernemers in de gelegenheid stellen zich te onderscheiden van hun concurrenten. Dat is de ratio die voortvloeit uit jurisprudentie, die stelt dat loting als gunningsmethodiek in principe niet toelaatbaar is. Waarom zou dat voor de selectiemethodiek anders zijn? [De Brancheorganisatie] kan zich nog iets voorstellen bij een generieke ontwerpopdracht, die iedere architect in principe uit zou moeten kunnen voeren. In die situatie kan het lastig zijn om echt onderscheidende selectiecriteria op te voeren en als de aanbesteder hier al voor zou kiezen, dan lopen de administratieve lasten disproportioneel op. Deze argumentatie gaat voor uw opdracht echter niet op. U heeft maar liefst zeven essentiële kerncompetenties opgevoerd. [De Brancheorganisatie] maakt hieruit op dat het prima mogelijk is om onderscheidende selectiecriteria aan te leggen. Uw argument in de nota van inlichtingen dat loting hier kansen creëert voor het MKB en de administratieve lasten beperkt kan [de Brancheorganisatie] niet volgen. De geformuleerde geschiktheidseisen, het aantal en de specificatie, zijn dusdanig dat kleine bureaus voortijdig afhaken. [De Brancheorganisatie] heet van een aantal grote bureaus gehoord dat het zelfs voor hen ondoenlijk is om zich zelfstandig te kwalificeren. Kortom, bureaus lopen al tegen een behoorlijke administratieve last op om aan te tonen dat zij aan de geschiktheidstesten voldoen. In deze specifieke situatie is het volgens [de Brancheorganisatie] onredelijk om de definitieve selectie over te laten aan toeval. Gezien de gevraagde voorinvestering, willen bureaus de gelegenheid hebben om zich te kunnen onderscheiden op kwaliteit. [De Brancheorganisatie] roept u op om de loting te heroverwegen.

(...)'

- 1.7. Blijkens de Nota van Inlichtingen in Negometrix zegt aanbesteder op 29 maart 2019 toe dat hij de door de brancheorganisatie op 28 maart 2019 gestelde vragen uiterlijk 2 april 2019 zal beantwoorden:

Vraag 88: 'Brief [Brancheorganisatie]'

Antwoord: 'Op 28 maart heeft [de Brancheorganisatie] per brief via de algemene mail van [Aanbesteder] een aantal vragen ingediend bij de aanbestedende dienst. Deze vragen zijn niet binnen de gestelde termijn van uiterlijk 22 maart 2019 binnen gekomen. Doordat de vragen te laat zijn binnengekomen is het de aanbestedende dienst niet gelukt hier nu reeds antwoord op te geven. Mocht de aanbestedende dienst komende week de vragen toch gaat beantwoorden, zal dit op voorhand niet leiden tot het oprekken van de inschrijvingstermijn. Uiterlijk dinsdag 2 april 2019 zal de aanbestedende dienst via Negometrix een reactie geven aan alle partijen.'

- 1.8. In de Nota van Inlichtingen in Negometrix zijn op 2 april 2019 de volgende vraag en het volgende antwoord toegevoegd:

Vraag 91: 'Op basis van de vorige nota bij deze aanbesteding hebben wij ons als architect aan een constructeur verbonden. In de nieuwe nota staat dat de constructeur met niet meer dan 1 architect mee mag doen.

Hiertegen tekenen we bezwaar aan. Op basis van de jurisprudentie is een tussentijdse verzwaring van de eisen namelijk niet toegestaan.

Er zijn veel meer architectenbureaus dan constructieadviseurs, dus veel architecten zullen nu niet in kunnen schrijven, terwijl ze wel aan de vereisten voldoen.

We verzoeken u dan ook om deze bepaling terug te trekken zodat constructeurs zich aan meerdere architecten kunnen verbinden voor de selectiefase.'

Antwoord: 'Wij zijn er op basis van de beschrijving in de opdracht omschrijving vanuit gegaan dat het voor marktpartijen duidelijk was dat wij een combinatie als samenwerkingsvorm vroegen. Kennelijk heeft de verduidelijking die wij in de laatste nota op dit gebied wilden geven tot veel onrust in de markt geleid. op basis van gesprekken met marktpartijen hebben wij dan ook besloten dat de volgende antwoorden uit de laatste nota komen te vervallen: 84, 87, 10, 32, 36, 68, 74, 78, 14 en 87. de strekking van dit alles is dat de constructeur als onderaannemer kan optreden en dus toezeggingen aan meerdere architectenbureaus kan doen.'

- 1.9. Uit de Nota van Inlichtingen in Negometrix blijkt verder dat aanbesteder op 2 april 2019 de door de brancheorganisatie op 28 maart 2019 gestelde vragen in het antwoord op vraag 92 heeft beantwoord door te verwijzen naar een bijgevoegde bijlage waarin, onder meer, is bepaald:

'(...)

1.5.6 Geschiktheidseisen zijn deels onvoldoende transparant en disproportioneel: De aanbestedende dienst zoekt een partij met aantoonbare kennis en ervaring van exploitatiebewust ontwerpen, waardoor als gevolg van ontwerpkeuzes de kosten voor beheer en exploitatie van de aanbestedende dienst geminimaliseerd worden. Te denken valt aan:

- de toepassing van onderhoudsarme materialen ;
- het realiseren van een bouwkundig ontwerp met dusdanige bouwfysische eigenschappen (in vorm of bouwtechniek) dat de omvang van installaties beperkt wordt, waardoor de kosten voor energie en onderhoud gereduceerd worden. Bijvoorbeeld slim gebruik van daglicht om de behoefte aan kunstlicht te reduceren en een slimme oriëntatie van het gebouw en situering van glas om de behoefte aan koeling te reduceren.
- slimme compartimentering van het gebouw door de ordening van functies, waardoor gebouwdelen separaat te gebruiken zijn.

1.5.5 Duurzaam: Referentie is een opdracht waarbij het ontwerp heeft voldaan aan een BREEAM of ander duurzaamheidscertificaat.

(...)

Disproportionaliteit selectiemethode:

Door het aantal en de aard van de gestelde kerncompetenties laat de aanbestedende dienst duidelijk zien veel waarde te hechten aan de kwaliteit van de bureaus en is zij overtuigd dat een ieder die daaraan voldoet de opdracht aan kan. Een nader onderscheid tussen deze partijen door het toekennen van scores is niet nodig. Vandaar dat we loten.

Het nader onderscheiden op kwaliteit kan in de volgende fase. We vertrouwen erop hiermee voldoende tegemoet te zijn gekomen aan uw opmerkingen.'

- 1.10. Blijkens de Nota van Inlichtingen in Negometrix is op 5 april 2019 nog gevraagd om de deadline met één dag uit te stellen. Aanbesteder heeft dat geweigerd:

Vraag 95: 'Gezien alle vragen en antwoorden die zijn binnengekomen, verzoeken wij u om de deadline met 1 dag uit te stellen.'

Antwoord: 'Nee de deadline wordt niet met 1 dag uitgesteld.'

- 1.11. De termijn voor de indiening van de aanvragen tot deelneming verliep op 8 april 2019 om 12.00 uur (zie 1.2 hiervoor) en is, voor zover de Commissie bekend, niet aangepast.

- 1.12. Op 18 april 2019 heeft de brancheorganisatie per brief de volgende klacht ingediend bij aanbesteder:

\(...)

Op donderdag 28 maart heeft [de Brancheorganisatie] vragen ingediend over de Europese aanbestedingen strekkende tot de selectie van een ontwerpteam van architect en constructeur voor [Gebouw X] [Gebouw Y] en [Gebouw Z]. Dit omdat [de Brancheorganisatie] veel vragen ontving van leden over deze tenders. [De Brancheorganisatie] is verheugd dat [Aanbesteder] besloten heeft om de vragen van [de Brancheorganisatie] te beantwoorden in de nota van inlichtingen, hoewel [de Brancheorganisatie] haar vragen pas kenbaar gemaakt heeft naar de uiterste datum voor het stellen van vragen. [De Brancheorganisatie] is minder te spreken over het feit dat [Aanbesteder] besloten heeft vast te houden aan de oorspronkelijke deadline voor aanmelding. Daardoor beschikten potentiële gegadigden pas heel kort voor de deadline over alle informatie. Bureaus wachten toch op de definitieve antwoorden, voordat ze hun aanmelding definitief maken. Naast het vasthouden aan de oorspronkelijke deadline, heeft [de Brancheorganisatie] ook moeite met een aantal verstrekte antwoorden. Dit alles overziend acht [de Brancheorganisatie] een formele klacht op zijn plaats. [De Brancheorganisatie] wil het selectieproces van [Aanbesteder] niet onnodig belemmeren. Daarom heeft zij ervoor gekozen om slechts inzake één van de drie omstreden tenders te klagen, te weten de tender voor [Gebouw X]. De bezwaren van [de Brancheorganisatie] zijn echter ook onverkort van toepassing op de nagenoeg identiek ingerichte tenders voor [Gebouw Y] en [Gebouw Z]. Hierna zal ik de afzonderlijke klachtonderdelen van [de Brancheorganisatie] kort toelichten.

Vasthouden aan de deadline is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel

Zoals eerder gesteld, siert het [Aanbesteder] dat [hij] bereid was om ook na het verstrijken van de deadline voor het stellen van vragen. Echter, toen [Aanbesteder] op 29 maart richting gegadigden aangaf dat [Aanbesteder] de vragen van [de Brancheorganisatie] pas uiterlijk 2 april te beantwoorden, had het volgens [de Brancheorganisatie] redelijk geweest dat de uiterste deadline ook een paar dagen opgeschoven zou worden. Bureaus wachten toch met het afronden van hun aanmelding tot alle antwoorden bekend zijn. In dit kader verwijs ik ook graag naar hetgeen de Gids Proportionaliteit aanbeveelt inzake de proportionaliteit van te hanteren termijnen in een aanbesteding.

Het vasthouden aan de oorspronkelijke deadline wordt nog discutabeler als we kijken naar de antwoorden die op 2 april verstrekt zijn, niet alleen op de vragen van [Brancheorganisatie] (vraag 92), maar vooral ook het antwoord verstrekt op vraag 91. Hier wordt in tegenstelling tot eerder verstrekte antwoorden gesteld dat een constructeur zich als onderaannemer aan meerdere architectenbureaus mag verbinden. Dat kwalificeert in de ogen van [Brancheorganisatie] als een wezenlijke wijziging.

Het gelijkheidsbeginsel gebiedt [Aanbesteder] om de deadline dusdanig te verzetten, dat alle potentiële gegadigden die naar aanleiding van de eerdere antwoorden afgezien hebben van deelname, alsnog in de gelegenheid gesteld worden om een aanmelding voor te bereiden (zie onder andere Koffie-arrest). Ook is [de Brancheorganisatie] van mening dat de verstrekte verduidelijking naar aanleiding van haar vraag over de geformuleerde geschiktheidseis inzake duurzaamheid (paragraaf 1.5.5) kwalificeert als wezenlijke wijziging. In eerste aanleg werd gevraagd om ervaring met duurzaamheid. De verduidelijking stelt dat de referentie een ontwerp moet betreffen dat voldoet aan een BREEAM of ander duurzaamheidscertificaat. Kortom, een architect die in eerste aanleg een ongecertificeerde duurzame referentie wilde opvoeren, wordt kort voor de uiterste aanmeldtermijn geconfronteerd met het feit dat hij een andere referentie moeten zoeken (wellicht zelfs een andere

partner) of dat hij kortdag moeten gaan aantonen dat zijn ongecertificeerde project 'voldoet' aan BREEAM, dan wel een ander duurzaamheidscertificaat.

(...)

Disproportionele selectiemethode

[De Brancheorganisatie] heeft vooral principieel bezwaar tegen de keuze voor loting als selectiemethodiek. Blijkens de vele reacties die [de Brancheorganisatie] ontvangen heeft naar aanleiding van haar vragen, wordt dit bezwaar breed gedeeld onder architecten en constructeurs. [De Brancheorganisatie] blijft van mening dat in de onderhavige aanbesteding loting een disproportionele selectiemethode is. Het enkele feit dat in de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet wordt gesteld dat loting een mogelijke selectiemethodiek is, wil niet zeggen dat dit altijd per definitie proportioneel is. De aanbestedingsregels leggen het primaat bij mededinging, ondernemers in de gelegenheid stellen zich te onderscheiden van hun concurrenten. Dat is de ratio die voortvloeit uit jurisprudentie, die stelt dat loting als gunningsmethodiek in principe niet toelaatbaar is. Waarom zou dat voor de selectiemethodiek anders zijn? [De Brancheorganisatie] kan zich nog iets voorstellen bij een generieke ontwerpopdracht, die iedere architect in principe uit zou moeten kunnen voeren. In zo'n context is het denkbaar dat het aanleggen en hanteren van onderscheidende selectiecriteria niet in een proportionele verhouding staat tot de administratieve lasten die daarmee gepaard gaan. Deze argumentatie gaat voor de tender van [Aanbesteder] echter niet op. [Aanbesteder] heeft maar liefst zeven essentiële kerncompetenties opgevoerd. Die kerncompetenties zijn zeker niet generiek, maar op onderdelen behoorlijk specifiek. Uit dit gegeven maakt [de Brancheorganisatie] op dat het mogelijk zou moeten zijn om onderscheidende selectiecriteria aan te leggen.

Op basis van de kerncompetenties is het prima te doen om een aantal onderscheidende selectiecriteria aan te leggen met onderscheidende scoreladder. Het argument van [Aanbesteder] in de nota van inlichtingen (vraag 53) dat loting in de onderhavige aanbesteding kansen creëert voor het MKB en de administratieve lasten beperkt, kan [de Brancheorganisatie] niet volgen. [De Brancheorganisatie] maakt hieruit op dat het prima mogelijk is om onderscheidende selectiecriteria aan te leggen. Uw argument in de nota van inlichtingen dat loting hier kansen creëert voor het MKB en de administratieve lasten beperkt kan [de Brancheorganisatie] niet volgen. De geformuleerde geschiktheidseisen, het aantal en de specificiteit, zijn dusdanig dat kleine bureaus voortijdig afhaken. [De Brancheorganisatie] heeft vernomen dat het zelfs voor grote bureaus ondoenlijk is om zich zelfstandig te kwalificeren. Kortom, bureaus lopen al tegen een behoorlijke administratieve last op om aan te tonen dat zij aan de geschiktheidstesten voldoen. In deze specifieke situatie is het volgens [de Brancheorganisatie] onredelijk om de definitieve selectie over te laten aan toeval. Gezien de gevraagde voorinvestering, willen bureaus de gelegenheid hebben om zich te kunnen onderscheiden op kwaliteit.

[De Brancheorganisatie] hoort dat u op korte termijn advies kunt uitbrengen op de klacht van [de Brancheorganisatie]. [De Brancheorganisatie] is met name geïnteresseerd in het standpunt van het Klachtenmeldpunt inzake de toelaatbaarheid van loting als selectiemethodiek in onderhavige aanbesteding. Indien u niet of afwijzend reageert op haar klacht, overweegt [de Brancheorganisatie] haar klacht voor te leggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts.

(...)'

- 1.13. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft aan aanbesteder het volgende advies uitgebracht:

'Betreft: oordeel op klacht met betrekking tot de Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure "Ontwerpteam architect/constructief adviseur [Gebouw X]", Negometrix tender (...)

(...)

Klachtonderdeel a (vasthouden aan de uiterste datum voor inschrijving is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel)

Standpunt [Brancheorganisatie]

[Weergave klacht brancheorganisatie, zie 1.12 hiervoor, Commissie]

Standpunt Klachtenloket

(...)

Ten aanzien van de stelling van [Brancheorganisatie] dat de aanbestedende dienst in het kader van het verstrekken van inlichtingen de voorwaarden voor inschrijving dusdanig heeft gewijzigd dat er sprake is van wezenlijke wijziging op de eisen zoals geformuleerd in (...) vraag 1.5.5 oordeelt het Klachtenloket als volgt.

Op grond van het transparantiebeginsel dient een aanbestedende dienst alle voorwaarden van de aanbestedingsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te vermelden in de aanbestedingsdocumenten. Hij dient te vermelden welke geschiktheidseisen, selectiecriteria, facultatieve uitsluitingsgronden en gunningscriteria gehanteerd zullen worden.

De voorwaarden van de opdracht mogen niet meer gewijzigd worden gedurende de aanbestedingsprocedure. Een wijziging van deze voorwaarden zou een schending van het gelijkheidsbeginsel en in het bijzonder het transparantiebeginsel kunnen opleveren. Indien de aanbestedende dienst een belangrijke voorwaarde wil wijzigen, dan dient hij de opdracht opnieuw in de markt te zetten.

Er zijn echter een aantal uitzonderingen. Een aanbestedende dienst mag belangrijke voorwaarden van de opdracht wel verduidelijken en andere inlichtingen verstrekken. Een voorwaarde hiervoor is dat met deze inlichtingen en verduidelijkingen niet de betekenis van die voorwaarden wordt gewijzigd.

Het is dus wel toegestaan om een gestelde voorwaarde uit te leggen als daarover onduidelijkheid bestaat bij één of meer inschrijvers, zolang de betekenis van de voorwaarde niet wordt gewijzigd.

Hoewel het Klachtenloket van mening is dat de beantwoording van de vragen en de poging om meer duidelijkheid te creëren niet de schoonheidsprijs verdient, kan naar het oordeel van het Klachtenloket niet gesteld worden dat er sprake is van een wezenlijke wijziging. Immers, met het antwoord op vraag 91 d.d. 2 april wordt bevestigd dat het eerder gegeven antwoord op 19 maart correct is en dat een onderneming derhalve meerdere malen een aanmelding mag indienen. De verwarring die mogelijk gecreëerd is met de tegenstrijdige antwoorden van 29 maart om 13:58 is opgeheven met het antwoord van 2 april en is derhalve van dermate korte duur geweest (2 werkdagen) dat dit geen grote impact heeft kunnen hebben op de keuzes die gegadigden hebben gemaakt bij het zoeken naar een geschikte samenwerkingspartner. Het klachtenloket acht de klacht op dit onderdeel derhalve ongegrond.

De eis geformuleerd in vraag 1.5.5 luidde als volgt: Van gegadigde wordt verwacht dat hij aantoonbare kennis en ervaring heeft met het gebruik van duurzame materialen, processen en oplossingen in relatie tot het ontwerp bij een gebouw met een minimale omvang van 2.500 m² BVO.

Op de vraag of kennis en ervaring kan worden aangetoond door bijvoorbeeld een BREEAM-certificaat van een project heeft de aanbestedende dienst geantwoord dat dit mag [zie het antwoord op vraag 63 in 1.5.5 hiervoor, Commissie]. De [Brancheorganisatie] heeft daarop in haar brief van 28 maart de aanbestedende dienst gevraagd om concreet aan te geven wat er in dit kader wordt geaccepteerd als bewijsmiddel. De aanbestedende dienst heeft hierop geantwoord dat de referentie betrekking moet hebben op een opdracht waarbij het ontwerp heeft voldaan aan een BREEAM of ander duurzaamheidscertificaat .

Het Klachtenloket is het met [de Brancheorganisatie] eens dat dit laatste antwoord geen verduidelijking maar een verzwaring van de eis betreft. Daar waar in eerste instantie van gegadigde slechts werd verwacht dat hij al eerder duurzame materialen en oplossingen in een ontwerp heeft toegepast, wordt nu tevens geëist dat het ontwerp voldoet aan een BREEAM of ander duurzaamheidscertificaat.

Het Klachtenloket is van oordeel dat een dergelijke wijziging alleen toelaatbaar is indien de wijziging tijdig aan alle gegadigden bekend wordt gemaakt en de gegadigden nog voldoende tijd hebben om hun aanmelding aan te passen. Dit heeft de aanbestedende dienst echter verzuimd.

Het Klachtenloket oordeelt dat de klacht van [de Brancheorganisatie] op dit onderdeel gegrond is.

(...)

Klachtonderdeel e (disproportionele selectiemethode)

Standpunt [Brancheorganisatie]

[Weergave klacht brancheorganisatie, zie 1.12 hiervoor, Commissie]

Standpunt Klachtenloket

De aanbestedende dienst heeft ervoor gekozen om in de onderhavige aanbestedingsprocedure geen nadere selectiecriteria vast te stellen, maar te selecteren door middel van loting. Op deze manier beoogt de aanbestedende dienst de kansen voor de kleinere architectenbureaus te vergroten en de administratieve lasten te beperken. Het gaat in deze procedure om een zuivere loting, waarbij alle gegadigden die voldoen aan de geschiktheidseisen (minimumeisen) evenveel kans hebben om te worden ingeloot voor de gunningfase (het doen van een inschrijving).

Artikel 2.100 Aanbestedingswet 2012 (Aw) bepaalt dat het beperken van het aantal gegadigden op een objectieve en niet-discriminerende wijze dient te geschieden, met behulp van in de aankondiging vermelde regels of selectiecriteria en weging.

In de memorie van toelichting (TK 2009-2010 32 440, nr. 3, p. 86) met betrekking tot artikel 2.100 wordt hierover onder meer het volgende gezegd: "In de praktijk worden in de regel een drietal procedures onderscheiden bij het selecteren van gegadigden in het kader van een aanbestedingsprocedure. Deze procedures zijn:

a. Minimumeisenprocedure. In dit geval nodigt de aanbestedende dienst ofwel alle geschikte gegadigden uit of vermindert hij door middel van loting het aantal gegadigden.

(...) De aanbestedende dienst is in beginsel vrij in de keuze van de selectieprocedure, met inachtneming van hetgeen is bepaald in dit artikel. (...)"

Het Klachtenloket stelt derhalve vast dat een aanbestedende dienst de bevoegdheid heeft om in het kader van een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure gebruik te maken van een loting bij wijze van nadere selectiemethode. Het

feit dat het aantal gegadigden door een aanbestedende dienst wordt beperkt door middel van loting is niet verboden en evenmin in strijd met de beginselen van aanbestedingsrecht.

Ook kan naar het oordeel van het Klachtenloket niet gesteld worden dat door toepassing van loting in de onderhavige aanbesteding de verwezenlijking van de doelen van het aanbestedingsrecht ontoelaatbaar wordt gefrustreerd. Het Klachtenloket licht dit als volgt toe:

De aanbestedende dienst heeft een zevental kerncompetenties geformuleerd die overeenkomen met essentiële punten van de opdracht. Hiermee beoogt de aanbestedende dienst op een objectieve en niet-discriminerende wijze te borgen dat uitsluitend gegadigden die over voldoende technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid beschikken om de opdracht uit te voeren, in aanmerking komen voor een uitnodiging tot inschrijving. Meer of andere relevante kerncompetenties, die eventueel als nadere selectiecriteria zouden kunnen dienen, en die bovendien objectief en proportioneel zijn gelet op de aard en de omvang van de opdracht, heeft de aanbestedende dienst niet aanwezig geacht.

De mening van [de Brancheorganisatie] dat de geformuleerde kerncompetenties niet generiek, maar op onderdelen behoorlijk specifiek zijn en zich derhalve lenen om als onderscheidende selectiecriteria te dienen deelt het Klachtenloket niet. De onderhavige kerncompetenties lenen zich naar het oordeel van het Klachtenloket niet voor een kwalitatieve beoordeling aan de hand van de referenties. De aanbestedende dienst zou zich in dat geval bijvoorbeeld een oordeel moeten vormen welk gebouw meer of minder "transformeerbaar" zou zijn (geschiktheidseis 1.5.4). Een dergelijke beoordeling zou de selectiemethodiek onnodig complex maken en daarmee leiden tot een onnodige verzwaring van de administratieve lasten van zowel gegadigden als de aanbestedende dienst.

Een selectiemethode die naar het oordeel van het Klachtenloket wel praktisch toepasbaar zou zijn in onderhavige aanbestedingsprocedure is de methode waarbij hoger wordt gescoord met meer referenties per gevraagde kerncompetentie of meer referenties met een combinatie van meer kerncompetenties. Deze methode heeft echter als nadeel dat deze de grote architectenbureaus bevoordeelt ten opzichte van de kleine architectenbureaus. Het zullen immers met name de grote ondernemingen zijn die aan deze wens voldoen en daardoor op dit selectie criterium beter scoren. Dit strookt niet met de wens van de aanbestedende dienst om ook de kleinere bureaus een reële kans te bieden om in te kunnen schrijven.

De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft bovendien onlangs geoordeeld dat een selectiemethode waarbij hoger wordt gescoord met meer referenties per gevraagde kerncompetentie of meer referenties met een combinatie van meer kerncompetenties in strijd is met de ratio van de Gids Proportionaliteit en dus niet is toegestaan.

Gegeven de beperkte mogelijkheden om te shortlisten is de keuze voor loting als selectiemethode dan ook een begrijpelijke.

Conclusie: het Klachtenloket is gezien het voorgaande van oordeel dat loting een op grond van het aanbestedingsrecht toegestane selectiemethode is. Het Klachtenloket is van mening dat loting in de onderhavige aanbesteding geen disproportionele selectiemethode is en acht de klacht van [de Brancheorganisatie] op dit onderdeel dan ook ongegrond. Hierbij wordt nog wel opgemerkt dat het Klachtenloket zich kan voorstellen dat loting niet altijd even bevredigend is, met name voor de marktpartijen. Het Klachtenloket adviseert de aanbestedende dienst dan ook

om in toekomstige aanbestedingen [de Brancheorganisatie] uit te nodigen om mee te denken over de invulling van de nadere selectiecriteria.

Advies Klachtenloket

Het Klachtenloket acht (...) e ongegrond (...). Klacht onderdeel a is deels gegrond, voor zover het de wijziging van eis 1.5.5 betreft.

Aanbeveling Klachtenloket

Het Klachtenloket ziet - gelet op de fase waarin de aanbestedingsprocedure zich bevindt - geen kans om aanbevelingen te doen.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Vasthouden aan de uiterste datum voor aanmelding na aanzienlijke wijziging c.q. verduidelijking van belangrijke voorwaarden van de opdracht kort voor die uiterste datum is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

2.2. Klachtonderdeel 2

Loting als selectiemethodiek is disproportioneel in de onderhavige procedure.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. De brancheorganisatie stelt dat, toen aanbesteder op 29 maart 2019 richting gegadigden aangaf dat hij de vragen van de brancheorganisatie pas uiterlijk 2 april 2019 zou beantwoorden, het redelijk zou zijn geweest de deadline voor aanmelding ook met een paar dagen te verschuiven. Dit omdat gegadigden wachten met het afronden van hun aanmelding tot alle antwoorden bekend zijn. In dit kader verwijst de brancheorganisatie naar hetgeen de Gids Proportionaliteit aanbeveelt inzake de proportionaliteit van te hanteren termijnen in een aanbesteding.

3.1.2. De brancheorganisatie acht het vasthouden aan de oorspronkelijke deadline nog discutabeler gelet op de antwoorden die aanbesteder op 2 april 2019 heeft verstrekt. Dit betreft niet alleen de vragen van de brancheorganisatie (vraag 92), maar vooral ook het antwoord verstrekt op vraag 91 (zie 1.8 en 1.9 hiervoor). Hier wordt in tegenstelling tot eerder verstrekte antwoorden gesteld dat een constructeur zich als onderaannemer aan meerdere architectenbureaus mag verbinden. Dat kwalificeert in de ogen van de brancheorganisatie als een wezenlijke wijziging.

3.1.3. Voorts stelt de brancheorganisatie, met verwijzing naar onder meer het Koffie-arrest (HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10, ECLI:EU:2012:284), dat het gelijkheidsbeginsel aanbesteder gebiedt om de deadline dusdanig te verzetten, dat alle potentiële gegadigden die naar aanleiding van de eerdere antwoorden afgezien hebben van deelname, alsnog in de gelegenheid gesteld worden om een aanmelding voor te bereiden.

3.1.4. Ook is de brancheorganisatie van mening dat de verstrekte verduidelijking naar aanleiding van haar vraag over de geformuleerde geschiktheidseis inzake duurzaamheid kwalificeert als wezenlijke wijziging (zie het antwoord op vraag 92 in de Nota van Inlichtingen betreffende eis 1.5.5 van de Selectieleidraad in 1.3 en 1.9 hiervoor). In eerste aanleg werd gevraagd om ervaring met duurzaamheid. De

verduidelijking stelt dat de referentie een ontwerp moet betreffen dat voldoet aan een BREEAM of ander duurzaamheidscertificaat. Kortom, een architect die in eerste aanleg een niet gecertificeerde duurzame referentie wilde opvoeren, wordt kort voor de uiterste aanmeldtermijn geconfronteerd met het feit dat hij een andere referentie moeten zoeken (wellicht zelfs een andere partner) of moet te elfder ure aantonen dat zijn niet gecertificeerde project 'voldoet' aan BREEAM of een ander duurzaamheidscertificaat.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. De brancheorganisatie heeft vooral principiële bezwaar tegen de keuze voor loting als selectiemethodiek. Blijkens de vele reacties die de brancheorganisatie ontvangen heeft naar aanleiding van haar vragen, wordt dit bezwaar breed gedeeld onder architecten en constructeurs. De brancheorganisatie blijft van mening dat in de onderhavige aanbesteding loting een disproportionele selectiemethode is. Het enkele feit dat in de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet wordt gesteld dat loting een mogelijke selectiemethodiek is, wil niet zeggen dat dit altijd per definitie proportioneel is. De aanbestedingsregels leggen het primaat bij mededinging; ondernemers in de gelegenheid stellen zich te onderscheiden van hun concurrenten. Dat is de ratio die voortvloeit uit jurisprudentie, die stelt dat loting als gunningsmethodiek in principe niet toelaatbaar is. De brancheorganisatie werpt de vraag op waarom dat voor de selectiemethodiek anders zou zijn.
- 3.2.2. De brancheorganisatie kan zich nog iets voorstellen bij een generieke ontwerpopdracht, die iedere architect in principe zou moeten kunnen uitvoeren. In zo'n context is het denkbaar dat het aanleggen en hanteren van onderscheidende selectiecriteria niet in een proportionele verhouding staat tot de administratieve lasten die daarmee gepaard gaan. Deze argumentatie gaat voor de tender van aanbesteder echter niet op. Het betreft een complexe opgave waarvoor meerdere competenties van belang zijn. Dat blijkt ook uit het feit dat aanbesteder maar liefst zeven essentiële kerncompetenties opvoert. Die kerncompetenties zijn zeker niet generiek, maar op onderdelen behoorlijk specifiek. De brancheorganisatie veronderstelt dat het prima mogelijk is om op basis van dergelijke competenties selectiecriteria te formuleren. Anders dan het klachtenmeldpunt van aanbesteder aanneemt, wil de brancheorganisatie hiermee niet stellen dat de geformuleerde kerncompetenties (geschiktheidseisen) één op één toegepast moeten worden als selectie criterium. Dat vraagt uiteraard om bijstelling. De brancheorganisatie denkt niet dat het noodzakelijk is om een selectiemethodiek samen te stellen waarbij gescoord wordt op aantal referenties, dan wel combinaties van competenties in een referentie. De brancheorganisatie noemt in dit verband als voorbeeld de kerncompetentie flexibiliteit. Deze geschiktheidseis kan volgens de brancheorganisatie wel degelijk omgezet worden in een selectie criterium, waarbij een onderscheidende scoreladder aangelegd wordt op basis van het aantal getroffen ontwerpmaatregelen om transformeerbaarheid van het gebouw te bevorderen.
- 3.2.3. Het argument van aanbesteder in vraag 53 van de Nota van Inlichtingen (zie 1.5.3 hiervoor) dat loting in de onderhavige aanbesteding kansen creëert voor het MKB en de administratieve lasten beperkt, kan de brancheorganisatie niet volgen. De geformuleerde geschiktheidseisen, het aantal en de specificiteit zijn dusdanig dat kleine ondernemers voortijdig afhaken. De brancheorganisatie heeft vernomen dat het zelfs voor grote bureaus ondoenlijk is om zich zelfstandig te kwalificeren. Kortom, bureaus lopen al tegen een behoorlijke administratieve last op om aan te tonen dat zij aan de geschiktheidstesten voldoen. In deze specifieke situatie is het volgens de brancheorganisatie onredelijk om de definitieve selectie over te laten aan toeval. Gezien de gevraagde voorinvestering, willen gegadigden de gelegenheid hebben om zich te kunnen onderscheiden op kwaliteit.

- 3.2.4. De brancheorganisatie is positief dat het klachtenmeldpunt onderkent dat loting 'niet altijd even bevredigend is' voor marktpartijen, maar vreest dat het klachtenmeldpunt de ernst van de consequenties van loting in deze aanbesteding onvoldoende onderkent. Gegadigden maken wel kosten om zich te kwalificeren, maar hebben vervolgens geen enkele invloed op de nadere selectie. Aanbesteder zet nu drie tenders middels loting als selectiemethodiek in de markt. Een andere aanbestedende dienst heeft dit voorbeeld inmiddels gevolgd. Als loting de nieuwe shortliststandaard wordt in architectenselecties omdat aanbesteders moeite hebben met het formuleren van proportionele, onderscheidende selectiecriteria hebben architectenbureaus die afhankelijk zijn van (EU) aanbestedingen voor opdrachten een probleem. Zij krijgen minder grip op de werkvoorraad, omdat gericht deelnemen aan kansrijke tenders lastig wordt. Selectie wordt afhankelijk van toeval, waardoor grote fluctuaties in de werkvoorraad kunnen ontstaan. Als een bureau domme pech heeft, kan het meerdere malen achter elkaar uitgeloot worden, waardoor de financiële continuïteit in gevaar kan komen. Dus gaat het bureau waarschijnlijk aan nog meer tenders deelnemen in verband met het 'uitlootrisico'. Los van het feit dat de acquisitiekosten hierdoor toenemen, ontstaat ook het risico op een capaciteitsprobleem wanneer een bureau onverhoopt opeens wel voor meerdere tenders tegelijk ingeloot wordt. In de ogen van de brancheorganisatie is dit een scenario waarbij niemand gebaat is, architecten noch opdrachtgevers.
- 3.2.5. De brancheorganisatie stelt dat, gezien de stand van de aanbesteding, een oplossing voor onderhavige aanbesteding niet meer mogelijk lijkt. De brancheorganisatie is primair geïnteresseerd in een advies van de Commissie waarin zij advies geeft over de toelaatbaarheid van loting als selectiemethodiek in relatie tot het proportionaliteitsbeginsel. Steeds meer aanbesteders lijken over te stappen op loting, ondanks weerstand in de markt.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder is van mening dat de klachten van de brancheorganisatie ongegrond verklaard dienen te worden.
- 4.2. Klachtonderdeel 1
- 4.2.1. Allereerst merkt aanbesteder op dat de termijn voor het stellen van vragen eindigde op 22 maart 2019. Eerst op 28 maart 2019 heeft de brancheorganisatie een aantal vragen ingediend. Deze vragen waren bovendien niet conform de voorgescreven procedure via de Vraag & Antwoordmodule van Negometrix gesteld, maar zijn per e-mail ingediend. Gegeven het feit dat de vragen niet tijdig en niet op een correcte wijze zijn ingediend, meent aanbesteder dat hij niet verplicht was deze vragen nog in behandeling te nemen. Aanbesteder heeft evenwel besloten om de vragen te beantwoorden, hetgeen is gebeurd op 2 april 2019 – zes dagen voor de uiterste termijn voor aanmelding – via de Vraag & Antwoordmodule.
- 4.2.2. Volgens de planning die is opgenomen in Negometrix zou aanbesteder uiterlijk op 29 maart 2019 om 16.00 uur de vragen beantwoorden. Nu de brancheorganisatie een dag daarvoor nog een aantal vragen heeft gesteld, kan het aanbesteder niet verweten worden dat de vragen pas na 29 maart 2019 zijn beantwoord. Bovendien stelt aanbesteder zich op het standpunt dat de Aanbestedingswet geen uiterlijke termijn voor het verstrekken van inlichtingen in de selectiefase geeft. Aanbesteder meent in beginsel dat hij dan ook niet gehouden was de termijn voor aanmelding te verlengen.
- 4.2.3. Ook is er naar de mening van aanbesteder geen sprake geweest van nieuwe informatie met betrekking tot het onderwerp "aanmelden", die zou moeten leiden tot

een verlenging van de termijn voor aanmelding. Hoewel de beantwoording van de vragen en de poging om meer duidelijkheid te creëren wellicht wat rommelig was, kan naar het oordeel van de aanbestedende dienst niet gesteld worden dat er sprake is van een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden voor wat betreft de aanmelding. Immers, met het antwoord op vraag 91 in de nota van inlichtingen van 2 april 2019 wordt bevestigd dat het eerder gegeven antwoord op 19 maart 2019 correct is en dat een onderneming derhalve meerdere malen een aanmelding mag indienen. De verwarring die mogelijk gecreëerd is met de tegenstrijdige antwoorden van 29 maart 2019 om 13:58 uur is opgeheven met het antwoord van 2 april 2019 en is derhalve van dermate korte duur geweest (2 werkdagen) dat dit geen grote impact heeft kunnen hebben op de keuzes die gegadigden hebben gemaakt bij het zoeken naar een geschikte samenwerkingspartner.

4.3. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder is verder van oordeel dat loting als selectiemethode niet disproportioneel is en herhaalt in wezen het standpunt van zijn klachtenmeldpunt (zie 1.13 hiervoor).

5. **Beoordeling**

5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 7 maart 2019 een Europese niet-openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor ontwerpdiensten van een team van een architect en een constructief adviseur voor de renovatie/nieuwbouw van een gebouw van aanbesteder. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (1^e herziene versie van 1 juli 2016).

5.2. Klachtonderdeel 1

5.2.1. Alvorens dit klachtonderdeel te behandelen, zal de Commissie eerst het toetsingskader daarvan weergeven.

5.2.2. Artikel 1.10, lid 1, Aw 2012 bepaalt:

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

5.2.3. Op grond van artikel 1.10, lid 2, sub e, Aw 2012 moet de aanbestedende dienst hierbij in ieder geval ook acht slaan op de te stellen termijnen.

5.2.4. Artikel 2.70 Aw 2012 werkt het proportionaliteitsbeginsel voor de termijnen verder als volgt uit:

‘De aanbestedende dienst stelt de termijn voor het indienen van verzoeken tot deelneming of inschrijvingen vast met inachtneming van het voorwerp van de opdracht, de voor de voorbereiding van het verzoek of de inschrijving benodigde tijd en de in deze paragraaf gestelde regels omtrent termijnen.’

5.2.5. Artikel 2.73 Aw 2012 luidt als volgt:

‘1. Een aanbestedende dienst verlengt de termijnen voor het indienen van de inschrijvingen zodanig dat alle betrokken ondernemers van alle nodige informatie voor de opstelling van de inschrijvingen kennis kunnen nemen, indien:

(...)

c. de tijdig aangevraagde aanvullende informatie, die van betekenis is voor het opstellen van de inschrijvingen, niet uiterlijk tien dagen (...) voor de voor het indienen van de inschrijvingen gestelde termijn is verstrekt, of

d. de aanbestedingsstukken aanzienlijk gewijzigd zijn.

2. In de gevallen, bedoeld in het eerste lid, onderdelen c en d, dient de duur van de verlenging in redelijke verhouding te staan tot het belang van de informatie of wijziging.'

5.2.6. Hoewel artikel 2.73 Aw 2012 enkel spreekt over inschrijvingen, meent de Commissie dat het artikel reflexwerking heeft voor termijnen voor het indienen van verzoeken tot deelneming.

5.2.7. Voorschrift 3.6 van de Gids Proportionaliteit luidt:

'De aanbestedende dienst overweegt een langere termijn te hanteren dan de minimumtermijnen.'

5.2.8. In de toelichting bij dit voorschrift is onder meer vermeld:

'Wanneer een aanbestedende dienst de aanbestedingsstukken aanzienlijk wijzigt of relevante aanvullende informatie zoals aangevraagd niet tijdig verstrekt, dient de aanbestedende dienst de van toepassing zijnde termijnen te verlengen. De extra tijd is afhankelijk van de aard en de mate van de wijzigingen of de ontbrekende informatie en het effect daarvan op de opdracht. Ingrijpende aanpassingen ten aanzien van technische specificaties kunnen bijvoorbeeld aanleiding geven tot een aanzienlijke verlenging van de termijnen.'

5.3. De Commissie zal nu overgaan tot behandeling van klachtonderdeel 1.

5.3.1. Aanbesteder heeft het aanvankelijk aan de gegadigden gelaten om ook niet gecertificeerde projecten als referentie voor het voldoen aan de kerncompetentie duurzaamheid in te dienen als bewijs van 'kennis en ervaring met het gebruik van duurzame materialen, processen en oplossingen in relatie tot het ontwerp bij een gebouw met een minimale omvang van 2.500 m² BVO'. Desgevraagd heeft aanbestededer geantwoord dat het voldoen aan de betrokken geschiktheidseis 1.5.5 ook mag worden aangetoond met een BREEAM certificaat. Echter, kort voor de uiterste termijn voor aanmelding lijkt aanbestededer in het kader van deze eis een BREEAM certificaat - of een ander duurzaamheidscertificaat - verplicht te hebben gesteld als bewijs. Het klachtenmeldpunt van aanbestededer gaat er in elk geval vanuit dat de eis met het antwoord op vraag 92 (zie 1.9 en 1.13 hiervoor) in die zin is verzward.

5.3.2. Verder heeft aanbestededer kort voor de uiterste termijn voor aanmelding pas verduidelijkt dat een constructeur zich als onderaannemer aan meerdere architectenbureaus mag verbinden, terwijl daarover eerder onduidelijkheid bestond.

5.3.3. De Commissie gaat ervan uit dat deze wijzigingen c.q. verduidelijkingen in onderlinge samenhang - om de door de brancheorganisatie genoemde redenen (zie 3.1.2 en 3.1.4 hiervoor) - van (aanzienlijke) betekenis waren voor het opstellen van de verzoeken tot deelneming (vgl. naar analogie artikel 2.73 Aw 2012). Dat de aanvullende informatie door de brancheorganisatie is aangevraagd na het verstrijken van de termijn voor het stellen van vragen acht de Commissie in dat kader niet van belang.

5.3.4. De Commissie meent - in lijn met het oordeel van het klachtenmeldpunt van aanbestededer (zie 1.13 hiervoor) - dat aanzienlijke wijzigingen en verduidelijkingen

slechts toelaatbaar zijn indien zij tijdig aan alle gegadigden bekend worden gemaakt en aan gegadigden voldoende tijd wordt gegund om hun aanmelding aan te passen (vgl. Hof Den Haag 10 mei 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA5302, r.o. 2.5).

- 5.3.5. Aanbesteder heeft de vragen van de brancheorganisatie beantwoord op een zodanig tijdstip (om 16.23 uur op dinsdag 2 april 2019) dat na beantwoording nog slechts 3,5 werkdag resteerde tot het uiterste tijdstip van aanmelding (maandag 8 april 2019 om 12.00 uur). De beantwoording van die vragen bevatte nieuwe informatie die van aanzienlijk belang was voor het opstellen van de aanvragen tot deelneming. Door vervolgens elke termijnverlenging te weigeren, heeft aanbesteder gegadigden naar het oordeel van de Commissie onvoldoende tijd gegund om hun verzoek tot deelneming dientengevolge aan te passen en gehandeld in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.
- 5.4. De Commissie acht klachtonderdeel 1 gegrond.
- 5.5. Klachtonderdeel 2
 - 5.5.1. Alvorens zich uit te spreken over dit klachtonderdeel geeft de Commissie ook hiervan eerst het toetsingskader weer.
 - 5.5.2. De slotzin van overweging 93 van de considerans bij Richtlijn 2014/24/EU luidt:

'Gelet op de talrijke mogelijkheden om de prijs-kwaliteitsverhouding te beoordelen aan de hand van essentiële criteria, moet loting als enig middel voor de gunning van de opdracht worden vermeden.'
 - 5.5.3. De Commissie heeft in haar Adviezen 271 (overweging 5.5.11) en 529 (overweging 6.6.5) overwogen dat deze overweging lijkt te impliceren dat loting als methode om tot gunning van de opdracht te komen is toegestaan als onderdeel van een meeromvattende vergelijkende toets. Zij heeft daarbij echter opgemerkt dat de geciteerde overweging betrekking heeft op het bijzondere geval dat de beloning voor bepaalde diensten of de prijzen voor bepaalde leveringen in nationale wet- en regelgeving zijn vastgesteld (zie ook artikel 53 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG en overweging 92 in fine en artikel 67 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU). Tevens heeft de Commissie er in haar Advies 529 op gewezen dat in het vonnis van de rechtbank Den Haag van 12 december 2015 de voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat de toepasselijke wet- en regelgeving loting als methode om tot gunning van de opdracht te komen niet verbiedt als onderdeel van een meeromvattende vergelijkende toets, mits eerst de verplichte vergelijking op prijs- en kwaliteitscriteria heeft plaatsgevonden. Naar het oordeel van de rechter had de in die zaak gehanteerde beoordelingsmethodiek niet geleid tot gunning op basis van een vergelijkende beoordeling (ECLI:NL:RBDHA:2015:14662, JAAN 2016/53 m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 5.4-5.8). Aangezien in de zaak die het voorwerp was van Advies 529 een vergelijkende toets in het geheel geen deel uitmaakte van de gunningsmethode, heeft de Commissie in dat advies in het midden gelaten of en in hoeverre loting, als onderdeel van een meeromvattende vergelijkende toets, ook buiten het hiervoor genoemde bijzondere geval naar haar oordeel is toegestaan.
 - 5.5.4. De onderhavige klacht betreft evenwel de selectiefase van een Europese niet-openbare procedure.
 - 5.5.5. In artikel 1.10, lid 1 jo. lid 2, sub c en d, Aw 2012 is bepaald dat de inhoud van en het aantal te stellen geschiktheidseisen in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht.

5.5.6. Paragraaf 2.3.6.1 Aw 2012 ziet op de geschiktheidseisen. Ook artikel 2.90, lid 8, Aw 2012 bepaalt dat deze verband moeten houden met en in redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht.

5.5.7. Paragraaf 2.3.6.3 Aw 2012 (bestaande uit de artikelen 2.99 en 2.100) ziet op de selectie. Op grond van artikel 2.99, lid 1, Aw 2012 kan de aanbestedende dienst bij toepassing van de niet-openbare procedure het aantal gegadigden dat hij zal uitnodigen tot inschrijving beperken.

5.5.8. In artikel 2.100 Aw 2012 is in dat kader bepaald:

‘Bij de toepassing van artikel 2.99, eerste lid, beperkt de aanbestedende dienst het aantal gegadigden op een objectieve en niet-discriminerende wijze, met behulp van in de aankondiging vermelde regels of selectiecriteria en weging.’

5.5.9. In de memorie van toelichting bij artikel 2.100 Aw 2012 wordt een drietal procedures genoemd voor het selecteren van gegadigden (MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 86-87):

‘Dit artikel onderschrijft dat de selectie van de gegadigden moet plaatsvinden op basis een objectieve en non-discriminatoire wijze, met behulp van de in de aankondiging vermelde selectiecriteria en weging. Het is een nadere uitwerking van hetgeen in artikel 44, derde lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG is bepaald.

In de praktijk worden in de regel een drietal procedures onderscheiden bij het selecteren van gegadigden in het kader van een aanbestedingsprocedure. Deze procedures zijn: a. Minimumeisenprocedure. In dit geval nodigt de aanbestedende dienst ofwel alle geschikte gegadigden uit of vermindert hij door middel van loting het aantal gegadigden. b. Rangordeprocedure. Bij toepassing van deze procedure formuleert de aanbestedende dienst de eisen dusdanig dat objectieve wijze een relatieve volgorde in het aantal geschikte gegadigden kan worden aangebracht. De aanbestedende dienst selecteert uiteindelijk het aantal geschikte gegadigden dat overeenkomt met het aantal in de aankondiging. c. Nadere selectieprocedure. Bij toepassing van deze procedure nodigt de aanbestedende dienst alleen de ondernemers uit die voldoen aan de (minimum)geschiktheidseisen en die op basis van nadere selectiecriteria als (één) van de meest geschikte kandidaten moet worden aangemerkt.

De aanbestedende dienst is in beginsel vrij in de keuze van de selectieprocedure, met inachtneming van hetgeen is bepaald in dit artikel. Bij de Nadere selectieprocedure en de Rangordeprocedure kan selectie plaatsvinden door middel van een puntensystematiek, waarbij bij de aankondiging zal moeten worden vermeld op welke wijze de verschillende onderdelen, waarvoor punten behaald kunnen worden, getoetst zullen worden en de waardering daarvan.’

5.5.10. In Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit is het volgende bepaald:

‘De aanbestedende dienst stelt voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vast die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht.’

5.5.11. In de bij dit Voorschrift gegeven toelichting vermeldt de Gids onder meer het volgende:

‘Teveel en te specifieke kerncompetenties definiëren én daarbij vragen naar referenties per kerncompetentie zou weleens zoeken naar een schaap met vijf poten kunnen worden. Daardoor wordt de markt sterk verengd, hetgeen noch in het

belang van aanbestedende diensten noch in het belang van potentiële inschrijvers is. (...) Er dient een vertaling van kerncompetenties naar benodigde eisen van (technische) bekwaamheid plaats te vinden. Daarbij is het van belang dat niet meer van hetzelfde wordt gevraagd, omdat daarmee de kring van potentiële inschrijvers wel heel erg wordt verkleind. Waar het om gaat, is te zoeken naar al die ondernemingen die, al dan niet in meerdere verschillende soorten projecten, de benodigde ervaring hebben opgedaan.'

5.5.12. Een aanbestedende dienst mag in beginsel per kerncompetentie één referentie eisen (Voorschrift 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit). Voorts moet hij toestaan dat met één referentie wordt aangetoond dat aan meerdere kerncompetenties wordt voldaan. In beginsel mag hij geen combinatie van verschillende kerncompetenties in één referentie eisen. Daarmee wordt voorkomen dat de geschiktheidseisen er toe leiden dat (grote) ondernemingen met meer ervaring bevoorreed worden ten opzichte van zowel kleinere ondernemingen als nieuwe toetreders die eveneens geschikt zijn de opdracht uit te voeren (zie onder meer Advies 393, overweging 5.5; Advies 401, overweging 5.6; Advies 487, overweging 6.5.11 en Advies 523, overweging 5.4.9).

5.5.13. Bij complexe opdrachten of opdrachten tot het leveren van hoogwaardige dienstverlening kan, indien noodzakelijk, gemotiveerd van Voorschrift 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit worden afgeweken door meerdere referenties voor één kerncompetentie te eisen. Ook kan ervaring met meerdere kerncompetenties in één referentieproject noodzakelijk zijn en daarom als geschiktheidseis worden gesteld (Advies 393, overweging 5.6; Advies 401, overweging 5.7; Advies 487, overweging 6.5.12 en Advies 523, overweging 5.4.10).

5.5.14. De Commissie is van oordeel dat, hoewel in de opsomming van artikel 1.10, lid 2, Aw 2012 geen melding wordt gemaakt van selectiecriteria, de Voorschriften 3.5 F en 3.5 G van de Gids Proportionaliteit ook van toepassing zijn op de met inachtneming van artikel 2.100 Aw 2012 toe te passen selectiecriteria (zie onder meer Advies 52, overweging 5.3.6; Advies 393, overweging 5.3.6; Advies 401, overweging 5.3.6; Advies 487, overweging 6.5.7 en Advies 523, overweging 5.4.11). In de eerste plaats is het immers zo dat artikel 1.10, lid 2, Aw 2012 geen limitatieve opsomming behelst en in ieder geval in lid 2 sub c en sub d een verwijzing naar geschiktheidseisen bevat. In het verlengde daarvan volgt uit de inhoud van paragraaf 3.5.3 van de Gids ("Selectiecriteria") dat de Gids ook van toepassing is op selectiecriteria. Op p. 50 van de Gids is immers bepaald:

'De selectiecriteria kunnen inhoudelijk in beginsel vergelijkbaar zijn met de geschiktheidseisen zoals deze bij een openbare procedure worden gesteld. Op de diverse mogelijkheden voor het stellen van geschiktheidseisen is ingegaan in §3.5.2.'

5.5.15. De laatstgenoemde paragraaf bevat de (toelichting op de) Voorschriften 3.5 F en 3.5 G.

5.5.16. Paragraaf 3.5.3 Gids Proportionaliteit ("Selectiecriteria") vermeldt op p. 51 nog het volgende:

'Evenals bij het stellen van geschiktheidseisen is het niet verplicht om selectiecriteria toe te passen. Een aanbestedende dienst zal vooraf moeten bepalen of er een reden is om het aantal inschrijvingen tot een bepaald maximum te beperken. Bedacht dient te worden, dat alle ondernemingen die in de eerste fase aan de geschiktheidseisen hebben voldaan, in principe geschikt zijn om de opdracht uit te voeren. Het is dan ook van groot belang, om het stellen van selectiecriteria goed en zorgvuldig te overwegen. (...)

(...) Ranking op basis van (...) omvang of aantal van referenties (...) is daarbij niet aan te bevelen, immers meer is niet altijd beter.'

- 5.5.17. Indien een aanbestedende dienst kiest voor een niet-openbare procedure, ziet de Commissie mogelijkheden voor het hanteren van selectiecriteria die zien op competenties die geen kerncompetenties zijn. Het betreft wensen die niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht, maar wel meerwaarde bieden voor de aanbestedende dienst. In het licht van de ratio van de Gids Proportionaliteit is het echter niet toegestaan om in het kader van de nadere selectie meer referenties per (kern)competentie beter te laten scoren. Hetzelfde geldt voor het toekennen van een hogere score aan een combinatie van (kern)competenties. Anders dan bij het hanteren van geschiktheidseisen wordt de toegang tot de opdracht voor een onderneming die niet aan de selectiecriteria kan voldoen, op zich niet geblokkeerd. Op deze wijze worden echter (grote) ondernemingen met meer ervaring bevoordeeld ten opzichte van zowel kleinere ondernemingen als nieuwe toetreders die eveneens geschikt zijn de opdracht uit te voeren. Hoewel het niet is uitgesloten dat deze selectiesystematiek Europees aanbestedingsrechtelijk is toegestaan, omdat zij op zich voldoende verband zou kunnen houden met het voorwerp van de opdracht in de zin van artikel 1.10 Aw 2012, is een dergelijke systematiek niet in overeenstemming met de ratio van de Gids Proportionaliteit: de nationale wetgever heeft met die Gids – in aanvulling op de doelstellingen van het Europees aanbestedingsrecht – ook nationale beleidsdoelen willen dienen, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan een verbetering van de toegang van het midden- en kleinbedrijf tot de aanbestede opdracht (zie onder meer Advies 393, overweging 5.7; Advies 401, overweging 5.8, Advies 487, overwegingen 6.5.13 en 6.5.14 en Advies 523, overweging 5.4.14).
- 5.5.18. Aanbestedende diensten moeten voorgaande voorschriften van de Gids Proportionaliteit op grond van artikel 1.10, lid 4, Aw 2012 toepassen of afwijking daarvan motiveren in de aanbestedingsstukken.
- 5.6. De Commissie zal hierna overgaan tot beoordeling van klachtonderdeel 2 op basis van het hiervoor uiteengezette toetsingskader.
- 5.6.1. Tussen partijen staat niet ter discussie dat loting in een Europese niet-openbare procedure als selectiemethodiek in beginsel mogelijk is. De brancheorganisatie meent evenwel dat dit niet betekent dat loting altijd proportioneel is. Zij wijst erop dat de aanbestedingsregels het primaat leggen bij mededinging en de mogelijkheid voor ondernemers zich te onderscheiden van hun concurrenten en stelt dat dit de ratio is die voortvloeit uit jurisprudentie, waaruit volgt dat loting als gunningsmethodiek in principe niet toelaatbaar is. Aanbesteder meent, in navolging van het klachtenmeldpunt, dat loting niet disproportioneel is en dat hij daartoe bevoegd is.
- 5.6.2. Uit de memorie van toelichting bij artikel 2.100 Aw 2012 blijkt (zie 5.5.9 hiervoor) dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is in de keuze van de selectieprocedure. Hij dient daarbij wel het bepaalde in artikel 2.100 Aw 2012 in acht te nemen, hetgeen betekent dat de beperking van het aantal gegadigden op een objectieve en niet-discriminerende wijze moet geschieden. Dit was niet het geval in een aanbesteding die het voorwerp was van de uitspraak van V.zr. Rb. Gelderland 22 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1042 (zie r.o. 4.3 - 4.17).
- 5.6.3. Loting als selectiemethodiek in een Europese niet-openbare procedure is derhalve in beginsel toegestaan. Het staat een aanbestedende dienst in beginsel vrij voor loting als selectiemethodiek te kiezen. Er is niet gesteld of gebleken dat de loting op discriminerende wijze of niet op objectieve wijze is ingericht. Verder acht de Commissie de keuze voor loting in het onderhavige geval niet disproportioneel.

- 5.7. De Commissie acht klachtonderdeel 2 dan ook ongegrond.
- 5.8. Of loting de meest wenselijke en doelmatige manier van selectie van gegadigden is, is een andere kwestie. Daarover overweegt de Commissie ten overvloede het volgende.
- 5.8.1. De Commissie heeft in haar Adviezen 393 en 401 een uitvoerige aanbeveling opgenomen met daarin aandachtspunten voor de afweging die een aanbestedende dienst moet maken in verband met de keuze voor een (Europese of nationale) openbare of niet-openbare procedure.
- 5.8.2. Een belangrijk onderdeel uit die aanbeveling is het volgende:
- ‘Wanneer een aanbestedende dienst, al dan niet met behulp van een marktverkenning, deze afweging maakt, dient hij zich te realiseren dat de openbare procedure als voordeel heeft dat de gunningsfase betere mogelijkheden biedt dan de selectiefase om tot een ranking van de verschillende inschrijvers op basis van hun inschrijvingen te komen. Het risico bij een onvoldoende doordachte keuze voor de niet-openbare procedure is dat in de selectiefase geschikte gegadigden afvallen die in de gunningsfase mogelijk de economisch meest voordelige aanbieder zouden hebben kunnen doen. Het voorgaande laat onverlet dat hoge transactiekosten voor de inschrijvers en de aanbestedende dienst in combinatie met een hoog aantal potentiële inschrijvers – gebaseerd op inschattingen die in het kader van een marktverkenning worden gemaakt – zeker een reden kunnen zijn om te kiezen voor de niet-openbare aanbestedingsprocedure waarbij het aantal geschikte inschrijvers dat wordt uitgenodigd tot het indienen van een inschrijving wordt beperkt.’
- 5.8.3. Onder meer heeft de Commissie er verder in die aanbeveling op gewezen dat een aanbestedende dienst bij de keuze voor een niet-openbare procedure overeenkomstig artikel 1.6 Aw 2012 moet trachten de extra transactiekosten die met de afzonderlijke selectiefase gemoeid zijn voor de gegadigden zo beperkt mogelijk te houden. Een systematiek die eenvoudig te doorgronden is en beperkte inspanningen van de gegadigden vraagt verdient in dat kader de voorkeur. Ook heeft de Commissie aangegeven dat loting onder de gegadigden die aan de geschiktheidseisen voldoen een andere mogelijkheid is om in de selectiefase het aantal gegadigden terug te brengen.
- 5.8.4. In Advies 487 heeft de Commissie aanbevolen om bij de opzet van de inkoop uit te gaan van de systematiek waarop de Aanbestedingswet is gebaseerd en een duidelijk onderscheid te maken tussen geschiktheidseisen en selectiecriteria. Tevens beveelt zij aan om ervaring met kerncompetenties uit te vragen door middel van geschiktheidseisen. In dat kader kan worden vereist dat een bepaald minimum aan punten voor de kerncompetenties afzonderlijk moet worden behaald. Ook kan worden vereist dat een bepaald minimum aantal punten voor de kerncompetenties tezamen wordt behaald. Een nadere selectie zou vervolgens kunnen worden aangebracht op basis van de puntenscore voor deze kerncompetenties boven het vereiste basisniveau. Dit betreft dan een selectie criterium.
- 5.8.5. De Commissie kan zich voorstellen dat het voor aanbestedende diensten lastig is een balans te vinden tussen het niveau van de geschiktheidseisen met verlangde kerncompetenties en beperking van het aantal gegadigden hetzij via (kwalitatieve) selectiecriteria hetzij via een loting. Vindt al een strenge schifting plaats via de geschiktheidseisen, dan kan een loting passend en doelmatig zijn. Zijn de geschiktheidseisen daarentegen basaal, dan zal er ruimte resteren voor kwalitatieve

differentiatie via selectiecriteria. Maar veel zal ook afhangen van het type en de complexiteit van de opdracht en het karakter van de markt.

- 5.8.6. Als sprake is van een homogene markt met veel aanbieders die allemaal min of meer even geschikt zijn om de opdracht uit te voeren, dan kan een loting een goede keus zijn. Wanneer er wel relevante verschillen in geschiktheid tussen de aanbieders zijn, ligt loting als selectiemiddel minder voor de hand (vgl. ook T.H. Chen, 'Hoe minimaliseer je de kans op een loting?', *Tender Nieuwsbrief*, juni 2020, p. 3 en 8).
- 5.9. Per saldo meent de Commissie dat van geval tot geval zal moeten worden bepaald, al dan niet na een marktverkenning of marktconsultatie, welke ruimte er nog is voor kwalitatieve differentiatie voor in beginsel geschikte, potentiële gegadigden, gelet op het karakter van de opdracht (standaard, complex, wel of geen hoogwaardige dienstverlening) en het niveau van de geschiktheidseisen.
 - 5.9.1. Bij een groot aantal, in beginsel even geschikte gegadigden en een niet-complexe of standaardopdracht is loting naar het oordeel van de Commissie een geschikte en doelmatige selectiemethodiek.
 - 5.9.2. Is evenwel sprake van een complexe opdracht en/of hoogwaardige dienstverlening en van potentiële gegadigden die zich, boven een minimum geschiktheidsniveau, nog verder kwalitatief zouden kunnen onderscheiden in technische bekwaamheid, dan lijkt het ondoelmatig om na bepaling van de kwalitatieve geschiktheid loting tussen hen toe te passen. Immers, een gegadigde die 'met de hakken over de sloot' aan de minimum geschiktheidseisen voldoet, heeft dan evenveel kans te worden uitgenodigd tot inschrijving als een gegadigde die 'veel meer in huis heeft' en daardoor mogelijk ook een kwalitatief betere (mogelijk zelfs de economisch meest voordelige) aanbidding zou kunnen doen.
 - 5.9.3. Bij een complexe opdracht en/of hoogwaardige dienstverlening waarin van gegadigden wordt verlangd dat zij beschikken over een aanzienlijk aantal essentiële kerncompetenties, kan de Commissie zich voorstellen dat er tussen de geschikte gegadigden geen relevante verschillen meer bestaan in geschiktheid. In zo'n geval is loting als selectiemiddel een begrijpelijke keuze.
 - 5.9.4. In het onderhavige geval heeft aanbesteder zeven naar zijn mening voor de opdracht essentiële kerncompetenties bepaald (zie 1.3 hiervoor). De brancheorganisatie heeft daarvan gesteld dat de geformuleerde geschiktheidseisen, het aantal en de specificiteit daarvan dusdanig zijn dat kleine ondernemingen voortijdig afhaken en dat het zelfs voor grote ondernemingen ondoenlijk is om zich zelfstandig te kwalificeren. Ook heeft zij aangegeven dat gegadigden al tegen een behoorlijke administratieve last oplopen om aan te tonen dat zij aan de geschiktheidseisen voldoen. In deze specifieke situatie is het volgens de brancheorganisatie onredelijk om de definitieve selectie over te laten aan toeval. Gezien de gevraagde voorinvestering, willen gegadigden de gelegenheid hebben om zich te kunnen onderscheiden op kwaliteit (zie 1.12 en 3.2.3 hiervoor).
 - 5.9.5. De Commissie gaat er veronderstellenderwijs vanuit dat de gevraagde kerncompetenties en geschiktheidseisen in het onderhavige geval helder waren en als zodanig geen blokkade hoefden te vormen voor de toegang tot de opdracht. Uitgaande van als zodanig transparante en proportionele geschiktheidseisen in het kader van een complexe opdracht, komt het de Commissie op basis van de in 5.9.4 hiervoor genoemde stellingen van de brancheorganisatie voor dat er in het onderhavige geval weinig ruimte resteerde voor verdere kwalitatieve differentiatie voor degenen die de horde van de geschiktheidseisen hebben kunnen nemen. De keuze voor loting lijkt daarmee in het onderhavige geval doelmatig.

6. Advies

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

7. Aanbeveling

- 7.1. De Commissie beveelt aanbestede aan, in navolging van het advies van het klachtenmeldpunt van aanbestede, om in toekomstige aanbestedingen de brancheorganisatie uit te nodigen om mee te denken over de invulling van de nadere selectiecriteria.
- 7.2. Meer in het algemeen beveelt de Commissie aanbestedende diensten aan om met brancheorganisaties om tafel te gaan om mee te denken over de invulling, niet alleen van selectiecriteria, maar ook van kerncompetenties en geschiktheidseisen.

Den Haag, 24 september 2020

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid