

## **Advies 541 | Samenvatting**

De klacht ziet op een Europese prijsvraagprocedure in twee rondes betreffende het ontwerpen van bedrijfshuisvesting voor de aanbesteder. De eerste ronde heeft tot doel maximaal vier deelnemers te selecteren. De tweede ronde heeft tot doel één winnaar en een 'runner-up' te selecteren. Aanbesteder heeft de intentie om het winnende ontwerp te laten realiseren en de winnaar van de procedure in dat kader een "vervolgopdracht" te geven.

De brancheorganisatie heeft een klacht ingediend, bestaande uit vijf klachtonderdelen.

### **Klachtonderdeel 1**

Kern van klachtonderdeel 1 is dat de brancheorganisatie de keuze voor de procedure niet proportioneel vindt. Nu er in de architectenbranche veel potentiële deelnemers zijn, acht de Commissie het een goede keuze dat de aanbesteder in de eerste ronde een prekwalificatie uitvoert. De aanbesteder heeft in deze eerste ronde echter niet alleen geschiktheidseisen gesteld, maar bovendien – de facto bij wijze van selectiecriteria – visies in tekst en beeld gevraagd die worden beoordeeld. Door in het kader van de eerste ronde van de deelnemers al een visie te vragen, moeten alle deelnemers in het kader van de prekwalificatie inspanningen leveren en kosten maken voor het opstellen van die visie, hetgeen kan worden aangemerkt als een begin van de uitvoering van de opdracht. Naar het oordeel van de Commissie wijkt de aanbesteder daarmee af van Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit. De motivering die de aanbesteder daarvoor geeft, kan zijn beslissing voor deze wijze van aanbesteden naar het oordeel van de Commissie niet dragen. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond.

### **Klachtonderdeel 2**

De brancheorganisatie klaagt in het tweede klachtonderdeel dat de verzekerings-eis niet proportioneel is omdat de aard en omvang en het risicoprofiel van de vervolgoopdracht ten tijde van de tweede ronde nog niet vaststaan. Uit de aanbestedingsstukken leidt de Commissie af dat de aard en omvang van de vervolgoopdracht ten tijde van in ieder geval de eerste ronde van de onderhavige procedure nog onbekend zijn. Zelfs is nog onbekend of aanbesteder de opdrachtgever van die vervolgoopdracht zal zijn. Het stellen van concrete – en hogere dan de gebruikelijke – verzekerings-eisen op het moment dat de aard en omvang van de vervolgoopdracht en de daarbij behorende risico's nog niet bekend zijn, acht de Commissie niet proportioneel. De Commissie acht klachtonderdeel 2 dan ook gegrond.

### **Klachtonderdeel 3**

De brancheorganisatie acht de eis dat het referentieproject binnen de afgelopen 10 jaar moet zijn opgeleverd disproportioneel. De Commissie waardeert het dat de aanbesteder op basis van artikel 2.93, lid 4, Aw 2012 een ruime termijn hanteert voor deze ervaringseisen. Dat verruimt de mogelijkheid om aan deze procedure deel te nemen.

De onderhavige vervolgoopdracht heeft betrekking op het verrichten van ontwerpwerkzaamheden, al dan niet met bouwbegeleiding. De vervolgoopdracht heeft geen betrekking op het uitvoeren (en opleveren) van een bouwwerk conform het

vervaardigde ontwerp. Voor zover de aanbesteder de referentie-eisen heeft gesteld vanuit de gedachte dat pas na oplevering van een bouwwerk kan worden vastgesteld of de ontwerpwerkzaamheden zijn verricht met inachtneming van de daaraan te stellen kwaliteitseisen, kan de Commissie de aanbesteder daarin niet volgen. Reeds op basis van de verlening van de voor de opzet en het gebruik van het bouwwerk benodigde vergunning(en) kan worden vastgesteld dat het ontwerp van een referentieproject in beginsel voldoet aan een aantal belangrijke kwaliteitseisen. Ook overigens is het zo dat – anders dan kan blijken uit de voor de opzet en het gebruik van het bouwwerk verleende vergunning(en) – de uitvoering en oplevering van een bouwwerk slechts ten dele een indicatie vormen voor de kwaliteit van de ontwerpwerkzaamheden. De uitvoering en oplevering zullen immers tevens afhankelijk zijn van tal van andere belangrijke factoren waarop de architect geen invloed kan uitoefenen in gevallen waarin zijn opdracht is beperkt tot het verrichten van ontwerpwerkzaamheden. De Commissie is alles afwegende dan ook van oordeel dat de ervaringseis dat het referentieproject binnen een periode van 10 jaar vóór aanbesteding moet zijn opgeleverd niet proportioneel is in geval van een procedure als de onderhavige. Daarmee acht de Commissie ook klachtonderdeel 3 gegrond.

#### **Klachtonderdeel 4**

De brancheorganisatie klaagt dat de aanbesteder naar te specifieke tevredenheidsverklaringen vraagt en dat dat niet proportioneel is. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de eisen die de aanbesteder aan de tevredenheidsverklaringen stelt op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat uit de tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever moet blijken dat het referentieproject aan de door aanbesteder in het reglement genoemde aspecten voldoet. Nu het advies van het klachtenmeldpunt niet tot de aanbestedingsstukken behoort, is de visie van het klachtenmeldpunt ter zake niet relevant voor de uitleg van de aanbestedingsstukken. De Commissie is van oordeel dat het niet proportioneel is om van de deelnemers te vragen om tevredenheidsverklaringen van de opdrachtgevers van de referentieprojecten in te dienen waaruit blijkt dat aan de door aanbesteder gestelde specifieke voorwaarden wordt voldaan. Dat geldt eens te meer nu referentieprojecten over een periode van 10 jaar mogen worden ingediend. Het is ook mogelijk om op een voor de deelnemers en hun voormalige opdrachtgevers minder belastende wijze bewijs te vragen dat aan de ervaringseisen wordt voldaan. Daarmee acht de Commissie ook klachtonderdeel 4 gegrond.

#### **Klachtonderdeel 5**

Volgens de brancheorganisatie is onvoldoende transparant van welke persoonlijkheidsrechten de winnaar en de runner-up afstand moeten doen. Ook acht de brancheorganisatie het niet proportioneel om voor de runner-up dezelfde eisen te hanteren ten aanzien van de overdracht van intellectuele eigendomsrechten en het afstand doen van persoonlijkheidsrechten.

Allereerst heeft de Commissie beoordeeld of de gestelde eisen voldoende transparant zijn. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de eisen die de aanbesteder op het punt van de intellectuele eigendomsrechten en persoonlijkheidsrechten stelt op basis van de aanbestedingsstukken op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat zowel de winnaar als de runner-up alle (aanspraken op) intellectuele eigendomsrechten met betrekking tot enig resultaat uit de overeenkomst moeten overdragen aan de aanbesteder en dat zij, voor zover mogelijk, ook afstand moeten doen van eventuele persoonlijkheidsrechten op in het kader van de overeenkomst tot stand gebrachte auteursrechtelijke werken. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 5 ongegrond, voor zover is geklaagd dat onvoldoende transparant is van welke persoonlijkheidsrechten de winnaar en de runner-up afstand moeten doen.

Vervolgens heeft de Commissie onderzocht of het proportioneel is om voor de runner-up dezelfde eisen te hanteren ten aanzien van de overdracht van intellectuele eigendomsrechten en het afstand doen van persoonlijkheidsrechten als voor de winnaar. Net als de winnaar moet ook de runner-up al zijn intellectuele eigendomsrechten overdragen en, voor zover mogelijk, afstand doen van zijn persoonlijkheidsrechten, terwijl hij de opdracht mogelijk niet krijgt. Van de overige twee deelnemers aan de tweede ronde wordt dat niet gevraagd. Aanbesteder heeft niet duidelijk gemaakt waarom hij het nodig vindt dat de runner-up zijn intellectuele eigendomsrechten bij voorbaat overdraagt en, voor zover mogelijk, afstand doet van zijn persoonlijkheidsrechten in de situatie dat hij de vervolgoopdracht niet gegund krijgt. De Commissie acht de eis in zoverre dan ook disproportioneel. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 5 gegrond, voor zover is geklaagd dat het niet proportioneel is om voor de runner-up dezelfde eisen te hanteren ten aanzien van de overdracht van intellectuele eigendomsrechten en het afstand doen van persoonlijkheidsrechten als voor de winnaar.

Ten overvloede merkt de Commissie het volgende op. In zijn klacht bij de aanbesteder heeft de brancheorganisatie ook geklaagd dat het niet proportioneel is om volledige overdracht van de auteursrechten te vragen. De brancheorganisatie heeft in dat kader gewezen op de mogelijkheid van een (uitgebreide) licentie. De aanbesteder heeft niet duidelijk gemaakt waarom een (uitgebreide) licentie niet zou volstaan. Mede in het licht van paragraaf 3.9.12 van de Gids Proportionaliteit vraagt de Commissie zich af of het eisen van de volledige overdracht van de intellectuele eigendomsrechten in dit geval proportioneel is. Omdat daarover in de klachtprocedure bij de Commissie niet meer is geklaagd, gaat de Commissie hier niet verder op in.

### **Aanbeveling**

De Commissie beveelt de wetgever aan om – in het licht van artikel 80, lid 1, van Richtlijn 2014/24/EU – te verduidelijken welke artikelen van deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 op een Europese prijsvraagprocedure van toepassing zijn.

**Advies 541**

**1. Feiten**

1.1. Aanbesteder heeft op 24 april 2019 een Europese aankondiging gedaan voor een prijsvraag voor het ontwerpen van bedrijfshuisvesting voor aanbesteder.

1.2. In de aankondiging is het volgende opgenomen:

(...)

**II.2.4) Beschrijving van de aanbesteding:**

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

Het [Kantoor van Aanbesteder] voldoet niet meer aan de huidige eisen en zeker niet aan de eisen van de toekomst. Daarom maakt het [Kantoor van Aanbesteder] plaats voor woningbouw en verhuist meer naar het oosten in het perspectief van de grotere gebiedsontwikkeling (...). Hierdoor ontstaan zowel kansen voor de binnenstad als voor een [nieuwe bedrijfshuisvesting voor Aanbesteder en Regio]. [Deze nieuwe bedrijfshuisvesting], met 20.000 m2 bvo, moet plaats gaan bieden aan een deel van de (...) organisatie van [Aanbesteder] en de [Regio], [Marketing/VVV van Aanbesteder] en de [Bibliotheek].

[Aanbesteder] heeft de intentie om het winnende ontwerp te realiseren en de winnaar van de prijsvraag daarbij gedurende het hele proces te betrekken.

(...)

**Afdeling IV: Procedure**

(...)

**IV.1.2) Type prijsvraag**

Niet-openbaar

Aantal te overwegen deelnemers: 4

(...)

**IV.1.9) Criteria voor de beoordeling van ontwerpen:**

Criterium: Integrale totaalbeoordeling

Weging: 100

**IV.3) Prijzen en jury**

(...)

**IV.3.2) Nadere gegevens inzake vergoedingen aan alle deelnemers:**

De uitschrijver stelt een tegemoetkoming in de kosten van € 50.000 excl. de door de uitschrijver te vergoeden btw ter beschikking aan elk van de maximaal vier deelnemers aan de tweede ronde.

#### **IV.3.3) Vervolgopdrachten**

Dienstenovereenkomsten naar aanleiding van de prijsvraag worden aan de winnaar of winnaars van de prijsvraag gegund: ja

#### **IV.3.4) Beslissing van de jury**

De beslissing van de jury is bindend voor de aanbestedende dienst/instantie: ja

(...)'.

- 1.3. In het Reglement Prijsvraag [Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] van 24 april 2019 is, onder meer, het volgende bepaald:

(...)

#### **VOORAF**

(...)

#### **Doelstellingen**

De doelstellingen van de prijsvraag zijn:

- Een architectonische verkenning voor een daadwerkelijk te realiseren [bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] in het vervolg op de prijsvraag;
- Het verkrijgen van waardevolle inzichten over de inrichting van de omliggende openbare ruimte;
- Het verkrijgen van nadere inzichten die mogelijk waardevol kunnen zijn voor de grotere gebiedsontwikkeling;
- Het verkrijgen van visies op de opgave van zoveel mogelijk deelnemers;
- Het bereiken van draagvlak onder alle belanghebbenden en het genereren van publieke betrokkenheid;
- Het selecteren van één ontwerp.

#### **Procedure**

Deze prijsvraag is uitgeschreven onder de naam Prijsvraag [Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio]. De procedure betreft een Europese prijsvraag in twee rondes. Voor deze procedure is gekozen om de kosten voor alle partijen zo laag mogelijk te houden en aan zoveel mogelijk ontwerpers kansen te bieden door de deelnamevoorwaarden bewust zo beperkt mogelijk te houden.

## Schematisch overzicht procedure

### PRIJSVRAAG 1E RONDE



**UITSLUITING**

### PRIJSVRAAG 2E RONDE



#### Prijsvraag

De eerste ronde van de prijsvraag heeft het karakter van een ideeënprprijsvraag, waarin de deelnemers wordt gevraagd om een beknopte visie op de opgave. Hiernaast moet men aantonen of wordt voldaan aan de door de uitschrijver gestelde voorwaarden voor deelname. Deelnemers die niet zelfstandig aan deze voorwaarden kunnen voldoen, kunnen een samenwerking aangaan met anderen.

Uit de inzendingen selecteert een onafhankelijke vakjury maximaal vier inzendingen die als beste beoordeeld worden en brengt hierover advies uit aan de uitschrijver.

De inzenders van de geselecteerde visies worden door de uitschrijver uitgenodigd voor deelname aan de tweede ronde, waarin aan hen gevraagd wordt hun visie nader uit te werken tot een structuurontwerp met financiële onderbouwing, een eenvoudige maquette en een filmpje. Uit deze inzendingen selecteert de jury een winnend ontwerp en een runner-up. [Aanbesteder] stelt een tegemoetkoming in de kosten van € 50.000 exclusief BTW ter beschikking aan elk van de maximaal vier deelnemers aan de tweede ronde, mits een geldige inzending is gedaan.

#### Vervolg

[Aanbesteder] heeft de intentie om het winnende ontwerp uit te laten voeren en de winnaar van de prijsvraag daarbij tijdens het hele proces te betrekken.

#### Reglement

Het reglement is opgesteld aan de hand van KOMPASLightPrijsvragen. Het bepaalde in dit reglement (inclusief de bijlagen) is bindend voor alle partijen: de uitschrijver, de deelnemers en de beoordelaars. Dit reglement beschrijft de eerste ronde van de prijsvraag. De deelnemers aan de tweede ronde ontvangen aanvullende informatie. Deze informatie zal niet strijdig zijn met dit reglement. Het reglement voldoet aan de Europese aanbestedingsregelgeving. De prijsvraag is aangekondigd op TenderNed.

(...)

## **2. AMBITIES EN CONTEXT**

(...) het reglement van de prijsvraag wordt in mei nog besproken met [een onderdeel van Aanbesteder]. Dit kan aanleiding zijn voor nadere richtlijnen. (...)

## **3. OPGAVE**

### **3.1 Kern van de opgave**

Gevraagd wordt om een architectonisch ontwerp voor [de Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio], voor het parkeerprogramma en voor het aanvullend commercieel programma. Een voorstel voor de herinrichting van de openbare ruimte rondom [de nieuwe Bedrijfshuisvesting], inclusief een bushalte, maakt onderdeel uit van de opgave.

(...)

#### **Duurzaamheid en circulariteit**

Duurzaamheid en circulariteit maken integraal onderdeel uit van de ontwerp- en de bouwopgave. Om de integraliteit te borgen, wordt als richtlijn de Breeam systematiek gebruikt, waarbij de ambitie op tenminste excellent (vier sterren) gesteld wordt. Additioneel wordt de circulariteit in het ontwerp beoordeeld. Certificering is vooralsnog niet aan de orde, maar mocht de uitschrijver gedurende het proces hiertoe anders besluiten dan moet dit mogelijk zijn. Onze kernthema's zijn energie (minimaal energie neutraal), circulariteit, klimaatadaptatie en natuur inclusief.

#### **Indicatief budget realisatie**

[Aanbesteder] stuurt op jaarlijkse overall exploitatiebedragen. De gebouwinvesteringen dienen integraal te worden afgewogen ten opzichte van de prestaties op de lange termijn. Inzichtelijkheid in total cost of ownership wordt gecreëerd via Life Cycle Costing (LCC) in de tweede ronde.

(...)

## **4. VOORWAARDEN**

(...)

### **4.1 Voorwaarden voor deelname**

Deelname aan deze prijsvraag staat open voor architecten, stedenbouwkundigen, landschapsarchitecten en interieurarchitecten (verder 'ontwerper' genoemd), die zijn ingeschreven in het Nederlands Architectenregister, dan wel een vergelijkbaar buitenlands register.

(...)

### **4.3 Geschiktheidseisen**

Inzendingen voor de prijsvraag worden getoetst op geschiktheidseisen voor de opgave. Hieronder worden geschiktheidseisen benoemd voor (1) financieel-economische bekwaamheid en (2) technische bekwaamheid.

#### **Financiële geschiktheidseisen**

De winnende ontwerper dient voor de vervolgopdracht na de prijsvraag te voldoen aan de volgende verzekeringsvereisten:

### *Passende beroepsaansprakelijkheidsverzekering*

De ontwerper die wordt geselecteerd voor de vervolgoopdracht (opdrachtnemer) dient bij aanvang van deze opdracht en tijdens de looptijd daarvan, minimaal de volgende verzekeringen met genoemde verzekerde sommen en eigen risico's te hebben afgesloten:

- een verzekering voor de **algemene aansprakelijkheid** met minimaal een dekking van € 2.500.000,- per gebeurtenis (ongeacht het aantal gebeurtenissen) en met een maximum van € 5.000.000,- per jaar. Het eigen risico bedraagt hierbij maximaal € 10.000,- per gebeurtenis.
- een verzekering voor de **beroepsaansprakelijkheid** met minimaal een dekking van € 5.000.000,- per gebeurtenis (ongeacht het aantal gebeurtenissen) met een maximum van € 10.000.000,- per jaar. Het eigen risico bedraagt hierbij maximaal € 10.000,- per gebeurtenis.

De aansprakelijkheid van de opdrachtnemer wordt hierdoor beperkt conform bovengenoemde verzekerde bedragen en geldt voor alle schades. De opdrachtnemer zal op verzoek een afschrift van de polis van de door hem afgesloten verzekering aan de opdrachtgever verstrekken.

Als [Aanbesteder] besluit om een **ontwerprisicoverzekering** af te sluiten dient de opdrachtnemer:

- alle medewerking te verlenen aan de verzekeringmaatschappij en/of de door haar ingeschakelde expert(s) bij het vaststellen van voor de schadeafwikkeling belangrijke feiten;
- alle inlichtingen en bescheiden, die voor de verzekeringsmaatschappij van belang zijn om haar uitkeringsplicht te beoordelen, binnen redelijke termijn aan de verzekeringsmaatschappij verstrekken.

In het UEA-formulier dient de deelnemer aan te geven of hij/zij hieraan kan voldoen.

### ***Technische geschiktheidseisen***

#### *Kerncompetenties*

De deelnemer beschikt over onderstaande kerncompetenties, die met maximaal drie referentieprojecten worden aangetoond. Indien de deelnemer niet zelfstandig over deze competenties beschikt, kan hij of zij een samenwerking aangaan om hieraan alsnog te voldoen.

- A. Aantoonbare ervaring met het ontwerp tot en met de realisatie van een multifunctioneel utiliteitsgebouw in binnenstedelijk gebied,
- met een omvang van minimaal 9.000 m<sup>2</sup> bruto vloeroppervlak (BVO);
  - binnen een periode van 10 jaar voorafgaand aan de datum van aanbesteding;
  - waarbij meerdere stakeholders (waaronder opdrachtgever, gebruikers, financier) participeerden in de totstandkoming van het gebouw;
  - waarbij [Aanbesteder] verstaat onder:
    - ontwerp: de ontwerpwerkzaamheden tijdens het hele proces tot en met de oplevering;
    - multifunctioneel gebouw: minstens 30% van de omvang van het gebouw is ingericht voor publieke functies;
    - binnenstedelijk: een bebouwde, multifunctionele omgeving; in ontwerp- termen: waar de psychologie van de gebouwde omgeving een cruciale rol speelt;
  - waarbij de hoofdverantwoordelijke deelnemer dan wel diens partner hoofdverantwoordelijk was voor het ontwerp gedurende het hele traject,



inclusief de samenwerking (waaronder coördinatie en afstemming) met de partners en stakeholders in de realisatie.

- B. Aantoonbare ervaring met het ontwerpen tot en met de realisatie van meerdere duurzaamheidsmaatregelen/duurzame oplossingen in samenhang in één multifunctioneel gebouw,
- met een omvang van minimaal 9.000 m2 bruto vloeroppervlak (bvo);
  - binnen een periode van 10 jaar voorafgaand aan de datum van aanbesteding;
  - waarbij [Aanbesteder] verstaat onder
    - ontwerp: de ontwerpwerkzaamheden tijdens het hele proces tot en met de oplevering;
    - multifunctioneel gebouw: minstens 30% van de omvang van het gebouw is ingericht voor publieke functies;
    - duurzame oplossingen: oplossingen die de footprint van het gebouw verminderen, waaronder bijvoorbeeld verlaging van het energieverbruik en materiaalgebruik ontstaat.
    - in samenhang: de maatregelen moeten elkaar aanvullen en parallel functioneren in het gebouw.
  - waarbij de hoofdverantwoordelijke deelnemer dan wel diens partner hoofdverantwoordelijk was voor het ontwerp tijdens het hele traject, inclusief de samenwerking (waaronder coördinatie en afstemming) met de partners en stakeholders in de realisatie.
- C. Aantoonbare ervaring met de borging van de effectieve en efficiënte inzet van publieke middelen in het ontwerpproces van een multifunctioneel gebouw,
- binnen een periode van 10 jaar voorafgaand aan de datum van aanbesteding;
  - met een omvang van minimaal 9.000 m2 bruto vloeroppervlak (bvo);
  - waarbij [Aanbesteder] verstaat onder
    - ontwerpproces: de ontwerpwerkzaamheden tijdens het hele proces tot en met de oplevering;
    - multifunctioneel gebouw: minstens 30% van de omvang van het gebouw is ingericht voor publieke functies;
    - effectief en efficiënt: waarbij de deelnemer verschillende scenario's voorlegt aan opdrachtgever bij dreigende kostenoverschrijdingen waarbij is gezocht naar opties om binnen de beschikbare gelden tot maximale oplossingen te komen en de overschrijdingen tot een minimum te beperken.
  - waarbij de hoofdverantwoordelijke deelnemer dan wel diens partner hoofdverantwoordelijk was voor het ontwerp tijdens het hele traject, inclusief de samenwerking (waaronder coördinatie en afstemming) met de partners en stakeholders in de realisatie.

#### *Tevredenheidsverklaring*

De referentieprojecten zoals bedoeld onder A, B en C moeten worden voorzien van een tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever, waarin bovengenoemde aspecten zijn opgenomen.

Deze tevredenheidsverklaringen dienen in de eerste ronde te worden ingediend.

(...)

## 4.4 Voorwaarden voor de opgave

### Eerste ronde van de prijsvraag

Om de deelnemers zoveel mogelijk ruimte te bieden om tot creatieve voorstellen te komen heeft de uitschrijver besloten om in de eerste ronde van de prijsvraag geen randvoorwaarden te stellen.

### Tweede ronde van de prijsvraag

In de tweede ronde van de prijsvraag wordt gevraagd om een structuurontwerp STB 2014 met nader te specificeren financiële onderbouwing (raming/begroting), een eenvoudige maquette en een filmpje. Aan de deelnemers die worden uitgenodigd voor de tweede ronde wordt aanvullende informatie verstrekt.

## 4.5 Voorwaarden voor inzendingen eerste ronde

### Een inzending bestaat uit:

#### 1. Een visie in tekst en beeld

De in te zenden visie betreft een visie op de opgave als geheel en de daarbij gestelde aandachtspunten, die helder wordt verwoord in een toelichtende tekst, bijbehorende verhelderende schema's en referentiebeelden. Per beeld wordt geduid op welke manier de referentie van toepassing is.

De visie besteedt aandacht aan:

- Maatschappelijke aspecten van de opgave (betekenis van een publiek gebouw in de stad en voor de samenleving);
- Ruimtelijke vertaling van de maatschappelijke visie in de context van de gebiedsontwikkeling; [straatnaam], de stedenbouw, de bereikbaarheid en de openbare ruimte;
- De architectuur van het gebouw;
- Functionaliteit van het gebouw (voor de gebruikers, verschillende partners en in relatie tot de verschillende functies);
- Toekomstige uitdagingen op het gebied van klimaatverandering waar ook [Aanbesteder] en [Regio] voor staan.

De visie bestaat uit 4 pagina's A3. De pagina's worden aangeleverd in pdf formaat.

De lettergrootte van de tekst is minimaal 11 pt, de referentiebeelden zijn in hoge resolutie (300 dpi). Maximaal één pagina bevat een schets (of schetsen; géén uitgewerkt ontwerp) die een globale verbeelding van het idee weergeeft. De opmaak van deze pagina's is, met inachtneming van het bovenstaande, verder vrij.

### **Toelichting**

#### • *Ideeën schets:*

Er wordt in de eerste ronde niet gevraagd om een uitgewerkt ontwerp, gedetailleerde tekeningen op schaal, zelfgemaakte renderings, technische detailschetsen e.d. Zulke beelden beschouwt de uitschrijver als ongevraagde ontwerpen. De uitschrijver wil voorkomen dat deelnemers in de eerste ronde van de prijsvraag uitgebreide ontwerpwerkzaamheden verrichten zonder vergoeding.

#### • *Schema's:*

Schematische weergaven die het concept verduidelijken kunnen in de tekst worden

opgenomen, met dien verstande dat de deelnemers hierbij uiterste terughoudendheid betrachten. Een eventueel schema mag uiteraard niet te herleiden zijn naar de inzender.

- *Referentiebeelden:*

De referentiebeelden dienen als ondersteuning van de visie: ze geven aan in welke richting de ontwerpoplossing wordt gedacht. De keuze welke referentiebeelden te gebruiken is vrij. Dat hoeft geen eigen werk te zijn. Derhalve kan de jury geen relatie tussen referentiebeelden en de identiteit van de deelnemer(s) veronderstellen. Of u de bron van de gebruikte

referentiebeelden moet noemen hangt van de beelden af. U dient zorgvuldig om te gaan met het auteursrecht van anderen. U kunt niet zomaar auteursrechtelijk beschermd beeldmateriaal van anderen gebruiken. In het publieke domein zijn er voldoende rechtenvrije beelden beschikbaar en het staat u vrij om zelf foto's te maken van bouwwerken in de openbare ruimte.

- *Anonimiteit:*

Houd er rekening mee dat de eerste ronde van de prijsvraag anoniem verloopt. De

inzending, dus inclusief de referentiebeelden, mag op geen enkele wijze te herleiden zijn naar de deelnemer(s) op straffe van uitsluiting. Het afbeelden van uitsluitend eigen werk kan hiermee op gespannen voet staan.

(...)

#### 4. Bewijsmiddelen

Bij hun inzending dienen de deelnemers bewijsmiddelen in ter onderbouwing en verificatie van de UEA (zie artikel 2.89 Aanbestedingswet).

In de eerste ronde moeten worden meegezonden:

- een **digitaal gewaarmerkt uittreksel uit het handelsregister** van de Kamer van Koophandel, dat op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving niet ouder is dan zes maanden.
- **tevredenheidsverklaringen** zoals bedoeld onder 4.3.

In de tweede ronde zal worden gevraagd om de volgende bewijsmiddelen:

- een **gedragsverklaring aanbesteden** van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, die op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelname niet ouder is dan twee jaar;
- een **verklaring betalingsgedrag nakoming fiscale verplichtingen** van de belastingdienst, die op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving, niet ouder is dan zes maanden.
- een **verklaring van zijn assurantietussenpersoon** dat de deelnemer conform deze verzekeringsvereisten verzekerd is of (indien de deelnemer nog niet conform deze vereisten verzekerd is) een **offerte van een assurantietussenpersoon** waaruit blijkt dat de deelnemer zich conform deze verzekeringsvereisten kan verzekeren, indien hij of zij na de prijsvraag een vervolgoopdracht krijgt.

(...)

#### 5. BEOORDELINGSPROCEDURE

##### 5.1 Toetsing

Een technische commissie toetst of de inzendingen correct en op tijd ingediend zijn en of zij voldoen aan de gestelde voorwaarden. Inzendingen die hieraan niet of slechts gedeeltelijk voldoen worden in beginsel ongeldig verklaard en uitgesloten van verdere deelname.

De commissie kan ook advies uitbrengen over de manier waarop de deelnemers reageren op de opgave en de aandachtspunten zoals beschreven in hoofdstuk 2.

De commissie rapporteert haar bevindingen aan de jury. Inzendingen die niet of gedeeltelijk voldoen aan de gestelde voorwaarden worden ongeldig verklaard en uitgesloten van verdere beoordeling. Dat besluit wordt genomen door de uitschrijver, gehoord de jury. Alle geldige inzendingen worden toegelaten tot de inhoudelijke beoordeling door de jury.

#### *Samenstelling technische commissie*

De technische commissie is voornamelijk ambtelijk samengesteld en kan waar nodig worden aangevuld met externe expertise. (...)

## **5.2 Beoordeling**

De volgende criteria worden generiek gehanteerd:

- Creativiteit: de mate waarin aansprekend invulling wordt gegeven aan de opgave;
- Integraliteit: de mate waarin verschillende thema's en schaalniveaus, zowel in de context van de Spuiboulevard als op gebouwniveau, op een geslaagde wijze worden geïntegreerd;
- Flexibiliteit: de mate waarin het voorgestelde een antwoord geeft op een toekomstbestendige uitwisselbaarheid van functies op de planlocaties alsmede van zonering binnenshuis;
- Haalbaarheid: de mate waarin het voorgestelde realistisch is;
- Duurzaamheid: de mate waarin inventieve voorstellen worden gedaan op de kernthema's energie, circulariteit, klimaatadaptatie en natuurinclusiviteit;
- Programma / well-being: de mate waarin het voorgestelde tegemoet kan komen aan de behoeften van bezoekers en de (individuele) behoefte van gebruikers;
- Financiën: de mate waarin de noodzakelijke investeringen zowel politiek als maatschappelijk gewenst zijn.

De volgorde van de beoordelingscriteria is willekeurig. Er wordt gewerkt met een integrale totaalbeoordeling.

#### *Beoordelingsmethodiek*

In zowel de eerste als de tweede ronde beoordeelt de jury de wijze waarop de inzendingen ingaan op de opgave en de daarbij geformuleerde aandachtspunten, gelet op de beoordelingscriteria. De juryleden beoordelen individueel de inzendingen, waarna de individuele beoordelingen plenair worden besproken. De jury komt tot een unaniem oordeel.

In de eerste ronde selecteert de jury op basis van anonieme beoordeling maximaal vier deelnemers voor deelname aan de tweede ronde, waarin aan hen wordt gevraagd hun inzendingen uit de eerste ronde uit te werken. Daarbij kan de jury aanbevelingen voor de uitwerking meegeven.

In de tweede ronde selecteert de jury één winnaar en een *runner-up*.

Aan de deelnemers wordt de mogelijkheid geboden om hun inzending aan de jury te presenteren. Nadere informatie hierover wordt in de tweede ronde verstrekt.

#### *Jury*

De inzendingen worden beoordeeld door een onafhankelijke vakjury, bestaande uit:

(...)

### **5.3 Juryrapport**

De jury heeft de bevoegdheid de verklaringen van eigendom na de beoordeling in de eerste ronde te openen.

De uitschrijver committeert zich aan de juryuitspraak en nodigt de geselecteerde deelnemers uit voor de tweede ronde. De overige deelnemers worden op de hoogte gesteld van het feit dat zij niet uitgenodigd worden voor de tweede ronde. De namen van de geselecteerden worden openbaar bekend gemaakt.

De jury brengt verslag uit van haar beoordeling in het juryrapport. Het juryrapport bevat een algemene interpretatie van de gehanteerde beoordelingscriteria en het verloop van de beoordeling. Over de inhoud van het juryrapport wordt niet gecorrespondeerd.

Het juryrapport wordt gepubliceerd bij de bekendmaking van de resultaten van de prijsvraag. (...)

## **6 VERVOLG OP DE PRIJSVRAAG**

De uitschrijver heeft de intentie om het winnende ontwerp te laten realiseren en de winnaar van de prijsvraag daarbij tijdens het hele proces te betrekken.

De manier waarop dit vorm zal krijgen, d.w.z. de wijze waarop marktpartijen hiervoor zullen worden geselecteerd en gecontracteerd kan ondermeer, maar niet hiertoe beperkt, zijn:

- selectie en contractering van een bouwteam waarbij de ontwerper in opdracht van [Aanbesteder] blijft werken;
- selectie en contractering van een geïntegreerde opdracht aan een consortium waarna de ontwerper in opdracht van het consortium werkt;
- in [opdracht van Aanbesteder] uitwerken in bestek en tekeningen, waarna een traditionele aanbesteding van de realisatie volgt;
- een nader te bepalen andere vorm.

De rol en invulling van de winnaar zal daarmee eveneens worden bepaald en kan onderdeel vormen van een onderhandeling. Aan de intenties van [Aanbesteder] kunnen geen rechten worden ontleend.

## **7. ADMINISTRATIEVE BEPALINGEN**

(...)

### **7.3 Vergoedingen**

- Er is geen vergoeding beschikbaar voor het doen van een inzending voor de eerste ronde van de prijsvraag.
- De uitschrijver stelt een tegemoetkoming in de kosten van € 50.000 excl. de door de uitschrijver te vergoeden btw ter beschikking aan elk van de maximaal vier deelnemers aan de tweede ronde, als er een geldige inzending is gedaan. De vergoedingen worden na de bekendmaking van het resultaat van de prijsvraag ter beschikking gesteld.

### **7.4 Resultaten prijsvraag**

- Na bekendmaking van het resultaat van de prijsvraag zal het juryrapport openbaar gemaakt worden.
- De uitschrijver verkrijgt het fysieke eigendom van de inzendingen.
- De uitschrijver is gerechtigd inzendingen te gebruiken voor publicitaire doel-

einden rondom de prijsvraag zonder dat daar goedkeuring of vergoeding voor nodig is. Daarbij kan gedacht worden aan een tentoonstelling of een publicatie van de inzendingen. De deelnemers verplichten zich hun medewerking te verlenen aan dergelijke publiciteit. Voor andere (publicitaire) doeleinden is toestemming van de betreffende deelnemers vereist.

## **7.5 Toepasselijk recht en rechtsbescherming**

(...)

- De inzending in de tweede ronde en de daaraan verbonden intellectuele eigendomsrechten gaan over op de uitschrijver. E.e.a. conform de [Algemene Inkoopvoorwaarden van de Regio].

(...)

- 1.4. Van toepassing zijn de algemene inkoopvoorwaarden van de regio. In de algemene inkoopvoorwaarden is, onder meer, bepaald:

(...)

## **Artikel 8 Intellectueel eigendom**

8.1 Alle (aanspraken op) intellectuele eigendomsrechten (IE-rechten) met betrekking tot enig resultaat voortvloeiende uit de Overeenkomst, berusten bij [Regio], tenzij schriftelijk anders is overeengekomen. De Contractant draagt deze (aanspraken op) IE-rechten – voor zover nodig – om niet over aan [Regio]. De Contractant zal op eerste verzoek kosteloos meewerken aan het bewerkstelligen van de overdracht.

(...)

8.3 De Contractant doet voor zover mogelijk afstand van alle eventuele persoonlijkheidsrechten op in het kader van de Overeenkomst tot stand gebrachte auteursrechtelijke werken.

8.4. Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, behoudt of verkrijgt de Contractant geen gebruiksrecht met betrekking tot enig resultaat van de Overeenkomst.

(...)

## **Artikel 14 Aansprakelijkheid en verzekering**

14.1 De Contractant vrijwaart [Regio] tegen eventuele aanspraken van derden terzake van schade door deze derden geleden ten gevolge van de uitvoering door de Contractant van de Overeenkomst en het gebruik of toepassing van de geleverde Goederen of Diensten van de Contractant.

14.2 De Contractant zal vanaf het aangaan van de Overeenkomst adequaat verzekerd zijn voor het uitvoeren van de Overeenkomst en zal zich adequaat verzekerd houden gedurende de uitvoering van de Overeenkomst.

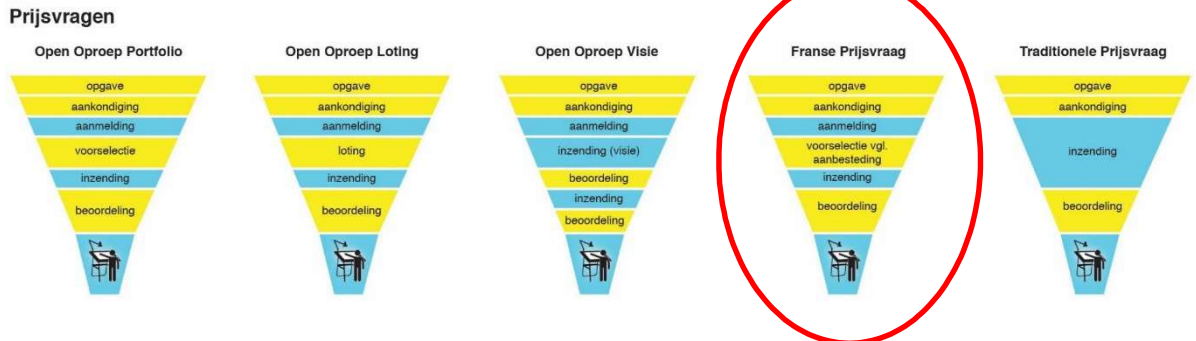
14.3. De Contractant zal het verzekerd bedrag en de polisvoorwaarden gedurende de uitvoering van de Overeenkomst niet ten nadele van [Regio] wijzigen, tenzij [Regio] hiervoor [zijn] expliciete en schriftelijke toestemming [heeft] gegeven.

14.4. Eventuele verzekeringen die noodzakelijk zijn in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst en waarover de Contractant nog niet beschikt, zal de Contractant afsluiten tenminste voor de periode van de uitvoering van de Overeenkomst.

(...)

- 1.5. Op 6 mei 2019 heeft een informatiebijeenkomst plaatsgevonden. In de powerpointpresentatie van aanbestede ten behoeve van deze informatiebijeenkomst is, onder meer, het volgende opgenomen:

'(...)



(...)'

- 1.6. In eerste Nota van Inlichtingen van 9 mei 2019 zijn, onder meer, de volgende toelichtingen, vragen en antwoorden opgenomen:

1.6.1. **'VOORWAARDEN**

Toelichting van de uitschrijver:

[Aanbestede] beoogt met deze prijsvraag een zo open mogelijke procedure, maar de opgave moet gezien de waarde van de opdracht wel Europees worden aanbesteed. Het is niet eenvoudig om hierin een goede balans te vinden, en voor geïnteresseerden aan de prijsvraag is het mogelijk niet prettig om aan de gestelde voorwaarden te moeten voldoen om deel te kunnen nemen aan de prijsvraag.

[Aanbestede] heeft toch eisen moeten stellen vanwege onder meer de complexiteit van de opgave, de vele betrokken partijen en de omgeving, en om verantwoord om te gaan met de te maken hoge kosten uit publieke middelen. [Aanbestede] wil verder met een ontwerpende partij die in zowel financieel als technisch opzicht tijdens de opgave overeind blijft staan. [Aanbestede] heeft de redelijkheid van de eisen onderzocht aan de hand van marktgegevens. Bovendien is ruimte geboden aan deelnemers om, wanneer zij niet zelfstandig aan de eisen kunnen voldoen, samenwerking met anderen te zoeken.

Verzekering na afronding van de prijsvraag is zeer belangrijk met het oog op wettelijke aansprakelijkheid. Er is een afweging gemaakt tussen risico's, aard en omvang opgave. Daarom is niet gekozen voor de DNR. Mocht [Aanbestede] besluiten om een ontwerprisicoverzekering af te sluiten dan bestaat de mogelijkheid dat de verzekeringseisen uiteindelijk alsnog worden verlicht, maar vooralsnog is daar geen sprake van. Voor de duidelijkheid wordt nogmaals benadrukt dat niet de ontwerpers, maar [Aanbestede] zelf t.z.t. kan besluiten een ontwerprisicoverzekering af te sluiten.

Er wordt gevraagd om een bedrijfs- én een beroepsaansprakelijkheidsverzekering omdat een bedrijfsverzekering niet volledig dekkend is voor de aansprakelijkheid. Met betrekking tot de verzekeringseisen benadrukt [Aanbestede], met verwijzing naar reglement par. 4.3, dat deelnemers in de eerste ronde moeten verklaren dat zij aan de verzekeringseisen kunnen voldoen *wanneer zij worden geselecteerd voor uitvoering van de opdracht* - dus niet reeds bij inzending voor de eerste of de tweede ronde van de prijsvraag.

Met betrekking tot de tevredenheidsverklaringen merkt [Aanbestede] op dat vooral van belang is dat deze matcht met de gevraagde kerncompetenties, zie reglement par. 4.3. Een verklaring waarin slechts wordt opgemerkt dat een referentieproject in algemene zin 'naar tevredenheid' is gerealiseerd, is niet voldoende.

de. Let hier goed op: als dit bijvoorbeeld in combinatie met andere fouten gebeurt kan de inzending worden uitgesloten.  
(...)'

- 1.6.2. Vraag 15: 'Gids Proportionaliteit stelt dat bij het bepalen van verzekeringseis o.a. rekening gehouden moet worden met reële risico's en verzekeraarbaarheid. Mijns inziens is de vervolgo opdracht onvoldoende bepaald, in die zin dat nog onduidelijk is wat het risicoprofiel zal zijn. Een opdracht tot VO+ heeft een heel ander risicoprofiel dan een volledige opdracht. Daar komt bij dat de gevraagde verzekeringseis mijns inziens niet te verzekeren is, niet alleen omdat de aard en omvang van de vervolgo opdracht onduidelijk is, maar ook omdat er geen andere begrenzing in tijd is. Praktijk leert dat een aansprakelijkheidstermijn van langer dan 10 jaar sowieso niet verzekeraarbaar is. Ook de vrijwaring van derdenclaims, zoals genoemd in inkoopvoorwaarden (artikel 14.1) , is niet goed te verzekeren in huidige vorm. Zie in dit kader ook de aangepaste toelichting VNG Model Algemene Inkoopvoorwaarden (waarop inkoopvoorwaarden gebaseerd zijn).'

Antwoord: 'De veronderstellingen in deze vraag zijn incorrect. In het reglement staat nadrukkelijk genoemd dat alleen de winnende ontwerper (en eventueel de runner-up) voor de vervolgo opdracht de vereiste verzekeringen dient te hebben. Dit geldt dus nog niet tijdens de prijsvraag. Het betreft hier algemene minimale verzekeringseisen. De bedragen die zijn gehanteerd zijn minimale gangbare bedragen voor bedrijven en zijn op grond van ervaringen van uitschrijver tot nu toe in de markt goed verzekeraarbaar gebleken. Daarmee is voldaan aan het vereiste dat de verzekeringseis praktisch verzekeraarbaar moet zijn en dat rekening moet worden gehouden met de reële risico's. Indien blijkt dat de risico's aanzienlijk hoger liggen dan gemiddeld zullen er bij opdracht na de prijsvraag mogelijk nadere afspraken worden gemaakt.

Omdat de verzekeringen gelden voor de opdrachtnemer na de prijsvraag is er op dat moment ook een opdracht die qua aard en omvang wel bekend is en kan indien uitschrijver dit wenst worden begrensd in tijd. Indien de runner-up in aanmerking komt voor een opdracht na de prijsvraag geldt het verzekeringseis ook voor de runner-up.'

- 1.6.3. Vraag 16: '[In paragraaf 4.3 van het reglement onder] 'Financiële geschiktheidseisen' wordt gevraagd: een verzekering voor de beroepsaansprakelijkheid met minimaal een dekking van EUR 5.000.000,- per gebeurtenis. De DNR 2011 geeft EUR 2.500.000,- aan. Het gevraagde bedrag zal tot extra kosten voor verzekering voor de deelnemers zorgen, dit is niet wenselijk, zeker aangezien de eerste fase geen vergoeding kent. Kunt u deze eis aanpassen naar EUR 2.500.000,- per gebeurtenis?'

Antwoord: 'Nee, de vereiste bedragen zijn minimaal voor bedrijven en goed verzekeraarbaar. Daarnaast hoeft alleen de winnende ontwerper en eventueel runner-up voor de vervolgo opdracht de vereiste verzekeringen te hebben. Zie verder ook het antwoord op vraag 15.'

- 1.6.4. Vraag 17: 'In het reglement voor de prijsvraag is [in de paragraaf "Vooraf"] als een van de doelstellingen geformuleerd: "Het verkrijgen van visies op de opgave van zoveel mogelijk deelnemers". [Ook] wordt de intentie aangegeven om "... aan zoveel mogelijk ontwerpers kansen te bieden door de deelnamevoorwaarden zo beperkt mogelijk te houden". [Tevens] wordt gesteld: "Deelnemers die niet zelfstandig aan deze voorwaarden kunnen voldoen, kunnen een samenwerking aangaan met anderen". Deze doelstellingen en intenties zijn in de huidige aanbestedingspraktijk verfrissend en lovenswaardig. In dat licht vallen echter de uitwerking en met name de geschiktheidseisen tegen en worden de genoemde doelstellingen en intenties grotendeels teniet gedaan.



### 1a. Verzekeringseisen

Zo zijn de verzekeringseisen ([paragraaf 4.3 van het reglement onder financiële geschiktheidseisen]) aanmerkelijk hoger dan te doen gebruikelijk, zowel voor wat betreft de algemene aansprakelijkheid (naar wij aannemen wordt hiermee bedoeld: bedrijfsaansprakelijkheid – is dat juist?), als de beroepsaansprakelijkheid. Het doorberekenen van de hogere dekking werkt in onze optiek onnodig kostenverhogend.'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 15.'

- 1.6.5. Vraag 18: 'De algemene indruk is dat de geformuleerde technische geschiktheidseisen - kerncompetenties A, B, en C - (te) zwaar zijn. Ik vraag me af in hoeverre de geformuleerde kerncompetenties verenigbaar zijn met het bepaalde in de Gids Proportionaliteit en de adviezen van de Commissie van Aanbestedings-experts. Ik zie gecombineerde kerncompetenties – combi multifunctioneel & binnenstedelijk inpassen, combi multifunctioneel & duurzaam en combi multifunctioneel & kostenefficiënt – wat strikt genomen niet mag. Bovendien wordt 3 maal om een multifunctioneel ontwerp gevraagd, dat is meer van hetzelfde vragen wat in principe ook niet mag.'

Antwoord: 'De prijsvraag beoogt een winnaar te vinden waarmee [Aanbesteder] in enige vorm verder het traject van ontwerp en realisatie in kan. Het is een bijzondere opgave waarbij [Aanbesteder] heeft gezocht naar balans om binnen de ruimte van een Europese aanbesteding de opgave voor een zo breed mogelijke groep van gegadigden te ontsluiten.

De opgave kent een grote mate van complexiteit en bijbehorende risico's. Het is dan ook van belang dat de winnaar over bepaalde minimale competenties beschikt. Daarom zijn er minimumeisen (geschiktheidseisen) aan de deelnemers gesteld. De complexiteit van de opgave ontstaat door de samenloop van omvang, multifunctionaliteit, meerdere los van elkaar staande gebruikers, de locatie, de politieke context en ambitieniveau. Daarom zijn de kerncompetenties zo opgebouwd dat een combinatie van aspecten wordt vereist.

De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft ook in eerdere adviezen aangegeven dat het bij complexe opdrachten noodzakelijk kan zijn om meerdere kerncompetenties in één referentieproject samen te brengen. Daar hoort dan een onderbouwing bij. Deze volgt reeds uit de beschrijving van de opgave in het reglement, maar is hiermee nogmaals kort en bondig bevestigd.

[Aanbesteder] heeft n.a.v. de vragen over de kerncompetenties kritisch bezien of deze op punten nog aanpassing behoeven. Dit resulteert in enkele aanpassingen en verduidelijkingen.

De kerncompetenties worden als volgt aangepast:

**A. Aantoonbare ervaring met het ontwerp tot en met de realisatie van een multifunctioneel utiliteitsgebouw in binnenstedelijk gebied,**

- met een omvang van minimaal 9.000 m<sup>2</sup> bruto vloeroppervlak (BVO);
- binnen een periode van 10 jaar voorafgaand aan de datum van aanbesteding;
- waarbij meerdere stakeholders (waaronder opdrachtgever, gebruikers, financier) participeerden in de totstandkoming van het gebouw;
- waarbij [Aanbesteder] verstaat onder:
  - ontwerp: de ontwerpwerkzaamheden tijdens het hele proces tot en met de oplevering;
  - multifunctioneel gebouw: een gebouw waarin meer dan 2 functies samenkomen (meerdere doelgroepen, meerdere gebruikers(-stromen)) waarbij een substantieel deel (minimaal 2.000m<sup>2</sup> BVO) van het gebouw is ingericht voor publieke functies;

- publieke functies: enerzijds betreft dit (semi-)overheid, agentschap, publiek-rechtelijke instelling, aan (semi-)overheid gelieerde resp. gesubsidieerde instanties; anderzijds betreft dit "open voor het publiek", een gebouw waar ruimtes tijdens de openingstijden openbaar betreedbaar zijn voor publiek resp. semiopenbaar betreedbaar voor bezoekers op uitnodiging.
- binnenstedelijk: een bebouwde, multifunctionele omgeving; in ontwerpstermen: waar de psychologie van de gebouwde omgeving een cruciale rol speelt;
- waarbij de hoofdverantwoordelijke deelnemer dan wel diens partner hoofdverantwoordelijk was voor het ontwerp gedurende het hele traject, inclusief de samenwerking (waaronder coördinatie en afstemming) met de partners en stakeholders in de realisatie.

**B. Aantoonbare ervaring met het ontwerpen tot en met de realisatie van meerdere duurzaamheidsmaatregelen/duurzame oplossingen in samenhang in één gebouw,**

- met een omvang van minimaal 9.000 m2 bruto vloeroppervlak (BVO);
- binnen een periode van 10 jaar voorafgaand aan de datum van aanbesteding;
- waarbij [Aanbesteder] verstaat onder
  - ontwerp: de ontwerpwerkzaamheden tijdens het hele proces tot en met de oplevering;
  - duurzame oplossingen: oplossingen die de footprint van het gebouw verminderen, waaronder bijvoorbeeld verlaging van het energieverbruik en materiaalgebruik ontstaat.
  - in samenhang: de maatregelen moeten elkaar aanvullen en parallel functioneren in het gebouw.
- waarbij de hoofdverantwoordelijke deelnemer dan wel diens partner hoofdverantwoordelijk was voor het ontwerp tijdens het hele traject, inclusief de samenwerking (waaronder coördinatie en afstemming) met de partners en stakeholders in de realisatie.

**C. Aantoonbare ervaring met de borging van de effectieve en efficiënte inzet van publieke middelen in het ontwerpproces van een gebouw,**

- binnen een periode van 10 jaar voorafgaand aan de datum van aanbesteding;
- met een omvang van minimaal 9.000 m2 bruto vloeroppervlak (BVO);
- waarbij [Aanbesteder] verstaat onder
  - ontwerpproces: de ontwerpwerkzaamheden tijdens het hele proces tot en met de oplevering;
  - effectief en efficiënt: waarbij de deelnemer verschillende scenario's voorlegt aan opdrachtgever bij dreigende kostenoverschrijdingen waarbij is gezocht naar opties om binnen de beschikbare gelden tot maximale oplossingen te komen en de overschrijdingen tot een minimum te beperken.
- waarbij de hoofdverantwoordelijke deelnemer dan wel diens partner hoofdverantwoordelijk was voor het ontwerp tijdens het hele traject, inclusief de samenwerking (waaronder coördinatie en afstemming) met de partners en stakeholders in de realisatie.

Overigens mag per kerncompetentie één referentie worden overlegd, maar is het eveneens mogelijk een referentie voor meerdere kerncompetenties te overleggen.'

- 1.6.6. Vraag 19: '[In paragraaf 4.3 van het reglement onder] 'Technische geschiktheidseisen' wordt gevraagd: '...minstens 30% van de omvang van het gebouw is ingericht voor publieke functies', in combinatie met: ...een omvang van minimaal 9.000 m2 BVO'. Deze eis is streng vanwege de combinatie van eisen. Voorstel is

om de eis van 30% te versoepelen en de omvang te verlagen naar minimaal 8.500 m<sup>2</sup> BVO.'

Antwoord: 'De omvang van de vereiste referentie is afgestemd op de totale omvang van het project [Huis voor Aanbesteder en Regio] die ca 26.000m<sup>2</sup> + 200 parkeerplaatsen bedraagt. Gezien de complexiteit van de opgave is een bepaalde minimale omvang en zwaarte vereist. De eis is daarbij zo laag mogelijk gelegd. Uit een toets over de gevraagde periode is gebleken dat dit een realistische eis is. De omvang wordt dan ook niet aangepast. In het antwoord op voorgaande vraag is wel een wijziging opgenomen op de 30% regel. Deze wordt bij nader inzien als te zwaar gezien en is vervangen door "een substantieel deel (minimaal 2.000 m<sup>2</sup> BVO) van het gebouw is ingericht voor publieke functies".'

1.6.7. Vraag 20: '1b. Referentieprojecten

De eisen (...) aan de drie referentieprojecten [in paragraaf 4.3 van het reglement onder 'Technische geschiktheidseisen'], die de kerncompetenties moeten aantonen zijn, zeker in samenhang bezien, te hoog. Zo moeten alle drie referenties 30% publieke functies bevatten, terwijl die eis bij (bijvoorbeeld) kerncompetentie A afdoende zou moeten zijn. Bovendien wordt 'multifunctioneel' vertaald in 'publieke functies', terwijl de definitie 'gemengde functies' beter op zijn plaats is, in ieder geval voor (bijvoorbeeld) twee van de drie kerncompetenties. Tot slot is het percentage van 30% ook aan de hoge kant; het gaat immers om de principes.'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 18.'

1.6.8. Vraag 22: '1d. Tevredenheidsverklaring

Uit onze ervaring weten wij dat opdrachtgevers die al eerder een tevredenheidsverklaring hebben afgegeven, vaak problemen hebben om telkens weer een op een nieuwe vraag toegespitste verklaring te verstrekken. Er zijn ook opdrachtgevers die (bijvoorbeeld) alleen in het eerste half jaar na oplevering een verklaring afgeven en daarna niet meer. Om die reden verzoeken wij u de eis te laten vervallen dat alle aspecten van de kerncompetenties in de tevredenheidsverklaring zijn opgenomen en genoeg te nemen met een meer algemene tevredenheidsverklaring.'

Antwoord: 'De tevredenheidsverklaring dient de referentie te onderbouwen. Een verklaring die niet aansluit bij het vereiste, onderbouwt onvoldoende de referentie. De eis blijft dan ook staande.'

1.6.9. Vraag 45 (betreffende de inkoopvoorwaarden): 'Tweede ronde kwalificeert als meervoudige opdracht: maximaal 4 teams krijgen opdracht om visie uit te werken tot SO tegen vergoeding van EUR 50.000. Op deze opdracht zijn de inkoopvoorwaarden onverkort van toepassing. Dat levert vooral problemen op wat betreft de contractuele aansprakelijkheid - de begrensde aansprakelijkheid geldt voor vervolgoopdracht, betekent dat regeling BW onverkort van toepassing is op ontwerpoperdracht in tweede ronde ? - en de regeling inzake IE-rechten - conform inkoopvoorwaarden en reglement dragen inschrijvers hun auteursrecht over aan gemeente, een nogal draconische maatregel, zeker voor de niet-winnende inschrijvers die bovendien niet strookt met het bepaalde in de Gids P.'

Antwoord: 'Dit is niet correct. De tweede ronde is de gunningfase van de niet-openbare aanbesteding waarbij een vergoeding wordt verstrekt aan de deelnemers. Reglement par. 7.5 meldt dat de inkoopvoorwaarden op de aanbesteding van toepassing zijn. Dit moet echter worden gelezen als: "De inkoopvoorwaarden zijn van toepassing op opdrachten die volgen uit de prijsvraag." De tweede ronde is onderdeel van de prijsvraag. De inkoopvoorwaarden zijn op de tweede ronde dan ook niet van toepassing.'

M.b.t. de intellectuele eigendomsrechten geldt dat alleen die van het ontwerp van de winnaar en de runner-up overgaan op de uitschrijver.'

1.7. In de tweede Nota van Inlichtingen van 16 mei 2019 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.7.1. Vraag 28: 'U stelt dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekering geldt voor alle schades. Vervolgschade is niet te verzekeren. Bent u bereid om dit uit te sluiten?'

Antwoord: 'De constatering dat vervolgschade niet verzekerd is op een beroepsaansprakelijkheidsverzekering is incorrect. Vervolgschade is namelijk verzekerd op een beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

Overigens wijzen wij erop dat niet de opdrachtwaarde van belang is maar de risico's en de verzekeraarbaarheid van deze opdracht. De genoemde bedragen zijn in deze branche gebruikelijke aansprakelijkheids- en verzekeringseisen die onder reële voorwaarden verzekeraarbaar zijn.

Gelet op bovenstaande houdt uitschrijver vast aan de aangegeven verzekeringen maar wel met een aansprakelijkheidsduur van 10 jaar voor beroepsaansprakelijkheid en met uitzondering van winstderving, rentederving en imagoschade.'

1.7.2. Vraag 29: 'Standaard is het maximale bedrag van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering € 5.000.000,- ipv € 10.000.000,- per jaar. Dit is ook zo genoemd in de DNR. Bent u bereid om het bedrag te verlagen naar € 5.000.000,- per jaar?'

Antwoord: 'Zie Nota van inlichtingen #1, 9 mei 2019 (Toelichting van de uitschrijver onder de kop Voorwaarden en antwoord op vraag 16).'

1.7.3. Vraag 30: 'Standaard is het eigen risico van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering € 2.500.000,- ipv € 5.000.000,- per gebeurtenis voor de beroepsaansprakelijkheid. Dit is ook zo genoemd in de DNR. Bent u bereid om het bedrag te verlagen naar € 2.500.000,- per gebeurtenis?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 29.'

1.7.4. Vraag 40: 'Wat wordt exact bedoeld met "binnen een periode van 10 jaar voorafgaand aan de datum van aanbesteding"? Gaat het hier om een periode 24-4-2009 tot en met 24-4-2019 voor startdatum ontwerp tot en met realisatie? Of mag start van het ontwerp ook voor deze periode al begonnen zijn en dat de realisatie/uitvoering wel in de periode 2009-2019 is geweest?'

Antwoord: 'Het oplevermoment van de referentie moet gelegen zijn in de periode 24-4-2009 tot en met 23-4-2019.'

1.7.5. Vraag 50: 'Navraag op het bureau leert ons dat tevredenheidsverklaringen met specifieke relevantie voor deze aanmelding (de juriste maakte daar gewag van) heel vervelend zijn: we moeten dan per keer onze opdrachtgevers lastig vallen en het is tijdrovende bureaucratie; onder auspiciën van Architectuur Lokaal zou dit voorkomen moeten worden. Graag schrappen.'

Antwoord: 'Zie Nota van inlichtingen #1, 9 mei 2019 (onder de kop Voorwaarden, Toelichting van de uitschrijver, p.3, en antwoord op vragen 22, 23, 26, 27 en 28).'

1.7.6. Vraag 51: 'De referentieprojecten moeten worden voorzien van een tevredenheidsverklaring waarin de, in het regelement genoemde, aspecten zijn opgenomen. Dit is zeer ongebruikelijk; het is niet realistisch om voor elke aanbesteding onze opdrachtgevers te benaderen en te vragen om een tevredenheidsverklaring

met specifieke inhoud. Gezien de referentietermijn van 10 jaar is dit in sommige gevallen zelfs niet eens mogelijk. Kunt u akkoord gaan met een algemene tevredenheidsverklaring van onze opdrachtgever(s)?'

Antwoord: 'Nee, zie Nota van Inlichtingen #1, 9 mei 2019 (antwoord op vraag 22). [Aanbesteder] moet achteraf kunnen aantonen dat zij over de gevraagde bewijsstukken beschikt. Dat kan niet met een telefonische toelichting. De eis m.b.t. tevredenheidsverklaring blijft dan ook gehandhaafd.'

- 1.7.7. Vraag 52: 'De referentieprojecten moeten worden voorzien van een tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever. Eén van onze opdrachtgevers geeft dergelijke verklaringen uit principe niet schriftelijk af. Wel hebben wij een schriftelijke verklaring waarin de opdrachtgever zich bereid verklaart u, indien gewenst, telefonisch te woord te staan. Kunt u hiermee akkoord gaan?'

Antwoord: ' Zie het antwoord op vraag 51.'

- 1.7.8. Vraag 72: 'In de presentatie heb ik gemeld dat we het zeer op prijs zouden stellen als er een prijsindicatie en de intentie wordt uitgesproken om met het ontwerpende team door te gaan; als voor de tweede ronde gemeld zou worden dat het budget € 1.200,-/m2 is en dat na VO+ dank je wel gezegd wordt is het voor velen niet interessant en zullen de aanwezigen zich bekocht voelen.'

Antwoord: 'Na succesvolle afronding van de prijsvraag en onder voorbehoud van beschikbaarstelling van krediet door [orgaan van Aanbesteder] zal een raamovereenkomst worden gesloten met de winnaar. Daarbij wordt voor de bepaling van de omvang en inhoud van de opdracht aan de winnaar de Standaardtaakbeschrijving 2014 gebruikt aangevuld met voor de opgave aanvullend benodigde taken.

De winnaar krijgt een opdracht tot en met realisatie, echter [Aanbesteder] bepaalt hoe de taakverdeling tussen winnaar en overige te contracteren partijen eruit ziet. De winnaar wordt in de gelegenheid gesteld een prijsaanbieding op basis van open begroting te doen voor de taken die [Aanbesteder] aan de winnaar wil opdragen. Deze prijsaanbieding is voorwerp van onderhandeling. [Aanbesteder] kan de prijsaanbieding laten toetsen.

Indien de winnaar en [Aanbesteder] na onderhandeling geen overeenstemming bereiken over de prijs zal advies worden gevraagd aan een gezamenlijk te benoemen kostendeskundige.

Indien over de benoeming van de kostendeskundige geen overeenstemming wordt bereikt zal aan een commissie van drie deskundigen advies worden gevraagd. Zowel de winnaar van de prijsvraag als [Aanbesteder] zullen een deskundige aanwijzen. Deze beide deskundigen wijzen dan de derde deskundige aan. De commissie van deskundigen brengt dan advies uit. Wanneer dit advies maximaal 5% afwijkt of lager is dan de ingediende aanbieding en niet hoger is dan de ingediende aanbieding zal dit advies worden gevolgd. Indien het advies meer afwijkt is [Aanbesteder] vrij om de opdracht onder te brengen bij de runner-up. Als ook dit proces niet leidt tot overeenstemming dan is [Aanbesteder] vrij om de opdracht onder te brengen bij een derde partij. (...)'

- 1.7.9. Vraag 73: 'In navolging de informatiebijeenkomst op maandag 6 mei (...) willen we graag de noodzaak en ernst van onze collega's benadrukken omtrent transparantie over het contract en het budget/ambitieniveau. Al in de eerste fase zal succesvolle inschrijving een substantieel deel van het werk vereisen daar gevraagd wordt om een visie waarbij (zoals maandag ook benoemd) impliciet al ontwerpwerk wordt verlangd. We verwijzen u graag naar de richtlijn gezonde architectenselecties, ondertekend door [Kenniscentrum A]. We vragen u dan ook enige doorkijk te geven en intentie uit te spreken over de contractvorm en het

beschikbare budget. Zoals ook benoemd, als blijkt dat het contract tot een VO+ voor een gebouw met 1200 euro/m<sup>2</sup> beperkt zal worden zal dit onze investering nooit compenseren.

Indien dit onduidelijk blijft zal ons inziens elke architect met commercieel inzicht geneigd zijn zich te onthouden van inschrijving.'

Antwoord: 'In antwoord op het eerste deel van de vraag: zoals zowel in het Reglement par. 4.5 als in de informatiebijeenkomst is benadrukt, wil uitschrijver voorkomen dat er in de eerste ronde uitgebreide ontwerpwerkzaamheden worden gedaan en wordt daarom niet gevraagd om een uitwerkt ontwerp, gedetailleerde tekeningen, zelfgemaakte renderings, technische detailschetsen e.d.\_In antwoord op het tweede deel van de vraag: zie het antwoord op vraag 72 en 79.'

- 1.7.10. Vraag 79: 'Aanvullend op inzicht in de vervolgfase is het essentieel om een idee te krijgen over de gestelde bouwkosten. Een visie ontwikkelen is daar namelijk van afhankelijk; hoge bouwkosten levert een andere visie dan lage bouwkosten.'

Antwoord: 'Uitschrijver beoogt vanuit financieel oogpunt een sober en doelmatig gebouw. Bouwkosten die nodig zijn om het type gebouw te realiseren als recent opgeleverde stadskantoren in bijvoorbeeld [zeven plaatsnamen].'

- 1.8. In de derde Nota van Inlichtingen van 17 mei 2019 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.8.1. Vraag 1: 'Uw antwoord op vraag 40 uit de Nota van Inlichtingen 2 is niet proportioneel binnen de uitgegeven ontwerpopdracht. Als bijlage voeg ik advies 487 toe van de Commissie Aanbestedingsexperts. Hierin wordt een soortgelijke casus behandeld waarin er een eis werd gesteld dat een gebouw minimaal wind- en waterdicht dient te zijn. Deze eis - net als de eis dat een project opgeleverd dient te zijn - is disproportioneel indien er slechts sprake is van een ontwerpopdracht. Ik verzoek u om de eis aan te passen naar het volgende; 'de start bouw van het project dient te liggen binnen de periode 24-04-2009 tot 24-4-2019'.'

Antwoord: 'De uitschrijver heeft uw vraag overwogen en komt tot de conclusie dat de eis gehandhaafd blijft. De uitschrijver is van mening dat van de door u vermeende disproportionaliteit geen sprake is.

In de Nota van inlichtingen 2, vraag 72 geeft de uitschrijver aan dat de vervolgoopdracht na de prijsvraag ontwerpdiensten in brede zin betreft tot en met realisatie. De kerncompetenties sluiten hier nauw op aan met het vereiste "waarbij de hoofdverantwoordelijke deelnemer dan wel diens partner hoofdverantwoordelijk was voor het ontwerp tijdens het hele traject, inclusief de samenwerking (waaronder coördinatie en afstemming) met de partners en stakeholders in de realisatie."

Daarbij is oplevering een duidelijk herkenbaar moment om te kunnen bepalen of de werkzaamheden kwalitatief aan de vereisten van de referent-opdrachtgever hebben voldaan. Gezien het feit dat de uitschrijver in de Nota van Inlichtingen heeft gesteld dat de oplevering gelegen moet zijn in de afgelopen 10 jaar, is hier een zeer ruime periode gegeven om aan de vereisten te kunnen voldoen. De ontwerpwerkzaamheden kunnen immers eerder gestart zijn. Overigens geeft ook de Commissie van Aanbestedingsexperts in haar adviezen aan dat ontwerpwerkzaamheden niet afgerond zijn voor de realisatie: ook tijdens de realisatie is er nog een rol voor de architect.

De uitschrijver acht de rol van de ontwerpende partijen in de realisatie van haar opgave van dermate importantie dat zij de kerncompetenties heeft vastgesteld conform het gestelde in Nota van inlichtingen 1, 9 mei 2019 (vraag 18). Deze blijven dan ook gehandhaafd.'

- 1.9. In de vierde Nota van inlichtingen van 23 mei 2019 geeft aanbesteder de navolgende toelichting:

**'VOORWAARDEN**

**Technische geschiktheidseisen**

Naar aanleiding van de vragen 50 t/m 52, Nota van inlichtingen 2, heeft de uitschrijver de vragen met betrekking tot de bewijsmiddelen bij de eigen verklaring nogmaals in overweging genomen. Zij begrijpt dat het aanleveren van bewijsmiddelen administratief werk voor deelnemers inhoudt, echter concludeert ook dat het verbonden is aan de verplichtingen die voor uitschrijvers en voor deelnemers voortvloeien uit de aanbestedingswetgeving. Uitschrijver blijft bij haar eerdere constatering dat contactgegevens van een referent onvoldoende zijn. Uitschrijver heeft verplichtingen tot verificatie van eigen verklaringen en neemt daarbij niet de verantwoordelijkheden van de deelnemers over.

Uitschrijver is ten laatste nog bereid de volgende aanvullende ruimte te bieden voor het aanleveren van de bewijsmiddelen voor de referenties.

De deelnemer legt met zijn UEA in de eerste ronde een eigen verklaring af waarin hij aangeeft dat hij kan voldoen aan de gestelde eisen waaronder de referentie-eisen. Bij het UEA levert de deelnemer een digitaal gewaarmerkt uittreksel uit het Handelsregister conform par. 4.5 van het Reglement. Alle overige bewijsmiddelen, dus ook de tevredenheidsverklaringen behorende bij de referenties, dienen alleen door de partijen die zijn geselecteerd voor de tweede ronde te worden overlegd. In de tweede ronde dienen de geselecteerde partijen **binnen 14 kalenderdagen** nadat de uitschrijver hen daarom heeft verzocht, hun bewijsmiddelen te overleggen zodat de uitschrijver op kortst mogelijke termijn de geldigheid van de inzendingen van de geselecteerde deelnemers kan vaststellen. Het is dus zaak dat deelnemer de bewijsmiddelen **tijdig** verkrijgt.

Specifiek m.b.t. de tevredenheidsverklaringen geldt dat de datum waarop deze zijn afgegeven niet hoeft te zijn gelegen voor de datum waarop de deelnemer zijn UEA indient.'

- 1.10. Bij brief van 3 juni 2019 dient de brancheorganisatie bij het klachtenmeldpunt voor de regio van aanbesteder de volgende klacht in:

'[Brancheorganisatie] is positief dat [Aanbesteder] gekozen heeft voor een prijsvraag om tot een ontwerp voor het project [Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] te komen. Dat neemt niet weg dat zij wel enkele vraagtekens plaatst bij onderdelen van de prijsvraag. Daarom heeft zij op 29 april informeel [Kenniscentrum A] benaderd met het verzoek onze punten voor te leggen aan [Aanbesteder]. Helaas moeten we constateren dat niet alle punten van [Brancheorganisatie] tot volle tevredenheid beantwoord zijn in de nota's van inlichtingen. Bovendien hebben een aantal van onze leden nog aanvullende punten aangedragen, die ook niet tot volle tevredenheid beantwoord zijn in de nota van inlichtingen. Daarom wil [Brancheorganisatie] middels deze brief graag een klacht indienen over bovengenoemde prijsvraag. Voor zover de klacht onderdelen betreft, die [Brancheorganisatie] niet eerder kenbaar gemaakt heeft aan [Kenniscentrum A] en [Aanbesteder], beroept zij zich op haar afgeleide klachtrecht (zie advies # 444 van de Commissie van Aanbestedingsexperts, overweging 5.4.5). Ik zal de klacht van [Brancheorganisatie] hierna toelichten:

**De (prijsvraag)procedure is onvoldoende transparant en disproportioneel**

[Brancheorganisatie] is van mening dat de opzet van de prijsvraag onvoldoende transparant is. In de presentatie tijdens de informatiebijeenkomst (...) is uiteengezet dat het een 'Franse prijsvraag' betreft. In de systematiek van KOMPAS light

is dat een niet- openbare prijsvraag (prijsvraag, voorafgegaan door een selectiefase waarin een beperkt aantal deelnemers aan de prijsvraag geselecteerd wordt). Deze lezing wordt beaamt door het antwoord op vraag 45 in nvi 1. Echter, [Brancheorganisatie] kan dit niet rijmen met het bepaalde in het reglement. Op basis van het gestelde in het reglement neemt [Brancheorganisatie] aan dat hier sprake is van een Europese openbare prijsvraag (ronde 1), gevolgd door een meervoudige opdracht (ronde 2), waarbij een vervolgoopdracht voor de 'winnaar' van de meervoudige opdracht in het verschiet ligt (zie advies # 502 van de Commissie van Aanbestedingsexperts, overweging 5.3 en 5.4).

Voor zover [Aanbesteder] volhardt dat de eerste ronde kwalificeert als een pre-kwalificatie voor de gunningfase (vraag 45 nvi 1), is [Brancheorganisatie] van mening dat het niet toegestaan is om te vragen om een ontwerpvisie, met referentiebeelden en ideeschets. Dat is in de ogen van [Brancheorganisatie] disproportioneel. Indien hier sprake is van een prekwalificatie, had het voor de hand gelegen om de geïnteresseerde bureaus te shortlisten op basis van kennis en ervaring en nog niet te vragen om een invulling van de opgave. Een dergelijke aanpak had de administratieve kosten van de deelnemers behoorlijk kunnen beperken.

### **Verzekeringseis is disproportioneel**

[Brancheorganisatie] heeft vraagtekens geplaatst bij de verzekeringseis die geldt voor de vervolgoopdracht ([Brancheorganisatie] herkent haar vraag in vraag 9 van nvi 1). Deelnemers moeten instemmen met deze eis, hoewel de aard en omvang van de vervolgoopdracht nog niet vaststaat. De Gids Proportionaliteit stelt onder andere dat bij het bepalen van een verzekeringseis een aanbesteder acht moet slaan op daadwerkelijke risico's en verzekeraarbaarheid. [Brancheorganisatie] is van mening dat de vervolgoopdracht onvoldoende bepaald is, in die zin dat het volstrekt onduidelijk is wat het risicoprofiel zal zijn. [Brancheorganisatie] is het volstrekt niet eens met het antwoord van [Aanbesteder] dat het minimale gangbare bedragen betreft voor bedrijven die goed te verzekeren zijn. [Brancheorganisatie] vraagt zich af waar [Aanbesteder] dit op baseert. Heeft [hij] wel gekeken naar de gebruikelijke verzekeringen in de architectenbranche? De gangbare beroepsaansprakelijkheidsverzekering is gebaseerd op de Raampolis DNR2011. Inkoopvoorwaarden van aanbesteders wijken daar in de praktijk regelmatig van af, maar het is zeker niet zo dat de door [Aanbesteder] gestipuleerde dekking valt binnen de gangbare deviaties op de DNR2011.

### **Referentievoorwaarden zijn disproportioneel**

[Brancheorganisatie] is positief dat [Aanbesteder] naar aanleiding van de opmerkingen van [Brancheorganisatie] de kerncompetenties nogmaals tegen het licht gehouden heeft en aangepast heeft (vraag 18 nvi 1). [Brancheorganisatie] vindt de kerncompetenties nog steeds fors voor een prijsvraag, maar berust zich in de aangepaste kerncompetenties. Dit ligt anders wat de betreft de voorwaarden die gelden voor in te dienen referenties.

U verlangt opgeleverde referenties. Één van de geïnteresseerde architectenbureaus beroept zich op advies # 487 van de Commissie van Aanbestedingsexperts en stelt dat het vragen om opgeleverde referenties disproportioneel is (vraag 1, nvi 3). [Aanbesteder] legt dit bezwaar gemotiveerd naast zich neer. In de ogen van [Brancheorganisatie] valt het nodige af te dwingen op deze motivatie. [Brancheorganisatie] deelt de mening van het betreffende bureau dat de oplevering van een referentie primair in de invloedssfeer van de aannemer valt en niet in die van de architect. Het al dan niet opgeleverd zijn van een project zegt derhalve weinig over de kwaliteit van de geleverde ontwerpdiensten. Voorts concludeert [Brancheorganisatie] dat de meervoudige opdracht waar deelnemers voor in aanmerking willen komen, louter betrekking hebben op ontwerpdiensten en geen



enkele vorm van bouwbegeleiding omvatten. Voor zover gerefereerd wordt aan de vervolgoopdracht, concludeert [Brancheorganisatie] dat deze vervolgoopdracht nog dusdanig vaag is, dat het verre van zeker is dat deze vervolgoopdracht ook daadwerkelijk bouwbegeleiding zal omvatten. Dit alles maakt dat [Brancheorganisatie] van mening is dat vragen om opgeleverde referenties in onderhavige prijsvraag disproportioneel is.

Meerdere bureaus hebben aangegeven grote moeite te hebben met de gevraagde tevredenheidsverklaringen bij de referenties. Die gevraagde verklaringen zijn dusdanig specifiek, dat bureaus terug moeten naar hun toenmalige opdrachtgever om een gespecificeerde tevredenheidsverklaring te bemachtigen. Een onwerkbaar situatie volgens hen. [Aanbesteder] zou ook kunnen volstaan met een eigen verklaring van het betreffende bureau voorzien van de contactgegevens van de toenmalige opdrachtgever, zodat [Aanbesteder] de juistheid van de eigen verklaring kan verifiëren. In dit kader refereert [Brancheorganisatie] ook graag aan de Richtsnoeren Levering en Diensten 2012, in het bijzonder richtsnoer 27. Weliswaar zijn deze richtsnoeren per 1 juni 2016 ingetrokken, maar [Brancheorganisatie] ziet niet in waarom iets wat disproportioneel is onder de richtsnoeren, per 1 juni 2016 opeens wel proportioneel wordt geacht.

**Regeling auteursrechten is onvoldoende transparant en disproportioneel**  
[Brancheorganisatie] heeft vragen gesteld over de status van de tweede ronde (vraag 45 nvi 1). [Brancheorganisatie] is van mening dat de tweede ronde een meervoudige opdracht betreft en niet een gunningsfase. Dus heeft [Brancheorganisatie] gevraagd hoe het precies zit met de toepasselijkheid van de inkoopvoorwaarden in de tweede ronde. [Aanbesteder] antwoordt dat de inkoopvoorwaarden niet van toepassing zijn op de tweede ronde en dat van een overdracht van alle ie-rechten op de inschrijving in de tweede ronde geen sprake is. 'Slechts' de intellectuele eigendommen op de ontwerper van de winnaar en de runner-up gaan over op [Aanbesteder]. [Brancheorganisatie] vraagt zich af of deze verduidelijking voldoende transparant is. Aangezien de inkoopvoorwaarden volgens zeggen van [Aanbesteder] nog niet van toepassing zijn, rijst de vraag wat [Aanbesteder] over 'overgaan op [Aanbesteder]' bedoelt. Conform de Auteurswet moet overdracht van auteursrechten bij schriftelijke akte geschieden, instemmen met voorwaarden middels inschrijving is onvoldoende. Bovendien vraagt [Brancheorganisatie] zich af of de IE-rechtenvoorwaarde, zoals verwoordt in vraag 45 nvi 1 proportioneel is, als [Aanbesteder] volledige en onvoorwaardelijke overdracht ambieert. De Gids Proportionaliteit stelt dat een aanbesteder een (uitgebreide) licentie moet overwegen, die minder ver gaat dan een volledige en onvoorwaardelijke overdracht. Dat zal des te meer gelden voor het ontwerp van de runner-up.

[Brancheorganisatie] hoopt van harte dat u in deze klacht aanleiding ziet om de prijsvraag aan te passen. (...)

Ondanks het meningsverschil wenst [Brancheorganisatie] u veel succes met uw prijsvraag.'

1.11. Bij brief van 19 juni 2019 reageert aanbesteder op de klacht van de brancheorganisatie:

'Hierbij reageer ik op uw klacht die u hebt ingediend inzake de aanbesteding 'Prijsvraag [Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] (...). (...)

Uw klacht is in behandeling genomen door het Klachtenmeldpunt aanbesteden van [Regio]. Het Klachtenmeldpunt aanbesteden van [Regio] heeft advies uitge-

bracht aan [Aanbesteder] in haar hoedanigheid van uitschrijver van de prijsvraag.

[Aanbesteder] conformeert zich aan het door het Klachtenmeldpunt aanbesteden [Regio] gegeven advies. Dat betekent dat [Aanbesteder] zich op het standpunt stelt dat uw klacht gedeeltelijk gegrond en gedeeltelijk ongegrond is.

Voor het advies van het Klachtenmeldpunt aanbesteden [Regio] verwijs ik u naar de bijlage bij deze brief.'

- 1.12. De bijlage bij de brief van 19 juni 2019 bevat het advies van het klachtenmeldpunt naar aanleiding van de klacht van de brancheorganisatie:

### **'Inleiding**

(...)

[Brancheorganisatie] heeft, mede namens een aantal leden, op 3 juni 2019 over de procedure en de inhoud van de prijsvraag een klacht ingediend.

De klacht bestaat uit vier onderdelen:

1. De prijsvraag zou onvoldoende transparant en disproportioneel zijn;
2. De verzekeringseis zou disproportioneel zijn;
3. De referentievoorwaarden zouden disproportioneel zijn;
4. De regeling auteursrechten zou onvoldoende transparant en disproportioneel zijn.

Het [Klachtenmeldpunt] heeft de uitschrijver van de prijsvraag, naar aanleiding van de klacht, gevraagd een uitgebreide toelichting te geven op de klacht.

Het Klachtenmeldpunt heeft - na kennis te hebben genomen van de standpunten van beide partijen - de verkregen informatie beoordeeld en aan de hand daarvan een advies opgesteld.

De klacht wordt hieronder per onderdeel behandeld en van een advies voorzien.

**Onderdeel 1** De prijsvraag zou onvoldoende transparant en disproportioneel zijn.

Het Reglement Prijsvraag vermeldt dat de prijsvraag uit twee rondes bestaat. In de eerste ronde, waaraan iedereen kan deelnemen, wordt gevraagd om een beknopte visie en een ideeënschets als globale verbeelding van het idee. Er worden in deze fase van de prijsvraag geen randvoorwaarden gesteld; het bereiken van maximale creativiteit onder de deelnemers is het uitgangspunt.

Uitdrukkelijk wordt in deze ronde niet gevraagd om uitgewerkte ontwerpen en gedetailleerde tekeningen en dergelijke, om de kosten voor de deelnemende partijen niet onnodig op te drijven. In deze eerste ronde wordt immers geen vergoeding voor deelname verstrekt.

Bewust is door de uitschrijver van de prijsvraag gekozen om in deze eerste ronde de financiële en technische geschiktheid van de deelnemers vooraf te toetsen door de deelnemers zelf te laten verklaren dat zij kunnen voldoen aan de geschiktheidseisen. Dit is - gelet op het gestelde in artikel 2.43 van de Aanbestedingswet, waar een verdergaande toetsing is opgenomen - zeer coulant.

De gedachte hierachter is die van lastenverlichting voor beide partijen en daarnaast een praktische, namelijk dat de jury, die de geldige inzendingen zal beoordelen, achteraf niet met ongeschikte deelnemers wordt geconfronteerd. Deelne-

mers die niet kunnen verklaren aan de gevraagde vereisten te voldoen of die een inzending indienen die niet voldoet aan de vereisten, worden uitgesloten.

De overgebleven inzendingen worden door een jury beoordeeld. De inzenders van de vier best beoordeelde inzendingen gaan door naar de tweede ronde. In deze tweede ronde wordt de vier deelnemers gevraagd hun visie nader uit te werken tot een structuurontwerp met een kostenindicatie (duurzaamheid, life cycle etc), eenvoudige maquette en filmpje. Voor deze tweede ronde ontvangen de indieners van een geldige inzending een vergoeding van € 50.000,-. Uit de inzendingen selecteert de jury het winnende ontwerp en een 'runner-up'. Met de winnaar wordt vervolgens een onderhandelingsprocedure gestart om tot een nadere detaillering van de vervolgoedracht, inclusief prijsvorming, te komen.

De prijsvraag gaat uit van een maximale potentiële opdracht voor de ontwerpdiensten en begeleiding en komt daarmee uit boven de Europese aanbestedingsgrens. De realisatie van [de Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] zal, gelet op de omvang van de opdracht, een Europese aanbestedingsprocedure zijn, maar hoe daaraan feitelijk invulling wordt gegeven is nog niet bekend. De omvang van de rol van de winnaar van de prijsvraag in de realisatiefase is op dit moment evenmin inzichtelijk en kan onderdeel van de onderhandelingsfase zijn. De uitschrijver van de prijsvraag heeft in ieder geval de intentie om de winnaar bij de uitvoering te betrekken. (Een en ander conform hoofdstuk 6 Reglement. Dit is nader toegelicht bij vraag 72 van Nota van inlichtingen 2: "Na succesvolle afronding van de prijsvraag en onder voorbehoud van beschikbaarstelling van krediet door de Raad zal een raamovereenkomst worden gesloten met de winnaar. Daarbij wordt voor de bepaling van de omvang en inhoud van de opdracht aan de winnaar de Standaardtaakbeschrijving 2014 gebruikt aangevuld met voor de opgave aanvullend benodigde taken.").

De voornoemde procedure is door middel van een informatiebijeenkomst op 6 mei 2019 voor geïnteresseerden toegelicht. Hierin werd een sheet getoond waarin diverse procedurele types prijsvragen aan de orde kwamen, zoals die in de systematiek van KOMPAS Light Prijsvragen (een hulpmiddel om architectenaanbestedingen vorm te geven) zijn benoemd. Tijdens de presentatie is door [Kenniscentrum A] (adviseur van uitschrijver) aangegeven dat *het principe* van de onderhavige prijsvraag voor [de Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] *het meest overeenkomt* met die van de zgn. Franse prijsvraag. In de daaropvolgende sheet in de presentatie is vervolgens het overzicht van het werkelijke verloop van de procedure uitgewerkt, die overeenkomt met de hierboven uitgeschreven procedure (maar die dus niet volledig overeenkomt met de 'Franse prijsvraag'). De getoonde afbeelding is afkomstig uit het Reglement [onder ' Vooraf'.

In vraag 45 in de Nvl 1, van 9 mei 2019, wordt door de vraagsteller de procedure gekwalificeerd als meervoudige opdracht. De uitschrijver antwoordt hierop dat dit een onjuiste aanname is en dat het hier een niet-openbare aanbesteding voor een prijsvraag betreft. Op Tendered is de opdracht ook als zodanig gepubliceerd.

Het betreft naar het oordeel van het Klachtenmeldpunt inderdaad een prijsvraag via een niet-openbare aanbesteding met twee rondes; een trechtermodel, waarbij in de eerste ronde 'iedereen' mag meedoen, en waarbij slechts de vier best beoordeelde inzendingen doorgaan naar de volgende ronde, waaruit een winnaar wordt geselecteerd. Hiermee wordt de onderhandelingsfase ingegaan.

Het Klachtenmeldpunt constateert dat de uitschrijver hierover voldoende transparant is geweest, nu het verloop van de prijsvraagprocedure in het Reglement

Prijsvraag van 24 april 2019 uitvoerig is omschreven, mondeling is toegelicht in de presentatie van 6 mei 2019 en ook in de Nvl's uitgebreid is beantwoord (met name bij de vragen 45 (Nvl 1), 72 en 73 (Nvl 2)). Voorts is de prijsvraag gepubliceerd op Tenderned, zoals hierboven aan de orde kwam als niet-openbare procedure. Uit paragraaf 6 van het Reglement en de Nvl 2 (vraag 72) (en overeenkomstig artikel 2.34 van de Aanbestedingswet) volgt ook de onderhandelingsfase na afloop van de tweede ronde.

Voor zover de procedure in het Reglement Prijsvraag voor [Brancheorganisatie] nog niet geheel duidelijk was, heeft zij na de Presentatie en na de beantwoording in de Nvl's alsnog uitsluitel hierover gekregen.

Dat het in de voorafgaande selectiefase niet mogelijk zou zijn om te komen tot een ontwerp visie, onderschrijft het Klachtenmeldpunt niet. Het betreft een goed doordachte - overigens vormvrije - procedure, waarbij de uitschrijver bewust keuzes heeft gemaakt ten aanzien van de ideeënsets (niet te omvangrijk, zonder (financiële) randvoorwaarden, maar met de mogelijkheid om maximale creativiteit toe te passen). Hierdoor hebben de deelnemers aan de prijsvraag slechts minimale inspanningen hoeven verrichten, maar zijn zij in ruil daarvoor geheel vrij geweest in het benutten van hun originaliteit en vindrijkheid, wat nu juist voor de uitschrijver van grote waarde is. [De te realiseren Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] is immers een opdracht van formaat, vanwege de omvang, de iconische uitstraling die het moet krijgen, de maximale duurzaamheid waaraan het moet voldoen, de bebouwde omgeving waarbinnen het komt te liggen en de verschillende soorten partijen die hun intrek erin nemen. Bij een dergelijk project wil de uitschrijver niet beperkt zijn tot enkele vooraf geselecteerde partijen waarvan zij de inventiviteit niet kent. Bij een dergelijke opdracht via een prijsvraagprocedure, past het naar het oordeel van het klachtenmeldpunt dan ook niet om een shortlist-methode toe te passen, zoals [Brancheorganisatie] thans voorstelt.

## **Onderdeel 2** De verzekeringseis zou disproportioneel zijn

Uit het reglement van 24 april 2019 blijkt dat de ontwerper die de prijsvraag heeft gewonnen, bij de vervolgoopdracht dient te verklaren dat hij kan voldoen aan de gestelde eisen met betrekking tot de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering en de beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Hierbij wordt uitgegaan van de situatie dat de winnaar van de prijsvraag qua profiel, capaciteiten en ervaringen voldoet en dat de uitschrijver de maximale opdracht aan de ontwerper zou verstrekken. Voor die fictieve situatie heeft uitschrijver zich afgevraagd wat dan verzekerd dient te zijn en of dat ook verzekeraar is.

Dat de uitschrijver van de prijsvraag nog niet bekend is met de exacte invulling die zij gaat geven aan de realisatie van [de Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] doet daaraan niet af. Het is immers een vaststaand gegeven dat [de Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] een complexe opgave zal worden, gelet op de omvang, de bebouwde omgeving waarbinnen het komt te liggen, de verschillende soorten partijen die er hun intrek in nemen et cetera. Wat daarnaast vast staat is dat de waarde van die opdracht de Europese drempelwaarde ver overstijgt. De bouw van dit complexe werk staat dan ook niet in verhouding tot de dienstverlening van de architect. Deze dienstverlening is van veel minder financiële waarde.

Vanuit dat oogpunt acht het Klachtenmeldpunt het niet buiten proportie om een verdergaande verzekeringseis te stellen, dan die normaalgesproken bij architectendiensten wordt gevraagd. De handreiking aansprakelijkheid van [Brancheorganisatie] geeft aan dat van de DNR kan worden afgeweken. Met bijvoorbeeld de

ingestorte parkeergarage als gevolg van een ontwerpfout bij Eindhoven Airport in het achterhoofd, is die afwijking in dit geval gerechtvaardigd om te vragen *in de toekomstige situatie van opdrachtverlening*. Wanneer uitschrijver zou vasthouden aan de eis die ten aanzien van de aansprakelijkheid wordt gesteld in de DNR, zou dat verre van toereikend zijn.

Tot slot stelt ook de Gids Proportionaliteit dat een relatief kleine opdracht een grote schade tot gevolg kan hebben. De bijzondere omstandigheden van het geval rechtvaardigen de in onderhavige aanbesteding gestelde eisen. Daarnaast heeft het Klachtenmeldpunt geconstateerd dat het in de markt mogelijk is om de gevraagde verzekering af te sluiten en dat juist het afsluiten van een Ontwerprisicooverzekering voor opdrachtgevers nauwelijks nog mogelijk is, vanwege het slechte schadeverloop in de architectenbranche.

### **Onderdeel 3** De referentievoorwaarden zouden disproportioneel zijn

[Brancheorganisatie] meent dat de kerncompetenties - die uitschrijver naar beneden heeft bijgesteld naar aanleiding van vragen in de Nvl's - fors zijn voor een prijsvraag, maar legt zich daarbij neer. Dat geldt niet voor de voorwaarden die aan de referenties worden gesteld door uitschrijver.

Eén van de voorwaarden die wordt gesteld is de eis dat het referentieproject opgeleverd moet zijn. Uitschrijver van de prijsvraag meent dat de gestelde voorwaarden gelet op de complexiteit van de opdracht van toepassing dienen te blijven. De uitschrijver wil consistentie tot en met het eind van de opdracht en wil er zeker van zijn dat de deelnemer de benodigde ervaring heeft. Voorkomen moet worden dat een Definitief Ontwerp wordt aangeleverd, dat vervolgens onuitvoerbaar blijkt. Ook de uitvoerbaarheid van architectenontwerpen die met gemeenschapsgeld worden gefinancierd, is een belangrijk (financieel) toetsingskader voor de uitschrijver. Om die reden wordt een referentie gevraagd tot en met de oplevering van het werk, zodat de noodzakelijke ervaring op deze punten daadwerkelijk kunnen worden getoetst.

Het Klachtenmeldpunt is van oordeel dat vanwege de aard van [de te ontwerpen Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] de gevraagde referentie in dit geval niet disproportioneel is. De uitschrijver is zich ervan bewust dat de uitvoering en de oplevering van een bouwwerk slechts ten dele een indicatie vormen voor de kwaliteit van de ontwerpwerkzaamheden. Echter, zoals blijkt uit advies #313 van de Commissie van Aanbestedingsexperts kan het zijn dat - ook al heeft oplevering plaatsgevonden - de opdrachtgever tijdens de uitvoering van een bouwwerk maatregelen heeft moeten treffen in verband met in het ontwerp geconstateerde tekortkomingen. En dat is nu juist waar het in onderhavig geval om te doen is: uitschrijver van de prijsvraag voor [de Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] wil nu juist ontwerpfouten voorkomen. Het blijft per situatie een belangenafweging, die in dit geval uitkomt op een proportionele eis die wordt gesteld gelet op de complexiteit van het bouwwerk.

Voorts vindt klager dat de vervolgoopdracht te vaag is en dat om die reden niet kan worden gevraagd om voornoemde referentie-eis.

Zoals uit het gestelde bij onderdeel 1 blijkt, heeft de uitschrijver de bedoeling om de winnaar van de prijsvraag nauw te betrekken in de vervolgoopdracht van realisering. Ook uit de gevraagde verzekering kan worden opgemaakt dat de uitschrijver in beginsel de maximale opdracht wil geven aan de winnaar. Mede vanuit dit uitgangspunt acht het klachtenmeldpunt de referentie-eis niet disproportioneel.

Tot slot klaagt [Brancheorganisatie] over de gevraagde tevredenheidsverklaringen. Deze zouden zo specifiek zijn dat een onwerkbaar situatie ontstaat, omdat deelnemers naar hun voormalige opdrachtgever terug moeten om een tevredenheidsverklaring te bemachtigen. Ook dit zou in de ogen van klager buiten proportioneel zijn.

De uitschrijver van de prijsvraag heeft de eis van een tevredenheidsverklaring - naar aanleiding van vragen hierover in de Nvl's - bijgesteld in de zin dat deze nog slechts wordt gevraagd van de vier geselecteerde deelnemers die als beste zijn beoordeeld door de jury en dus doorgaan naar de tweede ronde. Een tevredenheidsverklaring blijft echter noodzakelijk gezien de complexiteit en omvang van het te ontwerpen en realiseren gebouw.

Er wordt van de deelnemers een verklaring gevraagd waaruit blijkt dat er naar tevredenheid is gewerkt en opgeleverd en waarin de nader genoemde aspecten zijn opgenomen. In dat geval kan de geselecteerde deelnemer bijvoorbeeld verwijzen naar een projectbrochure of desnoods een bestek bijvoegen, zodat de uitschrijver kan toetsen waar de tevredenheidsverklaring betrekking op heeft. Het is dus niet per definitie nodig dat de geselecteerden zich opnieuw tot hun voormalige opdrachtgevers moeten wenden voor het opvragen van nieuwe referenties.

Het Klachtenmeldpunt is van oordeel dat het bovenstaande niet onredelijk bezwarend is om van de vier geselecteerde deelnemers een tevredenheidsverklaring te vragen, zodat de uitschrijver de geschiktheid kan verifiëren..

**Onderdeel 4** De regeling auteursrechten zou onvoldoende transparant en disproportioneel zijn.

Op de opdracht(en) aan de winnaar van de prijsvraag zullen de Algemene Inkoopvoorwaarden van [Aanbesteder] vanaf 2014 (inclusief addendum) van toepassing zijn. Duidelijk is in de Nvl van 9 mei 2019 gesteld dat de Inkoopvoorwaarden niet van toepassing zijn op alle deelnemers aan de tweede ronde. Met betrekking tot de eigendomsrechten die in de Inkoopvoorwaarden zijn opgenomen, geldt dat dit punt alleen van toepassing is op de winnaar van de prijsvraag en dat die ermee akkoord zal moeten gaan dat de IE-rechten overgaan op de uitschrijver.

Voorafgaand aan de tweede ronde dienen de vier geselecteerde deelnemers hun bereidheid hiertoe - in het geval zij winnaar mochten worden - te verklaren. Tot zover acht het Klachtenmeldpunt de bedoeling van uitschrijver voor de deelnemers duidelijk en transparant.

Ten aanzien van de specifieke betekenis van de term 'overgaan' , heeft de uitschrijver van de prijsvraag zich niet helder uitgesproken. Bedoeling van de uitschrijver is dat de geselecteerde deelnemers voor de tweede ronde ermee akkoord gaan dat hun schetsontwerp in een volgende fase nader zal worden uitgewerkt en dat uiteindelijk het werk van de winnende deelnemer zal worden geëxploiteerd. Dit kan desnoods - in het slechtste geval - door een andere partij zijn in het geval uitschrijver besluit toch niet de vervolgoopdracht aan de winnaar te verstrekken. Indien de onderhandelingsfase onverhoopt niet tot overeenstemming zou leiden.

De uitschrijver heeft niet de intentie om de persoonlijkheidsrechten overgedragen te krijgen van de maker van het winnende ontwerp. Deze rechten zijn immers niet aan iemand anders over te dragen. De winnaar houdt aldus zijn persoonlijkheidsrechten, ook als hij zijn auteursrechten aan de uitschrijver zal overdragen. Wel kan eventueel afstand worden gedaan van een deel van de persoonlijkheidsrechten, bijvoorbeeld in de zin dat de winnaar van het ontwerp zich niet zal ver-

zetten tegen het aanbrengen van wijzigingen in het werk. Dit is wat de uitschrijver heeft bedoeld.

Met deze verduidelijking heeft de uitschrijver geen disproportionele eis gesteld, aldus het Klachtenmeldpunt. Wel heeft de klager in zoverre gelijk als hij stelt dat dit niet helder omschreven is.

De uitschrijver heeft tegenover het Klachtenmeldpunt aangegeven dat zij haar verduidelijking zal toevoegen aan het reglement dat op de procedure in de tweede ronde van toepassing zal zijn.

Het Klachtenmeldpunt kan zich hierin vinden aangezien hiermee alsnog aan de eisen van transparantie en proportionaliteit wordt voldaan. Bovendien heeft voorgestelde aanpassing geen vergaande gevolgen voor de deelnemers, nu de procedure eerst nog ronde 1 dient te doorlopen. Het is niet aannemelijk dat door deze versoepeling van de eis in de eerste ronde van de procedure (waarbij iedereen kon meedingen) partijen zich hebben laten weerhouden om in te schrijven.

### **Advies Klachtenmeldpunt**

Het Klachtenmeldpunt adviseert, gelet op het voorgaande, de klacht

- met betrekking tot onderdeel 1 ongegrond te verklaren en de procedure voort te zetten;
- met betrekking tot onderdeel 2 ongegrond te verklaren en de verzekeringseisen te handhaven;
- met betrekking tot onderdeel 3 ongegrond te verklaren en de referentie-eisen eisen met tevredenheidsverklaringen te handhaven;
- met betrekking tot onderdeel 4 gegrond te verklaren en de uitschrijver te adviseren de over te dragen auteursrecht voorafgaand aan de tweede ronde nader te specificeren in het reglement, zodat de procedure zonder oponthoud kan voortgezet.'

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

Niet transparant is wat voor soort procedure wordt gehanteerd en de gekozen procedure is disproportioneel.

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

De verzekeringseis is disproportioneel.

### **2.3. Klachtonderdeel 3**

Het vereiste dat het referentieproject in het kader van de technische geschiktheidseisen in de afgelopen 10 jaar opgeleverd moet zijn is disproportioneel.

### **2.4. Klachtonderdeel 4**

De vereiste tevredenheidsverklaringen bij de referentieprojecten in het kader van de technische geschiktheidseisen zijn disproportioneel.

#### 2.4.1. Klachtonderdeel 5

Het is onvoldoende transparant van welke persoonlijkheidsrechten de winnaar en de runner-up afstand moeten doen. Ook is het niet proportioneel om voor de runner-up dezelfde eisen te hanteren ten aanzien van de overdracht van intellectuele eigendomsrechten en het afstand doen van persoonlijkheidsrechten.

### **3. Onderbouwing klacht**

3.1. De brancheorganisatie acht aanpassing van de procedure niet meer opportuun. Zij is geïnteresseerd in een advies van de Commissie dat inzichtelijk maakt in hoeverre een prijsvraagprocedure als de onderhavige voldoende transparant en proportioneel is.

#### 3.2. Klachtonderdeel 1

3.2.1. Ondanks het uitvoerige advies van het klachtenmeldpunt (zie 1.12 hiervoor) blijft de brancheorganisatie van mening dat de onderhavige prijsvraagprocedure onvoldoende transparant is. De brancheorganisatie kan de beschrijving van de procedure in het reglement prima volgen, maar blijft van mening dat die beschrijving niet te rijmen is met de kwalificatie 'niet-openbare procedure' en 'Franse prijsvraag in de systematiek van KOMPAS light', zoals wordt gesteld in de aankondiging (zie 1.2. hiervoor), de Nota's van Inlichtingen (zie 1.6 t/m 1.9 hiervoor) en het advies van het klachtenmeldpunt (zie 1.12 hiervoor). De eerste ronde van de prijsvraag van aanbesteder kwalificeert in de ogen van de brancheorganisatie feitelijk als een (Europese) openbare prijsvraag in de zin van artikel 2.43 Aw 2012. Deze eerste ronde heeft volgens de brancheorganisatie het karakter van een inschrijvingsfase, er worden immers inschrijvingen/inzendingen (visies) gevraagd en beoordeeld. Deze opzet lijkt naar de mening van de brancheorganisatie meer op de Open Oproep op basis van Visie in de systematiek van KOMPAS light. Het enkele feit dat aanbesteder ervoor kiest om in de eerste ronde ook geschiktheidseisen te stellen, geeft de eerste ronde niet opeens het karakter van een selectiefase in de zin van een niet-openbare procedure. In lijn met Advies 502 neemt de brancheorganisatie aan dat de tweede ronde van de prijsvraag van aanbesteder het karakter heeft van een meervoudige opdracht: de vier best beoordeelde teams in de eerste ronde krijgen alle vier een opdracht om hun visie uit te werken tot een structuurontwerp tegen een vergoeding van € 50.000 EUR, waarbij voor het best beoordeelde team een vervolgoopdracht in het verschiet ligt. De brancheorganisatie is van mening dat de tweede ronde in ieder geval niet beantwoordt aan het bepaalde in artikel 2.43, lid 2, Aw 2012 wat betreft anonieme beoordeling door de jury (zie paragraaf 5.2 van het reglement in 1.3 hiervoor).

3.2.2. De brancheorganisatie is van mening dat bij de eerste ronde sprake is van een openbare in plaats van een niet-openbare procedure. Dat roept naar het oordeel van de brancheorganisatie tevens de vraag op of een openbare procedure een proportionele keuze is, mede gezien het bepaalde in Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit. De brancheorganisatie vreest dat de gegadigde architecten onnodig op kosten worden gejaagd, omdat ze moeten aantonen aan de gestelde (forse) geschiktheidseisen te voldoen én een inhoudelijke inzending moeten doen. Als aanbesteder ervaring dusdanig belangrijk vindt, had hij naar het oordeel van de brancheorganisatie ook kunnen kiezen voor een echte niet-openbare prijsvraagprocedure (Franse prijsvraag conform KOMPAS light). Dat had de administratieve lasten aanzienlijk beperkt voor de gegadigden.



### 3.3. Klachtonderdeel 2

- 3.3.1. Ook met betrekking tot de verzekeringseis blijft de brancheorganisatie van mening dat deze disproportioneel is. De brancheorganisatie kan het klachtenmeldpunt niet volgen in zijn opvatting dat de definitieve vervolgoopdracht nog niet bekend is en aanbesteder zich dus terecht heeft afgevraagd wat dan verzekerd dient te zijn en of dat ook verzekeraar is. Enige onderbouwing van de conclusie dat de betwiste verzekeringseis verzekeraar is, ontbreekt volledig.
- 3.3.2. Het klachtenmeldpunt verwijst naar de Handreiking Aansprakelijkheid van de brancheorganisatie. Als het klachtenmeldpunt dit document goed had gelezen, had zij kunnen weten dat de brancheorganisatie niet per definitie tegen een aansprakelijkheids- of verzekeringseis is, die afwijkt van de DNR 2011. Bondig samengevat stelt het document dat een verzekeringseis verband moet houden met daadwerkelijke risico's en verzekeraar moet zijn. Dit standpunt is naar het oordeel van de brancheorganisatie in overeenstemming met het bepaalde in de Gids Proportionaliteit. Echter, in onderhavige prijsvraag is sprake van een ander scenario. De geselecteerde deelnemers aan de tweede ronde moeten zich conformeren aan een forse verzekeringseis als uitvoeringsvoorwaarde bij de vervolgoopdracht. Echter op een moment dat de aard en omvang van de vervolgoopdracht en het bijbehorende risicoprofiel volstrekt onduidelijk zijn. De brancheorganisatie vraagt zich ten eerste af in hoeverre de geselecteerde deelnemers in staat zullen zijn om in deze omstandigheden een verzekeraar te vinden die bereid is te verklaren dat hij de verlangde dekking onder verzekering wil bieden. Te meer daar de gevraagde dekking fors hoger uitpakt dan de gangbare voorwaarden in de architectenbranche. De brancheorganisatie refereert daarbij niet alleen aan de leveringsvoorwaarden DNR 2011, maar ook aan inkoopvoorwaarden als ARVODI, ABAA DNR, inkoopvoorwaarden BIZOB, model opdracht van Aedes/NEPROM, etc.

### 3.4. Klachtonderdeel 3

Aanbesteder verlangt opgeleverde referenties. Het beroep op Advies 487 in vraag 1 van de derde Nota van Inlichtingen heeft aanbesteder naar de mening van de brancheorganisatie onvoldoende weerlegd in het antwoord op de vraag. De brancheorganisatie is van mening dat de oplevering van een gebouw primair in de invloedssfeer van de aannemer valt en niet in die van de architect. Het al dan niet opgeleverd zijn van een project zegt derhalve weinig over de kwaliteit van de geleverde ontwerpdiensten. Daarbij constateert de brancheorganisatie dat de meervoudige opdracht waarvoor deelnemers in aanmerking willen komen, louter betrekking heeft op ontwerpdiensten en geen enkele vorm van bouwbegeleiding omvat. Voor zover aanbesteder in dit kader refereert aan de vervolgoopdracht, merkt de brancheorganisatie op dat de vervolgoopdracht nog dusdanig vaag is, dat het verre van zeker is dat die ook daadwerkelijk bouwbegeleiding zal omvatten. Dit alles maakt dat de brancheorganisatie van mening is dat vragen om opgeleverde referenties in onderhavige prijsvraag disproportioneel is.

### 3.5. Klachtonderdeel 4

- 3.5.1. Meerdere ondernemingen hebben aangegeven grote moeite te hebben met de gevraagde tevredenheidsverklaringen bij de referenties. Die gevraagde verklaringen zijn dusdanig specifiek, dat ondernemingen terug moeten naar hun toenmalige opdrachtgever om een gespecificeerde tevredenheidsverklaring te bemachtigen. Een onwerkbaar situatie volgens hen. Aanbesteder had volgens de brancheorganisatie ook kunnen volstaan met een eigen verklaring van de betreffende onderneming voorzien van de contactgegevens van de toenmalige opdrachtgever, zodat aanbesteder de juistheid van de eigen verklaring kan verifiëren. In dit kader refereert de brancheorganisatie ook graag aan de Richtsnoeren Levering en

Diensten 2012, in het bijzonder richtsnoer 27. Weliswaar zijn deze richtsnoeren per 1 juni 2016 ingetrokken, maar de brancheorganisatie ziet niet in waarom iets wat disproportioneel is onder de richtsnoeren, per 1 juni 2016 opeens wel proportioneel wordt geacht.

- 3.5.2. Het klachtenmeldpunt neemt in zijn advies tot uitgangspunt dat alleen de vier geselecteerde ondernemingen de tevredenheidsverklaringen zouden moeten indienen. Dat klopt, maar neemt natuurlijk niet weg dat alle gegadigden nu al actief achter die verklaringen aan moeten. Een onderneming wacht echt niet de voorlopige selectie af om dan (volgens planning) medio juli/augustus achter de verklaringen aan te gaan. Veel opdrachtgevers zijn dan op vakantie.
- 3.5.3. De toegestane 'extra' bewijsmiddelen bieden volgens de brancheorganisatie ook onvoldoende een oplossing. Met een bestek kun je niet aantonen dat de referentie tot volle tevredenheid van de opdrachtgever opgeleverd is.

### 3.6. Klachtonderdeel 5

- 3.6.1. De brancheorganisatie is positief dat het klachtenmeldpunt in haar advies aanraadt om duidelijker aan te geven wat met het overgaan van auteursrechten bedoeld wordt. De brancheorganisatie maakt hieruit op dat het gaat om het verstrekken van een gebruiksrecht om het ontwerp te laten uitwerken en realiseren. Maar blijkbaar gaat het ook om het afstand doen van bepaalde persoonlijkheidsrechten. Echter, het advies laat in het midden om welke persoonlijkheidsrechten het precies gaat. Gaat het alleen om het verzetsrecht tegen aanpassingen of ook om zaken als naamsvermelding?
- 3.6.2. Het klachtenmeldpunt miskent dat de brancheorganisatie in haar klacht nadrukkelijk ook aandacht vraagt om de positie van de runner-up met betrekking tot de voorwaarden over de auteursrechten. In de ogen van de brancheorganisatie is het onredelijk om eenzelfde regeling over auteursrechten op te leggen aan de runner-up. Volgens de brancheorganisatie kan hier pas sprake van zijn als de runner-up de vervolgoopdracht gegund krijgt.

## 4. **Reactie aanbesteder**

- 4.1. Aanbesteder stelt allereerst dat de brancheorganisatie in de bij de Commissie ingediende klacht niets nieuws heeft aangevoerd en dat zij nalaat om gemotiveerd te weerleggen waarom de stellingname van aanbesteder geen stand zou kunnen houden. Volgens aanbesteder dient de Commissie de klacht daarom op basis van artikel 9 lid 1 van haar Reglement niet in behandeling te nemen.
- 4.2. Het voorgaande is ook een reden voor aanbesteder om voor een reactie op de klacht naar het advies van het klachtenmeldpunt te verwijzen (zie 1.12 hiervoor).
- 4.3. Daar voegt aanbesteder nog het volgende aan toe. Aanbesteder stelt om te beginnen dat de brancheorganisatie de reactie van aanbesteder (zie 1.12 hiervoor) op de ingediende klacht van 3 juni 2019 ( zie 1.10 hiervoor) kennelijk niet goed heeft doorgenomen, althans niet goed heeft begrepen. In het kader van de afzonderlijke klachtonderdelen geeft aanbesteder daarvan voorbeelden.
- 4.4. Aanbesteder is van mening dat de brancheorganisatie – geheel ten onrechte – bij de Commissie de indruk wil wekken dat aanbesteder niet weloverwogen heeft beslist. Van ondoordachte besluitvorming door aanbesteder is geenszins sprake. Niet bij de afhandeling van de klacht, maar evenmin bij de keuze voor de gevolgdde procedure.

- 4.5. In het kader van klachtonderdelen 1, 2, 4 en 5 voert aanbesteder nog het volgende aan.
- 4.6. Klachtonderdeel 1
- 4.6.1. Aanbesteder blijft bij zijn standpunt dat van een transparante en proportionele prijsvraagprocedure sprake is. In de bij de Commissie ingediende klacht schrijft de brancheorganisatie volgens aanbesteder ten onrechte dat de tweede ronde niet beantwoordt aan het bepaalde in artikel 2.43, lid 2, Aw 2012 (zie 3.2.1 hiervoor). Aan het vereiste van dit artikel wordt volgens aanbesteder echter wel voldaan, namelijk in de eerste ronde. Aanbesteder meent dat de prijsvraagprocedure vormvrij is. Hij heeft ervoor gekozen de anonieme beoordeling in de eerste ronde te laten plaatsvinden. In de tweede ronde worden vervolgens presentaties gegeven door de vier geselecteerde partijen. In de tweede ronde blijven de criteria voor beoordeling van de inzendingen zoals deze voor de eerste ronde gelden, gehandhaafd. Het juryrapport wordt na de tweede ronde bekendgemaakt. Een en ander blijkt uit paragrafen 5.2 en 5.3 van het reglement (zie 1.3 hiervoor).
- 4.6.2. Van ondoordachte besluitvorming door aanbesteder bij de keuze voor de gevulde procedure is volgens aanbesteder geen sprake. Hij verwijst in dit verband naar de volgende uiteenzetting van [Kenniscentrum A] van 18 juli 2019. Hierin geeft [Kenniscentrum A] een analyse over de jonge prijsvraagcultuur in Nederland:

**'Prijsvraag [Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] in de context van de jonge prijsvraagcultuur in Nederland**

Het Centraal Planbureau constateerde in 2016 dat het uitschrijven van prijsvragen hét middel is om tot kansrijk innovatiebeleid te komen, maar ook dat Nederland daarbij internationaal achterloopt. In een aantal Europese landen is het uitschrijven van prijsvragen gangbaar en in geval van (het ontwerp van) publieke gebouwen, wettelijk verplicht. Daarvan is in Nederland geen sprake.

Tot 1 april 1997 bestonden in Nederland voor 'ontwerpwedstrijden' onder architecten dan wel projectontwikkelaars geen algemene regelingen of afspraken met een breed draagvlak. Deze zijn gemaakt nadat door alle betrokken partijen aandacht werd gevraagd voor de problemen die zij bij de selecties ondervonden, in het kader van de convenanten 'Wedstrijden op het gebied van architectuur, stedenbouw, landschapsarchitectuur en interieurarchitectuur', overeengekomen door Rijksbouwmeester, ministeries van VROM, OCW, LNV, VenW, BuiZa en Defensie, alsmede VNG, BNA (indertijd Bond van Nederlandse Architecten; nu Branchevereniging van Nederlandse Architectenbureaus), BNI, bnSP, NEPROM, NVTL, ONRI, Aedes, en AVBB (nu Bouwend Nederland).

In samenspraak ontwikkelden de convenantpartijen enkele voor iedereen kosteloos toegankelijke handleidingen onder de noemer Kompas, waarin basismodellen worden aangereikt voor onder meer prijsvragen. De meest recente aanpassing van 'Kompas bij Prijsvragen' is, na controle daarvan door het Instituut voor Bouwrecht, in 2016 gepubliceerd door Architectuur Lokaal; dit is de onafhankelijke, niet-commerciële stichting (culturele ANBI) waarbij de convenantpartijen een ondersteunende functie hebben ondergebracht. Architectuur Lokaal is de enige organisatie in Nederland die uitschrijvers structureel behulpzaam is bij het programmeren van prijsvragen van derden tegen de achtergrond van de Kompasmodellen. Bij overige prijsvragen is doorgaans sprake van uitschrijving door incidentele uitschrijvers voor een eigen opgave; in toenemende mate maken zij, op vrijwillige basis, gebruik van de Kompas-handleidingen.

Het juridisch kader voor een prijsvraag is beperkt. De beginselen van het aanbestedingsrecht (transparantie, gelijkheid van de deelnemers en proportionaliteit) moeten in acht genomen worden, de beoordeling moet anoniem worden uitgevoerd door een onafhankelijke jury en het vormen van ideeën kan worden gecombineerd met het gunnen van een opdracht. Dat laat behoorlijk veel vrijheid om de procedure naar eigen inzicht in te richten of, in de woorden van Pianoo: 'Er is veel zelf te regelen'. Er bestaan dan ook veel verschillende prijsvraagtypologieën en de uitwerking daarvan in de verschillende Europese landen. De prijsvraagcultuur in de Nederlandse architectuursector ontwikkelt zich gestaag, maar staat nog in de kinderschoenen. In de afgelopen decennia is continue gewerkt aan de ontwikkeling van de prijsvraagcultuur. Voor de nodige vernieuwing, analoog aan de ontwikkeling van de wijze het opdrachtgeverschap zich verhoudt tot bredere ontwikkelingen in de samenleving en de oplossingen die moeten worden gevonden voor actuele maatschappelijke opgaven, is de systeemontwikkeling in de procedures stap voor stap verfijnd. Tot nu toe heeft dit tot klachten noch faalkosten geleid.

Europese prijsvragen worden in Nederland nog uiterst zelden uitgeschreven. Een van de eerste stappen is gezet met de prijsvraag voor Herontwikkeling van de entree van AMC (2017) die, net als alle andere prijsvragen die op verzoek van de betreffende uitschrijvers, door [Kenniscentrum A] is begeleid. Dit betrof een prijsvraag in twee rondes: 1e ronde beknopte visie zonder ontwerpwerk en zonder vergoeding; 2e ronde vijf geselecteerde visies uit te werken tot een ontwerp met begroting tegen gelijke vergoeding. De jonge ontwerpers die de AMC-prijsvraag hebben gewonnen, zouden via een reguliere aanbesteding voor architectendiensten nooit aan deze architectenselectie hebben kunnen deelnemen. In relatief korte tijd is de uitvoering aanbesteed en de architecten blijven tot het einde daarvan betrokken.

Een vergelijkbare prijsvraagprocedure was in 2015 door de gemeente Dordrecht uitgeschreven voor de Prins Clausbrug. Ook hier won een architect die er anders niet tussen gekomen was, ook hier verliep de architectenselectie probleemloos en ook dit ontwerp is in uitvoering. Met deze prijsvraag werd, zoals door het CPB bepleit, aangetoond dat een prijsvraag innovatie kan genereren; in dit geval door zowel door de ruimte die aan jong talent werd geboden als door de oplossing die werd aangereikt; het ontwerp is gebaseerd op een uiterst vernieuwende brugtypologie.

Uit de database van Architectuur Lokaal, waarin alle Nederlandse aanbestedingen van architectuuropdrachten sinds de inwerkingtreding van het BAO (2005) zijn opgenomen, blijkt dat de prijsvraag [Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] de eerste Europese ontwerprijvraag in Nederland is, waarbij inzendingen worden getoetst op geschiktheidseisen voor de opgave, vergelijkbaar met een niet-openbare aanbesteding van architectendiensten; verder is de inrichting van de procedure vergelijkbaar met beide bovengenoemde prijsvragen.

Voor de prijsvraag [Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] heeft [Aanbesteder] er bij de inrichting van de procedure naar gestreefd om de kosten voor alle partijen zo laag mogelijk te houden, om vanwege het directe belang van de opgave voor de bevolking, publieke betrokkenheid te genereren (waarin een reguliere aanbesteding van architectendiensten niet voorziet) voorafgaand aan finale besluitvorming door de jury (uiteraard zonder afbreuk te doen aan de autonome oordeelsvorming van deze jury), en door de beoordeling niet in scores, maar in voor iedereen begrijpelijke Nederlandse taal weer te geven.

De procedure is er op gericht zoveel mogelijk architectenbureaus kansen te bieden, waardoor de deelnamevoorwaarden bewust zo beperkt mogelijk zijn gehouden. Dit laatste is na zorgvuldige oriëntatie op de markt via bovengenoemde da-

tabase, onder meer tot uitdrukking gebracht in de termijn van tien jaar, waarmee deelnemers hun kerncompetenties kunnen aantonen. Mede met het oog op het bieden van kansen aan jongere en minder ervaren ontwerp bureaus is benadrukt dat bureaus in samenwerking aan deze eisen kunnen voldoen. In vervolg op de informatiebijeenkomst bij aanvang van de prijsvraag heeft [Aanbesteder] de toelatingseisen alsnog verder verruimd; dit uiteraard binnen de wettelijke kaders. In de eerste nota van inlichtingen is uitvoerig uiteengezet dat het niet eenvoudig is om hierin een goede balans te vinden. [Aanbesteder] heeft er vervolgens alles aan gedaan om de beoogde procedure zo open mogelijk te houden en zich tot het uiterste ingespannen om de bureaus zoveel mogelijk de gelegenheid te bieden om kleine gebreken te herstellen zodat zij, waar juridisch mogelijk, binnenboord gehouden konden worden.

Al met al wordt met de prijsvraag [Bedrijfshuisvesting van Aanbesteder en Regio] een nieuwe stap gezet in de context van de systeemontwikkeling van de jonge Nederlandse prijsvraagcultuur.'

#### 4.7. Klachtonderdeel 2

De brancheorganisatie doet het voorkomen alsof aanbesteder niet heeft begrepen dat van de aansprakelijkheids- of verzekeringseis kan worden afgeweken – getuigd op de inhoud van de Handreiking Aansprakelijkheid – (zie 3.3.2 hiervoor) maar aanbesteder stelt dit juist wel gelezen te hebben. Het is de reden dat aanbesteder zich daar juist op beroept. Aanbesteder blijft bij zijn standpunt dat de verzekeringseis proportioneel is.

#### 4.8. Klachtonderdeel 4

Een ander voorbeeld waaruit volgens aanbesteder blijkt dat het de brancheorganisatie is, die niet goed leest, is de volgende opmerking van de brancheorganisatie over de gevraagde tevredenheidsverklaringen. De brancheorganisatie merkt op dat met een bestek niet kan worden aangetoond dat de referentie tot volle tevredenheid van de opdrachtgever opgeleverd is. Volgens aanbesteder beweert het klachtenmeldpunt dat ook niet. Het klachtenmeldpunt heeft geconstateerd dat er wordt gevraagd om een tevredenheidsverklaring. Daarbij heeft zij aangegeven dat een projectbrochure of een bestek kunnen worden bijgevoegd indien deze er zijn, zodat aanbesteder kan toetsen waar de tevredenheidsverklaring betrekking op heeft. Het klachtenmeldpunt zegt dus niet dat een bestek als tevredenheidsverklaring kan dienen, zoals de brancheorganisatie het doet voorkomen.

#### 4.9. Klachtonderdeel 5

Ten aanzien van het auteursrecht meent aanbesteder juist te hebben gehandeld door de regeling aan te passen, zodat ook deze regeling proportioneel en transparant is.

### **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 24 april 2019 een prijsvraag voor het ontwerp van bedrijfshuisvesting voor aanbesteder Europees heeft aangekondigd.
- 5.2. De Commissie zet hierna eerst uiteen hoe zij de opzet van deze procedure op grond van de stukken van aanbesteder begrijpt. De procedure is omschreven in het reglement (zie 1.3 hiervoor), onder meer in het hoofdstuk "Vooraf".

- 5.2.1. De procedure bestaat uit twee rondes. De eerste ronde heeft tot doel maximaal vier deelnemers te selecteren die door mogen naar de tweede ronde. De tweede ronde heeft tot doel één winnaar en een 'runner-up' te selecteren. Aanbesteder heeft de intentie om het winnende ontwerp te laten realiseren en de winnaar van de prijsvraag in dat kader een "vervolgopdracht" te geven.
- 5.2.2. In de eerste ronde wordt getoetst of de gegadigden zijn ingeschreven in het Nederlands Architectenregister en of zij voldoen aan de financiële en technische geschiktheidseisen. In het kader van de financiële geschiktheidseisen moeten de gegadigden verklaren dat zij na afloop van de tweede ronde bij aanvang van de vervolgoopdracht kunnen voldoen aan bepaalde verzekeringseisen. In het kader van de technische geschiktheidseisen moeten de gegadigden door het overleggen van maximaal drie referentieprojecten met tevredenheidsverklaringen aantonen over bepaalde kerncompetenties te beschikken (paragraaf 4.1 en 4.3 van het reglement).
- 5.2.3. In de eerste ronde dienen de gegadigden tevens een visie in tekst en beeld in, met betrekking tot de opgave als geheel en de daarbij door aanbesteder gestelde aandachtspunten. Het betreft een ideeënschets. De visie moet helder zijn verwoord in een toelichtende tekst, bijbehorende verhelderende schema's en referentiebeelden. De visie mag maximaal uit 4 pagina's A3 bestaan (paragraaf 4.5 van het reglement).
- 5.2.4. De volgende stap in de eerste ronde is dat een technische commissie toetst of de inzendingen correct en op tijd zijn ingediend en of zij voldoen aan de gestelde voorwaarden. De technische commissie kan ook advies uitbrengen over de manier waarop de gegadigden in hun visies reageren op de opgave en de gevraagde aandachtspunten. De technische commissie rapporteert haar bevindingen aan de jury (paragraaf 5.1 van het reglement).
- 5.2.5. Vervolgens beoordeelt een jury de visies van alle geldige inzendingen in de eerste ronde op basis van de volgende beoordelingscriteria: creativiteit, integraliteit, flexibiliteit, haalbaarheid, duurzaamheid, programma/well-being en financiën. Prijs speelt op dit moment in de beoordeling geen rol. In de eerste ronde selecteert de jury op basis van een anonieme beoordeling maximaal vier deelnemers voor deelname aan de tweede ronde. De jury brengt verslag uit van haar beoordeling in het juryrapport. Over de inhoud van het juryrapport wordt niet gecorrespondeerd (paragraaf 5.1-5.3 van het reglement).
- 5.2.6. Aan de deelnemers die worden uitgenodigd voor de tweede ronde wordt aanvullende informatie verstrekt. In de tweede ronde worden de vier uitgekozen deelnemers gevraagd hun visie nader uit te werken tot een structuurontwerp in de zin van de STB 2014, met een financiële onderbouwing (raming/begroting) van de kosten voor de realisatie van het werk en een eenvoudige maquette en een filmpje te maken. Aan de deelnemers wordt de mogelijkheid geboden om hun structuurontwerp aan de jury te presenteren. In het hoofdstuk "Vooraf" van het reglement wordt in een schema ook melding gemaakt van een tentoonstelling. Ook in de tweede ronde speelt prijs in de beoordeling geen rol. In de tweede ronde kiest de jury één winnaar en een 'runner-up'. Aanbesteder stelt een tegemoetkoming in de kosten van € 50.000 exclusief BTW ter beschikking aan elk van de maximaal vier deelnemers aan de tweede ronde, mits een geldige inzending is gedaan (paragraaf 4.4, 5.2 en 7.3 van het reglement).
- 5.2.7. Aanbesteder heeft de intentie om het winnende ontwerp te laten realiseren en de winnaar van de prijsvraag daarbij tijdens de gehele realisatie te betrekken. Na succesvolle afronding van de prijsvraag en onder voorbehoud van beschikbaarstelling van krediet door een orgaan van aanbesteder zal een raamovereenkomst

worden gesloten met de winnaar. De winnaar wordt in de gelegenheid gesteld een prijsaanbieding te doen op basis van een open begroting voor de taken die aanbesteder aan de winnaar wil opdragen. De prijsaanbieding van de winnaar is voorwerp van onderhandeling, waarbij kostendeskundigen een rol kunnen spelen. Als dit proces tot overeenstemming leidt, krijgt de winnaar een opdracht tot ontwerp tot en met het moment van realisatie. In dat kader bepaalt aanbesteder hoe de taakverdeling tussen de winnaar en de overige te contracteren partijen eruit ziet. Als het onderhandelingsproces niet tot overeenstemming leidt, kan aanbesteder de opdracht onderbrengen bij de 'runner-up'. Als ook zij geen overeenstemming bereiken, kan aanbesteder de opdracht onderbrengen bij een derde partij (paragraaf 6 van het reglement en het antwoord op vraag 72 in de tweede Nota van Inlichtingen, zie 1.7.8 hiervoor).

5.3. Alvorens tot behandeling van de klachtonderdelen over te gaan, onderzoekt de Commissie eerst welke artikelen van Richtlijn 2014/24/EU en de Aanbestedingswet 2012 van toepassing zijn op een Europese prijsvraagprocedure.

5.3.1. In Richtlijn 2014/24/EU is met betrekking tot de procedure van een prijsvraag, onder meer, het volgende bepaald:

#### **'TITEL I: TOEPASSINGSBEREIK, DEFINITIES EN ALGEMENE BEGINSELEN**

(...)

#### **TITEL II: OP OVERHEIDSOPDRACHTEN TOEPASSELIJKE VOORSCHRIFTEN**

(...)

#### **Artikel 32**

#### **Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking**

(...)

4. De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kan worden gevolgd voor overheidsopdrachten voor diensten, indien de opdracht voortvloeit uit een overeenkomstig deze richtlijn uitgeschreven prijsvraag en volgens de voorschriften van de prijsvraag moet worden gegund aan de winnaar of aan een van de winnaars van de prijsvraag; in het laatstgenoemde geval moeten alle winnaars worden uitgenodigd aan de onderhandelingen deel te nemen.

(...)

#### **TITEL III BIJZONDERE AANBESTEDINGSREGELINGEN**

(...)

#### *HOOFDSTUK II*

#### ***Regels inzake prijsvragen voor ontwerpen***

#### **Artikel 78**

#### **Toepassingsgebied**

Dit hoofdstuk heeft betrekking op:

- a) prijsvragen die als onderdeel van een procedure voor het gunnen van overheidsopdrachten voor diensten worden uitgeschreven;
- b) prijsvragen met prijzengeld of betalingen aan de deelnemers.

In de in het eerste lid, onder a), van dit artikel bedoelde gevallen wordt de in artikel 4 genoemde drempel berekend op basis van de geraamde waarde van de

overheidsopdracht voor diensten, exclusief btw, met inbegrip van het eventuele prijzengeld of de eventuele vergoeding aan de deelnemers.

In de in punt b) van de eerste alinea van dit artikel bedoelde gevallen betreft de drempel het totale bedrag van het prijzengeld en de betalingen, met inbegrip van de geraamde waarde exclusief btw van de overheidsopdracht voor diensten die later kan worden gegund overeenkomstig artikel 32, lid 4, indien de aanbestedende dienst in de aankondiging van de prijsvraag zijn voornemen heeft geuit die opdracht te gunnen.

## **Artikel 79**

### **Aankondigingen**

1. Aanbestedende diensten die voornemens zijn een prijsvraag uit te schrijven, maken hun voornemen daartoe bekend in een aankondiging van een prijsvraag. Wanneer zij het voornemen hebben een vervolgoopdracht voor diensten te gunnen overeenkomstig artikel 32, lid 4, wordt dit in de aankondiging van de prijsvraag vermeld.

2. Aanbestedende diensten die een prijsvraag hebben uitgeschreven, zenden overeenkomstig artikel 51 een aankondiging betreffende de resultaten van de prijsvraag en moeten de datum van verzending kunnen aantonen.

Indien openbaarmaking van de gegevens over de uitslag van de prijsvraag de handhaving van de wet in de weg zou staan, in strijd zou zijn met het openbare belang, schade zou berokkenen aan de rechtmatige commerciële belangen van een bepaalde, publieke of particuliere, onderneming, of afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen dienstverleners, behoeven deze gegevens niet te worden bekendgemaakt.

3. De in de leden 1 en 2 van dit artikel bedoelde aankondigingen worden bekendgemaakt overeenkomstig artikel 51, leden 2 tot en met 6, en artikel 52. Zij bevatten de in bijlage V, deel E, respectievelijk F, bedoelde informatie in het formaat van standaardformulieren.

De Commissie stelt de standaardformulieren vast door middel van uitvoeringshandelingen. Die uitvoeringshandelingen worden volgens de in artikel 89, lid 2, bedoelde raadplegingsprocedure vastgesteld.

## **Artikel 80**

### **Regels voor de organisatie van prijsvragen en de selectie van deelnemers**

1. Voor het organiseren van prijsvragen passen de aanbestedende diensten procedures toe die zijn aangepast aan de bepalingen van titel I en dit hoofdstuk.

2. De toelating van deelnemers tot prijsvragen mag niet worden beperkt:

a) tot het grondgebied van een lidstaat of een deel daarvan;

b) op grond van het feit dat de deelnemers, ingevolge de wetgeving van de lidstaat waar de prijsvraag wordt uitgeschreven, hetzij natuurlijke personen hetzij rechtspersonen moeten zijn.

3. Bij prijsvragen met een beperkt aantal deelnemers stellen de aanbestedende diensten duidelijke en niet-discriminerende selectiecriteria vast. In elk geval moet het aantal gegadigden die tot deelneming aan de prijsvraag worden uitgenodigd, toereikend zijn om daadwerkelijke mededinging te waarborgen.

## **Artikel 81**

### **Samenstelling van de jury**

De jury bestaat uitsluitend uit natuurlijke personen die onafhankelijk zijn van de deelnemers aan de prijsvraag. Wanneer van de deelnemers aan een prijsvraag een bijzondere beroepskwalificatie wordt geëist, moet ten minste een derde van de juryleden deze kwalificatie of een gelijkwaardige kwalificatie bezitten.



## **Artikel 82**

### **Beslissingen van de jury**

1. De jury is autonoom in haar beslissingen en adviezen.
2. De jury onderzoekt de projecten op basis van door de gegadigden anoniem ingediende ontwerpen en uitsluitend op grond van de criteria die in de aankondiging van de prijsvraag zijn vermeld.
3. Zij stelt een door haar leden ondertekend verslag op met de op basis van de merites van elk project vastgestelde rangorde van de projecten, vergezeld van opmerkingen en punten die verduidelijking behoeven.
4. De anonimiteit moet worden geëerbiedigd totdat het advies of de beslissing van de jury bekend is.
5. De gegadigden kunnen zo nodig worden uitgenodigd om door de jury in haar notulen vermelde vragen te beantwoorden teneinde duidelijkheid te verschaffen omtrent bepaalde aspecten van de projecten.
6. Van de dialoog tussen de leden van de jury en de gegadigden worden volledige notulen opgesteld.'

- 5.3.2. In de Aanbestedingswet 2012 is met betrekking tot de procedure van een prijsvraag, onder meer, het volgende bepaald:

### **'Deel 1 Algemene bepalingen**

#### **Hoofdstuk 1.1 Begripsbepalingen**

##### **Artikel 1.1**

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

(...)

prijsvraag: procedure die tot doel heeft een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een plan of een ontwerp te verschaffen dat na een aankondiging van de opdracht door een jury wordt geselecteerd, al dan niet met toekenning van prijzen;

(...)

#### **Hoofdstuk 1.2 Beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden**

(...)

##### **1.2.2 Beginselen bij Europese aanbestedingen**

*[Artikelen 1.7-1.10 zijn van toepassing en daarmee ook de Gids Proportionaliteit, Commissie]*

### **Deel 2. Overheidsopdrachten en prijsvragen voor overheidsopdrachten**

#### **Hoofdstuk 2.1 Reikwijdte**

Afdeling 2.1.1 Toepassingsbereik overheidsopdrachten

##### **§ 2.1.1.1 Toepassingsbereik overheidsopdrachten**

(...)

##### **Artikel 2.6**

Het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet is van toepassing op door aanbestedende diensten, anders dan de staat, uit te schrijven prijsvragen waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan het in artikel 4, onderdeel c, van richtlijn 2014/24/EU genoemde bedrag, exclusief omzetbelasting.

(...)

### **Afdeling 2.1.2 Raming van de waarde**

(...)

#### **§ 2.1.2.3 De raming van (...) prijsvragen**

##### **Artikel 2.22**

1. De artikelen 2.15 tot en met 2.21 zijn van overeenkomstige toepassing op de raming van de waarde van (...) een uit te reiken prijs.
2. In aanvulling op het eerste lid:
  - a. (...)
  - b. (...)
  - c. berekent de aanbestedende dienst die voorziet in prijzengeld of betalingen aan gegadigden of inschrijvers deze door in de geraamde waarde;
  - d. wordt, indien de aanbestedende dienst voornemens is een vervolgoopdracht voor diensten te gunnen met toepassing van artikel 2.34, bij de bepaling van het totale bedrag van het prijzengeld of de vergoeding aan de deelnemers de waarde meegerekend van de overheidsopdracht die later kan worden gegund.

(...)

### **Hoofdstuk 2.2 Procedures voor het plaatsen van opdrachten voor aanbestedende diensten**

#### **Afdeling 2.2.1 Algemene procedures**

(...)

##### **§ 2.2.1.7 Onderhandelingsprocedure zonder aankondiging**

(...)

##### **Artikel 2.34**

De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen voor een overheidsopdracht voor diensten indien die overheidsopdracht voortvloeit uit een procedure van het uitschrijven van een prijsvraag en volgens de toepasselijke voorschriften aan de winnaar of aan een van de winnaars van die prijsvraag dient te worden gegund en de aanbestedende dienst alle winnaars van de prijsvraag tot de onderhandelingen uitnodigt.

(...)

#### **Afdeling 2.2.3 Bijzondere procedures**

(...)

### **§ 2.2.3.2 Procedure van een prijsvraag**

#### **Artikel 2.42**

Een aanbestedende dienst past voor het uitschrijven van een prijsvraag de procedure van een prijsvraag toe.

#### **Artikel 2.43**

1. De aanbestedende dienst die de procedure van een prijsvraag toepast, doorloopt de volgende stappen. De aanbestedende dienst:
  - a. maakt een aankondiging van de prijsvraag bekend;
  - b. toetst of een deelnemer valt onder een door de aanbestedende dienst gestelde uitsluitingsgrond;
  - c. toetst of een niet-uitgesloten deelnemer voldoet aan de door de aanbestedende dienst gestelde criteria betreffende de geschiktheidseisen en selectiecriteria;
  - d. stelt een jury in.
2. De in het eerste lid, onderdeel d, bedoelde jury:
  - a. onderzoekt de ingediende, geanonimiseerde plannen of ontwerpen;
  - b. nodigt desgewenst deelnemers uit tot het beantwoorden van vragen;
  - c. bepaalt haar oordeel;
  - d. stelt een verslag op met daarin de rangorde van de deelnemers.
3. De aanbestedende dienst maakt het oordeel van de jury bekend, voor zover deze tot een oordeel is gekomen, en maakt de resultaten van de prijsvraag bekend.

(...)

### **Hoofdstuk 2.3 Regels inzake aankondiging, uitsluiting, selectie en gunning**

(...)

### **Hoofdstuk 2.4 Voorschriften voor bijzondere procedures**

(...)

### **Afdeling 2.4.5 Voorschriften betreffende de procedure van een prijsvraag**

#### **Artikel 2.157**

Een aanbestedende dienst stelt de voorschriften met betrekking tot een prijsvraag vast overeenkomstig deze afdeling en stelt deze voorschriften ter beschikking aan belangstellende ondernemers.

#### **Artikel 2.158**

1. De aanbestedende dienst die een prijsvraag wil uitschrijven, maakt zijn voornemen hiertoe bekend in een aankondiging van een prijsvraag met gebruikmaking van het elektronische systeem voor aanbestedingen.
2. De aanbestedende dienst maakt voor de aankondiging, bedoeld in het eerste lid, gebruik van de formulieren die beschikbaar zijn gesteld op het elektronische systeem voor aanbestedingen.
3. Indien de aanbestedende dienst voornemens is een vervolgoopdracht voor diensten te gunnen met toepassing van artikel 2.34 vermeldt de aanbestedende dienst dit in de aankondiging van de prijsvraag.

### **Artikel 2.159**

1. Bij een prijsvraag met een beperkt aantal deelnemers stelt de aanbestedende dienst duidelijke en niet-discriminerende selectiecriteria vast.
2. De aanbestedende dienst waarborgt dat in alle gevallen met het aantal kandidaten dat wordt uitgenodigd om aan de prijsvraag deel te nemen een daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd.

### **Artikel 2.160**

1. Een aanbestedende dienst waarborgt dat de jury bestaat uit natuurlijke personen die onafhankelijk zijn van de deelnemers aan de prijsvraag.
2. Een aanbestedende dienst die van de deelnemers aan een prijsvraag een bijzondere beroepskwalificatie eist, waarborgt dat ten minste een derde van de juryleden dezelfde kwalificatie of een gelijkwaardige kwalificatie heeft.

### **Artikel 2.161**

1. De jury is onafhankelijk.
2. De jury onderzoekt de projecten op basis van door de gegadigden anoniem voorgelegde ontwerpen en op grond van de criteria die in de aankondiging van de prijsvraag zijn vermeld.
3. De jury stelt een door haar leden ondertekend verslag op met de door haar op basis van de merites van elk project vastgestelde rangorde van de projecten, vergezeld van haar opmerkingen en eventuele punten die verduidelijking behoeven.
4. De jury eerbiedigt de anonimiteit van gegadigden totdat het oordeel van de jury bekend is gemaakt.
5. De jury kan gegadigden zo nodig uitnodigen om door de jury in haar notulen vermelde vragen te beantwoorden teneinde duidelijkheid te verschaffen omtrent bepaalde aspecten van de projecten.
6. Een aanbestedende dienst waarborgt dat van de dialoog tussen de leden van de jury en de gegadigden volledige notulen worden opgesteld.

### **Artikel 2.162**

De jury neemt na afloop van de voor het indienen van plannen en ontwerpen gestelde termijn kennis van de inhoud daarvan.

### **Artikel 2.163**

1. De aanbestedende dienst die een prijsvraag heeft uitgeschreven maakt een aankondiging betreffende de resultaten van de prijsvraag bekend met behulp van het elektronische systeem voor aanbestedingen.
2. Indien openbaarmaking van de gegevens over de uitslag van de prijsvraag de toepassing van de wet in de weg zou staan, met het openbaar belang in strijd zou zijn, de rechtmatige commerciële belangen van een onderneming zou kunnen schaden of afbreuk aan de eerlijke mededinging tussen dienstverleners zou kunnen doen, behoeft de aanbestedende dienst deze gegevens niet mee te delen.
3. Artikel 2.64 is van toepassing op de aankondiging, bedoeld in het eerste lid.'

- 5.3.3. In de Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 is ten aanzien van Afdeling 2.4.5 'Voorschriften betreffende de procedure van een prijsvraag' onder meer het volgende opgemerkt (TK 2009/2010, 32440, nr. 3, p. 99-100):

'De aanbestedende dienst kan voor het uitschrijven van een prijsvraag kiezen voor de openbare variant, waarbij geen beperking aan het aantal deelnemers wordt opgelegd (genoemd ontwerpwedstrijd, vanwege het openbare karakter). Daarnaast kan, om de administratieve lasten van de prijsvraag te beperken, gekozen worden voor een variant waarbij het aantal aanbieders wordt beperkt door een prekwalificatie. De aanbestedende dienst moet ervoor zorgen dat bij prijsvragen met een beperkt aantal deelnemers het aantal deelnemers dat deelneemt aan de prijsvraag voldoende is om daadwerkelijke mededinging te waarborgen. Er is in de regelgeving geen minimumaantal deelnemers voor prijsvragen bepaald. Dit betekent dat de aanbestedende dienst niet kan terugvallen op een vooropgezet aantal dat hierbij als «voldoende mededinging» kan worden bestempeld. De aanbestedende dienst zal dus op basis van onderzoek zelf een oordeel over moeten vellen en zal dit oordeel desgewenst moeten kunnen onderbouwen.

Voor de (pre)kwalificatie van de deelnemers aan de prijsvraag dienen aanbestedende diensten duidelijke en niet-discriminerende selectiecriteria vast te stellen. In de richtlijn zijn ten aanzien van prijsvragen weinig bepalingen opgenomen over de selectiecriteria en de bewijsmiddelen die gevraagd mogen worden of de termijnen die gehanteerd mogen worden. Wel komt uit de richtlijn naar voren dat aanbestedende diensten voor toelating van de deelnemers kunnen eisen dat de deelnemers over bepaalde beroepskwalificaties beschikken. Indien aanbestedende diensten dit vragen is dient wel tenminste een derde van de juryleden dezelfde of een gelijkwaardige beroepskwalificatie te bezitten. Daarnaast geldt dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht (gelijkheidsbeginsel, transparantiebeginsel, proportionaliteitsbeginsel, non-discriminatiebeginsel) van toepassing zijn op de selectiecriteria, de bewijsmiddelen en de termijnen die door de aanbestedende dienst gevraagd of gesteld worden. De toepassing van de beginselen houdt onder andere in dat de gestelde eisen in verhouding moeten staan tot en verband moeten hebben met het voorwerp van de opdracht. Ten aanzien van de bewijsmiddelen geldt dat de aanbestedende dienst alleen die bewijsmiddelen mag vragen die echt nodig zijn voor de beoordeling van de deelnemers.

Voor de termijn die de aanbestedende dienst stelt, geldt dat deze voldoende moet zijn om de stukken voor kwalificatie of deelname op te stellen. De inspanning die aanbieders moeten leveren vergt intellectuele prestaties. De winnaar wordt tenslotte bepaald door het beste plan of ontwerp. De aard van de procedure vraagt dan ook dat voldoende tijd aan de deelnemers wordt gegeven om met een goed voorstel te kunnen komen. Om een goede kwaliteit van de resultaten te waarborgen zal de aanbestedende dienst zich dan ook meer dan gemiddeld moeten verdiepen in de voor het opstellen van een ontwerp of plan benodigde tijd. De toepassing van de beginselen houdt ook in dat potentiële deelnemers hun kansen vooraf moeten kunnen inschatten. De criteria die worden gesteld moeten dan ook vooraf in de aankondiging van de prijsvraag worden bekendgemaakt.

(...)'

- 5.3.4. Op basis van artikel 80, lid 1, Richtlijn 2014/24/EU zijn op de organisatie van prijsvragen Titel I 'Toepassingsgebied, definities en algemene beginselen' en Hoofdstuk II 'Regels inzake prijsvragen voor ontwerpen' van Titel III 'Bijzondere aanbestedingsregelingen' van toepassing. Titel II 'Op overheidsopdrachten toepasselijke voorschriften' is niet van toepassing verklaard (zie 5.3.1 hiervoor).
- 5.3.5. In artikel 2.6 Aw 2012 is deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing verklaard op prijsvragen met een waarde boven de Europese drempelwaarde (van € 221.000 voor de periode 1 januari 2018 – 31 december 2019). Vervolgens is in artikel 2.157 Aw 2012 bepaald dat een aanbestedende dienst de voorschrif-

ten met betrekking tot een prijsvraag vaststelt overeenkomstig Afdeling 2.4.5 'Voorschriften betreffende de procedure van een prijsvraag' (zie 5.3.2 hiervoor). De Commissie leidt uit artikel 2.6 Aw 2012 af dat de artikelen van deel 2 van de Aanbestedingswet en meer in het bijzonder Hoofdstuk 2.3 van toepassing zijn op de Europese prijsvraagprocedure voor zover de aard van de prijsvraagprocedure zich daartegen niet verzet.

- 5.3.6. De Commissie vraagt zich overigens af of het de bedoeling van de wetgever is geweest om meer regels op de Europese prijsvraagprocedure van toepassing te verklaren dan waartoe de Europese aanbestedingsrichtlijn verplicht. In de Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 blijkt niet van een duidelijke keuze ter zake. Integendeel, in de Memorie van Toelichting over Afdeling 2.4.5 'Voorschriften betreffende de procedure van een prijsvraag' lijkt de wetgever er vanuit te gaan dat Hoofdstuk 2.3 'Regels inzake aankondiging, uitsluiting, selectie en gunning' niet van toepassing is op de procedure van de prijsvraag (zie 5.3.3 hiervoor). Anders dan in artikel 2.39 Aw 2012 ten aanzien van de procedure voor sociale en andere specifieke diensten het geval is, heeft de wetgever de toepasselijkheid van Hoofdstuk 2.3 voor de prijsvraagprocedure echter niet uitdrukkelijk tot bepaalde specifieke onderdelen daarvan beperkt. De Commissie acht het wenselijk dat de wetgever meer duidelijkheid geeft welke artikelen uit deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing zijn op een Europese prijsvraagprocedure.
- 5.3.7. De Commissie leidt, onder meer, uit de toelichting van aanbesteder onder "Voorwaarden" in de eerste Nota van Inlichtingen af dat de drempelwaarde van € 221.000 op basis van artikel 2.6 Aw 2012 jo. artikel 4, onderdeel c, Richtlijn 2014/24/EU wordt overschreden (zie 1.6.1 hiervoor). Daarmee zijn op de onderhavige prijsvraagprocedure de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en Deel 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (1<sup>e</sup> herziene versie die op 1 juli 2016 in werking is getreden).
- 5.4. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van de klachtonderdelen.
- 5.5. Klachtonderdeel 1
- 5.6. Alvorens tot behandeling van klachtonderdeel 1 over te gaan, geeft de Commissie het daarvoor relevante toetsingskader weer.
- 5.6.1. Op grond van artikel 1.9 dient een aanbestedende dienst transparant te handelen.
- 5.6.2. Artikel 1.10, lid 1, Aw 2012 luidt, voor zover relevant, als volgt:
- '1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij (...) het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.'
- 5.6.3. Krachtens het vierde lid van artikel 1.10 Aw 2012 moeten aanbestedende diensten de voorschriften in de Gids Proportionaliteit toepassen of afwijking daarvan motiveren in de aanbestedingsstukken.
- 5.6.4. Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit bepaalt:
- 'De aanbestedende dienst beziet per opdracht welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel is, daarbij slaat hij in ieder geval acht op de volgende aspecten:
- omvang van de opdracht;

- transactiekosten voor de aanbestedende dienst en de inschrijvers;
- aantal potentiële inschrijvers;
- gewenst eindresultaat;
- complexiteit van de opdracht;
- type van de opdracht en het karakter van de markt.'

5.6.5. In paragrafen 3.4.1 en 3.4.2 Gids Proportionaliteit is dit voorschrift als volgt toegelicht:

#### **3.4.1 Karakter van de markt**

Kennis van het karakter van de markt, in termen van het aantal potentiële aanbieders en de mate van concurrentie, is bepalend voor de te volgen strategie en toe te passen tactiek, waaronder de te kiezen aanbestedingsprocedure. In het kader van proportionaliteit is het van belang die aanbestedingsprocedure te kiezen die het best past bij het betreffende type markt. Bij een markt met veel (gelijke) concurrenten past een andere procedure dan bij een markt met slechts enkele aanbieders. (...)

#### **3.4.2 Gangbare procedures**

(...) Zowel boven als onder de drempel is het van belang dat een procedure wordt gekozen, die aansluit bij het onderwerp van de betreffende aanbesteding, afgezet tegen het karakter van de markt waarin potentiële inschrijvers opereren (zie §3.4.1). (...)

Het is goed om bij de keuze voor een procedure de (administratieve) lasten die deze keuze met zich brengt voor zowel de aanbestedende dienst als de inschrijvers in ogenschouw te nemen.[Noot 6: Zie ook artikel 1.6. (...), Commissie] (...)'

5.6.6. In de Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 is ten aanzien van Afdeling 2.4.5 'Voorschriften betreffende de procedure van een prijsvraag' onder meer het volgende opgemerkt (TK 2009/2010, 32440, nr. 3, p. 99-100):

'De aanbestedende dienst kan voor het uitschrijven van een prijsvraag kiezen voor de openbare variant, waarbij geen beperking aan het aantal deelnemers wordt opgelegd (genoemd ontwerpwedstrijd, vanwege het openbare karakter). Daarnaast kan, om de administratieve lasten van de prijsvraag te beperken, gekozen worden voor een variant waarbij het aantal aanbieders wordt beperkt door een prekwalificatie. (...)'

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

5.7.1. Met de brancheorganisatie is de Commissie van oordeel dat de omschrijving van de procedure in het reglement op zich voldoende transparant is (zie 1.3, 3.2.1 en 5.2-5.2.7 hiervoor).

5.7.2. Kern van klachtonderdeel 1 is echter dat de brancheorganisatie de keuze voor de procedure niet proportioneel vindt. De Commissie overweegt daarover het volgende.

5.7.3. In een markt met veel potentiële deelnemers kan het een goede keuze zijn het aantal deelnemers in een eerste ronde terug te brengen, zodat slechts van een klein aantal deelnemers kostbare inspanningen worden gevraagd. Nu er in de architectenbranche veel potentiële deelnemers zijn, acht de Commissie het een goede keuze – mede gelet op de Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 ten aanzien van Afdeling 2.4.5 (zie 5.6.6 hiervoor) – dat aanbesteder in de eerste ronde een prekwalificatie uitvoert. Aanbesteder heeft in deze eerste ronde echter niet alleen geschiktheidseisen gesteld, maar bovendien – de facto

bij wijze van selectiecriteria – visies in tekst en beeld gevraagd die worden beoordeeld. Door in het kader van de eerste ronde van de deelnemers al een visie te vragen, moeten alle deelnemers in het kader van de prequalificatie inspanningen leveren en kosten maken voor het opstellen van die visie, hetgeen kan worden aangemerkt als een begin van de uitvoering van de opdracht. Naar het oordeel van de Commissie wijkt aanbesteder daarmee af van Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit. De motivering die aanbesteder daarvoor geeft, kan zijn beslissing voor deze wijze van aanbesteden naar het oordeel van de Commissie niet dragen.

5.7.4. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond.

5.8. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op.

5.8.1. De brancheorganisatie merkt terecht op (zie 3.2.1 hiervoor) dat in de tweede ronde in strijd lijkt te worden gehandeld met de verplichting van de artikelen 2.43, lid 2, en 2.161, lid 2, Aw 2012 die bepalen dat de jury geanonimiseerde ontwerpen beoordeelt.

5.8.2. Anders dan de brancheorganisatie onder verwijzing naar Advies 502 heeft aangevoerd in haar klachtbrief van 3 juni 2019 en in de onderbouwing van de bij de Commissie ingediende klacht (zie 1.10 en 3.2.1 hiervoor) kan de uitnodiging tot de tweede ronde naar het oordeel van de Commissie niet worden aangemerkt als de gunning van een opdracht, omdat haar niet gebleken is dat er in de tweede ronde sprake is van een verplichting tot nakoming (zie het reglement in 1.3 hiervoor). Daarmee komt de Commissie terug op Advies 502, overwegingen 5.3 en 5.6.2. Ook in die zaak was geen sprake van een verplichting tot nakoming tijdens de tweede ronde (zie de Aanbestedingsleidraad in 1.3 van dat advies). Bij nader inzien meent de Commissie dat de procedure in zaak 502 moet worden aangemerkt als een nationale prijsvraagprocedure. Dit betekent dat de Aanbestedingswet niet op de procedure van zaak 502 van toepassing was, tenzij sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang (zie Advies 589, nog niet gepubliceerd en artikel 1.7, lid 2, Aw 2012).

5.9. Klachtonderdeel 2

5.10. Alvorens tot behandeling van klachtonderdeel 2 over te gaan, geeft de Commissie het toetsingskader daarvoor weer.

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

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

5.10.2. Op grond van artikel 1.10, lid 2, sub c en h, Aw 2012 moet de aanbestedende dienst hierbij in ieder geval ook acht slaan op de inhoud van de geschiktheidseisen en de voorwaarden van de overeenkomst.

5.10.3. Aanbestedende diensten moeten voorgaande voorschriften van de Gids Proportionaliteit op grond van artikel 1.10, lid 4, Aw 2012 toepassen of een afwijking daarvan motiveren in de aanbestedingsstukken.

5.10.4. In artikel 2.90 Aw 2012 is onder meer bepaald:

‘(...)

2. De geschiktheidseisen, bedoeld in het eerste lid, kunnen betreffen:



a. de financiële en economische draagkracht;  
(...)

6. De aanbestedende dienst kan bij het stellen van geschiktheidseisen als bedoeld in het tweede lid, onderdeel a, verlangen dat de gegadigde of inschrijver:  
(...)

b. een passend niveau van verzekering tegen beroepsrisico's heeft.

5.10.5. In artikel 2.91, lid 1, sub a, Aw 2012 is bepaald:

'1. Een ondernemer kan zijn financiële en economische draagkracht in ieder geval aantonen door een of meer van de volgende middelen:

a. (...) een bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's,  
(...)'

5.10.6. In Voorschrift 3.5 B Gids Proportionaliteit en de toelichting daarop is bepaald:

'Voorschrift 3.5 B: Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt, stelt hij alleen geschiktheidseisen die verband houden met daadwerkelijke risico's die de opdracht meebrengt, of terug te voeren zijn op de gewenste competentie(s).

Geschiktheidseisen zijn minimumeisen, wat betekent dat aan de eisen voldaan moet worden. De mate van voldoen aan de gestelde eisen, dat wil zeggen dat een onderneming beter scoort op de eis dan het gestelde minimum, is geen maatstaf. Aanbestedende diensten dienen er alert op te zijn, niet meer eisen te stellen dan strikt noodzakelijk. Geschiktheidseisen worden gesteld om bepaalde risico's af te dekken. De aanbestedende dienst dient altijd na te gaan welke daadwerkelijke risico's er zijn en of die risico's worden afgedekt door de eisen die worden gesteld. Tenslotte speelt dan de vraag of de eis wel in redelijke verhouding staat tot het af te dekken risico en de aard en omvang van de opdracht. Belangrijk is dat de geschiktheidseisen die aan een onderneming en eventuele onderaannemer worden gesteld, direct terug te voeren zijn op de betreffende opdracht, en inspelen op competenties die concreet nodig zijn om de betreffende opdracht goed te kunnen uitvoeren.'

5.10.7. In Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit en de toelichting daarop is bepaald:

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

• Waar horen de verschillende risico's die in een opdracht besloten zitten, te liggen? Alloceer het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen en/of beïnvloeden, hetzij de aanbestedende dienst hetzij de inschrijver. Bij de risicoafweging moeten de volgende aspecten worden betrokken:

– de kans dat een risico zich verwezenlijkt en

– de gevolgen van de omstandigheid dat een risico zich verwezenlijkt.

Het bij een inschrijver neerleggen van een niet of nauwelijks voorzienbaar risico dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet alsmede van een risico met in potentie effecten die de continuïteit van de leverancier kunnen of zullen ondermijnen is eerder disproportioneel dan een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of overzienbare effecten.

• Is het risico voor een van beide partijen in redelijkheid/onder reële voorwaarden verzekeraar (let op: Een veel gehoorde misvatting is dat alles verzekeraar is. Dit is niet het geval. Daarbij moet worden bedacht dat indien er een verzekering op de markt beschikbaar is, niet altijd betekent dat ook alle risico's onder die verzekering gedekt zijn. Met name garantieverplichtingen, boetes of vrijwaringen zijn in de regel onverzekerbaar.)'

- 5.11. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van klachtonderdeel 2.
- 5.11.1. In paragraaf 4.3 "Geschiktheidseisen" van het reglement is bepaald dat de winnende ontwerper voor de vervolgoopdracht na de prijsvraag dient te voldoen aan bepaalde verzekeringseisen. Tevens is bepaald dat de opdrachtnemer op verzoek een afschrift van de polis van de door hem afgesloten verzekering aan de opdrachtgever zal verstrekken. In het kader van deze geschiktheidseis inzake financiële en economische draagkracht dient de deelnemer in het UEA-formulier aan te geven of hij hieraan kan voldoen (zie 1.3 hiervoor). In de eerste Nota van Inlichtingen benadrukt aanbesteder 'dat deelnemers in de eerste ronde moeten verklaren dat zij aan de verzekeringseisen kunnen voldoen *wanneer zij worden geselecteerd voor uitvoering van de opdracht* - dus niet reeds bij inzending voor de eerste of de tweede ronde van de prijsvraag' (zie 1.6.1 hiervoor). In de tweede ronde moeten de deelnemers een verklaring van hun assurantietussenpersoon overleggen dat de deelnemer conform deze verzekeringsvereisten verzekerd is of (indien de deelnemer nog niet conform deze vereisten verzekerd is) een offerte van een assurantietussenpersoon overleggen waaruit blijkt dat de deelnemer zich conform deze verzekeringsvereisten kan verzekeren, indien hij of zij na de prijsvraag een vervolgoopdracht krijgt (zie punt 4 van paragraaf 4.5 van het reglement in 1.3 hiervoor).
- 5.11.2. De brancheorganisatie klaagt dat de verzekeringseis niet proportioneel is omdat de aard en omvang van de vervolgoopdracht ten tijde van de tweede ronde nog niet vaststaan. De brancheorganisatie voert in dit kader aan dat het risicoprofiel van de vervolgoopdracht op dat moment nog volstrekt onduidelijk is. Naar de mening van de brancheorganisatie had aanbesteder acht moeten slaan op de daadwerkelijke risico's en verzekeraarbaarheid. De brancheorganisatie vraagt zich ten zeerste af in hoeverre de deelnemers in staat zullen zijn om in deze omstandigheden een verzekeraar te vinden die bereid is te verklaren dat hij de verlangde dekking onder verzekering wil bieden (zie 3.3.1 en 3.3.2 hiervoor).
- 5.11.3. Aanbesteder stelt dat hij een afweging heeft gemaakt tussen de risico's, de aard en de omvang van de opdracht (zie de eerste Nota van Inlichtingen in 1.6.1 hiervoor). Volgens aanbesteder zijn de gevraagde verzekeringsbedragen in deze branche gebruikelijke aansprakelijkheids- en verzekeringseisen die onder reële voorwaarden verzekeraarbaar zijn. Dat blijkt ook uit zijn ervaringen tot nu toe. Volgens aanbesteder is daarmee voldaan aan het vereiste dat er in de praktijk aan de verzekeringseis kan worden voldaan en dat rekening moet worden gehouden met de reële risico's. Verder merkt aanbesteder op dat de opdracht qua aard en omvang wel bekend is op het moment dat de verzekering daadwerkelijk moet worden afgesloten. Aanbesteder heeft ook aangegeven dat hij de opdracht na de prijsvraag in tijd kan begrenzen. Aanbesteder begrenst de aansprakelijkheidsduur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering tot 10 jaar en zondert winstderving, rentederving en imagoschade daarvan uit (zie het antwoord op vraag 15 in de eerste Nota van Inlichtingen en het antwoord op vraag 28 in de tweede Nota van Inlichtingen in 1.6.2 en 1.7.1 hiervoor).
- 5.11.4. Volgens het klachtenmeldpunt van aanbesteder betreft het een complexe opdracht, gelet op onder meer de omvang van de te realiseren bedrijfshuisvesting, de bebouwde omgeving waarbinnen die komt te liggen en de verschillende soorten partijen die er hun intrek in nemen. De opdracht zal de Europese drempelwaarde ook ver overstijgen. De opdracht tot dienstverlening van de architect is van veel minder financiële waarde dan de opdracht tot de bouw van het werk. Vanuit dat oogpunt acht het klachtenmeldpunt het niet buiten proportie om een verdergaande verzekeringseis te stellen, dan die normaal gesproken bij architectendiensten wordt gevraagd. Met bijvoorbeeld de ingestorte parkeergarage als gevolg van een ontwerpfout bij Eindhoven Airport in het achterhoofd, acht het

klachtenmeldpunt de onderhavige afwijking van de DNR in dit geval gerechtvaardigd. Op basis van de DNR zou de verzekering volgens het klachtenmeldpunt verre van toereikend zijn. Het klachtenmeldpunt wijst op de Gids Proportionaliteit waarin is opgemerkt dat een relatief kleine opdracht een grote schade tot gevolg kan hebben. Het klachtenmeldpunt heeft geconstateerd dat het in de markt mogelijk is om de gevraagde verzekering af te sluiten en dat juist het afsluiten van een Ontwerprisicoverzekering voor opdrachtgevers nauwelijks nog mogelijk is, vanwege het slechte schadeverloop in de architectenbranche (zie het advies van het klachtenmeldpunt in 1.12 hiervoor).

- 5.11.5. Bij de beoordeling van klachtonderdeel 2 stelt de Commissie voorop dat aanbesteder in paragraaf 6 "Vervolg op de prijsvraag" het volgende heeft bepaald:

'De uitschrijver heeft de intentie om het winnende ontwerp te laten realiseren en de winnaar van de prijsvraag daarbij tijdens het hele proces te betrekken.

De manier waarop dit vorm zal krijgen, d.w.z. de wijze waarop marktpartijen hiervoor zullen worden geselecteerd en gecontracteerd kan ondermeer, maar niet hiertoe beperkt, zijn:

- selectie en contractering van een bouwteam waarbij de ontwerper in opdracht van [Aanbesteder] blijft werken;
- selectie en contractering van een geïntegreerde opdracht aan een consortium waarna de ontwerper in opdracht van het consortium werkt;
- in [opdracht van Aanbesteder] uitwerken in bestek en tekeningen, waarna een traditionele aanbesteding van de realisatie volgt;
- een nader te bepalen andere vorm.'

- 5.11.6. De Commissie leidt hieruit af dat de aard en omvang van de vervolgoopdracht ten tijde van in ieder geval de eerste ronde van de onderhavige procedure nog onbekend zijn. Zelfs is nog onbekend of aanbesteder de opdrachtgever van die vervolgoopdracht zal zijn.

- 5.11.7. In dat licht bezien acht de Commissie het niet proportioneel dat aanbesteder in de eerste ronde een verklaring van de deelnemers vraagt dat zij bij de uitvoering van de vervolgoopdracht aan de gestelde verzekeringseisen zullen voldoen. Het stellen van concrete – en hogere dan de gebruikelijke – verzekeringseisen op het moment dat de aard en omvang van de vervolgoopdracht en de daarbij behorende risico's nog niet bekend zijn, acht de Commissie niet proportioneel. Wel had aanbesteder kunnen vragen om een verklaring dat de deelnemer bereid is bij aanvang van de vervolgoopdracht een passende verzekering af te sluiten.

- 5.11.8. De Commissie acht klachtonderdeel 2 dan ook gegrond.

## 5.12. Klachtonderdeel 3

- 5.13. Alvorens hierna inhoudelijk in te gaan op dit klachtonderdeel, geeft de Commissie het voor dit klachtonderdeel relevante toetsingskader weer.

- 5.13.1. In artikel 1.10, lid 1 jo. lid 2, sub c, Aw 2012 is bepaald dat de inhoud van de te stellen geschiktheidseisen in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht.

- 5.13.2. 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.

5.13.3. 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.'

5.13.4. 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. (...).'

5.14. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van klachtonderdeel 3.

5.14.1. In het kader van de technische geschiktheidseisen heeft aanbesteder twee referentie-eisen gesteld waarin wordt gevraagd naar aantoonbare ervaring met het ontwerp tot en met de realisatie van een gebouw binnen een periode van 10 jaar voorafgaand aan de datum van aanbesteding (zie paragraaf 4.3 van het reglement in 1.3 hiervoor). In het antwoord op vraag 40 in de tweede Nota van Inlichtingen heeft aanbesteder vervolgens bepaald dat alleen het oplevermoment binnen de periode van 10 jaar moet liggen (zie 1.7.4 hiervoor).

5.14.2. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze ervaringseisen op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat de referentieprojecten binnen 10 jaar voor het uiterste moment voor het indienen van de verzoeken tot deelneming moeten zijn opgeleverd. Dit betekent dat niet alleen is vereist dat de deelnemer alle contractueel overeengekomen ontwerpwerkzaamheden ten behoeve van het door hem overgelegde referentieproject daadwerkelijk heeft afgerond, maar dat ook is vereist dat de op basis van het ontwerp van de deelnemer door anderen verrichte uitvoeringswerkzaamheden inmiddels zijn afgerond en door de betreffende opdrachtgever van het referentieproject zijn goedgekeurd en aanvaard (zie ook Advies 313, overweging 5.3.8).

5.14.3. De brancheorganisatie acht de eis dat het referentieproject binnen de afgelopen 10 jaar moet zijn opgeleverd disproportioneel. De brancheorganisatie is van mening dat de oplevering van een gebouw primair in de invloedssfeer van de aannemer valt en niet in die van de architect. Het al dan niet opgeleverd zijn van een project zegt derhalve weinig over de kwaliteit van de geleverde ontwerpdiensten. Daarbij merkt de brancheorganisatie op dat de vervolgoopdracht nog dusdanig vaag is, dat het verre van zeker is dat die ook daadwerkelijk bouwbegeleiding zal omvatten (zie de klachtbrief van 3 juni 2019 en de onderbouwing van de bij de Commissie ingediende klacht in 1.10 en 3.4 hiervoor).

5.14.4. Aanbesteder is van oordeel dat de gevraagde referenties in dit geval niet disproportioneel zijn vanwege de aard van de vervolgoopdracht. Aanbesteder is zich ervan bewust dat de uitvoering en de oplevering van een bouwwerk slechts ten dele een indicatie vormen voor de kwaliteit van de ontwerpwerkzaamheden. Het kan echter zijn dat – ook al heeft oplevering plaatsgevonden – de opdrachtgever tijdens de uitvoering van een bouwwerk maatregelen heeft moeten treffen in verband met in het ontwerp geconstateerde tekortkomingen. En aanbesteder wil nu juist ontwerpfouten voorkomen. Aanbesteder is van plan om de winnaar van de procedure nauw te betrekken bij de realisatie van het gebouw (zie het advies van het klachtenmeldpunt van 19 juni 2019 in 1.12 hiervoor).

5.14.5. Met betrekking tot de vraag of de ervaringseisen proportioneel zijn voor zover wordt geëist dat de referentieprojecten binnen een periode van 10 jaar vóór aanbesteding moeten zijn opgeleverd, overweegt de Commissie het volgende. De Commissie waardeert het dat aanbesteder op basis van artikel 2.93, lid 4, Aw 2012 een ruime termijn hanteert voor deze ervaringseisen. Dat verruimt de mogelijkheid om aan deze procedure deel te nemen.

5.14.6. De onderhavige vervolgoopdracht heeft betrekking op het verrichten van ontwerpwerkzaamheden, al dan niet met bouwbegeleiding. De vervolgoopdracht heeft geen betrekking op het uitvoeren (en opleveren) van een bouwwerk conform het vervaardigde ontwerp. Voor zover aanbesteder de referentie-eisen heeft gesteld vanuit de gedachte dat pas na oplevering van een bouwwerk kan worden vastgesteld of de ontwerpwerkzaamheden zijn verricht met inachtneming van de daaraan te stellen kwaliteitseisen, kan de Commissie aanbesteder daarin niet volgen. Reeds op basis van de verlening van de voor de opzet en het gebruik van het bouwwerk benodigde vergunning(en) kan worden vastgesteld dat het ontwerp van een referentieproject in beginsel voldoet aan een aantal belangrijke kwaliteitseisen. Ook overigens is het zo dat – anders dan kan blijken uit de voor de opzet en het gebruik van het bouwwerk verleende vergunning(en) – de uitvoering en oplevering van een bouwwerk slechts ten dele een indicatie vormen voor de kwaliteit van de ontwerpwerkzaamheden. De uitvoering en oplevering zullen immers tevens afhankelijk zijn van tal van andere belangrijke factoren waarop de architect geen invloed kan uitoefenen in gevallen waarin zijn opdracht is beperkt tot het verrichten van ontwerpwerkzaamheden. Daarbij moet vooral worden gedacht aan de kwaliteit van de (door derden) verrichte uitvoeringswerkzaamheden. Bovendien valt niet uit te sluiten dat – niettegenstaande dat oplevering heeft plaatsgevonden – de opdrachtgever tijdens de uitvoering van een bouwwerk maatregelen heeft moeten treffen in verband met in het ontwerp geconstateerde tekortkomingen. De Commissie is alles afwegende dan ook van oordeel dat de ervaringseis dat het referentieproject binnen een periode van 10 jaar vóór aanbesteding moet zijn opgeleverd niet proportioneel is in geval van een procedure als de onderhavige (zie Advies 313, overweging 5.3.9 en vgl. Advies 487, overweging 6.6.12).

5.14.7. Daarmee acht de Commissie ook klachtonderdeel 3 gegrond.

#### 5.15. Klachtonderdeel 4

5.16. Alvorens hierna inhoudelijk in te gaan op dit klachtonderdeel, geeft de Commissie het voor klachtonderdeel 4 relevante toetsingskader weer.

5.16.1. In artikel 1.10, lid 1 jo. lid 2, sub c, Aw 2012 is bepaald dat de inhoud van de te stellen geschiktheidseisen in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht.

5.16.2. 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.

5.16.3. In artikel 2.93, lid 1, onder b en lid 2 Aw 2012 is bepaald:

#### 'Artikel 2.93

1. Een ondernemer toont zijn technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid aan op een of meer van de volgende manieren, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de werken, leveringen of diensten:

(...)

b. door middel van een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die in de afgelopen periode van ten hoogste drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren;

2. De leveringen en diensten, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, worden aangetoond in het geval van leveringen of diensten voor een aanbestedende dienst, door certificaten die de bevoegde autoriteit heeft afgegeven of medeondertekend of in het geval van leveringen of diensten voor een particuliere afnemer, door certificaten van de afnemer of, bij ontstentenis daarvan, door een verklaring van de ondernemer.

(...)'

- 5.16.4. In richtsnoer 27 van de inmiddels ingetrokken Richtsnoeren voor leveringen en diensten en de toelichting daarop was bepaald:

'Een aanbestedende dienst vraagt ondernemers bij voorkeur niet om tevredenheidsverklaringen.

Voor zover de Aanbestedingswet 2012 (art. 2.93 lid 2 Aw) het vragen om tevredenheidsverklaringen al toelaat, bezorgen tevredenheidsverklaringen ondernemers veel werk, terwijl de waarde die eraan kan worden gehecht in de meeste gevallen vanwege de subjectiviteit gering is.'

- 5.17. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van klachtonderdeel 4.

- 5.17.1. De brancheorganisatie klaagt dat aanbesteder naar te specifieke tevredenheidsverklaringen vraagt en dat dat niet proportioneel is.

- 5.17.2. In het kader van de tevredenheidsverklaringen heeft aanbesteder het volgende bepaald.

- 5.17.3. In het reglement is, onder meer, het volgende bepaald (zie 1.3 hiervoor):

*Tevredenheidsverklaring*

De referentieprojecten zoals bedoeld onder A, B en C moeten worden voorzien van een tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever, waarin bovengenoemde aspecten zijn opgenomen.

Deze tevredenheidsverklaringen dienen in de eerste ronde te worden ingediend.'

- 5.17.4. In eerste Nota van Inlichtingen van 9 mei 2019 zijn over de tevredenheidsverklaringen de volgende toelichting, vraag en antwoord opgenomen (zie 1.6.1 en 1.6.8 hiervoor):

- 5.17.5. **'VOORWAARDEN**

Toelichting van de uitschrijver:

(...)

Met betrekking tot de tevredenheidsverklaringen merkt [Aanbesteder] op dat vooral van belang is dat deze matcht met de gevraagde kerncompetenties, zie reglement par. 4.3. Een verklaring waarin slechts wordt opgemerkt dat een referentieproject in algemene zin 'naar tevredenheid' is gerealiseerd, is niet voldoende. Let hier goed op: als dit bijvoorbeeld in combinatie met andere fouten gebeurt kan de inzending worden uitgesloten.

(...)'

- 5.17.6. Vraag 22: '1d. Tevredenheidsverklaring

Uit onze ervaring weten wij dat opdrachtgevers die al eerder een tevredenheidsverklaring hebben afgegeven, vaak problemen hebben om telkens weer een op

een nieuwe vraag toegespitste verklaring te verstrekken. Er zijn ook opdrachtgevers die (bijvoorbeeld) alleen in het eerste half jaar na oplevering een verklaring afgeven en daarna niet meer. Om die reden verzoeken wij u de eis te laten vervallen dat alle aspecten van de kerncompetenties in de tevredenheidsverklaring zijn opgenomen en genoeg te nemen met een meer algemene tevredenheidsverklaring.'

Antwoord: 'De tevredenheidsverklaring dient de referentie te onderbouwen. Een verklaring die niet aansluit bij het vereiste, onderbouwt onvoldoende de referentie. De eis blijft dan ook staande.'

5.18. In de tweede Nota van Inlichtingen van 16 mei 2019 zijn over de tevredenheidsverklaringen de volgende vragen en antwoorden opgenomen (zie 1.7.5-1.7.7 hiervoor):

5.18.1. Vraag 50: 'Navraag op het bureau leert ons dat tevredenheidsverklaringen met specifieke relevantie voor deze aanmelding (de juriste maakte daar gewag van) heel vervelend zijn: we moeten dan per keer onze opdrachtgevers lastig vallen en het is tijdrovende bureaucratie; onder auspiciën van Architectuur Lokaal zou dit voorkomen moeten worden. Graag schrappen.'

Antwoord: 'Zie Nota van inlichtingen #1, 9 mei 2019 (onder de kop Voorwaarden, Toelichting van de uitschrijver, p.3, en antwoord op vragen 22, 23, 26, 27 en 28).'

5.18.2. Vraag 51: 'De referentieprojecten moeten worden voorzien van een tevredenheidsverklaring waarin de, in het reglement genoemde, aspecten zijn opgenomen. Dit is zeer ongebruikelijk; het is niet realistisch om voor elke aanbesteding onze opdrachtgevers te benaderen en te vragen om een tevredenheidsverklaring met specifieke inhoud. Gezien de referentietermijn van 10 jaar is dit in sommige gevallen zelfs niet eens mogelijk. Kunt u akkoord gaan met een algemene tevredenheidsverklaring van onze opdrachtgever(s)?'

Antwoord: 'Nee, zie Nota van Inlichtingen #1, 9 mei 2019 (antwoord op vraag 22). [Aanbesteder] moet achteraf kunnen aantonen dat zij over de gevraagde bewijsstukken beschikt. Dat kan niet met een telefonische toelichting. De eis m.b.t. tevredenheidsverklaring blijft dan ook gehandhaafd.'

5.18.3. Vraag 52: 'De referentieprojecten moeten worden voorzien van een tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever. Eén van onze opdrachtgevers geeft dergelijke verklaringen uit principe niet schriftelijk af. Wel hebben wij een schriftelijke verklaring waarin de opdrachtgever zich bereid verklaart u, indien gewenst, telefonisch te woord te staan. Kunt u hiermee akkoord gaan?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 51.'

5.18.4. In de vierde Nota van inlichtingen van 23 mei 2019 geeft aanbesteder vervolgens de navolgende toelichting (zie 1.9 hiervoor):

#### **'VOORWAARDEN**

##### **Technische geschiktheidseisen**

Naar aanleiding van de vragen 50 t/m 52, Nota van inlichtingen 2, heeft de uitschrijver de vragen met betrekking tot de bewijsmiddelen bij de eigen verklaring nogmaals in overweging genomen. Zij begrijpt dat het aanleveren van bewijsmiddelen administratief werk voor deelnemers inhoudt, echter concludeert ook dat het verbonden is aan de verplichtingen die voor uitschrijvers en voor deelnemers voortvloeien uit de aanbestedingswetgeving. Uitschrijver blijft bij haar eer-

dere constatering dat contactgegevens van een referent onvoldoende zijn. Uitschrijver heeft verplichtingen tot verificatie van eigen verklaringen en neemt daarbij niet de verantwoordelijkheden van de deelnemers over. Uitschrijver is ten laatste nog bereid de volgende aanvullende ruimte te bieden voor het aanleveren van de bewijsmiddelen voor de referenties.

De deelnemer legt met zijn UEA in de eerste ronde een eigen verklaring af waarin hij aangeeft dat hij kan voldoen aan de gestelde eisen waaronder de referentie-eisen. Bij het UEA levert de deelnemer een digitaal gewaarmerkt uittreksel uit het Handelsregister conform par. 4.5 van het Reglement. Alle overige bewijsmiddelen, dus ook de tevredenheidsverklaringen behorende bij de referenties, dienen alleen door de partijen die zijn geselecteerd voor de tweede ronde te worden overlegd. In de tweede ronde dienen de geselecteerde partijen **binnen 14 kalenderdagen** nadat de uitschrijver hen daarom heeft verzocht, hun bewijsmiddelen te overleggen zodat de uitschrijver op kortst mogelijke termijn de geldigheid van de inzendingen van de geselecteerde deelnemers kan vaststellen. Het is dus zaak dat deelnemer de bewijsmiddelen **tijdig** verkrijgt.

Specifiek m.b.t. de tevredenheidsverklaringen geldt dat de datum waarop deze zijn afgegeven niet hoeft te zijn gelegen voor de datum waarop de deelnemer zijn UEA indient.'

- 5.19. Aanbesteder conformeert zich aan het advies van het klachtenmeldpunt. Over de klacht van de brancheorganisaties over de gevraagde tevredenheidsverklaringen adviseert het klachtenmeldpunt als volgt (zie 1.11 en 1.12 hiervoor):

**'Onderdeel 3** De referentievoorwaarden zouden disproportioneel zijn

(...)

De uitschrijver van de prijsvraag heeft de eis van een tevredenheidsverklaring - naar aanleiding van vragen hierover in de Nvl's - bijgesteld in de zin dat deze nog slechts wordt gevraagd van de vier geselecteerde deelnemers die als beste zijn beoordeeld door de jury en dus doorgaan naar de tweede ronde. Een tevredenheidsverklaring blijft echter noodzakelijk gezien de complexiteit en omvang van het te ontwerpen en realiseren gebouw.

Er wordt van de deelnemers een verklaring gevraagd waaruit blijkt dat er naar tevredenheid is gewerkt en opgeleverd en waarin de nader genoemde aspecten zijn opgenomen. In dat geval kan de geselecteerde deelnemer bijvoorbeeld verwijzen naar een projectbrochure of desnoods een bestek bijvoegen, zodat de uitschrijver kan toetsen waar de tevredenheidsverklaring betrekking op heeft. Het is dus niet per definitie nodig dat de geselecteerden zich opnieuw tot hun voormalige opdrachtgevers moeten wenden voor het opvragen van nieuwe referenties.

Het Klachtenmeldpunt is van oordeel dat het bovenstaande niet onredelijk bezwarend is om van de vier geselecteerde deelnemers een tevredenheidsverklaring te vragen, zodat de uitschrijver de geschiktheid kan verifiëren..'

- 5.19.1. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de eisen die aanbesteder aan de tevredenheidsverklaringen stelt op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat uit de tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever moet blijken dat het referentieproject aan de door aanbesteder in het reglement genoemde aspecten voldoet (zie 5.17.3 hiervoor). Op basis van de aanbestedingsstukken deelt de Commissie niet de door het klachtenmeldpunt gegeven uitleg. Nu het advies van het klachtenmeldpunt niet tot de



aanbestedingsstukken behoort, is de visie van het klachtenmeldpunt ter zake ook niet relevant voor de uitleg van de aanbestedingsstukken.

5.19.2. Aanbesteder heeft drie ervaringseisen gesteld: kerncompetenties A, B en C. Voor ieder van deze drie ervaringseisen heeft aanbesteder specifieke voorwaarden gesteld waaraan moet worden voldaan (zie het antwoord op vraag 18 in de eerste Nota van Inlichtingen in 1.6.5 hiervoor). De Commissie is van oordeel dat het niet proportioneel is om van de deelnemers te vragen om tevredenheidsverklaringen van de opdrachtgevers van de referentieprojecten in te dienen waaruit blijkt dat aan de door aanbesteder gestelde specifieke voorwaarden wordt voldaan. Dat geldt eens te meer nu referentieprojecten over een periode van 10 jaar mogen worden ingediend. Zoals uit het advies van het klachtenmeldpunt blijkt, is het ook mogelijk om op een voor de deelnemers en hun voormalige opdrachtgevers minder belastende wijze bewijs te vragen dat aan de ervaringseisen wordt voldaan.

5.19.3. Daarmee acht de Commissie ook klachtonderdeel 4 gegrond.

5.20. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. In het kader van kerncompetentie C vraagt aanbesteder naar aantoonbare ervaring met de borging van de effectieve en efficiënte inzet van publieke middelen in het ontwerpproces van een gebouw. In dat kader verstaat aanbesteder onder effectief en efficiënt: 'waarbij de deelnemer verschillende scenario's voorlegt aan opdrachtgever bij dreigende kostenoverschrijdingen waarbij is gezocht naar opties om binnen de beschikbare gelden tot maximale oplossingen te komen en de overschrijdingen tot een minimum te beperken' (zie het antwoord op vraag 18 in de eerste Nota van Inlichtingen in 1.6.5 hiervoor). De Commissie merkt op dat deze eis niet erg eenduidig is en dat het reeds daarom ondoenlijk zal zijn van een toenmalige opdrachtgever een tevredenheidsverklaring te verkrijgen die 'matcht' met dit aspect (vgl. 1.3 en 5.17.3-5.17.5 hiervoor).

5.21. Klachtonderdeel 5

5.22. Alvorens inhoudelijk in te gaan op dit klachtonderdeel, geeft de Commissie het voor klachtonderdeel 5 relevante toetsingskader weer.

5.22.1. Op grond van artikel 1.9, lid 1, Aw 2012 dient een aanbestedende dienst transparant te handelen.

5.22.2. In artikel 1.10, lid 1 jo. lid 2, sub h, Aw 2012 is, onder meer, bepaald dat de voorwaarden van de overeenkomst bij het uitschrijven van een prijsvraag in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht.

5.22.3. Paragraaf 3.9.1.2 Gids Proportionaliteit luidt als volgt:

'Conform de Auteurswet ligt het intellectuele eigendom bij de maker ervan. In veel sectoren is het intellectueel eigendom op een product het enige dat echt waarde heeft en/of cruciaal is voor de reguliere bedrijfsvoering van inschrijvers. Het is voor aanbestedende diensten vaak van belang te voorkomen dat ze bij voor hen gemaakte producten afhankelijk worden van een onderneming. Om die reden willen ze graag het intellectuele eigendom verkrijgen. Om dit probleem te voorkomen is niet per se het intellectueel eigendom nodig, maar volstaat veelal een uitgebreid gebruiksrecht. Als men uitgaat van dat laatste, wordt recht gedaan aan de positie van zowel de inschrijver als de aanbestedende dienst.'

5.23. De Commissie zal nu overgaan tot de behandeling van klachtonderdeel 5.

- 5.23.1. Volgens de brancheorganisatie is onvoldoende transparant van welke persoonlijkheidsrechten de winnaar en de runner-up afstand moeten doen. Ook acht de brancheorganisatie het niet proportioneel om voor de runner-up dezelfde eisen te hanteren ten aanzien van de overdracht van intellectuele eigendomsrechten en het afstand doen van persoonlijkheidsrechten.
- 5.23.2. Allereerst zal de Commissie beoordelen of de gestelde eisen voldoende transparant zijn in die zin dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers dit voorschrift op dezelfde wijze zullen uitleggen (vgl. Advies 502, klachtonderdeel 6 en Advies 544, klachtonderdeel 5).
- 5.23.3. In paragrafen 7.4 en 7.5 van het reglement is, onder meer, het volgende bepaald (zie 1.3 hiervoor):

\(...)

## **7. ADMINISTRATIEVE BEPALINGEN**

(...)

### **7.4 Resultaten prijsvraag**

(...)

- De uitschrijver verkrijgt het fysieke eigendom van de inzendingen.
- De uitschrijver is gerechtigd inzendingen te gebruiken voor publicitaire doeleinden rondom de prijsvraag zonder dat daar goedkeuring of vergoeding voor nodig is. Daarbij kan gedacht worden aan een tentoonstelling of een publicatie van de inzendingen. De deelnemers verplichten zich hun medewerking te verlenen aan dergelijke publiciteit. Voor andere (publicitaire) doeleinden is toestemming van de betreffende deelnemers vereist.

### **7.5 Toepasselijk recht en rechtsbescherming**

(...)

- De inzending in de tweede ronde en de daaraan verbonden intellectuele eigendomsrechten gaan over op de uitschrijver. E.e.a. conform de [Algemene Inkoopvoorwaarden van de Regio].

(...)

- 5.23.4. In de toepasselijke algemene inkoopvoorwaarden van de regio is, onder meer, bepaald (zie 1.4 hiervoor):

\(...)

## **Artikel 8 Intellectueel eigendom**

8.1 Alle (aanspraken op) intellectuele eigendomsrechten (IE-rechten) met betrekking tot enig resultaat voortvloeiende uit de Overeenkomst, berusten bij [Regio], tenzij schriftelijk anders is overeengekomen. De Contractant draagt deze (aanspraken op) IE-rechten – voor zover nodig – om niet over aan [Regio]. De Contractant zal op eerste verzoek kosteloos meewerken aan het bewerkstelligen van de overdracht.

(...)

8.3 De Contractant doet voor zover mogelijk afstand van alle eventuele persoonlijkheidsrechten op in het kader van de Overeenkomst tot stand gebrachte auteursrechtelijke werken.

8.4. Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, behoudt of verkrijgt de Contractant geen gebruiksrecht met betrekking tot enig resultaat van de Overeenkomst.

(...)'

5.23.5. Aanbesteder conformeert zich aan het advies van het klachtenmeldpunt. Over de klacht van de brancheorganisaties over de auteursrechten adviseert het klachtenmeldpunt als volgt (zie 1.11 en 1.12 hiervoor):

(...)

**Onderdeel 4** De regeling auteursrechten zou onvoldoende transparant en disproportioneel zijn.

(...)De uitschrijver heeft niet de intentie om de persoonlijkheidsrechten overgedragen te krijgen van de maker van het winnende ontwerp. Deze rechten zijn immers niet aan iemand anders over te dragen. De winnaar houdt aldus zijn persoonlijkheidsrechten, ook als hij zijn auteursrechten aan de uitschrijver zal overdragen. Wel kan eventueel afstand worden gedaan van een deel van de persoonlijkheidsrechten, bijvoorbeeld in de zin dat de winnaar van het ontwerp zich niet zal verzetten tegen het aanbrengen van wijzigingen in het werk. Dit is wat de uitschrijver heeft bedoeld.

(...)'

5.23.6. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de eisen die aanbesteder op het punt van de intellectuele eigendomsrechten en persoonlijkheidsrechten stelt op basis van de aanbestedingsstukken op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat zowel de winnaar als de runner-up alle (aanspraken op) intellectuele eigendomsrechten met betrekking tot enig resultaat uit de overeenkomst moeten overdragen aan aanbesteder en dat zij, voor zover mogelijk, ook afstand moeten doen van eventuele persoonlijkheidsrechten op in het kader van de overeenkomst tot stand gebrachte auteursrechtelijke werken. Dit volgt uit paragrafen 7.4 en 7.5 van het reglement en artikel 8 van de Algemene Inkoopvoorwaarden (zie 1.3, 1.4, 5.23.3 en 5.23.4 hiervoor). De winnende inschrijver en de runner-up zullen dus afstand moeten doen van eventuele persoonlijkheidsrechten voor zover dat mogelijk is op grond van artikel 25 Auteurswet. Anders dan het klachtenmeldpunt meent, behoeft dit geen verduidelijking. Aangezien het advies van het klachtenmeldpunt niet tot de aanbestedingsstukken behoort, is de inhoud daarvan niet relevant voor de uitleg van deze eisen.

5.23.7. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 5 ongegrond, voor zover is geklaagd dat onvoldoende transparant is van welke persoonlijkheidsrechten de winnaar en de runner-up afstand moeten doen.

5.23.8. Vervolgens zal de Commissie onderzoeken of het proportioneel is om voor de runner-up dezelfde eisen te hanteren ten aanzien van de overdracht van intellectuele eigendomsrechten en het afstand doen van persoonlijkheidsrechten als voor de winnaar. Het klachtenmeldpunt laat dit onderdeel van de klacht overigens onbesproken, net als aanbesteder in de reactie op de bij de Commissie ingediende klacht. Evenals de winnaar moet ook de runner-up al zijn intellectuele eigendomsrechten overdragen en, voor zover mogelijk, afstand doen van zijn persoonlijkheidsrechten, terwijl hij de opdracht mogelijk niet krijgt. Van de overige twee deelnemers aan de tweede ronde wordt dat niet gevraagd. Aanbesteder heeft niet duidelijk gemaakt waarom hij het nodig vindt dat de runner-up zijn intellec-

tuele eigendomsrechten bij voorbaat overdraagt en, voor zover mogelijk, afstand doet van zijn persoonlijkheidsrechten in de situatie dat hij de vervolgoopdracht niet gegund krijgt. De Commissie acht de eis in zoverre dan ook disproportioneel. Aanbesteder had ook van de runner-up kunnen vragen dat hij zich bereid moet verklaren om zijn intellectuele eigendomsrechten over te dragen en, voor zover mogelijk, afstand te doen van zijn persoonlijkheidsrechten in het eventuele geval dat hij de vervolgoopdracht daadwerkelijk gegund krijgt.

5.23.9. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 5 gegrond, voor zover is geklaagd dat het niet proportioneel is om voor de runner-up dezelfde eisen te hanteren ten aanzien van de overdracht van intellectuele eigendomsrechten en het afstand doen van persoonlijkheidsrechten als voor de winnaar.

5.24. Ten overvloede merkt de Commissie het volgende op.

5.24.1. Aanbesteder heeft aangegeven zich te conformeren aan het advies van het klachtenmeldpunt. Dit betekent dat aanbesteder in het reglement van de tweede ronde van de procedure de eisen ten aanzien van de overdracht van intellectuele eigendomsrechten en het afstand doen van persoonlijkheidsrechten overeenkomstig het advies van het klachtenmeldpunt zal toelichten. Anders dan het klachtenmeldpunt ziet de Commissie de toelichting in het advies van het klachtenmeldpunt niet als een verduidelijking. De Commissie betwijfelt of de eisen met een dergelijke toelichting nog wel voldoende transparant zullen zijn. Indien en voor zover de eisen worden gewijzigd, zullen deze wijzigingen overigens op een transparante wijze bekend moeten worden gemaakt (zie HvJ EU 5 april 2017, zaak C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266, r.o. 75 en 77, Borta en Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094, r.o. 6.10 en 6.11).

5.24.2. In zijn klacht bij aanbesteder heeft de brancheorganisatie ook geklaagd dat het niet proportioneel is om volledige overdracht van de auteursrechten te vragen. De brancheorganisatie heeft in dat kader gewezen op de mogelijkheid van een (uitgebreide) licentie. Aanbesteder heeft niet duidelijk gemaakt waarom een (uitgebreide) licentie niet zou volstaan. Mede in het licht van paragraaf 3.9.12 van de Gids Proportionaliteit vraagt de Commissie zich af of het eisen van de volledige overdracht van de intellectuele eigendomsrechten in dit geval proportioneel is. Omdat daarover in de klachtprocedure bij de Commissie niet meer is geklaagd, gaat de Commissie hier niet verder op in.

## 6. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 1, 2, 3, en 4 **gegrond** en verklaart klachtonderdeel 5 **gegrond**, voor zover is geklaagd dat het niet proportioneel is om voor de runner-up dezelfde eisen te hanteren ten aanzien van de overdracht van intellectuele eigendomsrechten en het afstand doen van persoonlijkheidsrechten als voor de winnaar en **ongeground**, voor zover is geklaagd dat onvoldoende transparant is van welke persoonlijkheidsrechten de winnaar en de runner-up afstand moeten doen.

## 7. Aanbeveling

De Commissie beveelt de wetgever aan om – in het licht van artikel 80, lid 1, van Richtlijn 2014/24/EU – te verduidelijken welke artikelen van deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 op een Europese prijsvraagprocedure van toepassing zijn (zie 5.3.4-5.3.6 hiervoor).

Den Haag, 19 november 2020

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

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid