

Advies 606 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht voor de herontwikkeling van een locatie. Geklaagd wordt dat met één referentieproject ervaring met twee kerncompetenties moet worden aangetoond: met het ontwerp én de realisatie van een woontoren. Feitelijk kan alleen aan de betrokken geschiktheidseis worden voldaan als architect en aannemer eerder hebben samengewerkt. De Commissie acht de klacht gegrond.

De Commissie heeft in Advies 487 het vragen naar een combinatie van kerncompetenties in één referentie in het kader van selectiecriteria bij een complexe opdracht toelaatbaar geacht in een geval dat een ondernemer uit één discipline aan die combinatie van kerncompetenties kon voldoen. In de onderhavige aanbesteding betreft het echter een geschiktheidseis en zijn er ondernemers uit verschillende disciplines nodig om aan de combinatie van kerncompetenties te voldoen: dit brengt met zich mee dat er in het verleden met dezelfde partij moet zijn samengewerkt.

Hoewel de Commissie begrip heeft voor de wens van aanbesteder om belang te hechten aan bewezen samenwerkingsrelaties, wordt met een geschiktheidseis die daarop ziet de mededinging naar het oordeel van de Commissie ongeoorloofd beperkt. Het aangaan van nieuwe samenwerkingsverbanden wordt daarmee immers onmogelijk gemaakt hetgeen bovendien toetreding van buitenlandse ondernemingen tot de Nederlandse markt kan beperken.

Het beroep van aanbesteder op artikel 2.95, lid 2, Aw 2012 in dit kader gaat volgens de Commissie niet op. Deze bepaling ziet op de uitvoering van de opdracht die wordt aanbesteed en niet op de uitvoering van referentieprojecten in het verleden in het kader van geschiktheidseisen of selectiecriteria. Voor zover in Advies 523, overweging 5.7.6 en Advies 418, overweging 5.6.4 de indruk is gewekt dat op basis van artikel 2.95, lid 2, Aw 2012 een geschiktheidseis mag worden gehanteerd op basis waarvan in het verleden met dezelfde partij moet zijn samengewerkt, komt de Commissie daarop terug.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 606

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 20 oktober 2020 op TenderNed een Europese niet-openbare aanbesteding aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de herontwikkeling van een locatie, bestaande uit ontwerpdiensten, de realisatie van twee woontorens, een ondergrondse parkeergarage en de inrichting van de openbare ruimte. Het ARW 2016 is op deze procedure van toepassing verklaard.
- 1.2. In de Selectieleidraad is, onder meer, het volgende bepaald:

(...)

3.3 Omschrijving van de Opdracht

De herontwikkeling van [locatie] en omgeving bestaande uit de volgende onderdelen: het realiseren van twee woongebouwen (toren A en C) met levendige voorzieningen op de begane grond, een parkeergarage (onder de [locatie]) en de inrichting van de openbare ruimte. In afbeelding 3.2 is het plangebied weergegeven evenals de ontwikkellocaties voor de woontorens A en C.

(...)

3.5 Omvang Opdracht

De ontwikkeling van [locatie] is opgedeeld in twee delen:

1. de ontwikkeling van twee woontorens (kavel A en C) met commerciële plint. De eisen en wensen voor deze ontwikkeling zijn vastgelegd in de Uitnodiging tot Inschrijving en de Koop- en realisatieovereenkomst;
2. het ontwerp en de realisatie van de parkeergarage en de openbare ruimte (maai-veld) valt onder voorwaarden van de UAV-GC 2005.

(...)

Torens A en C met commerciële plint

De omvang van de bouwveloppen van de twee torens (Kavel A en C) met commerciële plint is weergegeven in tabel 1.

| Tabel 1 - omvang bouwveloppen Ontwikkellocatie | Afmeting footprint/ plot | Min. bouwhoogte | Max. bouwhoogte |
|--|--------------------------|-----------------|-----------------|
| Kavel A [locatie] | ca. 1500 m ² | ca. 70 meter | ca. 90 meter |
| Kavel C [locatie 2] | ca. 500 m ² | ca. 40 meter | ca. 70 meter |

De opbouw van de ontwikkellocaties is schematisch weergegeven in afbeelding 3.3. 'Opbouw bouwvelop A en C' waarin onderscheidt gemaakt wordt tussen de 2 woontorens met de stedelijke basis en de plint met levendige functies:

- de plint heeft een hoogte van 4,5 meter en is onderdeel van de stedelijke basis;
- de stedelijke basis heeft een hoogte tussen de 12 en 22,5 meter;
- De torens van locatie A en C moeten onderling en in vergelijking met de toren van het stadhuis (bouwhoogte ca. 50 meter) minimaal drie lagen (ca. 10 meter) verschillen zodat drie verschillende hoogten ontstaan. Dit ter realisatie van de gewenste compositie, waarbij Toren A altijd de hoogste van de drie torens is.

(...)

Er zijn een aantal verplichte onderdelen die in de ontwikkellocaties opgenomen worden. Er dienen hoogwaardige wooncomplexen gerealiseerd te worden met kwalitatief hoogwaardige buitenruimten. De doelgroep die met deze woningbouwontwikkeling aangetrokken wordt is urban professionals, middeninkomens, empty-nesters en stedelijke gezinnen. Met de woningbouwontwikkeling wordt gestreefd naar een ideale mix van de woningsegmenten middelduur en duur, zowel koop als huur. Minimaal 25% van het totale programma dient het segment middel dure huur te bevatten (huurprijs tussen €720,-- - €950,--). De overige 75% dient bij voorkeur ingevuld te worden door middeldure en dure koopwoningen in toren A en middeldure huur en vrije sector huurwoningen in toren C.

De plint van de torens A en C dient levendig te zijn met een divers, hoofdzakelijk publiek toegankelijk programma van sociaal-culturele voorzieningen. Gedacht wordt aan verblijf- en ontmoetingsplekken, kleinschalige horeca, een kinderdagverblijf, hotel met maximaal 50 kamers, etc. Voor toren A geldt dat er een openbare horecagelegenheid met openbaar terras aan de marktzijde komt. Het programma in de plint dient ervoor te zorgen dat een levendige omgeving ontstaat, ook aan de kant van (...) en het stadhuis.

Op de locatie van bouwblok B (afbeelding 3.3) wordt geen vastgoed gerealiseerd. Op deze locatie wordt een 'Tiny forest' gerealiseerd. Dit is een stuk maaiveldinrichting waar in de vervolgfase nog participatie plaatsvindt met de bewoners. Het ontwerp en realisatie van dit maaiveld wordt als stelpost opgenomen.

Parkeergarage

De integrale opgave van het ontwerp en de realisatie van de parkeergarage is gerelateerd aan het programma van de woontorens met levendige plint en de behoefte aan het compenseren van het verlies aan parkeergelegenheid (op [locatie] en parkeerterrein [locatie]). Er wordt een twee- of drielaagse parkeergarage voorzien. De in- en uitgang voor autoverkeer tot de ondergrondse parkeergarage onder bouwblok A en [locatie] dient gesitueerd te worden aan de [locatie], aan de noordzijde van bouwblok A. Tevens geldt voor de opstelplek van wachtende auto's dat deze onder het gebouw gesitueerd dient te zijn. Er mag geen opstopping op de [locatie] ontstaan.

Plein

Het plein ligt aan de zuidzijde van [locatie] en is de overgang naar [gebied] en heeft een hoge verblijfs waarde. De torens aan [locatie] en de kerktorens van de [locatie] vormen de twee overkanten van het "waterplein" van [locatie]. Zie afbeelding hieronder.

Het schetsontwerp/PvE voor de inrichting van het plein is door [Bureau X] gemaakt en dient binnen deze opdracht gerealiseerd te worden (zie impressie afbeelding 3.1 zicht op [locaties] vanuit één van de te ontwikkelen torens).

(...)

3.6 Gemaakte keuzes

(...)

Geen percelen/niet onnodig clusteren

De gemeente wil graag één verantwoordelijke partij hebben die alle aspecten van de opdracht gaat realiseren om discussie over demarcatie e.d. te voorkomen. Ook probeert de gemeente zo overlast e.d. te beperken. Daarnaast wordt aangenomen dat de ontwikkeling op deze meer voor de beste kwaliteit en de minste kosten zorgt.

(...)

6. Uitsluitingsgronden en Geschiktheidseisen

(...)

6.3 Geschiktheidseisen Technische en beroepsbekwaamheid

6.3.1 Referenties

Gegadigden dienen door middel van het indienen van referentieprojecten aan te tonen te beschikken over de juiste kerncompetenties ten aanzien van de hierna gestelde geschiktheidseisen omtrent technische- en beroepsbekwaamheid. Per kerncompetentie mag maximaal één referentieproject zijn ingediend, waarbij het referentieproject aantoonbaar dient te voldoen aan elk van de subcriteria behorende bij de kerncompetentie. Het enkel bevestigen dat het referentieproject voldoet aan de gevraagde kerncompetentie is daarmee ontoereikend. De aanbesteder dient in staat te zijn om zelf eenduidig uit de aanmelding van de gegadigde af te leiden dat het ingediende referentieproject voldoet aan de gestelde kerncompetentie en subcriteria.

Het is toegestaan een referentieproject op te geven waaruit blijkt dat aan meerdere kerncompetenties wordt voldaan. Indien gebruik wordt gemaakt van een nog niet (geheel) afgeronde referentieopdracht mogen alleen de daadwerkelijk behaalde resultaten van het lopende contract worden opgegeven en kan niet worden volstaan met een prognose van de resultaten.

Voor deze aanbesteding gelden de volgende kerncompetenties en de daarbij genoemde subcriteria (Gebruik het formulier in bijlage 1 voor het indienen van uw referenties):

Kerncompetentie A: ontwerp en realisatie van een woontoren met levendige/stedelijke plint

1 uitgevoerd door de gegadigde of de derde waarop een beroep wordt gedaan (indien het project is uitgevoerd in een samenwerkingsverband, geldt slechts het eigen relevante aandeel van de gegadigde in het referentieproject);

2 uitgevoerd (minimaal 50 % gereed) in de periode van vijf jaar voorafgaand aan de uiterste termijn van ontvangst aanmeldingen;

3 op een (1) vakkundige en regelmatige wijze uitgevoerd en (2) volgens planning uitgevoerd, (3) verleend uitstel daarin begrepen (voorgaande punten dienen te blijken uit de bijgevoegde tevredenheidsverklaring van de Opdrachtgever);

4 omvat de realisatie van een toren met woningen, een minimale hoogte van 50 meter vanaf maaiveld, met levendige/stedelijke plint van minimaal 800 m² VVO met voorzieningen (commercieel en/of niet commercieel) in binnenstedelijk gebied.

(...)'

1.3. In de Nota van Inlichtingen van 16 november 2020 zijn onder meer de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.3.1. Vraag 20: 'Mag onder "Ontwerp" ook "Ontwikkeling" worden verstaan? De huidige tekst suggereert een in-house architect, dat is vrijwel nooit het geval bij bouwende-ontwikkelaars.'

Antwoord: 'Nee zie onder andere 6.3.4 Bureau Architectenregister.'

1.3.2. Vraag 48: 'Aanmelding (selectiefase)

- In veel tenderprocessen is [X] als [X] gewend om zelfstandig een aanmelding voor deelname te doen en vervolgens een kwalitatief/financiële aanbieding uit te brengen aan de Gemeente of betreffende tender-uitschrijvende partij. Regelmatig maken wij pas in een later stadium van de tender of zelfs pas na selectie als winnende partij afspraken met de beoogde aannemer voor de realisatie van het plan. Vraag: Staat [Aanbesteder] het toe dat een ontwikkelende partij zich aanmeldt als Gegadigde, i.c.m. een architect en een landschapsarchitect, maar zonder aannemer? Of is teamvorming met een aannemer (dus de aannemer als onderdeel van de 'combinatie' of als vooraf bepaalde 'onderaannemer' van de 'gegadigde') een harde voorwaarde om te kunnen worden beoordeeld en geselecteerd als 1 van de 5 gegadigden voor de gunningsfase?

- Bij de kerncompetenties A t/m E staat steeds: "uitgevoerd door de gegadigde of de derde waarop een beroep wordt gedaan". Hoe dienen wij het begrip "uitgevoerd" te interpreteren?

o Bijvoorbeeld bij kerncompetentie A, als de ontwikkelaar [X] in een project opdrachtgever en eindverantwoordelijk is geweest voor het ontwerp en de realisatie van een woontoren met levendige plint, kan dit project dan worden ingezet als referentie?

(...)

Antwoord: Teamvorming is geen harde voorwaarde. De kerncompetenties ten aanzien van de realisatie zijn helder. Uw voorbeelden waarin u optreedt als Opdrachtgevende partij voldoen daar niet aan. Uitgevoerd betreft daadwerkelijk **zelf** uitgevoerd.

(...)

1.4. Op 23 november 2020 heeft de brancheorganisatie de volgende klacht bij aanbesteder ingediend.

(...)

De [Brancheorganisatie] heeft een melding ontvangen van een lid dat zich als onderaannemer wil aanmelden met een ontwikkelende aannemer voor bovengenoemde aanbesteding. Dat is echter niet mogelijk vanwege kerncompetentie A. Ons lid en de ontwikkelende aannemer zijn van mening dat deze kerncompetentie disproportioneel is. De antwoorden in de nota van inlichtingen (vragen 20 en 48) introduceren geen aanpassingen. De [Brancheorganisatie] heeft de selectieelidraad en de nota van inlichtingen bestudeerd en constateert dat kerncompetentie A in de huidige opzet disproportioneel is. Daarover wil de [Brancheorganisatie] bij deze een formele klacht indienen. Hierna zal ik de klacht van de [Brancheorganisatie] over kerncompetentie A kort toelichten:

Disproportionele combinatie van kerncompetenties

Kerncombinatie A heeft betrekking op ervaring met ontwerp en realisatie van een woontoren met levendige/stedelijke plint. Allereerst valt het de [Brancheorganisatie] op dat u wel een heel specifieke kerncompetentie benoemd hebt. U lijkt eerder te vragen om gelijke ervaring dan vergelijkbare ervaring (vergelijk de opmerking van [Organisatie] bij de gehanteerde selectiecriteria. Een nadere bestudering van kerncompetentie A leert dat we van doen hebben met een samengestelde kerncompetentie. Feitelijk vraagt u om met één enkel referentieproject ervaring aan te tonen met twee kerncompetenties: ervaring met het ontwerp van een woontoren en ervaring met realisatie van een woontoren. Dit terwijl Voorschrift 3.5.G lid 1 van de Gids Proportionaliteit stelt dat u in beginsel één referentie per kerncompetentie moet vragen (dus niet twee kerncompetenties per referentie). Deze afwijking van

de Gids Proportionaliteit wordt niet nader toegelicht. Complicerende factor daarbij is dat de gegadigde (of derde waarop een beroep gedaan wordt) het referentieproject zelf uitgevoerd moet hebben. Dat is lastig omdat de meeste ontwikkelende aannemers niet werken met een in-house architect (zie vraag 20). Aangezien de kerncompetenties ontwerp en realisatie niet apart beoordeeld worden kan niet vrijelijk een beroep gedaan worden op een architect als derde om de benodigde ervaring met het ontwerp van een woontoren aan te tonen. In de ogen van de [Brancheorganisatie] is dit een onnodige beperking van de marktwerking en daarmee in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

Disproportionele beperking van het derdenberoep

Als een ontwikkelende aannemer een derdenberoep op een architect om te voldoen aan kerncompetentie A, kan dat feitelijk alleen door een referentie in te dienen waarbij de aannemer reeds eerder heeft samengewerkt met de architect. De [Brancheorganisatie] is van mening dat dit in strijd is met het bepaalde in art 2.94 lid 1 Aw, waarmee de disproportionaliteit van kerncompetentie A een gegeven is. In dat artikel is immers bepaald dat een ondernemer zich kan beroepen op de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van derden, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die derden, mits hij aantoont dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen. Met dit uitgangspunt valt niet te rijmen dat ter zake kerncompetentie A een aannemer uitsluitend een derdenberoep kan doen op een architect voor de vereiste ontwerpervaring, indien hij reeds eerder heeft samengewerkt met die architect. Vergelijk Advies #523, overweging 5.7.3, van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

De [Brancheorganisatie] hoopt dat u in deze klacht aanleiding ziet om kerncompetentie A alsnog aan te passen, zodat deze niet langer disproportioneel is. De meest voor de hand liggende oplossing is kerncompetentie A te splitsen in een kerncompetentie die beziet op ontwerp en een kerncompetentie die beziet op realisatie.

(...)

- 1.5. Bij brief van 25 november 2020 heeft aanbesteder de klacht ongegrond geacht:

(...)

Klacht

Kort en zakelijk samengevat stelt u dat bij de aanbesteding "Herontwikkeling [locatie]" sprake is van een disproportionele kerncompetentie A waarbij zowel ontwerp als realisatie van een woontoren met levendige/stedelijke plint wordt gevraagd.

Bevindingen

In de selectieleidraad "Herontwikkeling [locatie]" zijn in onderdeel 6.3 geschiktheidseisen opgenomen. Hierin staat dat gegadigden met behulp van referentieprojecten moeten aantonen dat zij beschikken over 5 kerncompetenties, te weten:

A ontwerp en realisatie van een woontoren met levendige/stedelijke plint;

(...)

Tijdens de hoorzitting heeft u aangegeven dat in de praktijk aannemers met verschillende architecten (vise versa) werken, afhankelijk van het onderwerp van de potentiële opdracht. Door de formulering van kerncompetentie A wordt er volgens u een ontwikkelende aannemer met een in-house architect gevraagd, hetgeen volgens u strijdig is met voorschrift 3.5 G Gids Proportionaliteit. Daarnaast wordt volgens u een gelijke, en geen gelijkwaardige, ervaring gevraagd, hetgeen strijdig is met artikel 2.93c Aanbestedingswet.

Overwegingen

Bij een aanbesteding beoogt [Aanbesteder] de mededinging te bevorderen. [Aanbesteder] heeft in haar selectieleidraad aangegeven dat de gegadigde dient te voldoen aan 5 kerncompetenties. Met het splitsen van de kerncompetenties kunnen gegadigden voor elke van de 5 kerncompetenties een score krijgen. Door deze apart te beoordelen in plaats van het werk in 1 kerncompetentie te vatten, leidt juist tot bevordering van de mededinging. Daarmee wordt voldaan aan voorschriften 3.5 F en 3.5 G van de Gids Proportionaliteit.

[Aanbesteder] heeft bij de scope van de Herontwikkeling [locatie] duidelijk bepaald wat de onderdelen van het werk zijn: herontwikkeling van [locatie]: zowel ontwerp als realisatie. Hierbij heeft ze (alleen) in kerncompetentie A bij de woontoren aangegeven dat het zowel om het ontwerp als de realisatie gaat. Dit betekent dat een referentie opgegeven moet worden waarbij de gegadigde (aannemer en architect) aangeeft dat zij eerder samengewerkt hebben aan een woontoren. Deze eis voor een dergelijk bouwwerk in stedelijke omgeving wordt vaker toegepast en acht ik redelijk.

U heeft tijdens het horen aangegeven dat aannemers en architecten in wisselende samenstellingen samenwerken in de praktijk. De referentie die [Aanbesteder] vraagt sluit aan bij een gangbare samenwerkingspraktijk. [Aanbesteder] vraagt niet om een aannemer met een in-house architect, maar om partijen die eerder samengewerkt hebben, ongeacht de juridische aard van de samenwerking. Dit lijkt niet strijdig met artikel 2.94 Aanbestedingswet.

U stelt dat met het vragen van een referentie van het ontwerp en de bouw van een woontoren met levendige/stedelijke plint, de gemeente een gelijke, en geen gelijkwaardige, ervaring vraagt. [Aanbesteder] vraagt om wonen in hoogbouw in combinatie met een afwijkende functie. Behalve de woonfunctie wordt er geen specifieke afwijkende functie gevraagd. Hier lijkt geen strijdigheid met artikel 2.93 lid 3 Aanbestedingswet.

Tot slot merk ik nog het volgende op. Het gegeven dat mogelijk slechts een beperkt aantal gegadigden aan kerncompetentie A kan voldoen, leidt niet per se tot strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. De verwachting van [Aanbesteder] is dat er voldoende gegadigden, die aan de gestelde eisen kunnen voldoen, zich melden. Daarmee biedt dit project ruimte voor mededinging. Dat wellicht een aantal gegadigden van gunning wordt uitgesloten, maakt de procedure hierdoor niet disproportioneel.

Conclusie

Gelet op het voorgaande wordt uw klacht ongegrond geacht. [Aanbesteder] ziet geen aanleiding om de aanbestedingsprocedure te wijzigen. Ik verwacht u met deze toelichting voldoende te hebben geïnformeerd.'

- 1.6. Vervolgens heeft de brancheorganisatie op 26 november 2020 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragrafen 2 en 3 hierna).
- 1.7. Aanbesteder heeft op 4 december 2020 een reactie ingediend (zie paragraaf 4 hierna).

2. Beschrijving klacht

Kerncompetentie A in paragraaf 6.3.1 van de Selectieleidraad (in 1.2 hiervoor) is een combinatie van twee kerncompetenties (ervaring met het ontwerpen van een woontoren en ervaring met de realisatie van een woontoren). Aanbesteder hanteert

daarmee een disproportionele geschiktheidseis. Tevens vormt deze geschiktheidseis een disproportionele beperking van de mogelijkheid een beroep op een derde te kunnen doen. Feitelijk kan hieraan alleen worden voldaan door indiening van een referentieproject waarin architect en aannemer eerder hebben samengewerkt.

3. Onderbouwing klacht

De onderbouwing van de klacht stemt overeen met de op 23 november 2020 bij aanbesteder ingediende klacht (zie 1.4 hiervoor).

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder is van mening dat de klacht van de brancheorganisatie ongegrond is en licht zijn standpunt als volgt toe.
- 4.2. Kerncompetentie A betreft volgens aanbesteder geen eis die in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel.
 - 4.2.1. Aanbesteder erkent dat uit paragraaf 6.3.1 van de Selectieleidraad de eis volgt dat een inschrijver per kerncompetentie maximaal één referentieproject mag indienen. Aanbesteder meent met kerncompetentie A overeenkomstig Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit een geschiktheidseis te hebben vastgesteld die overeenkomt met de door hem gewenste ervaring op een essentieel punt van de voorliggende opdracht. Aanbesteder acht het namelijk gewenst dat de inschrijver voor het deel van de opdracht dat ziet op ontwerp en realisatie van de woontorens, een referentieproject aanlevert waarin een aannemer en een architect reeds hebben samengewerkt, zonder dat daarbij is voorgeschreven op welke wijze aannemer en architect hebben samengewerkt. Reden dat aanbesteder deze ervaring gewenst acht, betreft de complexiteit van ontwerp én realisatie van de opdracht. Aanbesteder stelt recht op en belang bij deze eis te hebben.
 - 4.2.2. Aanbesteder stelt dat de opdracht complex is. De opdracht omvat omvangrijke en technisch complexe werkzaamheden, waarbij uiteindelijk door de winnende inschrijver twee woontorens, een ondergrondse parkeergarage en een marktplein ontworpen én gerealiseerd dienen te worden. Voor een deel van deze opdracht (ontwerp en realisatie van woontorens) wenst aanbesteder dan ook – zie Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit – dat de gegadigde eerder integraal verantwoordelijk is geweest voor ontwerp en realisatie, ook omdat in de praktijk deze twee fasen elkaar direct opvolgen en de afhankelijkheid van en de afstemming tussen de twee fasen zeer groot is. De twee fasen zijn communicerende vaten die onmogelijk voor een dergelijk complex project los van elkaar kunnen worden gezien; aanpassingen in het ontwerp dienen direct te worden overlegd met de uitvoering en vice versa. De eisen van voorliggende aanbestedingsprocedure staan in een proportionele verhouding met de aard en omvang van de opdracht. De aanbestede opdracht is complex en omvangrijk en aanbesteder stelt zich op het standpunt een proportionele eis te hebben gesteld. Hij meent dat deze kerncompetentie de mededinging niet beperkt, laat staan onnodig. Ten behoeve van de stimulering van de mededinging heeft aanbesteder juist de verschillende aspecten van de aanbestede opdracht gesplitst in totaal vijf kerncompetenties, zodat een inschrijver voor de verschillende kerncompetenties verschillende referentieprojecten kan aandragen.
 - 4.2.3. Voorts is de geschiktheidseis Kerncompetentie A volgens aanbesteder niet in strijd met artikel 2.94 Aw 2012. Gelet op de bewoordingen van Kerncompetentie A mag

een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver begrijpen dat onder deze geschiktheidseis een inschrijver een beroep op een derde mag doen, maar dat uiteindelijk voor één kerncompetentie maximaal één referentieproject kan worden ingediend en dat voor de inschrijver en/of de derde van dit referentieproject slechts het eigen aandeel geldt. Aanbesteder stelt dat deze eis in de praktijk met zich meebrengt dat de volgende gegadigden een geldige inschrijving zouden kunnen indienen:

- 1) een aannemer met een *inhouse*-architect, waarbij bij het referentieproject de aannemer met deze architect als onderaannemer, combinatie of *inhouse*-architect een woontoren heeft ontworpen en gerealiseerd;
- 2) een aannemer met onderaannemer, waarbij bij het referentieproject de aannemer met deze architect als onderaannemer, combinatie of *inhouse*-architect een woontoren heeft ontworpen en gerealiseerd;
- 3) een aannemer met een architect als combinatie (bv. VOF), waarbij bij het referentieproject de aannemer met deze architect als onderaannemer, combinatie of *inhouse*-architect een woontoren heeft ontworpen en gerealiseerd.

4.2.4. Met deze uitwerking van Kerncompetentie A voldoet de aanbestedingsprocedure volgens aanbesteder aan artikel 2.94, lid 1, Aw 2012, omdat niet een bepaalde juridische aard van de band met de derde wordt verlangd. De brancheorganisatie heeft in haar klacht ook niet aangegeven welke juridische aard van de band uit Kerncompetentie A zou (moeten) volgen. De geschiktheidseis schrijft voor dat een beroep op een derde mag worden gedaan en dat is geheel in lijn met artikel 2.94, lid 1, Aw 2012. Daarnaast gaat – naar het oordeel van aanbesteder – de verwijzing van de brancheorganisatie naar Advies 523 (overweging 5.7.3) niet op, omdat uit de Selectieleidraad van de thans voorliggende aanbestedingsprocedure niet volgt dat degene waarop een beroep wordt gedaan onderdeel moet uitmaken van een samenwerkingsverband waarmee een verzoek tot deelneming wordt ingediend. De brancheorganisatie heeft ook niet onderbouwd hoe Kerncompetentie A zich verhoudt met de geschiktheidseis die in advies 523 van de Commissie centraal staat. In de Selectieleidraad is met Kerncompetentie A simpelweg mogelijk gemaakt dat met een derde wordt ingeschreven, ongeacht de juridische aard van de samenwerking. Kortom, aanbesteder is van mening dat de klacht ongegrond dient te worden verklaard.

4.3. Subsidiair stelt aanbesteder zich op het volgende standpunt. Mocht het standpunt van aanbesteder onverhoopt niet worden gevolgd, dan geldt volgens aanbesteder op basis van artikel 2.95, lid 2, Aw 2012 dat een aanbestedende dienst voor een overheidsopdracht voor werken (hetgeen voorliggende overheidsopdracht betreft) kan eisen dat (door) een gegadigde of inschrijver zelf bepaalde taken (worden) verricht. In dat kader volgt uit het antwoord op vraag 48 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.3.2 hiervoor) ook dat 'uitgevoerd' (zoals vermeld bij de geschiktheidseisen) betekent dat de referentieprojecten zélf moeten zijn uitgevoerd. Ook om die reden is Kerncompetentie A volgens aanbesteder niet in strijd met artikel 2.94 Aw 2012.

4.4. Ten overvloede – want in dit kader heeft de brancheorganisatie geen klachtonderdeel geformuleerd, maar lijkt er wel een opmerking over te zijn gemaakt – wenst aanbesteder nog duidelijk te maken dat Kerncompetentie A geen gelijke ervaring vereist. Aanbesteder stelt dat de kerncompetentie een referentieproject betreft dat voldoet aan de minimaleisen in punten 1-4 bij Kerncompetentie A, hetgeen niet disproportioneel is ten opzichte van de complexe en omvangrijke opdracht. Aanbesteder wijst bijvoorbeeld op de eis dat het referentieproject een hoogte heeft van

minimaal 50 meter, terwijl de torens in deze opdracht een hoogte van 70-90 en 40-70 meter moeten hebben (zie 1.2 hiervoor).

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 20 oktober 2020 een Europese niet-openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de herontwikkeling van een locatie, bestaande uit ontwerpdiensten, de realisatie van twee woontorens, een ondergrondse parkeergarage en de inrichting van de openbare ruimte. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (2^e herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden). Het ARW 2016 is op deze procedure van toepassing verklaard.
- 5.2. Alvorens over te gaan tot inhoudelijke behandeling van de klachtonderdelen, geeft de Commissie eerst het toetsingskader daarvoor weer.
- 5.2.1. In artikel 1.10, lid 1 jo. lid 2, sub c en d, Aw 2012 is bepaald dat de inhoud van en het aantal te stellen geschiktheidseisen in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.2.2. 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.
- 5.2.3. In artikel 2.93, lid 3, Aw 2012 is bepaald dat wanneer referenties worden gevraagd om aan te tonen dat de gegadigde voldoet aan een geschiktheidseis er niet gevraagd mag worden naar eerder verrichte opdrachten die gelet op de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de opdracht gelijk zijn, maar alleen naar eerder verrichte vergelijkbare opdrachten (Advies 609, overwegingen 5.3.1-5.3.4).
- 5.2.4. In artikel 2.94, lid 1-3, Aw 2012 is vervolgens bepaald:
- ‘1. Een ondernemer kan zich voor een bepaalde overheidsopdracht beroepen op de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van andere natuurlijke personen of rechtspersonen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die natuurlijke personen of rechtspersonen, mits hij aantoonbaar kan beschikken over de voor de uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen.
2. Indien de eisen met betrekking tot de technische en beroepsbekwaamheid onderwijs- en beroepskwalificaties betreffen als bedoeld in bijlage XII, deel II, onder f, van richtlijn 2014/24/EU, of betrekking hebben op relevante beroepservaring mag een ondernemer zich slechts beroepen op de bekwaamheid van een andere natuurlijke persoon of rechtspersoon indien laatstgenoemde de werken of diensten waarvoor die bekwaamheid is vereist, zal verrichten.
3. Onder de voorwaarden, genoemd in het eerste en tweede lid, kan een samenwerkingsverband van ondernemers zich beroepen op de bekwaamheid van de deelnemers aan het samenwerkingsverband of van andere natuurlijke personen of rechtspersonen.
- (...)
- 5.2.5. In artikel 2.95 Aw 2012 is bepaald:
- ‘1. De aanbestedende dienst kan bij overheidsopdrachten voor leveringen waarvoor plaatsings- of installatiewerkzaamheden nodig zijn, bij overheidsopdrachten voor diensten, en bij overheidsopdrachten voor werken de beroepsbekwaamheid van ondernemers om die plaatsings- of installatiewerkzaamheden uit te voeren of om

die dienst of dat werk te verrichten, beoordelen op grond van hun vaardigheden, doeltreffendheid, ervaring en betrouwbaarheid.

2. De aanbestedende dienst kan bij overheidsopdrachten als bedoeld in het eerste lid eisen dat bepaalde kritieke taken door de gegadigde of inschrijver zelf worden verricht of, indien de gegadigde of inschrijver een samenwerkingsverband van ondernemers is, door een deelnemer aan dat samenwerkingsverband.'

5.2.6. 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.'

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

'Teveel en te specifieke kerncompetenties definiëren én daarbij vragen naar referenties per kerncompetentie zou weleens zoeken naar een schaap met vijf poten kunnen worden. Daardoor wordt de markt sterk verengd, hetgeen noch in het belang van aanbestedende diensten noch in het belang van potentiële inschrijvers is. (...) Er dient een vertaling van kerncompetenties naar benodigde eisen van (technische) bekwaamheid plaats te vinden. Daarbij is het van belang dat niet meer van hetzelfde wordt gevraagd, omdat daarmee de kring van potentiële inschrijvers wel heel erg wordt verkleind. Waar het om gaat, is te zoeken naar al die ondernemingen die, al dan niet in meerdere verschillende soorten projecten, de benodigde ervaring hebben opgedaan.'

5.2.8. Een aanbestedende dienst mag in beginsel per kerncompetentie één referentie eisen (Voorschrift 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit, zie Advies 34, overweging 6.1). Voorts moet hij toestaan dat met één referentie wordt aangetoond dat aan meerdere kerncompetenties wordt voldaan. In beginsel mag hij geen combinatie van verschillende kerncompetenties in één referentie eisen. Daarmee wordt voorkomen dat de geschiktheidseisen er toe leiden dat (grote) ondernemingen met meer ervaring bevoordeeld worden ten opzichte van zowel kleinere ondernemingen als nieuwe toetreders die eveneens geschikt zijn de opdracht uit te voeren (zie Advies 393, overweging 5.5; Advies 401, overweging 5.6; Advies 579, overweging 5.2.8).

5.2.9. Bij complexe opdrachten of opdrachten tot het leveren van hoogwaardige dienstverlening kan, indien noodzakelijk, gemotiveerd van Voorschrift 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit worden afgeweken door meerdere referenties voor één kerncompetentie te eisen. Ook kan ervaring met meerdere kerncompetenties in één referentieproject noodzakelijk zijn en daarom als geschiktheidseis worden gesteld (Advies 393, overweging 5.6; Advies 401, overweging 5.7; Advies 579, overweging 5.2.9).

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

5.3. De Commissie zal hierna overgaan tot beoordeling van de klacht op basis van het hiervoor uiteengezette toetsingskader.

5.3.1. De brancheorganisatie acht Kerncompetentie A disproportioneel omdat met één referentieproject ervaring moet worden aangetoond met twee kerncompetenties: het ontwerp én de realisatie van een woontoren. Tevens stelt de brancheorganisatie zich op het standpunt dat met deze geschiktheidseis de mogelijkheid een beroep op een derde te kunnen doen disproportioneel wordt beperkt. Feitelijk kan alleen

aan deze geschiktheidseis worden voldaan door indiening van een referentieproject waarin architect en aannemer eerder hebben samengewerkt.

- 5.3.2. In het kader van de geschiktheidseisen is in artikel 2.94, lid 1, Aw 2012 bepaald dat een ondernemer zich kan beroepen op de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van derden, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die derden, mits hij aantoont dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen. In dat kader mag een aanbestedende dienst dus niet eisen dat diegene waarop een beroep wordt gedaan onderdeel uitmaakt van een samenwerkingsverband waarmee een verzoek tot deelneming wordt ingediend. Dit strookt met het doel overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging en vergemakkelijkt de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten (zie HvJ EU 26 september 2019, C-63/18 (Vitali) betreffende Richtlijn 2014/24/EU; HvJ EU 7 april 2016, ECLI:EU:C:2016:214, C-324/14 (Partner Apelski Dariusz), r.o. 34 betreffende Richtlijn 2004/18/EG, vgl. ook HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1828, r.o. 3.5.2 betreffende Richtlijn 93/37/EEG en HvJ EU 5 april 2017, ECLI:EU:C:2017:266, C-298/15 (Borta), eerste prejudiciële vraag onder b, betreffende Richtlijn 2004/17/EG).
- 5.3.3. Naar het oordeel van de Commissie handelt aanbesteder niet in strijd met artikel 2.94, lid 1, Aw 2012. Aanbesteder eist immers niet een bepaalde juridische band tussen de gegadigde en de derde waarop hij een beroep doet om te voldoen aan Kerncompetentie A.
- 5.3.4. Naar het oordeel van de Commissie worden in de geschiktheidseis 'Kerncompetentie A' twee kerncompetenties in één referentie uitgevraagd: het ontwerp én de realisatie van een woontoren. Daarmee eist aanbesteder dat de architect en aannemer eerder met elkaar hebben samengewerkt (zie 1.2 en 4.2.1 hiervoor).
- 5.3.5. De Commissie laat in het midden of de onderhavige opdracht, mede gelet op de inpassing van de twee woontorens in binnenstedelijk gebied, een complexe opdracht betreft. De Commissie kan zich in ieder geval voorstellen dat ervaring met coördinatie en afstemming van de disciplines ontwerp en realisatie in het kader van een de opdracht van groot belang is. Dergelijke ervaring zou naar het oordeel van de Commissie daarom in beginsel mogen worden uitgevraagd (zie Advies 523, overweging 5.6.5).
- 5.3.6. Aanbesteder vraagt evenwel geen ervaring van de architect of aannemer met coördinatie en afstemming met een andere discipline. Aanbesteder vraagt immers aan gegadigden om hun geschiktheid aan te tonen met een referentie die, als zodanig, twee verschillende disciplines – ontwerp en realisatie – omvat, hetgeen meebrengt dat architect en aannemer eerder moeten hebben samengewerkt.
- 5.3.7. De argumenten die aanbesteder daarvoor heeft aangedragen (zie 1.2 en 4.2.2 hiervoor) kunnen de Commissie niet overtuigen. Dat het onderhavige onderdeel van de opdracht (ontwerp en realisatie van twee woontorens) zich in significante mate onderscheidt van andere (complexe) hoogbouwprojecten, waarin met het vragen naar ervaring met afstemming en coördinatie van ontwerp en realisatie wordt volstaan, acht de Commissie niet aannemelijk.
- 5.3.8. De Commissie heeft in Advies 487 het vragen naar een combinatie van kerncompetenties in één referentie in het kader van selectiecriteria bij een complexe opdracht toelaatbaar geacht in een geval dat een ondernemer uit één discipline aan die combinatie van kerncompetenties kon voldoen (overweging 6.7.3). In de onderhavige aanbesteding betreft het echter een geschiktheidseis en zijn er ondernemers uit verschillende disciplines nodig om aan de combinatie van

kerncompetenties te voldoen: dit brengt met zich mee dat er in het verleden met dezelfde partij moet zijn samengewerkt.

- 5.3.9. Hoewel de Commissie begrip heeft voor de wens van aanbesteder om belang te hechten aan bewezen samenwerkingsrelaties, wordt met een geschiktheidseis die daarop ziet de mededinging naar het oordeel van de Commissie ongeoorloofd beperkt. Het aangaan van nieuwe samenwerkingsverbanden wordt daarmee immers onmogelijk gemaakt hetgeen bovendien toetreding van buitenlandse ondernemingen tot de Nederlandse markt kan beperken (vgl. Advies 523, overweging 5.7.4-5.7.5 en Advies 418, overweging 5.6.4 waar het selectiecriteria betrof).
- 5.3.10. Ten slotte gaat het beroep van aanbesteder op artikel 2.95, lid 2, Aw 2012 in dit kader niet op. Deze bepaling ziet op de uitvoering van de opdracht die wordt aanbesteed en niet op de uitvoering van referentieprojecten in het verleden in het kader van geschiktheidseisen of selectiecriteria. Voor zover in Advies 523, overweging 5.7.6 en Advies 418, overweging 5.6.4 de indruk is gewekt dat op basis van artikel 2.95, lid 2, Aw 2012 een geschiktheidseis mag worden gehanteerd op basis waarvan in het verleden met dezelfde partij moet zijn samengewerkt, komt de Commissie daarop terug.
- 5.6 Gelet op het voorgaande acht de Commissie de klacht gegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 18 maart 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Voorzitter