

Advies 648 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese niet-openbare aanbesteding voor het sluiten van een overeenkomst met een architect. De architect is integraal verantwoordelijk voor de ontwerp- en advieswerkzaamheden tot en met Technisch Ontwerp en bestek van een schoolgebouw. De architect vervult de rol van voorzitter van het nog samen te stellen ontwerpteam.

Klachtonderdeel 1

Klager, een brancheorganisatie, stelt dat de hier gehanteerde selectiesystematiek, waarbij meer referenties beter scoren, disproportioneel is.

De Commissie stelt vast dat gegadigden die meer referenties indienen voor zowel selectie criterium 1 als 4 beter scoren. De Commissie is van oordeel dat die selectiesystematiek disproportioneel is en daarom in het licht van de ratio van de Gids Proportionaliteit niet is toegestaan. Aanbesteder heeft niet gemotiveerd waarom hij de gekozen selectiesystematiek in dit geval proportioneel acht. Daarmee acht de Commissie dit klachtonderdeel **gegrond**.

Klachtonderdeel 2

De brancheorganisatie klaagt dat de hier gekozen gunningssystematiek, beste prijs-kwaliteitverhouding waarbij prijs een gewicht heeft van 60% en kwaliteit een gewicht heeft van 40%, de facto neerkomt op gunning op laagste prijs. Zij vindt dat het ongemotiveerd kiezen voor gunning op laagste prijs niet is toegestaan.

De Commissie ziet geen aanleiding te veronderstellen dat de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen geen significante invloed zullen hebben op de rangorde. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Klachtonderdeel 3

De brancheorganisatie klaagt dat de nadere (gunnings)criteria in de aankondiging hadden moeten worden bekendgemaakt.

Aanbesteder heeft in de aankondiging slechts de verhouding tussen prijs en kwaliteit bekendgemaakt en bij Nota van Inlichtingen vermeld dat inschrijvers zal worden gevraagd een visie in te dienen. Daarmee heeft aanbesteder niet voldaan aan het bepaalde in artikel 2.115 Aw 2012, op grond waarvan aanbestedende diensten verplicht zijn de nadere criteria met het oog op het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitsverhouding in de aankondiging bekend te maken. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

Klachtonderdeel 4

De brancheorganisatie klaagt dat aanbesteder referenties verlangt die in de afgelopen vijf jaar zijn gerealiseerd of *in uitvoering zijn genomen*. Volgens de brancheorganisatie is deze voorwaarde disproportioneel, omdat een architect uiteindelijk niet zelfstandig kan bepalen of een werk tijdig wordt gerealiseerd of uitgevoerd.

De Commissie oordeelt dat de hier gestelde referentie-eis, die inhoudt dat een werk in de afgelopen vijf jaar is uitgevoerd of *nog in uitvoering is*, in redelijke verhouding staat tot een ontwerpopdracht als de onderhavige integrale ontwerp-opdracht. Hoewel een architect niet altijd in de hand heeft of een aanvang wordt genomen met de uitvoering van een project, acht de Commissie het gerechtvaardigd dat aanbestedende diensten zeker willen stellen dat een ontwerp voldoet aan minimale kwaliteitseisen. Als een ontwerp in uitvoering is genomen, moet in beginsel een omgevingsvergunning op basis van het ontwerp zijn verleend en mag de aanbestedende dienst aannemen dat het ontwerp aan een aantal belangrijke kwaliteitseisen voldoet. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegron**d.

Advies 648

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft een Europese niet-openbare aanbesteding georganiseerd voor het sluiten van een overeenkomst met een architect. De architect is integraal verantwoordelijk voor de bouwkundige, installatietechnische en constructieve ontwerp- en advieswerkzaamheden tot en met Technisch Ontwerp (TO) inclusief technische omschrijving en bestek van een schoolgebouw. De architect vervult de rol van voorzitter van het nog samen te stellen ontwerpteam.
- 1.2. De Commissie geeft eerst een overzicht van de opzet van de onderhavige aanbestedingsprocedure alvorens zij de relevante passages uit de aanbestedingsstukken weergeeft.

Opzet aanbestedingsprocedure

- 1.3. De opdracht betreft hoofdzakelijk een ontwerpopdracht. Aanbesteder stelt een referentie-eis inhoudende dat inschrijvers een ontwerp moeten hebben gemaakt dat in de afgelopen vijf jaar is uitgevoerd of nog in uitvoering is. Bij selectiecriteria 1 en 4 kent aanbesteder een betere score toe aan inschrijvers die niet slechts één, maar twee, respectievelijk drie referenties kunnen overleggen. Aanbesteder heeft bekendgemaakt dat in de gunningsfase prijs voor 60% en kwaliteit (mede te bepalen aan de hand van een visie) voor 40% zal meetellen in de beoordeling.

Relevante passages

- 1.4. De in deze aanbesteding gepubliceerde selectieleidraad bevat, onder meer, het volgende:

'3.3 Omschrijving van de Opdracht

Het onderwerp van de aanbesteding bestaat uit de selectie van een integraal ontwerpteam waarbij de architect wordt gevraagd onderdeel te zijn van deze commissie.

De architect is integraal verantwoordelijk voor de bouwkundige, installatietechnische en constructieve ontwerp- en advieswerkzaamheden tot en met Technisch Ontwerp (TO) inclusief technische omschrijving en bestek. Verder is hij verantwoordelijk voor afstemming en integratie van de verschillende ontwerp- en adviesdisciplines, en heeft dus een ontwerpende en regisserende rol. De architect is verantwoordelijk voor het (doen) samenstellen van alle benodigde bouwkundige, installatietechnische en constructieve adviezen, berekeningen en overige benodigde onderbouwingen voor het project. De voor de Opdrachtnemer voor de uitvoering van deze opdracht relevante en benodigde adviseurs maken onderdeel uit van deze opdracht en vallen onder verantwoording en aansturing van de architect.

De taken en de rol van de architect zijn als volgt:

- De werkzaamheden door de architect worden uitgevoerd op basis van een Programma van Eisen en de Architectonische en Stedenbouwkundige uitgangspunten. Dit Programma van Eisen en de Architectonische en Stedenbouwkundige

uitgangspunten worden door de architect integraal uitgewerkt tot een TO inclusief technische omschrijving.

- De te onderscheiden ontwerpdisciplines werken synchroon onder regie van de architect steeds resulterende in (tussentijdse) ontwerpen en adviezen aansluitend bij het Programma van Eisen, welke beschikbaar wordt gesteld aan de geselecteerde Gegadigden met de Uitnodiging tot Inschrijving, waarbij er integraal nagedacht is over het bijbehorende installatieconcept, brandveiligheid, bouwfysica, constructieve aspecten en bouwkosten.
- De vergaderingen van het ontwerpteam, bestaande uit de architect, zijn adviseurs, projectmanager van [aanbesteder], adviseur van [locatie] en de specialisten van [aanbesteder], worden georganiseerd, voorgezeten en genotuleerd door de architect. De Opdrachtgever zal de vergaderingen (digitaal) faciliteren.
- De architect dient rekening te houden met het Beeld- en Kwaliteitsplan van [locatie] wat beschikbaar wordt gesteld aan de geselecteerde Gegadigden met de Uitnodiging tot Inschrijving
- Uitgangspunt voor het ontwerp en de realisatie is een traditioneel proces. De werkzaamheden zullen daarbij in fasen worden uitgevoerd, te weten: Schetsontwerp, Voorlopig Ontwerp, Definitief Ontwerp, Technisch Ontwerp inclusief technische omschrijving en bestek.
- De Opdrachtgever zal de engineering en de uitvoering in overleg met de architect aanbesteden op basis van het TO inclusief Technische Omschrijving. Tevens zal de architect advies geven over de gunningscriteria in de aanbestedingsprocedure en beantwoording relevante ontwerp vragen Nota van Inlichtingen van het aanbestedingstraject van het Werk.
- Bij de Uitnodiging tot Inschrijving die verstrekt wordt aan de geselecteerde gegadigden zal de Technische Specificaties gevoegd worden.

(...)

3.4 Huidige situatie

Het huidige VMBO gebouw, is sterk verouderd en bestaat uit diverse gebouwen met een leeftijd van >40 jaar. Samen met de ambities van [organisatie] en de wensen van de [aanbesteder] op het gebied van onderwijs en sport is gekozen om een nieuw schoolgebouw te plaatsen en aanvullend enkele gebouwen nieuw leven in te blazen.

3.5 Omvang Opdracht

De onderstaande cijfers geven een indicatie van de te verwachten totale afname, hieraan kunnen geen rechten worden ontleend.

Het betreft 6200 m² oppervlakte en 550 leerlingen.

Een overzicht van het aantal lokalen en aanvullende ruimtes incl. oppervlakte, is separaat aangeleverd.

Buiten de reikwijdte van deze aanbesteding vallen het parkeerterrein, losse inventaris en aanleg van het buitenterrein (excl. schoolplein en fietsenstalling).

3.6 Gemaakte keuzes

(...)

Gunningscriteria (prijs – kwaliteit)

Het van toepassing zijnde Gunningcriterium van deze aanbestedingsprocedure is beste prijs-kwaliteitverhouding. De weging prijs- en kwaliteit is 60%- 40%.

(...)

6.4 Technische en beroepsbekwaamheid

De technische bekwaamheid van Gegadigden kan worden aangetoond aan de hand van: referenties en registratie bij Bureau Architectenregister.

6.4.1 Referenties

Het is van belang dat de Gegadigde door middel van referenties aantoont over voldoende deskundigheid en ervaring te beschikken met betrekking tot de gevraagde producten en diensten.

Gegadigden dienen maximaal 2 referenties op te geven van eerder verrichte vergelijkbare opdrachten binnen de afgelopen vijf jaar.

De ingediende referenties zijn vergelijkbaar indien zij afzonderlijk voldoen aan de onderstaande Geschiktheidseisen:

1. Referentie 1 is gedurende de afgelopen vijf jaar verricht en is -op het moment van indienen van de Aanmelding- uitgevoerd of nog in uitvoering.

Referentie 1 toont de volgende kerncompetentie aan:

Gegadigde heeft ervaring met het ontwerpen van een utilitair gebouw van minimaal 3500 m².

2. Referentie 2 is gedurende de afgelopen vijf jaar verricht en is -op het moment van indienen van de Aanmelding- uitgevoerd of nog in uitvoering.

Referentie 2 toont de volgende kerncompetentie aan:

Gegadigde heeft ervaring met het ontwerpen van een gebouw dat voldoet aan minimaal één van de 3 pijlers van duurzaamheid, zoals genoemd onder Selectiecriterium Duurzaamheid (zie hoofdstuk 8).

Het is toegestaan een referentie 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.

(...)

8. Selectiecriteria

Als er meer dan 5 Aanmeldingen voldoen aan de toetsing van volledigheid, instructies en Geschiktheidseisen worden de Aanmeldingen geselecteerd en teruggebracht tot 5 door de Selectiecriteria te wegen.

- De referentieprojecten die in het kader van de beoordeling van de minimale technische geschiktheid zijn opgegeven (zie 6.4.1) mogen door de

Gegadigde hier wederom worden opgegeven. De referentieprojecten die in het kader van de beoordeling van de selectiecriteria 1 en 2 zijn opgegeven (tabel 2 Beoordelingsmodel) moeten ook voldoen aan de minimum eisen zoals geformuleerd in 6.4.1. De referentieprojecten dienen te worden ingevuld in het format zoals opgenomen in bijlage 1.

- Per referentieopdracht dient de Gegadigde aan te geven op welke gevraagde selectiecriteria deze betrekking heeft. Indien een opgegeven referentieopdracht op meerdere selectiecriteria betrekking heeft, dient dit duidelijk te worden aangegeven!
- De Gegadigde dient per referentieopdracht een omschrijving te geven van de referentieopdracht (inclusief adresgegevens van het project) en de verrichte werkzaamheden waaruit blijkt dat aan de gevraagde kerncompetentie is voldaan.

In tabel 2, op de volgende pagina, is het beoordelingsmodel voor de selectie weergegeven met daarin opgenomen de Selectiecriteria.

Tabel 2

	Kerncompetentie	te overleggen referentie projecten	max. score	weeg-factor	Totaal-score maximaal
	Selectiecriteria 1 Omvang	maximaal 2	15 (per referentie)	1	30
1	Gegadigde heeft ervaring met het ontwerpen van een schoolgebouw met minimale omvang van 3500 m ² BVO d.m.v. nieuwbouw.		15		
2	Gegadigde heeft ervaring met het ontwerpen van een utilitair gebouw met een minimale omvang van 3500 m ² BVO d.m.v. nieuwbouw.		5		
3	Gegadigde heeft ervaring met het ontwerpen van een utilitair gebouw met een minimale omvang van 3500 m ² BVO d.m.v. renovatie.		5		
	Selectiecriteria 2 Kostenbewust	maximaal 1	20 (per referentie)	1	20
1	Gegadigde heeft ervaring met het ontwerpen van een kostenbewust Schoolgebouw met een minimale omvang van 3500 m ² BVO met een maximale € m ² tussen € 1500 en € 1750.		20		
2	Gegadigde heeft ervaring met het ontwerpen van een kostenbewust utilitair gebouw met een minimale omvang van 3500 m ² BVO met een maximale € m ² tussen € 1751 en € 2000.		10		
	Selectiecriteria 3 Geïntegreerd ontwerpen	Maximaal 1	20 (per referentie)	1	20
1	Gegadigde heeft ervaring met het ontwerpen van een utilitair gebouw waarbij de architect optrad als opdrachtgever voor het ontwerpteam (architectuur, installatie technisch, constructief en bouwfysica)		20		
2	Gegadigde heeft ervaring met het ontwerpen van een utilitair gebouw waarbij de architect optrad als opdrachtgever voor een deel van het ontwerpteam		10		
	Selectiecriteria 4 Duurzaamheid	Maximaal 3	10 (per referentie)	1	30
1	Gegadigde heeft ervaring met het ontwerpen van een energieneutraal gebouw	1	10		
2	Gegadigde heeft ervaring met het aantoonbaar circulair ontwerpen van een gebouw	1	10		
3	Gegadigde heeft ervaring met het ontwerpen en realiseren van een Frisse Scholen B.	1	10		

Op grond van alle beschikbare informatie komt het beoordelingsteam tot een totaal oordeel en een volgorde (op basis van eindtotaal) van de Gegadigden. De vijf Gegadigden met de hoogste eindscore zullen worden uitgenodigd tot het uitbrengen van een Inschrijving. Naarmate de Gegadigde beter voldoet aan het gevraagde, zal dit met meer punten gewaardeerd worden.'

1.5. De nota van inlichtingen van 6 september 2021 bevat, onder meer, de volgende vragen en antwoorden:

1.5.1. Vraag 29: 'Kunt u aangeven wat er in de gunningsfase wordt verwacht van de gegadigde? Kunt u aangeven of er voor de werkzaamheden in de gunningsfase een vergoeding beschikbaar wordt gesteld?'

Antwoord: 'Er wordt uitsluitend een visie verwacht en geen ontwerp. Er wordt geen vergoeding beschikbaar gesteld.'

1.5.2. Vraag 36: 'Gunningscriteria

U bent voornemens om de opdracht te gunnen op basis van beste prijs-kwaliteit-verhouding. Blijkens de aankondiging en de toelichting in de selectieleidraad handelt u daarbij een gewicht van 60% voor prijs en 40% voor kwaliteit. Volgens de [brancheorganisatie] komt dit al snel neer op verkapt gunnen op laagste prijs. Bij deze wegingen is het nagenoeg onmogelijk om onderscheid te maken op kwaliteit. De gehanteerde wegingen zijn ook in strijd met het bepaalde in de Gids Proportionaliteit. De [brancheorganisatie] verzoekt u de weging van de factor prijs in overeenstemming te brengen met het bepaalde in de Gids Proportionaliteit.'

Antwoord: 'Prijs is voor dit project heel belangrijk. Aanbestedende dienst gaat er vanuit dat de marktpartijen marktconforme inschrijvingen zullen indienen en in dat geval zal kwaliteit doorslaggevend zijn in de beoordeling.'

1.5.3. Vraag 37: 'Doorkijk gunningsfase

In de praktijk van architectenselecties is het gebruikelijk om een doorzichtje te geven naar de gunningsfase. Wat verlangt u in het kader van de inschrijving en hoe wordt dat beoordeeld? En is er een tenderkostenvergoeding beschikbaar? Dat is toch wel essentiële informatie voor bureaus om te bepalen of deelname aan uw aanbesteding interessant is. De thans verstrekte informatie is minimaal en nietszeggend. U beoordeeld kwaliteit in het kader van het gunningscriterium BPKV. De [brancheorganisatie] vermoedt dat u het kwalitatieve deel in de inschrijving gaat beoordelen aan de hand van nadere kwalitatieve gunningscriteria. De [brancheorganisatie] wijst u erop dat u wettelijk verplicht bent om deze nadere criteria reeds in de selectiefase te vermelden (officieel moet dat in de aankondiging, zie Aw art 2.115 lid 1). De [brancheorganisatie] verzoekt u meer informatie te verstrekken over de gunningsfase.'

Antwoord: 'Partijen ontvangen in deze aanbestedingsprocedure geen tenderkostenvergoeding omdat de aanbestedende dienst een minimale inspanning vraagt van de marktpartijen. Men hoeft geen ontwerpen te maken en open begrotingen aan te leveren. Er wordt in de gunningfase aan de geselecteerde partijen gevraagd om hun visie in te dienen en een prijs.'

1.5.4. Vraag 41: 'Referentievoorwaarden

In het kader van de geschiktheidseisen en selectiecriteria 1 en 2 verlangt u referenties van ontwerpwerkzaamheden die in de afgelopen vijf jaar verricht zijn. Aanvullend geldt dan ook nog eens dat het ontwerp ten tijde van de aanmelding generaliseerd is, dan wel in uitvoering genomen. Volgens de [brancheorganisatie] is deze voorwaarde disproportioneel. De [brancheorganisatie] is van mening dat het tweede deel van de referentievoorwaarden onvoldoende verband houdt met de opdracht. Immers, het betreft hier een opdracht voor ontwerpdiensten, niet een werk. In uitvoering nemen en realiseren geschiedt door de aannemer, niet door de architect. Het al dan niet tijdig en correct in uitvoering genomen zijn of opgeleverd zijn is afhankelijk van tal van factoren waarop de architect nauwelijks invloed heeft. Alszodanig zegt het al dan niet tijdig en correct in uitvoering genomen zijn of opgeleverd zijn, bar weinig over de kwaliteit van de geleverde ontwerpdiensten. Zie in dit kader ook adviezen #487 en #541 van de Commissie van Aanbestedingsexperts. De [brancheorganisatie] verzoekt u dan ook de referentievoorwaarden aan te passen.'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst acht het noodzakelijk dat het project realiseerbaar en betaalbaar moet zijn. Indien een marktpartij uitsluitend een project heeft ontworpen, kan men niet aantonen dat het ook realiseerbaar en betaalbaar is. Overigens is het heel gebruikelijk dat een architect in bepaalde mate gedurende het bouwproces betrokken blijft. O.a. om de geest van het ontwerp mee te nemen

in de realisatie. Het gaat om een integrale opgave van ontwerp en realisatie, het is een integraal spel. Ontwerp en realisatie kunnen niet zonder elkaar. Het zijn geen volgordelijke fasen. Gedurende het bouwproces (de realisatie) vinden er continue veranderingen plaats die verwerkt moeten worden in het ontwerp.'

1.5.5. Vraag 42: 'Selectiecriterium 1 omvang

De [brancheorganisatie] constateert dat in het kader van selectiecriterium 1 maximaal twee referentieprojecten gevraagd worden die identiek beoordeeld worden. De [brancheorganisatie] is van mening dat dit in strijd is met het bepaalde in de Gids Proportionaliteit inzake selectiecriteria. De Gids raadt immers meer van hetzelfde vragen af. De [brancheorganisatie] verzoekt u slechts één referentieproject te beoordelen in het kader van selectiecriterium 1, dan wel een steekhoudende motivatie aan te dragen waarom deze afwijking van de Gids Proportionaliteit noodzakelijk en proportioneel is. Voorts valt het de [brancheorganisatie] op dat ten aanzien van de scoremogelijkheden de optie renovatie schoolgebouw niet expliciet genoemd wordt. Is dit een bewuste keuze? Aangezien er in de scoremogelijkheden expliciet een onderscheid gemaakt wordt tussen nieuwbouw schoolgebouw en nieuwbouw utilitair gebouw, ligt het voor de hand om een vergelijkbaar onderscheid te maken ter zake renovatie. De [brancheorganisatie] geeft u in overweging de scoremogelijkheid renovatie schoolgebouw toe te voegen.'

Antwoord: 'Aanbestedende dienst heeft als geschiktheidseis 1 referentieproject gevraagd per kerncompetentie, namelijk: ervaring met het ontwerpen van een utilitair gebouw van minimaal 3500 m2. En ervaring met het ontwerpen van een gebouw dat voldoet aan minimaal één van de 3 pijlers van duurzaamheid, zoals genoemd onder Selectiecriterium Duurzaamheid (zie hoofdstuk 8). De diversiteit zit hem uiteindelijk in de selectiecriteria. Daar mag men maximaal twee projecten voor indienen. Men mag ook hier een utilitair gebouw indienen. Alleen scoort men dan minder punten dan een marktpartij die een schoolgebouw indient. Aanbestedende dienst prefereert namelijk een partij die reeds ervaring heeft met het ontwerpen van een schoolgebouw en/ of meer soortgelijke projecten heeft gerealiseerd.'

1.6. Uit een bij de klacht gevoegde reactie van aanbesteder van 16 september 2021 blijkt dat de brancheorganisatie op 14 september 2021 een klacht heeft ingediend bij aanbesteder. Op 16 september 2021 heeft ondernemer de onderhavige klacht ingediend bij de Commissie. Aanbesteder heeft op 27 september 2021 op de klacht gereageerd.

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klachtonderdeel 1

De brancheorganisatie verwoordt dit klachtonderdeel als volgt.

'Meer van hetzelfde vragen

Aanbesteder vraagt ter zake selectiecriterium 1 maximaal twee referenties, die identiek beoordeeld worden. En waarbij 2 referenties beter scoren dan één referentie. Volgens [de brancheorganisatie] is dat in strijd met het bepaalde in de Gids Proportionaliteit over selectiecriteria. De gids raadt meer van hetzelfde vragen af. Meer is immers niet altijd beter. Zie in dit kader ook onder andere Advies 523 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Het valt [de brancheorganisatie] op dat gegadigden significant beter scoren naar mate zij meer onderwijsgebouwen indienen. Zowel bij selectiecriterium 1 alsook selectiecriterium 2 en 4 zijn er meer punten te vergeven indien er een

onderwijsgebouw als referentie ingediend wordt. Met de aangelegde selectiemethodiek bewerkstelligt aanbesteder dus dat om maximaal te scoren in de nadere selectie een gegadigde dus minimaal 2 en maximaal vier keer een onderwijsgebouw als referentie moet indienen. In de ogen van [de brancheorganisatie] riekt dit naar meer van hetzelfde vragen, hetgeen de Gids Proportionaliteit expliciet afraadt.'

2.2. Klachtonderdeel 2

De brancheorganisatie verwoordt dit klachtonderdeel als volgt.

'Verkapt gunnen op laagste prijs

Aanbesteder is voornemens om de opdracht te gunnen op basis van beste prijs-kwaliteitverhouding. Blijkens de aankondiging en de toelichting in de selectieleidraad hanteert aanbesteder daarbij een weging van 60% voor prijs en 40% voor kwaliteit. Volgens [de brancheorganisatie] komt dit al snel neer op verkapt gunnen op laagste prijs. Bij dergelijke wegingen is het nagenoeg onmogelijk om onderscheid te maken op kwaliteit. De Gids Proportionaliteit stelt dat bij toepassing van het criterium beste PKV voorkomen moet worden dat impliciet prijs alleen toch doorslaggevend is. In reactie daarop stelt aanbesteder in de nota van inlichtingen dat prijs voor [hem] heel belangrijk is en zij ervan uitgaat dat alle inschrijvers marktconform zullen inschrijven en kwaliteit doorslaggevend zal zijn in de beoordeling. In haar klacht richting aanbesteder vraagt [de brancheorganisatie] zich af waar [aanbesteder] deze aannames op baseert. Helaas komt prijsduiken in de praktijk regelmatig voor. Als een van de inschrijvers fors lager inschrijft dan de concurrenten, speelt de geboden kwaliteit nauwelijks een rol van betekenis bij de ranking. Deze problematiek speelt al bij tenders met een reguliere weging in de orde van 30% voor prijs en 70% voor kwaliteit. Bij een weging van 60% prijs en 40% kwaliteit zal dat nog nadrukkelijker spelen. Het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat bij dergelijke wegingen inschrijvers nog een onderscheid kunnen maken op kwaliteit als één partij fors lager inschrijft dan de rest. Immers, als een prijsduiker 60 punten op prijs scoort, scoren de andere inschrijvers fors minder op prijs en is het puntenverschil op prijs nauwelijks te compenseren met een puntenverschil op kwaliteitscriteria. De nadere criteria waarop de inschrijvingen beoordeeld worden zijn niet kenbaar gemaakt, maar naarmate de beoordeling van de kwaliteit geschiedt aan de hand van meerdere nadere criteria is het steeds onwaarschijnlijker dat een groot prijsverschil gecompenseerd kan worden op kwaliteit.'

2.3. Klachtonderdeel 3

De brancheorganisatie verwoordt dit klachtonderdeel als volgt.

'Aanbesteder vermeldt nadere gunningscriteria niet

(...) De aankondiging vermeldt dat prijs 60% weegt en kwaliteit 40%. Aanbesteder stelt dat hij hiermee voldoet aan het bepaalde in Aw 2.115. Dat ziet [de brancheorganisatie] anders. Aanbesteder hanteert het gunningscriterium BPKV. Natuurlijk beoordeel je dan prijs en kwaliteit van de inschrijving. Het aankondigen van de te hanteren wegingen is in de ogen van [de brancheorganisatie] iets anders dan het kenbaar maken van de nadere gunningscriteria om kwaliteit te beoordelen. [De brancheorganisatie] waardeert dat aanbesteder in de NVI kenbaar maakt dat er in de inschrijvingsfase een visie ingediend moet worden als kwalitatief onderdeel van de inschrijving. Maar we weten nog steeds niet welke kwalitatieve criteria [aanbesteder] straks wil gebruiken om die visies te beoordelen. En [de brancheorganisatie] is van mening dat dat op grond van Aw art 2.115 wel moet.'

2.4. Klachtonderdeel 4

De brancheorganisatie verwoordt dit klachtonderdeel als volgt.

'Aanbesteder hanteert referentievoorwaarden die onvoldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht

De [brancheorganisatie] betreurt dat aanbesteder volhardt in de referentievoorwaarden. In het kader van de geschiktheidseisen en selectiecriteria 1 en 2 verlangt aanbesteder referenties die in de afgelopen vijf jaar gerealiseerd of in uitvoering genomen zijn. Volgens [de brancheorganisatie] is deze voorwaarde disproportioneel. Er is onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht. Immers, het betreft hier een opdracht voor ontwerpdiensten, niet een werk. In uitvoering nemen en realiseren geschiedt door de aannemer, niet door de architect. Het al dan niet tijdig en correct in uitvoering genomen zijn of opgeleverd zijn is afhankelijk van tal van factoren waarop de architect nauwelijks invloed heeft. Als zodanig zegt het al dan niet tijdig en correct in uitvoering genomen zijn of opgeleverd zijn, bar weinig over de kwaliteit van de geleverde ontwerpdiensten. Zie in dit kader ook Adviezen 487 en 541 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.'

3. **Reactie aanbesteder**

3.1. Klachtonderdeel 1

'Uit de selectieleidraad [zie bovenstaand onder 1.4] volgt dat wanneer meer dan vijf aanmeldingen voldoen aan de toetsing van volledigheid, instructies en geschiktheidseisen, deze aanmeldingen worden teruggebracht tot vijf door weging van de selectiecriteria. [De brancheorganisatie] stelt terecht dat uit 'Selectie criterium 1 omvang' volgt dat twee referenties beter scoren dan één en dat bij meerdere selectiecriteria meer punten te vergeven zijn wanneer een onderwijsgebouw als referentie wordt ingediend.

[Aanbesteder] ziet echter niet in waarom deze wijze van selecteren in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel, aan welk beginsel de selectiecriteria – als uitgangspunt – moeten voldoen op grond van par. 3.5.3 GP. In hetgeen [de brancheorganisatie] onder klachtonderdeel 1 aanvoert is, noch in verband met de Aanbestedingsprocedure noch in het algemeen, aanknopingspunt te vinden waarom van dergelijke strijd wel sprake zou (kunnen) zijn.

Dat ranking op basis van bijvoorbeeld omvang of aantal referenties niet aan te bevelen is betekent niet dat het laten meespelen hiervan in de selectiecriteria verboden is.

[Aanbesteder] benadrukt in dit verband dat uit de Aw geen beperkingen voortvloeien voor het stellen van selectiecriteria door een aanbestedende dienst – mits deze maar in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (art. 1.10 Aw) - en [hij] derhalve in de Aanbestedingsprocedure een grote vrijheid heeft bij de vaststelling daarvan. [Aanbesteder] heeft aldus de vrijheid (mede) via de selectiecriteria tot uitdrukking te brengen dat [hij] een partij prefereert die reeds ervaring heeft met het ontwerpen van een schoolgebouw (en/of soortgelijke projecten), hetgeen [hij] in de Nota van Inlichtingen (hierna: 'NvI') reeds heeft benadrukt. Deze voorkeur van [aanbesteder] is ook gelet op het onderwerp van de aanbestede opdracht - de realisatie voor nieuwbouw en gedeeltelijke renovatie van een beroepscollege - niet disproportioneel.

Voorts wijst [aanbesteder] erop dat de verwijzing door [de brancheorganisatie] naar advies nr. 523 van de Commissie irrelevant is voor het onderhavige klacht-onderdeel, althans dat dit advies het klachtonderdeel niet onderbouwt. In dit advies stond namelijk een selectiesystematiek centraal waarbij een gegadigde moest aantonen dat hij binnen één referentieproject zoveel mogelijk ontwerpdisciplines had gecoördineerd en afgestemd met overige disciplines. De gegadigde kon meer punten scoren wanneer hij hetzelfde kon aantonen binnen (ook) een ander referentieproject. In de huidige Aanbestedingsprocedure wordt echter, zoals ook uit het voorgaande blijkt, een selectiesystematiek gehanteerd waarbij meer punten aan de gegadigde worden toegekend naarmate deze meer ervaring heeft met het (in algemene zin) ontwerpen van een schoolgebouw.'

3.2. Klachtonderdeel 2

'[Aanbesteder] stelt voorop dat uit de Nederlandse aanbestedingspraktijk niet volgt dat aan kwaliteit geen weging van 50% of meer mag worden toegekend; het criterium prijs kan wel degelijk zwaarder wegen (Vz. Rb. Den Haag, 28 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5527, rov. 4.4 en Vz. Rb. Midden-Nederland, 30 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3518, rov. 4.9). Als uitgangspunt geldt daarom dat de door [aanbesteder] in de huidige Aanbestedingsprocedure gehanteerde weging in het kader van het gunningscriterium BPKV proportioneel, en dus toegestaan is.

[Aanbesteder] is het met [de brancheorganisatie] eens – dit blijkt bijvoorbeeld ook uit de GP - waar zij stelt dat een keuze van een aanbestedende dienst voor het gunningscriterium BPKV niet de facto moet neerkomen op een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs ('verkapt op laagste prijs gunnen'). [Aanbesteder] meent echter dat [de brancheorganisatie] niet kan worden gevolgd in haar stellingen ter zake van het feit dat door hantering van vorenbedoeld gunningscriteria met bijbehorende weging door [aanbesteder] sprake is van verkapt op laagste prijs gunnen. Ten eerste onderbouwt [de brancheorganisatie] deze stellingen, beter gezegd aannames, onvoldoende. Niet aangetoond wordt waarom bij de onderhavige prijs-kwaliteitweging een puntenverschil op prijs nauwelijks te compenseren valt met een puntenverschil op kwaliteit c.q. dat kwaliteit geen verschil zou kunnen maken. Ten tweede ziet [de brancheorganisatie] hier over het hoofd dat [aanbesteder] bij de beoordeling waakzaam is op abnormaal lage inschrijvers ('prijsduikers'). Zoals [hij] in de NvI reeds heeft aangegeven gaat [hij] er immers vanuit dat marktpartijen marktconforme inschrijvingen zullen indienen, waardoor kwaliteit doorslaggevend zal zijn bij de beoordeling. [Aanbesteder] heeft de bevoegdheid, mits wordt voldaan aan de voorwaarden uit art. 2.116 Aw, de inschrijvingen van dergelijke 'prijsduikers' af te wijzen. Van verkapt gunnen op laagste prijs is – anders dan [de brancheorganisatie] beweert - dus geen sprake.'

3.3. Klachtonderdeel 3

'[Aanbesteder] is voorts van mening dat [hij] heeft voldaan aan [zijn] verplichtingen uit art. 2.115 lid 1 Aw door in de aankondiging, en de Selectieleidraad, de nadere gunningscriteria te vermelden, te weten prijs (60%) en kwaliteit (40%). Tot een verdere uitwerking van deze criteria verplicht art. 2.115 Aw, anders dan [de brancheorganisatie] stelt, niet en het is vaste praktijk bij een Europese niet-openbare aanbesteding dat de gunningscriteria pas na de selectiefase tot in detail worden uitgewerkt. Bovendien bevat art. 67 van richtlijn 2014/24/EU (waarvan art. 2.115 Aw de implementatiebepaling betreft) geen verplichting de gunningscriteria in de aankondiging bekend te maken. Daarnaast heeft [de brancheorganisatie] niet aangetoond dat de huidige aankondiging van de gunningscriteria (potentiële) inschrijvers heeft belet een aanmelding in te dienen, zulks zij wel zouden hebben gedaan wanneer zij van tevoren op de hoogte zouden zijn van eventuele nadere kwalitatieve criteria. Verder wijst [aanbesteder] erop dat [hij] in de NvI

heeft verduidelijkt dat in de gunningsfase aan de geselecteerde partijen wordt gevraagd een visie (en prijs) in te dienen.'

3.4. Klachtonderdeel 4

'Door [aanbesteder] wordt in de Selectieleidraad [zie bovenstaand onder 1.4] als referentievoorwaarde inderdaad vereist dat deze in de afgelopen vijf jaar zijn verricht en op het moment van indiening van de aanmelding is uitgevoerd of nog in uitvoering is. Volgens [aanbesteder] zijn deze referentievoorwaarden niet disproportioneel omdat [hij] meent (en zoals in de NvI reeds is vermeld) dat met het uitsluitend hebben ontworpen van een project, niet wordt aangetoond dat dit ook realiseerbaar en betaalbaar is. Dit laatste blijkt pas wanneer het ontwerp ook daadwerkelijk is of nog uitgevoerd wordt.

Verder is – zoals [de brancheorganisatie] terecht stelt - het niet tijdig en correct in uitvoering genomen dan wel opgeleverd zijn van een opdracht/werk tevens afhankelijk van de aannemer, althans van factoren waarop de architect geen invloed heeft. Dit geldt echter niet voor het nog in uitvoering zijn van een project; de keuze een ontwerp uit te voeren hangt immers af van de deskundigheid en ervaring waarover de architect beschikt en ten behoeve waarvan de referentie-eisen nu juist worden gesteld. [Aanbesteder] wijst erop dat het in de Aanbestedingsprocedure stellen van de voorwaarde dat een project (tevens) nog in uitvoering kan zijn, maakt dat de verwijzing van [de brancheorganisatie] naar de adviezen 487 en 541 van de Commissie niet opgaat. In deze adviezen ging het namelijk om de (disproportionele) eis dat bouwwerkzaamheden volledig uitgevoerd/opgeleverd waren.

Overigens zijn in deze aanbestedingsprocedure meer dan 10 partijen gebleken die voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen en selectiecriteria.'

3.4.1. Aanbesteder verzoekt de Commissie de klacht af te wijzen.

4. Beoordeling

4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een Europese niet-openbare aanbesteding heeft georganiseerd voor het sluiten van een overeenkomst met een architect. Op de procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en Deel 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (tweede herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

4.2. Klachtonderdeel 1

4.3. De brancheorganisatie klaagt dat de hier gehanteerde selectiesystematiek, waarbij meer referenties beter scoren, disproportioneel is.

Beknopt oordeel

4.4. De Commissie stelt vast dat gegadigden die meer referenties indienen voor zowel selectie criterium 1 als 4 beter scoren. De Commissie is van oordeel dat die selectiesystematiek disproportioneel is en daarom in het licht van de ratio van de Gids Proportionaliteit niet is toegestaan. Aanbesteder heeft niet gemotiveerd waarom hij de gekozen selectiesystematiek in dit geval proportioneel acht. Daarmee acht de Commissie dit klachtonderdeel **gegrond**.

Toelichting

4.4.1. Alvorens over te gaan tot inhoudelijke behandeling van dit klachtonderdeel, herhaalt de Commissie onderstaand enkele aspecten van het hier relevante

toetsingskader, zoals weergegeven in Advies 523. In de beschrijving van het toetsingskader heeft de Commissie reeds in Advies 523 overwogen dat de in dit geval door aanbestede gekozen selectiesystematiek niet is toegestaan.

Toetsingskader

4.4.2. De Commissie is van oordeel dat, hoewel in de opsomming van artikel 1.10, lid 2, Aw 2012 geen melding wordt gemaakt van selectiecriteria, de Voorschriften 3.5 F en 3.5 G van de Gids Proportionaliteit ook van toepassing zijn op de met inachtneming van artikel 2.100 Aw 2012 toe te passen selectiecriteria (voor een onderbouwing van dat oordeel met verwijzingen naar eerdere adviezen, zie Advies 523, ov. 5.4.11)

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

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

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

4.4.4. In Advies 523 (ov. 5.4.14 en 5.6.6) overwoog de Commissie, in het licht van de ratio van de Gids Proportionaliteit, dat het niet is toegestaan om in het kader van de nadere selectie meer referenties per (kern)competentie beter te laten scoren. Anders dan bij het hanteren van geschiktheidseisen wordt de toegang tot de opdracht voor een onderneming die niet aan de selectiecriteria kan voldoen, op zich niet geblokkeerd. Op deze wijze worden echter (grote) ondernemingen met meer ervaring bevoorrecht ten opzichte van zowel kleinere ondernemingen als nieuwe toetreders die eveneens geschikt zijn de opdracht uit te voeren. Hoewel het niet is uitgesloten dat een selectiesystematiek waarbij wordt geselecteerd op aantal referenties Europees aanbestedingsrechtelijk is toegestaan, omdat zij op zich voldoende verband zou kunnen houden met het voorwerp van de opdracht in de zin van artikel 1.10 Aw 2012, is een dergelijke systematiek niet in overeenstemming met de ratio van de Gids Proportionaliteit: de nationale wetgever heeft met die Gids – in aanvulling op de doelstellingen van het Europese aanbestedingsrecht – ook nationale beleidsdoelen willen dienen, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan een verbetering van de toegang van het midden- en kleinbedrijf tot de aanbestede opdracht (zie Advies 393, overweging 5.7; Advies 401, overweging 5.8 en Advies 418, overweging 5.3.16). Tweemaal hetzelfde moeten aantonen, acht de Commissie disproportioneel.

4.4.5. Aanbestedende diensten moeten voorschriften van de Gids Proportionaliteit op grond van artikel 1.10, lid 4, Aw 2012 toepassen of afwijking daarvan motiveren in de aanbestedingsstukken. De Commissie is van oordeel dat de Voorschriften 3.5 F en 3.5 G van de Gids Proportionaliteit ook van toepassing zijn op de met inachtneming van artikel 2.100 Aw 2012 toe te passen selectiecriteria.

Inhoudelijke beoordeling

4.4.6. De Commissie is van oordeel dat gegadigden in het kader van selectie criterium 1 en 4 tweemaal, respectievelijk driemaal, hetzelfde moeten aantonen. Blijkens het

bij nota van inlichtingen gegeven antwoord op vraag 42 (zie 1.5.5 bovenstaand) prefereert aanbesteder een partij die meer soortgelijke projecten heeft gerealiseerd boven partijen die slechts één soortgelijk project heeft gerealiseerd. Nu aanbesteder voor zowel selectiecriteria 1 als 4 voor een maximale score naar meerdere referenties per kerncompetentie vraagt, wijkt aanbesteder af van voornoemde voorschriften. Omdat aanbesteder deze afwijking niet heeft gemotiveerd ('pas toe of leg uit') kan de Commissie niet anders dan concluderen dat de afwijking van de voorschriften disproportioneel is. Daarmee acht de Commissie dit klachtonderdeel **gegrond**.

4.5. Klachtonderdeel 2

- 4.6. De brancheorganisatie klaagt dat de hier gekozen gunningssystematiek, beste prijs-kwaliteitverhouding waarbij prijs een gewicht heeft van 60% en kwaliteit een gewicht heeft van 40%, de facto neerkomt op gunning op laagste prijs. Zij vindt dat het ongemotiveerd kiezen voor gunning op laagste prijs niet is toegestaan.

Beknopt oordeel

- 4.7. De Commissie ziet geen aanleiding te veronderstellen dat de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen geen significante invloed zullen hebben op de rangorde. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.7.1. In Advies 344 (ov. 5.3.1 e.v.) heeft de Commissie geoordeeld, in lijn met Adviezen 33 en 246, dat een aanbestedende dienst die kiest voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving in beginsel de mogelijkheid heeft om aan het subcriterium prijs meer gewicht toe te kennen dan aan alle andere, op de kwaliteit van de inschrijving betrekking hebbende, subcriteria gezamenlijk. Die mogelijkheid bereikt echter haar grens daar waar de keuze van de aanbestedende dienst voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving de facto neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs. Daarvan zal sprake zijn wanneer op basis van de uitwerking van het gunningscriterium in de aanbestedingsdocumenten, alle omstandigheden van het geval afwegende, voor inschrijvers de redelijke verwachting zal mogen bestaan dat de waardering van de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen – naast het aspect prijs – geen significante invloed zal hebben op de rangorde daarvan. In een dergelijk geval hanteert de aanbestedende dienst weliswaar formeel het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, maar is materieel sprake van het gunningscriterium van de laagste prijs (zie Advies 33, overwegingen 6.3 en 6.4, bevestigd door Rb. Gelderland (vzr.) 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454, r.o. 4.6 en Advies 246, overweging 5.3.5). De te beantwoorden vraag is of de keuze van aanbesteder voor het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding in het onderhavige geval de facto neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs.
- 4.7.2. Voor de beantwoording van die vraag moet worden nagegaan of de inschrijvers op basis van de uitwerking van het gunningscriterium in de aanbestedingsdocumenten de redelijke verwachting zullen mogen hebben dat de waardering van de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen – naast het aspect prijs – geen significante invloed op de rangorde daarvan zal hebben. Het gaat dan om de redelijke verwachting die zal mogen bestaan op basis van de uitwerking van het gunningscriterium in de aanbestedingsdocumenten. Zoals de Commissie in haar Adviezen 33, 246 en 344 heeft overwogen, dienen bij de beoordeling van die redelijke

verwachting alle omstandigheden van het geval te worden afgewogen (vergelijk ook Rb. Gelderland (vzr.) 3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3493, r.o. 4.8; zie voorts Advies 224, overwegingen 5.5.3 en 5.5.4). Dat laat echter onverlet dat bij die beoordeling dient te worden geabstraheerd van de inhoud van de daadwerkelijke inschrijvingen.

Geen sprake van verkapt gunnen op laagste prijs

- 4.7.3. Aanbesteder heeft in de selectieleidraad slechts bepaald dat aan het subgunningscriterium prijs meer gewicht zal worden toegekend dan aan het subgunningscriterium kwaliteit, in een verhouding van respectievelijk 60% en 40%. De Commissie ziet daarin vooralsnog geen aanleiding – mede gelet op wat zij heeft overwogen in Advies 311, overweging 5.4.4 e.v. – te veronderstellen dat de nog in de beoordelingssystematiek uit te werken kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen geen significante invloed zullen hebben op de rangorde. De gegrondheid van de klacht van de brancheorganisatie is in die zin dan ook nog niet vast te stellen en de Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

4.8. Klachtonderdeel 3

- 4.9. De brancheorganisatie klaagt dat de nadere (gunnings)criteria bij aankondiging hadden moeten worden bekendgemaakt.

Beknopt oordeel

- 4.10. Aanbesteder heeft in de aankondiging slechts de verhouding tussen prijs en kwaliteit bekendgemaakt en bij nota van inlichtingen vermeld dat inschrijvers zal worden gevraagd een visie in te dienen. Daarmee heeft aanbesteder niet voldaan aan het bepaalde in artikel 2.115 Aw 2012, op grond waarvan aanbestedende diensten verplicht zijn de nadere criteria in de aankondiging bekend te maken. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.10.1. De Commissie vat hierna de kern samen van overwegingen 5.4.1 t/m 5.4.12 van Advies 311, overwegingen 5.4.2 t/m 5.4.16 van Advies 482 en overwegingen 5.5.17 t/m 5.5.19 van Advies 515. Daarin heeft de Commissie geoordeeld dat nadere gunningscriteria reeds in de aankondiging moeten worden bekendgemaakt.
- 4.10.2. De Commissie stelde vast dat de Nederlandse wetgever verder is gegaan dan de Uniewetgever door in artikel 2.115, lid 1, Aw 2012 de verplichting op te nemen de nadere gunningscriteria in de aankondiging bekend te maken. Potentiële inschrijvers moeten op basis van de aankondiging kunnen beoordelen of het voor hen de moeite waard is om tijd en energie te steken in het bestuderen van de aanbestedingsstukken. Hoewel die verplichting niet geldt voor de weging van de nadere gunningscriteria, beveelt de Commissie aan ook de weging daarvan bekend te maken bij aankondiging, omdat die voor potentiële gegadigden van belang kan zijn om te beoordelen of het voor hen de moeite waard is om tijd en energie te steken in het indienen van een verzoek tot deelneming. De Commissie leidde uit het oordeel van het Hof van Justitie EU in het TNS Dimarso-arrest (HvJ EU 14 juli 2016, C-6/15, r.o. 32) af dat het definitief vaststellen van de weging *na* bekendmaking van de nadere gunningscriteria niet toelaatbaar is.
- 4.10.3. Steun voor het oordeel dat de nadere criteria bij aankondiging bekend moeten worden gemaakt, las de Commissie in het oordeel van het Hof van Justitie EU in

het Max Havelaar-arrest (HvJ EU 10 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:284, C-368/10, Commissie/Nederland, r.o. 55). Het Hof overwoog daarin dat het niet toelaatbaar is gunningscriteria in de nota van inlichtingen te *wijzigen* ten opzichte van het bestek waarop belanghebbende marktdeelnemers zich rechtmatig hebben gebaseerd voor hun beslissing om een offerte voor te bereiden of juist van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure af te zien. Daaruit volgt, naar het oordeel van de Commissie, dat een *vaststelling* van de gunningscriteria bij nota van inlichtingen evenmin is toegelaten, omdat een vaststelling een wijziging van onbepaald naar bepaald is. Oftewel, ook uit de Europese jurisprudentie volgt dat het niet is toegestaan nadere criteria bekend te maken of te wijzigen nadat het stuk is gepubliceerd waarop marktdeelnemers hun beslissing hebben gebaseerd al dan niet deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure.

- 4.10.4. Ook overwoog de Commissie dat een aanbestedende dienst die de nadere criteria niet in de aankondiging heeft vermeld, wetende welke ondernemers overwogen in te schrijven, de vaststelling van de gunningscriteria kan afstemmen op een door hem al dan niet gewenste ondernemer. Aldus ontstaat door het niet tijdig vermelden van de nadere criteria (en weging) een risico op favoritisme en willekeur.

Aanbesteder heeft nadere gunningscriteria niet vermeld

- 4.10.5. De Commissie stelt vast dat aanbesteder de nadere criteria niet in de aankondiging heeft bekendgemaakt. Aanbesteder heeft slechts de verhouding tussen prijs en kwaliteit bekendgemaakt en bij nota van inlichtingen vermeld dat inschrijvers zal worden gevraagd een visie in te dienen. Bovendien heeft aanbesteder de weging tussen de – nog vast te stellen – nadere criteria niet bekendgemaakt. Daardoor hebben potentiële inschrijvers op basis van de aankondiging onvoldoende kunnen beoordelen of het bestuderen van de aanbestedingsstukken voor hen de moeite waard is. Daaraan doet niet af dat 10 partijen zich hebben aangemeld. Bovendien is het hiervoor beschreven risico op favoritisme en willekeur aanwezig. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

4.11. Klachtonderdeel 4

- 4.12. De brancheorganisatie klaagt dat aanbesteder referenties van ontwerp opdrachten verlangt die in de afgelopen vijf jaar zijn uitgevoerd of nog in uitvoering zijn. Volgens de brancheorganisatie is deze voorwaarde disproportioneel, omdat een architect uiteindelijk niet zelfstandig kan bepalen of een werk tijdig is of wordt uitgevoerd.

Beknopt oordeel

- 4.13. De Commissie oordeelt dat de hier gestelde referentie-eis, die inhoudt dat een werk in de afgelopen vijf jaar is uitgevoerd of *nog in uitvoering is*, in redelijke verhouding staat tot een opdracht als de onderhavige integrale ontwerp opdracht. Hoewel een architect niet altijd in de hand heeft of een aanvang wordt genomen met de uitvoering van een project, acht de Commissie het gerechtvaardigd dat aanbestedende diensten zeker willen stellen dat een ontwerp voldoet aan minimale kwaliteitseisen. Als een ontwerp in uitvoering is genomen, moet in beginsel een omgevingsvergunning op basis van het ontwerp zijn verleend en mag de aanbestedende dienst aannemen dat het ontwerp aan een aantal belangrijke kwaliteitseisen voldoet. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.13.1. In artikel 1.10, eerste lid, Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen stelt die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 4.13.2. De Commissie herhaalt eerst de kern van de hier relevante overwegingen uit Adviezen 313, 487 en 541. In die adviezen heeft de Commissie overwogen dat reeds op basis van de verlening van een bouwvergunning (thans: omgevingsvergunning) kan worden vastgesteld dat het ontwerp van een referentieproject in beginsel voldoet aan een aantal belangrijke kwaliteitseisen. Overigens is het zo dat de uitvoering en oplevering van een bouwwerk – los van de omgevingsvergunning – 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 (zie Advies 541, ov. 5.14.6, Advies 487, ov. 6.6.12 en Advies 313, ov. 5.3.9).

Inhoudelijke beoordeling

- 4.14. De Commissie stelt vast dat de onderhavige opdracht hoofdzakelijk een ontwerp-opdracht betreft. Aanbesteder heeft een referentie-eis gesteld die inhoudt dat inschrijvers een referentie moeten indienen van een ontwerp-opdracht die gedurende de afgelopen vijf jaar – wat een verruiming inhoudt ten opzichte van de wettelijke termijn van drie jaar ex artikel 2.93 lid 1 sub b Aw 2012 – is uitgevoerd of *nog in uitvoering is*. De Commissie oordeelt dat de hier gestelde referentie-eis proportioneel is in relatie tot een ontwerp-opdracht als de onderhavige integrale ontwerp-opdracht. Hoewel een architect niet altijd in de hand heeft of een aanvang wordt genomen met de uitvoering van een project, acht de Commissie het gerechtvaardigd dat aanbestedende diensten zeker willen stellen dat een ontwerp voldoet aan minimale kwaliteitseisen. Als een ontwerp in uitvoering is genomen, moet in beginsel een omgevingsvergunning op basis van het ontwerp zijn verleend en mag de aanbestedende dienst aannemen dat het ontwerp aan een aantal belangrijke kwaliteitseisen voldoet. De hier gestelde referentie-eis staat daarmee, naar het oordeel van de Commissie, in redelijke verhouding tot het voorwerp van de onderhavige opdracht. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegron**d.

5. Advies

De Commissie verklaart klachtonderdelen 1 en 3 **gegrond** en klachtonderdelen 2 en 4 **ongegron**d.

Den Haag, 20 oktober 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. drs. T.H. Chen

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid