

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 674 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor de uitvoering van risicodragend projectmanagement.

Klachtonderdeel 1

Het enkele feit dat aanbesteder risicodragend projectmanagement inkoopt maakt niet dat hij daarmee de markt onacceptabel beperkt. Het staat een aanbesteder in beginsel immers vrij om te bepalen wat hij wil inkopen. Aanbesteder stelt te hebben onderzocht dat er voldoende marktpartijen risicodragend projectmanagement kunnen aanbieden. De stelling van ondernemer dat er niet of nauwelijks ondernemers zijn die deze vorm van risicodragend projectmanagement aanbieden wordt verder niet concreet onderbouwd, waardoor de Commissie niet kan afleiden dat de stelling van aanbesteder op dit punt onjuist is. Ten aanzien van de (gewijzigde) geschiktheidseis is door ondernemer onvoldoende concreet onderbouwd hoe deze eis daadwerkelijk de markt op onacceptabele wijze beperkt.

De Commissie acht dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Overweging ten overvloede: scope opdracht onvoldoende bepaald

De Commissie overweegt dat de scope van deze opdracht onvoldoende is bepaald. Uit de aanbestedingsstukken wordt blijk gegeven van tegenstrijdige, althans onduidelijke opvattingen. Wat dit nu concreet betekent voor de positie van ondernemer en welke (financiële) risico's hij dienaangaande loopt, blijft onduidelijk en is daardoor strijdig met de verplichting voor aanbesteder om transparant te handelen.

Klachtonderdeel 2

Doordat ondernemer financieel verantwoordelijk wordt voor het gehele werk, kan in feite sprake zijn van een gemengde opdracht. Als inderdaad sprake is van een gemengde opdracht, is in dit geval het werk het hoofdvoorwerp van die opdracht.

De Commissie acht dit klachtonderdeel **gegrond**.

Aanbeveling aan aanbesteder

Ten aanzien van de onduidelijkheid in de (scope van) de opdracht beveelt de Commissie aanbesteder aan om zich te beraden op een eenduidige definitie van risicodragend projectmanagement en alle eisen, voorwaarden en criteria daarmee in overeenstemming te brengen. Een heraanbesteding ligt dan in de rede.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 674

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 22 april 2022 een Europees openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de uitvoering van risicodragend projectmanagement.
- 1.2. In het Beschrijvend document van 22 april 2022 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.3 Beschrijving en doel van de aanbesteding

De Stichting [naam Stichting] en de gemeente [naam] zijn overeen gekomen dat er vervangende nieuwbouw voor het [naam A] College en [naam B] te [plaats] zal komen. De gemeente [naam] heeft het bouwheerschap zoals beschreven in Artikel 76n van de Wet op het voortgezet onderwijs belegd bij de [naam Stichting]. Om uitvoering te geven aan dit bouwheerschap wenst de [naam Stichting] een overeenkomst aan te gaan met een opdrachtnemer voor het uitvoeren van risicodragend projectmanagement. Het doel van deze aanbesteding is het afsluiten van een overeenkomst voor de uitvoering van risicodragend projectmanagement gedurende het nieuwbouwtraject.

(...)

Het totale project rondom de vervangende nieuwbouw betreft de volgende stappen:

- Het afstoten van het gebouw van het [naam A] College (optie herontwikkeling/hergebruik met inbrengwaarde voor de te plegen investering in de nieuwbouw).
- De sloop van het gebouw van [naam B] (terrein voor de nieuwbouw).
- Eén vervangende nieuwbouw voor 500 leerlingen van [naam B] met een brutovloeroppervlak (bvo) van 3.695 m² en 1.400 leerlingen van het [naam A] College met een bvo van 9.345 m² op de locatie (...), totaal 13.040 m².

(...)

De scope betreft risicodragend projectmanagement ten aanzien van de vervangende nieuwbouw. De te contracteren opdrachten met uitvoerende partijen zullen separaat (Europees) aanbesteed moeten worden door opdrachtnemer in opdracht van de [naam Stichting]. Voor de onderhavige opdracht is er geen sprake van een zogenaamde 'gemende opdracht', maar betreft enkel het risicodragend projectmanagement. De aanbestedingsprocedure voor de architect is reeds afgerond, alsmede de aanbestedingsprocedures voor de constructeur en installatieadviseur.

De [naam Stichting] onderscheidt voor de vervangende nieuwbouw vier verschillende fasen gedurende de bouwwerkzaamheden. De onderhavige opdracht betreft de fasen 2 tot en met 4. Fase 1 is inmiddels afgerond. Daarom geldt als voorwaarde dat de inschrijver zich committeert aan gemaakte afspraken in deze eerste fase.

1. Definitiefase

De definitiefase is inmiddels afgerond en heeft geleid tot het Ruimtelijk en Functioneel Programma van Eisen (bijlage 8) en het op hoofdlijnen vastgestelde Technisch Programma van Eisen (bijlage 9). De aanbestedingsprocedure voor de architect is reeds afgerond, alsmede de aanbestedingsprocedures voor de constructeur en installatieadviseur. Inschrijvers dienen bij inschrijving zich dan ook te conformeren aan het Programma van Eisen en de gecontracteerde architect, installateur en constructeur.

2. Voorbereidingsfase

Deze fase is de start van de aan te besteden opdracht. Tijdens deze fase staat de uitwerking van het Programma van Eisen centraal. Deze fase kan op haar beurt weer worden onderscheiden in:

- Structuurontwerp
- Voorontwerp
- Definitief ontwerp
- Technisch ontwerp
- Contracteringsfase

Elk van de bovenvermelde subfasen dient te worden afgerond met een fasedocument, waarin de resultaten van de betreffende fase worden vastgelegd.

3. Realisatiefase

Gedurende deze fase staat de daadwerkelijk realisatie van de vervangende nieuwbouw centraal.

Deze fase start na de gunning van de werken aan de uitvoerende partijen en eindigt bij oplevering van de vervangende nieuwbouw. Bij de oplevering dient inschrijver aan te tonen dat de vervangende nieuwbouw voldoet aan de gestelde contractuele voorwaarden.

4. Onderhoudsfase

Deze fase start met de ingebruikname van de vervangende nieuwbouw en het afwerken van de opleverpunten. Voor de contractering heeft te gelden dat opdrachtgever de aanbestedende dienst is en ook optreedt als contractpartij, maar opdrachtnemer de contractering en voor zover nodig de aanbestedingsprocedure begeleidt.

De werkzaamheden voor opdrachtnemer ten aanzien van de bovenstaande fasen zijn te onderscheiden in een drietal hoofdcategorieën, te weten: bouwmanagement en bouwkostenmanagement, het contractmanagement als het risicomanagement.

1. Bouwmanagement en bouwkostenmanagement

Het organiseren van het ontwerp- en bouwproces en het ramen en begroten van de bouwkosten.

2. Contractmanagement

Het contracteren van de verschillende partijen waaronder het verzorgen van de aanbestedingsprocedure(s).

3. Risicomanagement

Het inzichtelijk maken van de risico's van het project, het voorstellen van beheersmaatregelen en het garanderen dat binnen de gestelde voorwaarden de vernieuwbouw zal plaatsvinden.

De te verrichten werkzaamheden dienen uitgevoerd te worden binnen de vastgestelde planning, de vastgestelde kwaliteitseisen en het beschikbaar gestelde budget. Hiervoor is opdrachtnemer verantwoordelijk.

(...)

Keuze procedure

Er is om de volgende redenen gekozen voor het volgen van een openbare procedure:

Op basis van marktkennis zullen naar verwachting minder dan tien (10) ondernemers zich inschrijven. De geschatte waarde van onderhavige toekomstige opdracht(en) overschrijdt het drempelbedrag van € 214.000,- voor het uitvoeren van Europese aanbestedingen voor leveringen en diensten. Hierbij is een Europese aanbestedingsprocedure verplicht gelet op deze verwachte kosten. De aanbestedende dienst kiest ervoor om voor een optimale marktwerking een Europese openbare procedure te volgen.

(...)

3.2.2. Technische – en beroepsbekwaamheid

Kerncompetenties

Inschrijver beschikt over onderstaande kerncompetentie die worden aangetoond door het overleggen van een referentie. Er mag dus maximaal één (het aantal kerncompetenties dat wordt gevraagd) referentie worden ingediend.

Kerncompetentie 1: Ervaring risicodragend projectmanagement binnen het voorgezet onderwijs

Inschrijver heeft ervaring met het uitvoeren van risicodragend projectmanagement voor vervangende nieuwbouw binnen het voortgezet onderwijs waarbij het budgetrisico bij de inschrijver lag en waarbij alle fasen (zoals beschreven in paragraaf 1.3.2) door dezelfde projectmanager zijn uitgevoerd.'

1.3. In de Nota van Inlichtingen I van 11 mei 2022 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.3.1. Vraag 1: 'Risicodragend PM in Voortgezet onderwijs min. 7500 m2 bvo en door 1 pm uitgevoerd in de afgelopen 3 jaar.

Er zijn maar weinig partijen in Nederland die risicodragend projectmanagement als deze veelvuldig (binnen het onderwijs) uitvoert. Hiermee riskeert u dat er onvoldoende marktwerking plaatsvindt.

Door het stapelen van al deze eisen zijn er zeer weinig partijen die überhaupt aan deze referentie-eis kunnen voldoen.

Wat is de meerwaarde dat risicodragend pm per se in het onderwijs moet zijn uitgevoerd?

Ons voorstel is om de referentie-eis op te splitsen in een referentie voor risicodragend projectmanagement en een separate referentie voor projectmanagement in het voortgezet onderwijs. Is dat akkoord'

Antwoord: 'Het indienen van twee referenties is akkoord onder de volgende voorwaarden:

Kerncompetentie 1: Ervaring met risicodragend projectmanagement (zoals beschreven in paragraaf 1.3.2) met een minimale opdrachtwaarde van 15.000.000,- euro.

Kerncompetentie 2: Ervaring met projectmanagement in het voorgezet onderwijs waarbij de omvang van de opdracht minimaal 7.500 m2 brutovloeroppervlak (bvo) bedroeg.

De overige eisen zoals benoemd in 3.2.2 van het Beschrijvend Document blijven van kracht:

- De referentie bevat de naam van de opdrachtgever.

- De referentie bevat een omschrijving van de prestaties die voor deze referent zijn verricht en naar behoren zijn uitgevoerd.
 - De referentie is niet ouder dan drie jaar gerekend vanaf de datum, waarop de inschrijvingstermijn sluit.
 - Er mogen alleen geheel afgeronde opdrachten als referentie worden opgegeven of, indien gebruik gemaakt wordt van een nog niet (geheel) afgeronde opdracht mogen alleen de werkelijk behaalde resultaten van de lopende opdracht worden opgegeven en kan niet volstaan worden met een prognose van de resultaten.
 - De referentieopdracht dient naar tevredenheid van de opdrachtgever te zijn uitgevoerd. De aanbestedende dienst kan dit nagaan bij de referenten.
- De te overleggen referenties dienen te worden ingevuld in Bijlage 1.B Referentieopdracht.'

- 1.3.2. Vraag 3: 'Wat verstaat u onder risicodragend projectmanagement? Ook gegeven het feit dat u op blz. 6, par 1.3.2 aangeeft dat de contracten met uitvoerende partijen nog door opdrachtnemer 'in opdracht van de [naam Stichting]' moeten worden aanbesteed.'

Antwoord: 'Onder risicodragend projectmanagement wordt het volgende verstaan: bouwmanagement, bouwkostenmanagement, contractmanagement & risicomangement zoals beschreven in 1.3.2 (pagina 7) van het Beschrijvend Document. Het aanbesteden van uitvoerende partijen valt onder contractmanagement en maakt onderdeel uit van de opdracht.'

- 1.3.3. Vraag 4: 'In de referentie-eis lijkt u onder risicodragend projectmanagement te verstaan: dat de projectmanager het budgetrisico neemt. Is dit dan de definitie van risicodragend pm voor u?'

Antwoord: 'Het budgetrisico ligt inderdaad bij de projectmanager, maar dat is niet de definitie van risicodragend projectmanagement. Risicodragend projectmanagement is breder dan dat. Zie voor de volledige omschrijving van risicodragend projectmanagement 1.3.2 (pagina 7) van het Beschrijvend Document.'

- 1.3.4. Vraag 5: 'u schrijft dat voor de onderhavige opdracht geen sprake is van een zogenaamde 'gemengde opdracht', maar dat het enkel het risicodragend projectmanagement betreft. De opdrachtnemer moet de te contracteren opdrachten met uitvoerende partijen EU aanbesteden in opdracht van de [naam Stichting]. Wij lezen dit als volgt: De [naam Stichting] sluit het contract met de aannemer(s) en de opdrachtnemer is niet verantwoordelijk voor de aanbiedingen die de aannemers indienen. Klopt dat?'

Antwoord: 'De opdrachtnemer begeleid namens de [naam Stichting] de aanbesteding. De [naam Stichting] behoudt zich het recht voor om zijn bouwheerschap te delegeren. In dat geval kan de [naam Stichting] de overeenkomst met de meest geschikte kandidaat overdragen aan deze de opdrachtnemer. Zie ook artikel 4, lid b van bijlage 5A - Concept overeenkomst. De opdrachtnemer is weliswaar niet verantwoordelijk voor de specifieke aanbiedingen van de inschrijvers, maar is wel verantwoordelijk voor het realiseren van de vervangende nieuwbouw binnen het taakstellend budget.'

- 1.3.5. Vraag 6: 'bedoelt u met het aantonen dat aan de gestelde contractuele voorwaarden voldaan wordt dat de vervangende nieuwbouw voldoet aan het gesloten contract met de aannemer dat gebaseerd is op de aanbestedingsstukken cq het Bestek?'

Antwoord: 'Dat is correct.'

- 1.3.6. Vraag 7: 'wordt hier bedoeld dat de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor het procesmanagement van bouwen bouwkostenmanagement, contractmanagement en risicomangement?'

Antwoord: 'Dat is correct. Uiteraard in overleg met de [naam Stichting] en de gemeente [naam].'

- 1.3.7. Vraag 8: 'u schrijft '...waarbij het budgetrisico bij de inschrijver lag ...' dit komt niet overeen met de op blz 7 benoemde werkzaamheden voor de opdrachtnemer (bouwmanagement en bouwkostenmanagement, contractmanagement en risicomangement). Bedoelt u met budgetrisico verantwoordelijk zijn voor de juistheid van ramingen en het controleren daarvan en bij het overschrijden daarvan ondernemen van acties om tot het gestelde budget te komen? Of bedoelt u verantwoordelijk zijn voor de aanneemsommen die de aannemers bij aanbesteding indienen?'

Antwoord: 'De opdrachtnemer krijgt een taakstellend budget en daarvoor moet de vervangende nieuwbouw worden gereaslieerd. De [naam Stichting] verwacht een kwalitatief goed gebouw binnen de tijd en binnen het gestelde budget. De kerncompetentie is naar aanleiding van deze Nota van Inlichtingen overigens opgesplitst in twee delen, zie ook het antwoord op vraag 1.'

- 1.3.8. Vraag 9: 'de opdrachtnemer wordt hier verplicht de contracten met ontwerpende en uitvoerende partijen op eigen naam en voor eigen rekening en risico te sluiten. Verder wordt de opdrachtnemer resultaats verplicht voor taakstellend budget, planning en kwaliteit. Hoe gaat u om met de taakstelling van budget en planning in relatie tot de huidige onzekerheid in de bouwmarkt waardoor aannemers, leveranciers en onderaannemers geen vaste prijzen willen en kunnen afgeven en er onzekerheden zijn mbt levering van materialen?'

Antwoord: 'De [naam Stichting] is zich bewust van de huidige onzekerheid op de bouwmarkt, maar juist vanwege de huidige onzekerheid in de bouwmarkt is het voor de [naam Stichting] van uitermate belang dat met name het financiële risico niet bij de [naam Stichting] is belegd. De [naam Stichting] kan en wil dit risico niet dragen. Wij verwachten van de opdrachtnemer dat deze de bouwmarkt dermate goed kent waardoor onzekerheden met betrekking tot prijzen en levering van materialen tot een minimum worden beperkt.'

- 1.3.9. Vraag 27: 'Wij signaleren dat de concept overeenkomst is toegeschreven naar de standaardformule van één marktpartij en derhalve niet breed toegankelijk is voor de markt. Worden hierdoor niet onevenredig veel bekwame partijen benadeeld of zelfs uitgesloten van deelname?'

Antwoord: 'Het is niet de bedoeling van de aanbestedende dienst om toe te schrijven naar één marktpartij. De aanbestedende dienst is van mening dat verschillende marktpartijen in staat zijn de concept overeenkomst uit te voeren. Belangstellenden die moeite hebben met bepaalde bepalingen in de concept overeenkomst hebben de ruimte gekregen hierover vragen stellen voor de nota's van inlichtingen en tekstvoorstellen doen.'

- 1.3.10. Vraag 28: 'Het IHP van Gemeente [naam] is vastgesteld in januari 2021, begroot prijspeil januari 2020. Wij gaan ervan uit dat er vanaf dat moment geïndexeerd wordt. Het gehanteerde budget (2.400 euro/m² bvo) is ontoereikend in de huidige markt, mede door de aangescherpte wetgeving en prijsstijgingen. O.b.v. vergelijkbare projecten in de huidige markt is een realistischer budget circa 2.700 euro/m² bvo, prijspeil september 2022. Daarnaast dient nog geïndexeerd te worden tot start bouw, is dit correct en zal dit plaatsvinden?'

Antwoord: 'De gemeente [naam] is voornemens om een indexatie toe te passen, ook over 2021. Welk percentage er gehanteerd zal worden staat nog open.'

- 1.3.11. Vraag 29: 'In de concept overeenkomst staat: 'De prijzen staan vast voor de vaste contractperiode van de overeenkomst', bedoelt u hiermee het Taakstellend budget? Indien ja, dan moet rekening gehouden worden met de nog toe te voegen indexering, indien nee, gaarne verduidelijken wat dan wordt bedoeld.'

Antwoord: 'Dat is correct. Hierbij zal inderdaad nog rekening gehouden worden met de nog toe te passen indexering.'

- 1.3.12. Vraag 30: 'De prijzen staan vast voor de vaste contractperiode van de overeenkomst', bedoelt u hiermee dat het honorariumpercentage van de opdrachtnemer vaststaat? Het projectbudget zal stijgen n.a.v. de indexering.'

Antwoord: 'Dat is correct.'

In de Nota van Inlichtingen II van 25 mei 2022 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.3.13. Vraag 3: 'Het taakstellend budget (€ 31.348.879,- inclusief 21% btw) wordt door opdrachtgever ter beschikking gesteld aan opdrachtnemer en opdrachtnemer gaat een resultaatverplichting aan ten aanzien van kwaliteit, planning en het taakstellende budget, inclusief de aanbesteding van het werk. Kortom beperkt de verplichting zich niet tot de dienstverlening, maar is deze verplichting ook direct gerelateerd aan de aanbesteding en de realisatie van het werk. Dient deze opgave niet als zodanig (dus als werk) te worden aanbesteed?'

Antwoord: 'De opdracht en onderliggende werkzaamheden zoals beschreven in 1.3.2 van het Beschrijvend Document valt in de ogen van de aanbestedende dienst onder 'diensten'.'

- 1.3.14. Vraag 4: 'In de nota van inlichtingen bevestigt u dat u de risico's van de bouwmarkt bij een marktpartij wenst te leggen, niet zelf wenst te dragen. Dit bevestigt juist dat er verplichtingen aangegaan worden ten aanzien van de realisatie van het werk. Dient deze opgave niet als zodanig (dus als werk) te worden aanbesteed?'

Antwoord: 'De opdracht en onderliggende werkzaamheden zoals beschreven in 1.3.2 van het Beschrijvend Document valt in de ogen van de aanbestedende dienst onder 'diensten'.'

- 1.3.15. Vraag 6: 'Uit de Nota van Inlichting I heeft u duidelijk gemaakt dat de aannemer door de opdrachtnemer wordt gecontracteerd. Weinig bouwmanagement-bureau's kunnen een dergelijke opdracht aan. Is hier in uw ogen sprake van een aanbesteding in een gelijk speelveld, en zo ja, waarop baseerd u dat dan?'

Antwoord: 'Er is sprake van een gelijk speelveld. Voor iedere inschrijver is immers hetzelfde taakstellend budget beschikbaar.'

- 1.3.16. Vraag 7: 'Waarom kiest u of kiest de opdrachtgever voor de vorm van risicodragend projectmanagement? Zoals bekend is dit een vorm waarbij de adviseur het budgetrisico zou moeten dragen. Wat te mooi klinkt om waar te zijn is dat meestal ook. Ook in dit geval. In de eerste plaats staat de onafhankelijkheid van het advies onder druk want het risicomijdend gedrag van de ondernemer kan prevaleren boven het belang van de opdrachtgever. Feitelijk neigt deze vorm naar projectontwikkeling. Niet voor niets heeft de branche-organisatie van ingenieursbureaus deze vorm in het verleden als strijdig met de onafhankelijkheid van advies betiteld.'

Verder toucheert de opdrachtnemer 50% van het aanbestedingsvoordeel. Dit is geld van de opdrachtgever en bovendien maatschappelijk kapitaal. De opdrachtnemer kan sturen op een positief resultaat door de kwaliteit bij te stellen of door een te ruime budgetraming, wat in de volksmond perverse prikkels heten. Waarschijnlijk is een deel van uw antwoord dat de kwaliteit vastgelegd is in het programma van eisen. Dit pve biedt de opdrachtnemer echter meer dan voldoende speelruimte om te sturen op een gegarandeerd positief resultaat voor zichzelf.'

Antwoord: 'Omdat de aanbestedende dienst het financiële risico niet wil en niet kan dragen (zie ook de eerste Nota van Inlichtingen). De kwaliteit is geborgd in het Programma van Eisen en zal ook gecontroleerd worden door stuurgroep van de aanbestedende dienst en de gemeente [naam].'

- 1.3.17. Vraag 8: 'Bij de kerncompetenties omschrijft u dat de gegadigde een referentie op het gebied van voortgezet onderwijs in moet dienen waarbij de contractvorm risicodragend projectmanagement was. Naast [naam onderneming X] is er geen genomenoemd adviesbureau dat een overeenkomst volgens deze contractvorm aangaat. Daarmee beperkt u de mededinging tot een minimum wat op grond van de mededingingswet niet is toegestaan. Als u deze contractvorm i.c. de kerncompetentie niet aanpast, zullen wij niet schromen deze casus aan de Commissie van Aanbestedingsexperts voor te leggen. Bent u bereid deze kerncompetentie te laten vervallen?'

En voorts: als u de kerncompetentie conform onze wens aanpast maar u handhaaft de contractvorm risicodragend projectmanagement, dan heeft dit dezelfde uitwerking als het eisen van een referentie op het gebied van risicodragend projectmanagement (kerncompetentie 1). Daarmee sluit u indirect nog steeds veel deelnemers uit van deelneming waarmee u dus eveneens de mededinging beperkt. Bent u bereid ook die eis, nl de contractvorm risicodragend projectmanagement, te laten vervallen?'

Antwoord: 'De kerncompetentie is gesplitst in twee referenties (zie ook de eerste Nota van Inlichtingen). Er zijn meerdere bureaus die deze vorm (risicodragend projectmanagement) aangaan.'

- 1.3.18. Vraag 9: 'Tegen beter weten in stellen we toch te volgende vraag: is [naam onderneming X] uitgesloten van deelname teneinde een transparante en faire procedure met een level playing field te borgen?'

Antwoord: 'Er zijn geen partijen uitgesloten van inschrijving. Op grond van artikel 2.51 van de aanbestedingswet zijn er passende maatregelen genomen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst. Alle relevante informatie is bekend gemaakt aan de gegadigden. Anderzijds is het contact al maanden voorafgaand van aan de publicatie van deze aanbesteding verboden'

- 1.3.19. Vraag 10: 'Zo niet: is het u bekend dat het volgende mechanisme – om het woord truc maar niet te hanteren - in de afgelopen jaren tenminste 2 maal (maar waarschijnlijk vaker) is gebezigd? Met [naam onderneming X] als instigator? Ook bij het [naam] Lyceum en het [naam] College heeft [naam onderneming X] het PvE opgesteld, de architect geselecteerd, om vervolgens een ander bureau de aanbesteding van het projectmanagement laten verzorgen. En welk een toeval: met risicodragend projectmanagement als contractvorm en kerncompetentie. In beide gevallen heeft [naam onderneming X] de opdracht verworven aangezien zij als enige of vrijwel als enige risicodragend projectmanagement aanbieden. En was er aantoonbaar geen sprake van een level playing field.'

Antwoord: 'Dit mechanisme is ons niet bekend.'

- 1.3.20. Vraag 11: 'Ten overvloede toch maar de vraag: hoe denkt u een level playing field te borgen? Het waarschijnlijke antwoord dat alle gegadigden alle informatie ter beschikking wordt gesteld achten we bij voorbaat onvoldoende. Het gaat immers om de informatie die niet 'op papier' staat. Die gebaseerd is op meer kennis van uw organisatie dan u kunt overbrengen in aanbestedingsdocumenten.'

Antwoord: 'Op grond van artikel 2.51 van de aanbestedingswet zijn er passende maatregelen genomen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst. Alle relevante informatie is bekend gemaakt aan de gegadigden. Anderzijds is het contact al maanden voorafgaand van aan de publicatie van deze aanbesteding verbroken'

- 1.3.21. Vraag 12: 'En bestaat de selectiecommissie in dat kader geheel uit personen die tot op heden geen enkele betrokkenheid hadden bij het voortraject (PvE en architectenselectie) en geen contact onderhouden of onderhielden met [naam onderneming X]?'

Antwoord: 'De beoordelingscommissie bestaat uit vijf personen. Vier van de vijf personen zijn niet betrokken geweest bij het voortraject, één persoon is deels in het voortraject betrokken geweest en zal ook betrokken blijven tot de opleveringen van de nieuwbouw om de continuïteit te borgen. Tevens is het contact al maanden voorafgaand van aan de publicatie van deze aanbesteding verbroken.'

- 1.3.22. Vraag 13: 'De uitvraag betreft 'risicodragend projectmanagement' waarbij het projectmanagementbureau een prijsopgave doet, voorts dat de uitvoerende partijen separaat zullen worden aanbesteed. Het mag duidelijk zijn dat een projectmanagementbureau het risico van een dergelijk project niet kan nemen zeker niet in deze volatiele aanbestedingsmarkt. Een projectmanagementbureau dat samen met een uitvoerende partij inschrijft kan dit risico wel nemen, maar dat vraagt om een andere uitvraag. Wij zouden graag inschrijven op de uitvraag, echter kunnen niet aan de voorwaarden in de uitvraag voldoen.'

Voorts betwijfelen we of er überhaupt een projectmanagementbureau is die aan de voorwaarden kan voldoen. Hierbij het verzoek de uitvraag te heroverwegen en het 'risicodragende' te laten vervallen, waardoor er waarschijnlijk meer partijen zijn die voor de opgave in aanmerking komen.'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst is van mening dat er meerdere bureaus zijn die aan de voorwaarden kunnen voldoen. Op het moment dat er geen inschrijvingen worden ontvangen zal de aanbestedende dienst de uitvraag vanzelfsprekend moeten heroverwegen. Vanwege de huidige onzekerheid in de bouwmarkt is het voor de [naam Stichting] van uitermate belang dat met name het financiële risico niet bij de [naam Stichting] is belegd. De [naam Stichting] wil en kan dit risico niet dragen.'

- 1.3.23. Vraag 14: 'U verzoekt partijen referenties te laten overleggen met dienstverlening risicodragend projectmanagement. Risicodragend projectmanagement is echter geen algemeen of wettelijk gedefinieerd begrip, echter slechts een product van een marktpartij. Kunt u specifieker omschrijven waaraan de referenties t.b.v. gevraagde kerncompetentie dienen te voldoen?'

Antwoord: 'Zoals beschreven in paragraaf 1.3.2 betreft het bouwmanagement, bouwkostenmanagement, contractmanagement, risicomangement waarbij de werkzaamheden uitgevoerd zijn binnen de vastgestelde planning, de vastgestelde kwaliteitseisen en het beschikbaar gestelde budget waarbij opdrachtnemer verantwoordelijk was voor eerdergenoemde punten.'

Wellicht ten overvloede, maar zoals in de eerste Nota van Inlichtingen vermeld betreft het de volgende twee referenties:

Kerncompetentie 1: Ervaring met risicodragend projectmanagement (zoals beschreven in paragraaf 1.3.2) met een minimale opdrachtwaarde van 15.000.000,- euro.

Kerncompetentie 2: Ervaring met projectmanagement in het voorgezet onderwijs waarbij de omvang van de opdracht minimaal 7.500 m2 brutovloeroppervlak (bvo) bedroeg.'

- 1.3.24. Vraag 15: 'Indien u vereist dat een inschrijvende partij aantoonbare ervaring moet hebben met risicodragend projectmanagement (kerncompetentie) overeenkomstig of in lijn met de meegestuurde concept overeenkomst of paragraaf 1.3.2 sluit u vele gerenommeerde projectmanagementbureaus uit. Kunt u toelichten waarom het risicodragende karakter van essentieel belang is voor uw opgave en overige contractvormen niet tot het door u gewenste resultaat zullen leiden?'

Antwoord: 'Vanwege de huidige onzekerheid in de bouwmarkt is het voor de [naam Stichting] van uitermate belang dat met name het financiële risico niet bij de [naam Stichting] is belegd. De [naam Stichting] kan en wil dit risico niet dragen.'

- 1.3.25. Vraag 18: 'Klopt het dat bij risicodragend projectmanagement de opdrachtnemer de contracten van de uitvoerende partijen na aanbesteding overneemt van [naam Stichting], zoals vermeld in artikel 5, lid 4 van concept overeenkomst?'

Antwoord: 'Dat is correct.'

- 1.3.26. Vraag 19: 'Indien de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor het taakstellende budget, is hij ook verantwoordelijk voor de specifieke aanbiedingen van de inschrijvers. Klopt het dat dit niet los van elkaar gezien kan worden?'

Antwoord: 'Dat is niet correct. De opdrachtnemer is niet verantwoordelijk voor de specifieke aanbiedingen van de inschrijvers, maar is wel verantwoordelijk voor het realiseren van de vervangende nieuwbouw binnen het taakstellend budget.'

- 1.3.27. Vraag 20: 'Vraag 'Of bedoelt u verantwoordelijk zijn voor de aannemesommen die de aannemers bij aanbesteding indienen?' is niet volledig beantwoord. Ter verduidelijking: heeft de opdrachtnemer inspanningsverplichting of resultaatverplichting voor het realiseren van het project binnen het taakstellende budget?'

Antwoord: 'Opdrachtnemer heeft een resultaatverplichting voor het realiseren van het project binnen het taakstellend budget.'

- 1.3.28. Vraag 22: 'Bedoelt u met de 'opdrachtwaarde', de waarde van projectmanagement, kostenmanagement, risicomangement en contractmanagement?'

Antwoord: 'Dat is correct.'

- 1.4. Op 9 juni 2022 heeft ondernemer, mede namens vijf collega adviesbureau's een klacht ingediend bij aanbesteder.

- 1.5. Op 1 juli 2022 heeft aanbesteder een reactie gegeven op de klacht en de bezwaren van de hand gewezen. Wel heeft aanbesteder de inschrijftermijn verlengd naar 11 juli 2022.

- 1.6. Vervolgens heeft ondernemer op 6 juli 2022 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 2 hierna).

- 1.7. Aanbesteder heeft op 15 juli 2022 een reactie op de klacht ingediend bij de Commissie (zie paragraaf 3 hierna). Op verzoek van de Commissie heeft de

aanbesteder de procedure opgeschort tot een periode van 5 dagen na uitbrengen van het advies, mits de Commissie voor 25 juli 2022 een advies heeft kunnen uitbrengen. De Commissie heeft aan dat verzoek gehoor kunnen geven en een advies uitgebracht aan partijen op 21 juli 2022.

2. Beschrijving en onderbouwing klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

2.1.1. Aanbesteder heeft door zijn keuze om een opdracht voor risicodragend projectmanagement in de markt te zetten, de markt onacceptabel beperkt. Deze vorm van projectmanagement wordt niet of nauwelijks door adviesbureaus aangeboden en daarmee is er een onacceptabele inperking van het aantal inschrijvers, wat in strijd is met de Mededingingswet.

2.1.2. Tevens heeft aanbesteder deze inperking van de markt veroorzaakt met het gestelde in kerncompetentie 1. Deze is, na wijziging in de nota van inlichtingen, als volgt bepaald: Ervaring met risicodragend projectmanagement (zoals beschreven in paragraaf 1.3.2) met een minimale opdrachtwaarde van 15.000.000,- euro.

2.2. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder had de opdracht als een werk moeten aanbesteden in plaats van een dienst. Feitelijk bestaat de opdracht uit een dienstencomponent en een werkencomponent en is daarmee een gemengde opdracht. Nu het component werk het zwaarst weegt, zal volgens het zwaartepuntbeginsel de opdracht als werk moeten worden betiteld en dus als werk moeten worden aanbesteed.

3. Reactie aanbesteder

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Aanbesteder legt eerst uit waarom gekozen is voor risicodragend projectmanagement. 'De gemeente [naam] heeft het bouwheerschap zoals beschreven in Artikel 76n van de Wet op het voortgezet onderwijs belegd bij de [naam Stichting]. De financiering van het project komt van de gemeente en betreft een vast bedrag dat eventueel onderhevig is aan indexatie.

Binnen de [naam Stichting] is onvoldoende kennis en ervaring aanwezig om het bouwheerschap op een verantwoorde wijze te vervullen. De [naam Stichting] heeft daarom behoefte aan een deskundige partner die deze taak voor haar vervult. De [naam Stichting] kan zich geen overschrijding van het beschikbare budget veroorloven en moet de scholen in augustus 2025 in gebruik nemen. Gezocht wordt een partner die in staat is het project zodanig te organiseren en de risico's zodanig te beheersen dat de nieuwbouw voor de twee scholen binnen het beschikbare budget worden gebouwd en binnen de beschikbare tijd worden opgeleverd.

De keuze viel daarom op een uitgebreide vorm van projectmanagement, die in die behoefte zou moeten voorzien. De keuze voor deze uitgebreide vorm van projectmanagement is ook al door andere scholen(groepen) gemaakt. De [naam Stichting] verwacht een dergelijke deskundige partner te vinden door het uitschrijven van een openbare aanbesteding voor risicodragend projectmanagement.'

3.1.2. Met betrekking tot het eerste aspect van klachtonderdeel 1 (zie 2.1.1) verweert aanbesteder zich als volgt. Aanbesteder heeft onderzoek gedaan en geconstateerd dat meerdere bureaus risicodragend projectmanagement aanbieden en dat er ook bij scholen ervaring is met deze vorm van projectmanagement. Dit resultaat bood voldoende basis om een openbare aanbesteding voor risicodragend

projectmanagement uit te schrijven. Dit onderzoek wordt niet vrijgegeven aan ondernemer omdat ondernemer dan op de hoogte is over wie aanbestede als mogelijk gegadigden ziet en dat soort onderzoeken, die gebruikelijk zijn in de voorbereidingsfase worden naar mening van aanbestede nooit vrijgegeven. Er is hier geen sprake van een marktconsultatie via Tendersnet, want dan is het wel gebruikelijk om de uitkomsten van de marktconsultatie bij de aanbestedingsdocumenten te voegen. Tevens hebben diverse bureaus vragen gesteld voor de nota's van inlichtingen, wat de indruk bevestigde dat er inderdaad meer bureaus zijn die deze vorm van projectmanagement aanbieden en belangstelling hebben voor deze opdracht.

- 3.1.3. Aanbestede benadrukt niet speciaal op zoek te zijn naar (gerenommeerde) adviesbureaus. 'Het gaat niet om een adviesopdracht. De opdracht betreft projectmanagement, dat door de toekomstige opdrachtnemer moet worden uitgevoerd. Deze uitgebreide vorm van projectmanagement is inderdaad een resultaatverplichting. Ondernemer schrijft dat de resultaatverplichting die voortvloeit uit deze opdracht in de weg staat aan de onafhankelijkheid van het advies. Dit zou een beperking vormen voor deelname door adviesbureaus aan deze aanbesteding. Het lijkt of ondernemer de opdracht ziet als een adviesopdracht. Dit berust op een misverstand.'
- 3.1.4. 'Een ander misverstand betreft de opmerking van [ondernemer] dat het voor een adviesbureau zonder rugdekking van een concern vrijwel onmogelijk is om een verplichting aan te gaan voor € 31 miljoen. Van de toekomstige contractspartner wordt niet verwacht dat deze een verplichting aangaat voor € 31 miljoen. Dit bedrag is het taakstellend budget dat de [naam Stichting] beschikbaar heeft voor de uitvoering van het project. Dit budget omvat de kosten voor het feitelijk realiseren van de nieuwbouw voor de twee scholen, een bedrag voor risicobeheersing en het honorarium voor de projectmanager. De projectmanager hoeft dus geen betalingen te doen uit eigen financiële middelen.'
- 3.1.5. Met betrekking tot het tweede aspect van klachtonderdeel 1 (zie 2.1.2) verweert aanbestede zich als volgt. 'De gevraagde kerncompetenties zijn uiteraard gerelateerd aan de aard en omvang van de opdracht. Tijdens de eerste ronde voor het stellen van vragen is door een gegadigde voorgesteld om de referentie-eis behorende bij de kerncompetentie zoals deze in eerste instantie was opgesteld op te splitsen in een referentie voor risicodragend projectmanagement en een separate referentie voor projectmanagement in het voortgezet onderwijs om daarmee het potentiële aantal gegadigden te verhogen. Hier is door de [naam Stichting] gehoor aan gegeven en zodoende is de kerncompetentie in tweeën gesplitst om daarmee het potentiële aantal gegadigden te verhogen. In de tweede vragenronde is geen verdere aanpassing van de kerncompetenties gevraagd. De [naam Stichting] concludeerde dat door deze aanpassing meer belangstellende partijen aan de aanbesteding kunnen deelnemen. Wel is in de tweede vragenronde wederom gevraagd de aard van de opdracht aan te passen. Aan dit verzoek heeft de [naam Stichting] geen gehoor gegeven om eerder genoemde redenen.'

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Aanbestede stelt dat er geen sprake is van een gemengde opdracht. 'De opdracht betreft niet de realisatie van de werken zelf maar alleen het projectmanagement (paragraaf 1.3.2 van het beschrijvend document). Ook in de conceptovereenkomst is een uitgebreide beschrijving van de opdracht opgenomen, waaruit duidelijk blijkt dat de opdracht bestaat uit diensten.
De waarde van de opdracht is het bedrag van het honorarium van de opdrachtnemer. Dit is een klein percentage van het budget dat voor het project beschikbaar is. Ten behoeve van de realisatie van het project zullen nog verschillende

aanbestedingen worden gepubliceerd. De opdracht aan de aannemer zal inderdaad als werk worden gepubliceerd. Het projectmanagement, waar deze aanbesteding betrekking op heeft, is overduidelijk een dienst en de aanbesteding is daarom als dienst gepubliceerd.' En 'Het beschikbare budget van € 31 miljoen is, zoals eerder gemeld, ook niet de tegenprestatie voor de uitvoering van deze opdracht, maar het bedrag dat klaar staat om de prestaties van andere nog te contracteren partijen te betalen. Wel is het honorarium voor de projectmanager in dit totaalbedrag opgenomen. De [naam Stichting] had er ook voor kunnen kiezen het hele project in één opdracht op te nemen en als werk aan te besteden. Die keuze is niet gemaakt omdat de voorbereidingen voor die aanbestedingen nog niet voltooid zijn en deze mede tot de taken van de te contracteren projectmanager behoren. Zoals eerder beschreven heeft de [naam Stichting] hier niet zelf de kennis en ervaring voor in huis.'

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 22 april een Europees openbare procedure heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3^e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

Klachtonderdeel 1

- 4.2. Ondernemer stelt dat in strijd met de Mededingingswet is gehandeld doordat aanbesteder de kring van inschrijvers onacceptabel heeft beperkt.

In behandeling nemen door Commissie?

- 4.2.1. Dit klachtonderdeel betreft in wezen de stelling van ondernemer dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met de Mededingingswet. Op grond van artikel 1 sub c van het reglement van de Commissie wordt onder een klacht verstaan: 'een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt'. Het al dan niet handelen in strijd met de mededingingswet is geen handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012.
- 4.2.2. Wel ziet de Commissie dat de door de ondernemer bedoelde handelingen tevens de Aanbestedingswet raken. Artikel 1.10a lid 2 Aw 2012 bepaalt dat de mededinging kunstmatig is beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel (een) bepaalde ondernemer(s) ten onrechte te bevoordelen of te benadelen. Ook kan de klacht over de beperking van de concurrentie door kerncompetentie 1, worden opgevat als een klacht over schending van het gelijkheidsbeginsel op grond van artikel 1.8 Aw 2012 en het proportionaliteitsbeginsel artikel 1.10 Aw 2012. De Commissie neemt dit klachtonderdeel dan ook in behandeling, maar zal dit enkel toetsen aan de Aanbestedingswet en niet aan de Mededingingswet.

Beknopt oordeel

- 4.3. Het enkele feit dat aanbesteder risicodragend projectmanagement inkoopt maakt niet dat hij daarmee de markt onacceptabel beperkt. Het staat een aanbesteder in beginsel immers vrij om te bepalen wat hij wil inkopen. Aanbesteder stelt te hebben onderzocht dat er voldoende marktpartijen risicodragend projectmanagement kunnen aanbieden. De stelling van ondernemer dat er niet of nauwelijks ondernemers zijn die deze vorm van risicodragend projectmanagement aanbieden wordt verder niet concreet onderbouwd, waardoor de Commissie niet kan afleiden dat de stelling van aanbesteder op dit punt onjuist is. Ten aanzien van de (gewijzigde)

geschiktheidseis is door ondernemer onvoldoende concreet onderbouwd hoe deze eis daadwerkelijk de markt op onacceptabele wijze beperkt.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.3.1. De Commissie leest in de klacht een schending van de beginselen van gelijke behandeling, proportionaliteit en eerlijke mededinging zoals neergelegd in de artikelen 1.8, 1.10 en 1.10a Aw 2012.
- 4.3.2. Het staat een aanbesteder in beginsel vrij om te bepalen wat hij wil inkopen. Wanneer er slechts enkele spelers op de markt zijn die aan die inkoopbehoefte kunnen voldoen, betekent dat nog niet per definitie dat de aanbesteder handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Het Hof van Justitie heeft in vaste jurisprudentie bepaald dat het gelijkheidsbeginsel een gezonde en daadwerkelijke mededinging beoogt te bevorderen (zie HvJ EU 29 april 2004, C-496/99, *Succhi di Frutta*).
- 4.3.3. Wanneer een overheidsopdracht is ontworpen met het doel om bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen, dan is de mededinging kunstmatig beperkt (artikel 1.10a lid 2 Aw 2012) en levert dat een schending van het gelijkheidsbeginsel op.
- 4.3.4. Het beginsel van proportionaliteit (artikel 1.10 Aw 2012) heeft tot doel dat de aanbestedende dienst zich reeds bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure afvraagt of de voorgenomen eisen, voorwaarden en criteria die aan de inschrijving en inschrijver worden gesteld in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Eerbiedigen van het proportionaliteitsbeginsel heeft mede tot gevolg dat wordt voorkomen dat bepaalde ondernemers ten onrechte niet in aanmerking komen voor de opdracht vanwege onnodig hoge eisen en voorwaarden. Meer ondernemers kunnen inschrijven, wat de concurrentie bevordert. Hierbij moet worden opgemerkt dat bijvoorbeeld het enkele feit dat door een geschiktheidseis ondernemers worden uitgesloten die in staat moeten worden geacht de opdracht uit te voeren, geen reden is om zonder meer te concluderen dat de eis disproportioneel is. Proportionaliteit ziet slechts op de verhouding tussen de eis en het voorwerp van de opdracht, deze moeten in een redelijke verhouding tot elkaar staan (zie MvT 32 440 nr 3, p.53).

Heeft de handelwijze van aanbesteder de markt onacceptabel beperkt?

- 4.3.5. Ondernemer draagt twee gronden aan voor zijn stelling dat de markt met deze aanbesteding onacceptabel is beperkt. Allereerst stelt ondernemer dat aanbesteder gekozen heeft voor de inkoop van *risicodragend* projectmanagement en dat deze keuze heeft geleid tot het onacceptabel beperken van de markt. Daarnaast stelt ondernemer dat door het stellen van een disproportionele geschiktheidseis de concurrentie vergaand wordt beperkt.
 - *De inkoop van risicodragend projectmanagement beperkt de markt op onacceptabele wijze*
- 4.3.6. Het enkele feit dat aanbesteder risicodragend projectmanagement inkoopt maakt niet dat hij daarmee de markt onacceptabel beperkt. Het staat een aanbesteder in beginsel immers vrij om te bepalen wat hij wil inkopen. Wanneer er slechts enkele spelers op de markt zijn die aan die inkoopbehoefte kunnen voldoen, betekent dat nog niet per definitie dat de aanbesteder handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Aanbesteder stelt te hebben onderzocht of voldoende

marktpartijen risicodragend projectmanagement zouden kunnen aanbieden en dat het onderzoeksresultaat voldoende basis heeft geboden om de onderhavige aanbestedingsprocedure in de markt te zetten. De stelling van ondernemer dat er niet of nauwelijks ondernemers zijn die deze vorm van risicodragend projectmanagement aanbieden wordt verder niet concreet onderbouwd, waardoor de Commissie niet kan afleiden dat de stelling van aanbesteder op dit punt onjuist is.

4.3.7. Wat echter precies onder 'risicodragend projectmanagement' valt, wordt de Commissie uit de aanbestedingsstukken niet duidelijk. Aanbesteder geeft over de invulling van dat begrip tegenstrijdige informatie (zie daarover ook 4.3.14). Dat heeft ertoe geleid dat de Commissie in dit advies een overweging ten overvloede heeft opgenomen (zie 4.3.14) en een aanbeveling aan aanbesteder heeft gedaan (zie 6). De Commissie is niet duidelijk geworden welke definitie van 'risicodragend projectmanagement' aanbesteder aan zijn marktverkenning ten grondslag heeft gelegd, waardoor niet vaststaat of het onderzoeksresultaat, zoals in 4.3.6 benoemd, ook daadwerkelijk de juiste informatie heeft verschaft voor het doen van deze uitvraag. Nu dat punt verder niet naar voren is gebracht door ondernemer en de Commissie in paragraaf 4.3.6 reeds tot de conclusie komt dat de stelling van ondernemer onvoldoende is onderbouwd, laat de Commissie het dan ook bij deze opmerking.

- *Door het stellen van de (gewijzigde) geschiktheidseis wordt de markt op onacceptabele wijze beperkt*

4.3.8. In Voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit is bepaald dat voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties moeten worden vastgesteld die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht. Nu de scope van deze opdracht risicodragend projectmanagement betreft, kan de Commissie zich voorstellen dat ervaring met risicodragend projectmanagement voor aanbesteder een essentieel punt is.

4.3.9. In het Beschrijvend document is de ervaring met risicodragend projectmanagement in kerncompetentie 1 in eerste instantie gekoppeld aan het voortgezet onderwijs (zie 1.2). Op vragen in de nota van inlichtingen (zie 1.3.1, 1.3.8, 1.3.22, 1.3.23, 1.3.35), heeft aanbesteder geantwoord dat het indienen van twee referenties akkoord is. De Commissie laat hier in het midden, gelet ook op antwoorden van aanbesteder als 'De kerncompetentie is naar aanleiding van deze Nota van Inlichtingen overigens opgesplitst in twee delen' of aanbesteder hierdoor heeft gehandeld in strijd met Voorschrift 3.5G onder 1: 'De aanbestedende dienst vraagt maximaal één referentie per kerncompetentie.' De ondernemer heeft daarover ook niet geklaagd. De Commissie gaat er bij de verdere behandeling van deze klacht dan ook vanuit dat aanbesteder van 1 kerncompetentie, twee kerncompetenties heeft gemaakt, welke elk door één referentie bewezen dienen te worden. De twee aangepaste kerncompetenties luiden als volgt:

Kerncompetentie 1: Ervaring met risicodragend projectmanagement (zoals beschreven in paragraaf 1.3.2) met een minimale opdrachtwaarde van 15.000.000,- euro.

Kerncompetentie 2: Ervaring met projectmanagement in het voorgezet onderwijs waarbij de omvang van de opdracht minimaal 7.500 m² brutovloeroppervlak (bvo) bedroeg.

4.3.10. Uit de nota van inlichtingen blijkt niet dat over het opdelen van kerncompetentie 1 in een nieuwe kerncompetentie 1 en 2 nadere vervolgvragen zijn gesteld door ondernemers. Wel heeft ondernemer daar in zijn brief van 9 juni 2022 over geklaagd. Ook wordt in de tweede nota van inlichtingen (zie 1.3.17) opgemerkt dat

het opnemen van de contractvorm 'risicodragend contractmanagement' de mededinging vergaand beperkt.

- 4.3.11. Ondernemer heeft onvoldoende concreet onderbouwd dat in dit geval sprake is van een kunstmatige beperking van de mededinging door het hanteren van de (nieuwe) kerncompetentie 1. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen (zie 4.3.6 bovenstaand en Advies 476, ov. 5.3.6). Ondernemer heeft niet gesteld dat kerncompetentie 1 onvoldoende aansluit bij het voorwerp van de opdracht. Ondernemer stelt dat door deze eis zodanig veel gerenommeerde adviesbureaus worden uitgesloten dat dit een onacceptabele inperking van het aantal ondernemers inhoudt. Zoals bovenstaand onder 4.3.6 overwogen, leidt de enkele omstandigheid dat veel gerenommeerde adviesbureaus niet kunnen meedingen naar een opdracht niet zonder meer tot de conclusie dat sprake is van een disproportionele eis.
- 4.3.12. Aanbesteder stelt bovendien dat de opdracht niet ziet op de inkoop van 'adviesbureaus' maar van 'projectmanagementbureaus gespecialiseerd in risicodragend projectmanagement'. Dat uit de stukken onvoldoende duidelijk blijkt wat aanbesteder verstaat onder 'risicodragend projectmanagement' is een gebrek dat aan deze aanbesteding kleef, waarop de Commissie onderstaand onder 4.3.14 ten overvloede ingaat. Die onduidelijkheid laat echter onverlet, zoals in 4.3.8. opgemerkt, dat de Commissie zich kan voorstellen dat ervaring met risicodragend projectmanagement een essentieel punt is voor aanbesteder. Nu aanbesteder de oorspronkelijke geschiktheidseis heeft gewijzigd en de omvang van de referentieopdracht niet meer bedraagt dan 60% van de raming van onderhavige opdracht (Voorschrift 3.5 G onder 2) lijkt de geschiktheidseis proportioneel. Voor het overige heeft de Commissie onvoldoende aanknopingspunten om te kunnen beoordelen of aanbesteder met het stellen van deze eis de mededinging op kunstmatige wijze heeft beperkt.
- 4.3.13. De Commissie acht klachtonderdeel 1 **ongegron**d.

Overweging ten overvloede: scope opdracht onvoldoende bepaald

- 4.3.14. De Commissie overweegt dat de scope van deze opdracht onvoldoende is bepaald. Uit de aanbestedingsstukken wordt blijk gegeven van tegenstrijdige, althans onduidelijke opvattingen. In paragraaf 1.3.2 van het Beschrijvend document wordt, aldus aanbesteder (zie 1.3.1 en 1.3.2), risicodragend projectmanagement als volgt gedefinieerd: 'bouwmanagement, bouwkostenmanagement, contractmanagement & risicomangement zoals beschreven in paragraaf 1.3.2 (pagina 7) van het Beschrijvend document'. Daaruit volgt onder meer dat opdrachtnemer verantwoordelijk is voor uitvoering van de te verrichten werkzaamheden binnen planning, kwaliteitseisen en het beschikbaar gestelde budget. Op vragen voor wiens rekening het budgetrisico komt, blijkt dat dit voor rekening van ondernemer komt. Aanbesteder geeft herhaaldelijk aan dat het uitermate belangrijk is dat het financiële risico niet bij hem ligt; hij kan en wil dat (financiële) risico niet dragen (zie onder meer 1.3.8, 1.3.16, 1.3.22, 1.3.24). Uit de toelichting op de oorspronkelijk gestelde geschiktheidseis blijkt dat 'risicodragend projectmanagement' is gekoppeld aan het feit dat 'het budgetrisico bij de inschrijver lag'. Dit wordt bevestigd door diverse antwoorden in de nota's van inlichtingen. Ook blijkt uit de nota's van inlichtingen dat ondernemer een resultaatsverplichting aangaat als het gaat om het realiseren van de werkzaamheden binnen het taakstellend budget (zie bijvoorbeeld 1.3.27). Op de vraag wat nu precies onder budgetrisico wordt verstaan, gaat aanbesteder niet concreet in (zie 1.3.7). Aanbesteder geeft aan dat opdrachtnemer niet verantwoordelijk is voor de specifieke aanbiedingen van aannemers, maar wel verantwoordelijk voor het realiseren van de nieuwbouw binnen het taakstellend budget (zie bijvoorbeeld 1.3.4 en 1.3.26). Wat dit nu concreet betekent voor de positie van ondernemer en welke (financiële) risico's hij dienaangaande loopt, blijft

onduidelijk en is daardoor strijdig met de verplichting voor aanbesteder om transparant en proportioneel te handelen.

Klachtonderdeel 2

- 4.4. Ondernemer stelt dat er sprake is van een gemengde opdracht en dat op basis van het zwaartepuntbeginsel de opdracht gekwalificeerd dient te worden als een werk.

Beknopt oordeel

- 4.5. Doordat ondernemer financieel verantwoordelijk wordt voor het gehele werk, kan in feite sprake zijn van een gemengde opdracht. Als inderdaad sprake is van een gemengde opdracht, is in dit geval het werk het hoofdvoorwerp van die opdracht.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.5.1. Een overeenkomst kwalificeert als een overheidsopdracht voor werken indien de overeenkomst specifiek betrekking heeft op activiteiten die in bijlage II bij de Richtlijn 2014/24/EU zijn opgenomen. Het begrip 'werk' wordt in artikel 1.1 Aw 2012 als volgt gedefinieerd: *'het product van het geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.'*
- 4.5.2. Een overeenkomst kwalificeert als een overheidsopdracht voor diensten indien de overeenkomst betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder de overheidsopdracht voor werken (artikel 1.1 Aw 2012).
- 4.5.3. Wanneer een overheidsopdracht betrekking heeft op een combinatie van werken en diensten (een 'gemengde opdracht'), dan moet die opdracht worden geplaatst overeenkomstig de bepalingen die gelden voor het hoofdvoorwerp van die opdracht (artikel 2.12a Aw 2012). Uit Europese jurisprudentie blijkt dat om het hoofdvoorwerp vast te kunnen stellen, gekeken moet worden naar de essentiële verplichtingen die primieren en als zodanig kenmerkend zijn voor de opdracht. Niet gekeken wordt naar welke verplichtingen slechts bijkomstig of aanvullend zijn en/of uit het voorwerp van de overeenkomst zelf voortvloeien (HvJ EU 21 februari 2008, C-412/04).
- 4.5.4. De scope van een overeenkomst dient voldoende bepaalbaar te zijn, zodat de beoogde transparantie en gelijke behandeling van inschrijvers bij de aanbesteding van overheidsopdrachten niet wordt doorkruist.

Werk of een dienst?

- 4.5.5. In het Beschrijvend document heeft aanbesteder opgenomen dat de scope van de opdracht het 'risicodragend projectmanagement ten aanzien van de vervangende nieuwbouw' betreft (zie 1.2 hiervoor). Aanbesteder is van mening dat de opdracht kwalificeert als een dienst, nu de opdracht niet de realisatie van de werken zelf betreft, maar alleen het projectmanagement. Aanbesteder wordt opdrachtgever van de uitvoerende partijen en voor de contractering van de uitvoerende partijen worden separate aanbestedingsprocedures voor werken gevolgd.
- 4.5.6. Uit de door aanbesteder gegeven antwoorden in de Nota's van Inlichtingen leidt de Commissie af dat het de bedoeling van aanbesteder is om geen enkel financieel risico te lopen bij de realisatie van het werk en dat hij daarom heeft gekozen voor

risicodragend projectmanagement. Die wijze van beschrijving van risicodragend projectmanagement wijst in de richting dat de projectmanager financieel verantwoordelijk is voor het gehele werk. De Commissie heeft niet de beschikking over de overeenkomst, maar uit antwoorden gegeven in de nota's van inlichtingen, kan worden opgemaakt dat opdrachtnemer de contracten met de uitvoerende partijen, na aanbesteding, overneemt van aanbesteder. Tevens geeft aanbesteder expliciet aan dat opdrachtnemer een resultaatsverplichting heeft voor het realiseren van het project binnen het taakstellend budget (zie 1.3.27). Doordat ondernemer financieel verantwoordelijk wordt voor het gehele werk, kan in feite sprake zijn van een gemengde opdracht.

4.5.7. Als inderdaad sprake is van een gemengde opdracht, is in dit geval het werk het hoofdvoorwerp van die opdracht. Nu de scope van de opdracht ook onvoldoende is bepaald doordat de definitie van het begrip risicodragend projectmanagement niet helder is (zie 4.3.14), zal aanbesteder daarin eerst duidelijkheid dienen te geven om vast te kunnen stellen of de opdracht als werk of als dienst kwalificeert.

4.5.8. De Commissie acht dit klachtonderdeel dan ook **gegrond**.

5. **Advies**

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **ongegron**d en klachtonderdeel 2 **gegron**d.

6. **Aanbeveling**

Ten aanzien van de onduidelijkheid in de (scope van) de opdracht beveelt de Commissie aanbesteder aan om zich te beraden op een eenduidige definitie van risico-dragend projectmanagement en alle eisen, voorwaarden en criteria daarmee in overeenstemming te brengen. Een heraanbesteding ligt dan in de rede.

Den Haag, 21 juli 2022

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Mr. M.C. Pinto

Voorzitter

Vicevoorzitter