

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 459

1. Feiten

1.1. Beklaagde, een stichting die een museum exploiteert, heeft op 26 januari 2018 een 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' via TenderNed verzonden. Hierin heeft zij bekend gemaakt dat zij voornemens is op basis van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking een overeenkomst te sluiten met X voor een overheidsopdracht voor architectendiensten tot het uitvoeren van een uitbreidingsstudie.

1.2. In Afdeling II betreffende het voorwerp van de opdracht, paragraaf II.1 betreffende de omvang van de aanbesteding is als benaming voor de opdracht in paragraaf II.1.1 'Uitbreidingsstudie' vermeld. Dat wordt herhaald in Afdeling V betreffende de gunning van een opdracht. In paragraaf II.2.4 ("Beschrijving van de aanbesteding") van de aankondiging is bepaald dat de waarde en de omvang van de opdracht in dit stadium vertrouwelijk zijn.

1.3. In paragraaf II.1.4 ("Korte beschrijving") van de aankondiging is het volgende bepaald:

'[Beklaagde] is voornemens een opdracht voor een uitbreidingsstudie te gunnen aan [architect X] met het doel om de best mogelijke oplossingsrichting te verkrijgen, rekening houdend met de monumentale en landschappelijke waarden en om op basis daarvan de besluitvorming te bevorderen. Na positieve besluitvorming wordt een reguliere architectenopdracht aan dezelfde architect verstrekt. De overige ontwerpdisciplines, zoals de bouwkundige uitwerking conform Nederlandse regelgeving, het constructief ontwerp en het installatietechnisch ontwerp worden alsdan volgens de wettelijke bepalingen aanbesteed. De partijen die alsdan de opdrachten gegund krijgen voeren die opdracht in nauwe samenwerking met de architect uit.'

1.4. In paragraaf V.2.1 ("Datum van de beslissing tot gunning van de opdracht", titel in TED) is als datum 22 januari 2018 opgenomen.

1.5. Tenslotte is in Bijlage D1 ("Algemene aanbesteding: motivering voor de gunning van de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een oproep tot mededinging in het Publicatieblad van de Europese Unie) het volgende bepaald:

'D1.1) Motivering voor de keuze van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een oproep tot mededinging in overeenstemming met artikel 32 van Richtlijn 2014/24/EU

De werken, leveringen of diensten kunnen om de volgende reden alleen door een bepaalde ondernemer worden verricht:

- aanbesteding met als doel het vervaardigen of verwerven van een uniek kunstwerk of het leveren van een unieke artistieke prestatie

D1.3) Verklaring

Verklaar duidelijk en volledig waarom gunning van de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie wettig is. Geef de relevante feiten en, indien van toepassing, de rechtsbeslissingen in overeenstemming met de betreffende richtlijn:

De locatie en de zich daarop bevindende opstallen worden als onderdeel van de expositiebeleving beschouwd. Het ontwerp voor de uitbreiding moet daarom een unieke artistieke prestatie zijn. De uitbreiding dient zich te voegen naar de omgeving, het bestaande museum en de collectie. Dit vereist bewezen ontwerp kwaliteiten en –ervaring waarbij deze drie elementen samen en ieder voor zich goed en zorgvuldig tot hun recht komen.'

- 1.6. Op 29 januari 2018 is op Architectenweb het volgende artikel verschenen:

'[X] onderzoekt uitbreiding [Beklaagde]

[Beklaagde] wil uitbreiden. [Beklaagde] in (...) heeft de [architect X] opdracht gegeven om te onderzoeken hoe en waar het gebouw uitgebreid kan worden met ongeveer 3.000 vierkante meter aan tentoonstellingsruimte. Of [architect X] ook het ontwerp mag maken, wordt later duidelijk.

Met de toekomstige uitbreiding wil [Beklaagde] de oorspronkelijke chronologie van de collectie in het gebouw herstellen, meer ruimte creëren voor naoorlogse kunst en werken die nu in het depot liggen op zaal kunnen gaan tonen. De uitbreiding moet worden ingepast in een omgeving ([K]), waarin landschap en natuur een bovengemiddeld sterke invloed uitoefenen op de architectuur.

Redenen te over om [architect X] te vragen voor de uitbreidingsstudie, meent [Y], die [Beklaagde] bij de uitbreiding adviseert namens [Z]. "[Architect X] ontwerpt uiterst zorgvuldige gebouwen, die respect tonen voor de natuur en enorm ruimtelijk zijn. Hij heeft bovendien veel ervaring met kunstmusea", zegt [adviseur Y] tegen Architectenweb.

Collectie 'omgedraaid'

Het uit 1938 stammende onderkomen van [Beklaagde] is oorspronkelijk ontworpen door [architect A] en in 1977 uitgebreid door [architect B]. Als gevolg van deze uitbreiding komt de bezoeker het [A-Gebouw] aan de andere kant binnen en ziet hij de collectie in omgekeerde volgorde. Dit is tegen de chronologie en het idee van [de oprichtster van beklaagde, C] in.

Daarnaast ontwierp [architect B] een aantal nieuwe ruimtes die bestemd waren voor naoorlogse kunst, maar in de praktijk vooral gebruikt worden voor tijdelijke tentoonstellingen. In de nieuwe situatie moeten beide componenten beter tot hun recht komen.

Dit betekent niet dat het deel dat [architect B] heeft ontworpen op de schop gaat, benadrukt [Y]. "Zowel [architect A] als [architect B] heeft natuurlijk prachtig werk geleverd. De bestaande ontwerpen zullen worden gerespecteerd en er vinden minimale ingrepen plaats.

Staatseigendom

[Adviseur Y] verwacht dat de uitbreidingsstudie eind dit jaar klaar is. [Beklaagde] heeft de intentie om [X] ook de ontwerp opdracht voor de uitbreiding te gunnen, alleen heeft het museum hier geen direct zeggenschap over. Het laatste woord in deze kwestie is aan het Rijk, dat het gebouw in eigendom heeft. [Beklaagde] was wel vrij om de uitbreidingsstudie aan [architect X] te gunnen.'

- 1.7. Op 31 januari 2018 heeft klager, een brancheorganisatie, de volgende brief aan beklagde verzonden:

'(...)

Hierna zal ik de klachtgronden van [Klager] kort toelichten:

De aankondiging is onvoldoende transparant.

De in de aankondiging verstrekte korte beschrijving van de opdracht is uiterst summier. Bij de beschrijving van de aanbesteding (aard en omvang van de dienstverlening of vermelding van de behoeften en vereisten) vermeldt u dat de waarde en omvang van de opdracht in dit stadium vertrouwelijk zijn. [Klager] vindt het hoogst merkwaardig dat vervolgens een paar dagen later op Architectenweb een artikel gepubliceerd wordt waarin u blijkbaar wel in de gelegenheid bent om nadere informatie te verstrekken over de aard en omvang van de opdracht. Zo vermeldt Architectenweb onder andere dat de opdracht een uitbreiding van de tentoonstellingsruimte van ongeveer 3000 m² omvat. [Klager] begrijpt niet waarom dit soort essentiële informatie niet in de aankondiging verstrekt is.

De ontwerpopdracht wordt ten onrechte niet openbaar aanbesteed

Blijkens de aankondiging hanteert u een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Dit is een bijzondere procedure in de Aanbestedingswet (AW art 2.32) die slechts in een beperkt aantal uitzonderingssituaties gebruikt mag worden. Blijkens de motivatie beroept u zich op 'een unieke artistieke prestatie.' Volgens AW art 2.32 sub c mag u deze onderhandelingsprocedure gebruiken indien wegens artistieke redenen de overheidsopdracht slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd. [Klager] is echter van mening dat deze uitzondering niet opgaat voor uw opdracht. [Klager] kan u prima volgen in uw argumentatie dat uw opdracht om bijzondere ontwerpqualiteiten en -ervaring vraagt van de te contracteren architect. [Klager] is echter van mening dat uw motivatie niet aannemelijk maakt dat [architect X] de enige architect is die over die bijzondere kwaliteiten en ervaring beschikt. [Klager] is van mening dat zij als brancheorganisatie meerdere Nederlandse architectenbureaus vertegenwoordigt die over de verlangde kwaliteiten en ervaring beschikken. Ook in het buitenland zullen voldoende andere bureaus beschikbaar zijn die over de juiste papieren beschikken. Nu u nagelaten heeft om te motiveren dat alleen [architect X] over de vereiste kwaliteiten en ervaring beschikt, is [Klager] van mening dat u als publiekrechtelijke instelling gehouden bent om een adequaat niveau van concurrentie voor uw opdracht open te stellen in lijn met het bepaalde in de Aanbestedingswet. [Klager] heeft er geen probleem mee dat u [architect X] rechtstreeks een eerste opdracht verstrekt voor een haalbaarheidsstudie, maar zover de vervolgoopdracht(en) de EU drempelbedragen overschrijden is [Klager] van mening dat u deze opdracht(en) openbaar dient aan te besteden, mede gelet het grensoverschrijdende belang van de opdracht. Het betreft ten slotte een prestigieuze ontwerpopdracht voor een gerenommeerd museum, waarvoor veel animo zal zijn onder architecten in binnen- en buitenland.

[Klager] hoopt van harte dat u haar klacht in behandeling neemt en besluit uw aankondiging op TenderNed aan te passen of in te trekken. Indien u niet of afwijzend reageert op onze klacht, behouden wij ons het recht voor om onze klacht voor te leggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts.'

- 1.8. De adviseur van beklagde, Y, werkzaam bij Z, heeft op 9 februari 2018 namens beklagde de volgende brief aan klager verzonden:

'Wij hebben uw brief namens [Klager] ontvangen met betrekking tot de vrijwillige aankondiging van [Beklaagde] van 26 januari 2018. We begrijpen dat u opkomt voor de door u vertegenwoordigde architectenbureaus en we kunnen ons voorstellen dat de architectenbureaus graag zelf voor de opdracht(en) in aanmerking zouden komen. Echter, het betreft hier wel degelijk een unieke artistieke prestatie waardoor de uitzondering van artikel 2.32 Aanbestedingswet van toepassing is. Bovendien is met de aankondiging voldoende transparantie gegeven conform artikel 4.16 Aanbestedingswet. We lichten dit toe.

Ingevolge artikel 2.32 lid 1 sub b onder 1 Aanbestedingswet is het mogelijk de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toe te passen, indien de aanbesteding als doel heeft het vervaardigen of verwerven van een uniek kunstwerk of een unieke artistieke prestatie. Het doel van de opdracht is een artistieke uitbreiding van het museum, die een integraal onderdeel moet vormen van de expositie. Juist bij [Beklaagde] dienen de locatie als geheel en de aanwezige architectuur gezamenlijk als behorend tot de expositie worden beschouwd en als een uniek ensemble te midden van de omringende natuur.

[Architect X] is een artistiek hoog gewaardeerde, uitzonderlijke architect. Hij heeft een nieuwe en unieke architecturale esthetiek ontwikkeld, waarin beton, hout, water, licht, ruimte en natuur als gelijkwaardige onderdelen worden ingezet. [Architect X]'s architectuur wordt gekenmerkt door een groot inlevingsvermogen in en respect voor de locatie en de omgeving en door een fijnzinnige inpassing in zowel een aanwezige bebouwde context als in een natuurlijke omgeving.

Het gaat hier om een gewenste unieke artistieke prestatie voor de uitbreiding van het museum en daarin ligt ook de artistieke vrijheid besloten om een bepaalde, unieke architect te selecteren. Juist hiervoor is artikel 2.32 Aanbestedingswet bedoeld. Hoewel wij erop vertrouwen dat er ook andere architecten zijn die hun eigen artistieke kwaliteiten hebben, zijn wij ervan overtuigd dat er geen te vergelijken is met [architect X]. We gaan er ook vanuit dat de door u te vertegenwoordigen architecten dit zullen beamen.

Wat betreft de transparantie van de aankondiging merken wij nog op dat de mededelingen van de journalist niet de mededelingen van [Beklaagde] betreffen en dat de waarde en de omvang van de opdracht nog steeds vertrouwelijk zijn.

Zoals ook in de aankondiging aangegeven worden er nog steeds opdrachten verstrekt voor de overige ontwerpdisciplines die niet vallen onder de unieke artistieke prestatie. Die opdrachten worden alsdan volgens de wettelijke bepalingen aanbesteed. Wellicht dat de door u vertegenwoordigde architecten hun kwaliteiten en ervaring bij die aanbestedingen kunnen inzetten.'

1.9. Op 19 juli 2018 heeft de Commissie een informatiebijeenkomst gehouden waarbij klager, een vertegenwoordigster van beklaagde, Y van Z en de advocaat van beklaagde aanwezig waren.

1.10. Tijdens de informatiebijeenkomst heeft beklaagde duidelijk gemaakt dat na de 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' (zie 1.1-1.5 hiervoor) één opdracht aan X is gegund voor zowel de haalbaarheidsstudie als de reguliere ontwerpdiensten. Deze opdracht heeft een waarde boven de Europese drempelwaarde. Naar aanleiding van de 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' is geen kort geding aanhangig gemaakt. Er is nog geen aankondiging van de gegunde overheidsopdracht gepubliceerd. Beklaagde geeft aan te overwegen dat alsnog te gaan doen.

- 1.11. Gevraagd naar de betrokkenheid van het Rijk geeft beklagde aan dat beklagde opdrachtgever is en dat zij financiering van het Rijk ontvangt. Ook is het huidige museumgebouw in eigendom van het Rijk.

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft in strijd met het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling gehandeld door onvoldoende gegevens betreffende de aard en omvang van de aan X te gunnen opdracht in de 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' bekend te maken, terwijl daarover in een andere publicatie meer gegevens zijn bekendgemaakt.

2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft ten onrechte met een beroep op artikel 2.32, lid 1, sub b, onder 1°, Aw 2012 de opdracht voor de haalbaarheidsstudie en de reguliere ontwerp-opdracht tezamen onderhands gegund aan X en niet in concurrentie aanbesteed.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Klager heeft moeite met de invulling door beklagde van het transparantiebeginsel. De in de 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' (zie 1.1-1.5 hiervoor) verstrekte korte beschrijving van de opdracht is uiterst summier. De beschrijving van de aanbesteding (aard en omvang van de dienstverlening of vermelding van de behoeften en vereisten) vermeldt dat de waarde en omvang van de opdracht in dit stadium vertrouwelijk zijn.
- 3.1.2. Bovendien heeft klager tijdens de informatiebijeenkomst aangegeven de 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' niet zo te hebben begrepen dat de aan X te gunnen opdracht naast de haalbaarheidsstudie ook reeds de reguliere ontwerpdiensten zou omvatten.
- 3.1.3. Klager geeft aan dat het in de praktijk ook voorkomt dat de reguliere ontwerp-opdracht na een haalbaarheidsstudie alsnog wordt aanbesteed en dat deze opdrachten niet altijd aan dezelfde architect worden gegund.
- 3.1.4. Verder vindt klager het hoogst merkwaardig en ongepast dat een paar dagen na de verzending van de 'Aankondiging in geval vrijwillige transparantie vooraf' op Architectenweb een artikel gepubliceerd wordt waarin nadere informatie verstrekt wordt over de aard en omvang van de opdracht.
- 3.1.5. Zo vermeldt Architectenweb onder andere dat de opdracht een uitbreiding van de tentoonstellingsruimte van ongeveer 3000 m2 omvat. Ook de mededeling dat het Rijk het laatste woord heeft bij de beslissing of de reguliere architectenopdracht gegund wordt aan X lijkt zeer relevant.
- 3.1.6. Klager begrijpt niet waarom dit soort essentiële informatie niet in de aankondiging verstrekt is. Het antwoord van beklagde dat dit artikel mededelingen van de journalist betreft en niet van beklagde vindt klager te gemakkelijk.

3.1.7. De journalist beroept zich op een interview met de heer Y, die nota bene in de aankondiging opgevoerd wordt als de contactpersoon van beklagde ter zake de aankondiging. De lezers van Architectenweb kunnen er in redelijkheid toch vanuit gaan dat de door de contactpersoon gegeven informatie correct is en dat deze persoon niet op eigen houtje een interview geeft zonder toestemming van zijn opdrachtgever, namelijk beklagde. Nu er relevante informatie verstrekt wordt buiten de formele kanalen, kan ook het gelijkheidsbeginsel in gevaar komen. Niet alle geïnteresseerde bureaus zullen trouwe lezers van Architectenweb zijn.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Voorts maakt klager bezwaar tegen de gunning aan architect X van de haalbaarheidsstudie en de reguliere ontwerpdiensten tezamen, zonder passende concurrentiestelling.

3.2.2. Beklaagde beroept zich op artikel 2.32 Aw 2012, omdat de opdracht een unieke artistieke prestatie betreft en stelt dat zij – omdat het om een unieke artistieke prestatie gaat – rechtstreeks een unieke architect mag selecteren. Deze argumentatie is volgens klager wat kort door de bocht.

3.2.3. Klager is van mening dat de in de aankondiging verstrekte motivering onvoldoende is om een beroep op artikel 2.32 Aw 2012 te rechtvaardigen. Op grond van de relevante jurisprudentie (klager verwijst naar HvJEU 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2194 zaak C-19/13 Fastweb) moet de aanbestedende dienst duidelijk en ondubbelzinnig haar redenen uitdrukken. Dat is volgens klager in onderhavige aanbestedingsprocedure niet, dan wel onvoldoende, gebeurd.

3.2.4. Klager kan volgen dat het een unieke opdracht betreft. Dat geldt naar de mening van klager tot op zekere hoogte voor iedere prestigieuze ontwerpopdracht voor een publiek gebouw. Klager kan ook nog volgen dat X een unieke architect is. Zij gelooft echter niet dat X de enige unieke architect op de wereld is die deze opdracht kan uitvoeren. Er zijn volgens klager meer bureaus die over voldoende artistieke kwaliteiten beschikken om de opdracht succesvol uit te voeren.

3.2.5. Klager stelt dat beklagde onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat X de enige architect is die de opdracht kan uitvoeren. Zij heeft slechts aannemelijk gemaakt dat deze architect geschikt is. Klager wil er op wijzen dat architectendiensten te kwalificeren zijn als een heterogene dienstverlening. Ieder bureau heeft zijn eigen signatuur en levert dus tot op zekere hoogte unieke diensten en prestaties. Desondanks gaan de Europese aanbestedingsregels ervan uit dat architectendiensten gewoon aanbesteed moeten worden boven de drempelbedragen.

3.2.6. Klager is van mening dat de hoofdregel dat er boven de drempel aanbesteed dient te worden ook opgaat voor de architectenopdracht van beklagde en dat alle geïnteresseerde architectenbureaus in de gelegenheid gesteld moeten worden om aan te tonen dat zij wel degelijk beschikken over de in de aankondiging vermelde noodzakelijke artistieke competenties.

4. Reactie beklagde

4.1. Klachtonderdeel 1

4.1.1. Beklaagde merkt op dat zij, hoewel zij meent niet aanbestedingsplichtig te zijn, ervoor heeft gekozen vrijwillige transparantie te betrachten door op 26 januari 2018 de voorgenomen opdrachtverlening op TenderNed aan te kondigen (zie 1.1 hiervoor). Klager acht blijkens de onderbouwing van haar klacht bij de Commissie

de door beklagde verstrekte informatie onvoldoende. Uit de aankondiging blijkt volgens beklagde echter duidelijk dat het om een uitbreiding van een museum gaat, aan wie onderhands wordt gegund, op grond van welk wetsartikel en wat de redenen hiervoor zijn. De waarde van de opdracht is niet vermeld omdat dit zeer bedrijfsvertrouwelijke informatie betreft die naar de mening van beklagde niet bekendgemaakt hoeft te worden.

4.1.2. Aan het voorgaande doet niet af dat in een interview voor de website Architectenweb desgevraagd is verteld dat het waarschijnlijk om circa 3.000 vierkante meter gaat. Beklaagde stelt dat deze informatie niet essentieel is en voor zover dat voor een architect wel van belang zou zijn, had die vraag gesteld kunnen worden en was deze informatie in ieder geval dus al drie dagen na de aankondiging bekend via Architectenweb.

4.1.3. Tijdens de informatiebijeenkomst heeft beklagde nog aangegeven dat de opdracht voor de haalbaarheidsstudie en de reguliere ontwerpdiensten na de 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' aan X is gegund met voor de reguliere ontwerpdiensten een ontbindende voorwaarde voor het geval negatief wordt besloten omtrent de voortzetting van het contract. Volgens beklagde komt dit juridisch op hetzelfde neer als de situatie waarin in eerste instantie slechts de opdracht voor de haalbaarheidsstudie aan X was gegund en na positieve besluitvorming ook de opdracht voor de reguliere ontwerpdiensten aan X zou worden gegund.

4.2. Klachtonderdeel 2

4.2.1. Beklaagde stelt dat klager de Commissie vraagt om een oordeel te geven over de reikwijdte van artikel 2.32, lid 1, sub b, onder 1°, Aanbestedingswet 2012 omdat klager van mening is dat beklagde in de aankondiging onvoldoende heeft gemotiveerd waarom op basis daarvan een beroep wordt gedaan op genoemde bepaling.

4.2.2. Beklaagde is van mening dat zij wel degelijk met succes een beroep op deze wettelijke uitzonderingsbepaling kan doen. Aan de keuze voor X is een lang besluitvormingsproces voorafgegaan. In het document "Architectuurambitie uitbreiding" van 30 november 2017 zijn de achtergrond en de opgaaf voor de uitbreiding omschreven en wordt de hieruit voortvloeiende keuze voor X als enige architect voor deze opdracht gemotiveerd (zie 4.2.9 hierna).

4.2.3. De keuze van beklagde voor X wordt met name bepaald door het unieke ensemble van architectuur, kunst en natuur dat het museum is en de daaruit voortkomende eisen ten aanzien van de uitbreiding, nader omschreven in het genoemde document "Architectuurambitie uitbreiding". Het maken van specifieke en weloverwogen artistieke keuzes vormt de kern van het beleid van beklagde. Beklaagde heeft volledige vrijheid tot het verstrekken van unieke opdrachten aan unieke kunstenaars en heeft daarvoor als in een breed internationaal netwerk opererende instelling ook de expertise. Ook van de nu gewenste uitbreidingsstudie verwacht beklagde een unieke artistieke prestatie, slechts te leveren door een specifieke, unieke architect: X.

4.2.4. Beklaagde betwist dan ook uitdrukkelijk de stelling van klager dat er voldoende bureaus zouden zijn die de voorliggende opdracht kunnen uitvoeren. Er wordt door klager ook geen enkel bewijs geleverd van deze stelling, zodat reeds om die reden haar eventuele klacht ongegrond moet worden verklaard.

4.2.5. Zoals in voornoemd document "Architectuurambitie uitbreiding" beschreven, kenmerkt en onderscheidt beklagde zich van andere landelijke en mondiale mu-

sea door de inpassing in de omgeving: het indrukwekkende K. Het gebouw zelf en het landschap maken samen met de collectie onderdeel uit van de kunstbeleving.

- 4.2.6. Uit de motivering van de klacht blijkt dat klager ervan uitgaat dat sprake is van een reguliere architectenopdracht. Uit het voorgaande blijkt dat dit niet het geval is en de klacht dus is gestoeld op een feitelijke misvatting.
- 4.2.7. Beklaagde is juist van harte bereid om alle overige ontwerpdiensten aan te besteden. Zij zal dat ook bij de onderhavige uitbreiding doen, zoals in de aankondiging is vermeld. Alleen hetgeen van belang is om de unieke artistieke prestatie volledig tot zijn recht te laten komen, wordt vanzelfsprekend door X ontworpen of wordt onder zijn supervisie uitgewerkt. Alleen voor de strikt noodzakelijke artistieke inspanning wordt dus een beroep op artikel 2.32, lid 1, sub b, onder 1^o, Aw 2012 gedaan.
- 4.2.8. Tijdens de informatiebijeenkomst voert beklagde nog aan dat artikel 2.32, lid 1, sub b, onder 1^o Aw 2012 niet zo moet worden uitgelegd dat dit artikel tot een dode letter wordt.
- 4.2.9. Beklaagde heeft bij haar reactie op de klacht het document "Architectuurambitie uitbreiding" van 30 november 2017 van Z gevoegd:

'Architectuurambitie uitbreiding

1 Inleiding, criteria

Het Haalbaarheidsonderzoek voor de uitbreiding van het [Museum] is eind juni 2017 afgerond met een presentatie aan de Raad van Toezicht. Daarna is de definitiefase gestart waarin het Programma van Eisen wordt opgesteld, evenals het Plan van Aanpak voor de ontwerpfase. In de definitiefase moet ook worden nagedacht over de samenstelling van het Ontwerpteam. De belangrijkste ontwerper daarin is de architect omdat deze bepalend is voor de architectonische uitstraling van de uitbreiding. De vraag die nu voorligt is: welke selectiecriteria moeten worden gehanteerd om een goede architectenkeuze te maken? In het Haalbaarheidsonderzoek zijn ruimtelijke beperkingen genoemd die de basis vormen voor de selectiecriteria; leidend zijn de selectiecriteria betreffende het [Museum] in de huidige vorm en de ligging van het museum in het natuurlijke landschap.

2 Bestaande situatie

(...)

De nieuwe uitbreiding van [Beklaagde] dient zich in bescheidenheid en op natuurlijke wijze te voegen in de bestaande situatie. De uitbreiding zelf moet, net als de [architect B] vleugel ten opzichte van de [architect A]vleugel, zowel een sterke eigen identiteit hebben als een vanzelfsprekende en ingetogen relatie aangaan met het bestaande museumgebouw, zodat een nieuwe eenheid ontstaat. De uitbreiding moet aldus als nieuwe entiteit herkenbaar zijn zonder de bestaande bebouwing te overschaduwen. De uitbreiding moet aanvoelen als een logische completering van de bestaande museumvleugels.

3 Natuurlijke omgeving

(...). De natuur en het landschap spelen een grote rol in de aantrekkingskracht van het museum. (...) De natuur en het landschap moeten beschouwd worden als onlosmakelijke onderdelen van de presentatie van het [Museum].

De natuurlijke omgeving ter plaatse wordt beschermd door de bepalingen van Natura 2000. Dat geeft aan dat de natuur grote waarde heeft. Het gaat hierbij

om de samenhangende leef- en groeiomgeving van diverse soorten. De uitbreiding van het museum dient zich daarom op vanzelfsprekende wijze te voegen in het landschap en dient de natuur als uitgangspunt te nemen voor ontwerpkeuzes.

4 Museum als onderdeel collectie

(...) In de collectie bevindt zich menig werk met iconenstatus, waar museumbezoekers uit de hele wereld speciaal voor komen. (...)

Zowel de [architect A-]vleugel als de [architect B]vleugel is specifiek ontworpen voor de kunstwerken die erin werden ondergebracht. [Architect A] maakte een intiem gebouw voor [de schilderijencollectie], [architect B] ontwierp zijn uitbreiding voor de grote sculpturen en installaties van de jaren zestig en zeventig. De museumarchitectuur is hierdoor een onlosmakelijk onderdeel van de presentatie. Uit onderzoek blijkt dat de museumbezoeker dit ook zo ervaart: [het Museum] wordt met name gewaardeerd door de combinatie van kunst, architectuur en natuur. De nu beoogde uitbreiding van het museum vraagt om een unieke artistieke prestatie omdat deze een volwaardige aanvulling moet zijn op het architectonische deel van de presentatie van het [Museum], inclusief de belangrijke interieurelementen zoals de vaste en losse inrichting. De architectonische samenhang tussen gebouw en interieur en het ontwerpen van vaste interieurelementen en meubilair vereisen ambachtelijk vakmanschap.

5 Voorbeelden

Alle hiervoor genoemde kenmerken van de bestaande situatie zijn als selectiecriteria te formuleren ervaringseisen waaraan de architect moet voldoen. Het gaat om bewezen ervaring die geleid heeft tot goede resultaten met:

- uitbreiding aan en met respect voor bestaande, monumentale gebouwen;
- uitbreiding verweven met natuur en landschap;
- uitbreiding inclusief belangrijke interieurelementen, in harmonie met de kunstcollectie;
- uitbreiding en bouw van museale architectuur, in wisselwerking met en afgestemd op de daarin te exposeren kunstwerken.

Het is van groot belang dat het ontwerp vanaf de eerste schets overtuigend is. Alle belanghebbenden moeten immers zich achter het ontwerp scharen, moeten het ontwerp zien als dé oplossing voor de uitbreiding, als dé geniale vondst. Het ontwerp moet bij iedereen de handen op elkaar krijgen: bij de gebouweigenaar, de grondeigenaar, de financier, de vergunningverleners alsook intern bij de Raad van Toezicht en de medewerkers.

Tijdens brainstormsessies met de museummedewerkers in de initiatieffase zijn eigentijdse voorbeelden genoemd van goede ruimtelijke oplossingen voor specifieke functies en ontwerp oplossingen die passen bij de statuur en de situatie van [het Museum]. Er zijn ook enkele minder geslaagde oplossingen genoemd die voornamelijk materiaalkeuzes en detaillering betreffen. De genoemde goede voorbeelden combineren heldere, bescheiden architectuur met de natuurlijke omgeving. Door zorgvuldige materiaalkeuzes, uitgekiende detaillering en ruimtelijkheid in de gebouwen wordt Architectuur gemaakt.

Hoewel de omvang van de ontwerpogave nog niet is bepaald, ligt het voor de hand om de uitbreiding ondergronds te realiseren, in elk geval gedeeltelijk, gelet op de vigerende wet- en regelgeving. Ondergrondse architectuur vergt bijzondere vaardigheden van een architect omdat er, anders dan normaal gesproken, geen identiteit te ontlenen is aan externe architectonische expressiemiddelen zoals gevels. De architectonische beleving kan in een ondergronds gebouw alleen gerealiseerd worden met verrassende elementen zoals zichtlijnen, het op gepaste posi-

ties binnenlaten van daglicht, zorgvuldige en eerlijke materiaalkeuzes en uiterste aandacht voor detaillering.

[Architect X] heeft als geen ander bewezen over deze kwaliteiten en ervaring te beschikken, van het niveau van grote gebouwen tot en met het niveau van inrichtingselementen en meubilair. [Architect X] is de Architect, de ambachtelijk vakman, die de complexiteit van ontwerpogave in de context kan doorgronden en daarvoor de overtuigende oplossing kan creëren.

Aansprekende voorbeelden van musea van [architect X] zijn [voorbeelden]. Met name de ondergrondse gebouwen van [museum L] en [museum M] zijn van betekenis voor het [Museum]. Beide musea zijn gesitueerd in een Nationaal Park met een strenge wet- en regelgeving en navenante beperkingen. Bij [museum L] bevindt de helft van het bouwvolume zich ondergronds, [museum M] bevindt zich vrijwel geheel onder de grond (...). Het museum werd ontworpen voor een relatief klein aantal kunstwerken (...). Het resultaat is een van [architect X]'s meest adembenemende en spirituele werken, waarin architectuur, kunst en natuur werkelijk samenkomen.

[Architect X]'s ondergrondse architectuur, in [museum M] en elders, gaat op een haast sculpturale wijze op in de omgeving en roept daardoor associaties op met land art. Het zijn verzonken plekken, die voort lijken te komen uit de aarde en een eenheid vormen met de natuur; 'earthworks', vergelijkbaar met land art. (...)

- 4.2.10. Klager legt volgens beklagde geen klacht neer maar stelt een vraag en heeft beklagde niet gevraagd om de keuze voor X nader te motiveren. Beklagde verzoekt de Commissie de gestelde vraag onbeantwoord te laten dan wel de klacht van klager ongegrond te verklaren.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde, een museum, op 26 januari 2018 een 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' via TenderNed heeft verzonden. Hierin heeft zij bekend gemaakt dat zij voornemens is op basis van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking een overeenkomst te sluiten met X voor een overheidsopdracht voor architectendiensten tot het uitvoeren van een uitbreidingsstudie. Op deze procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, 2 en 4 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

5.2. Klachtonderdeel 1

- 5.2.1. Alvorens tot behandeling van klachtonderdeel 1 over te gaan, geeft de Commissie hierna eerst het toetsingskader weer.
- 5.2.2. Op grond van artikel 1.9, lid 1, Aw 2012 dient een aanbestedende dienst transparant te handelen.
- 5.2.3. In artikel 2.134, lid 1, Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst die een overheidsopdracht heeft gegund de aankondiging van de gegunde overheidsopdracht bekendmaakt met behulp van het elektronische systeem voor aanbestedingen binnen 30 dagen na de gunning van die overheidsopdracht.
- 5.2.4. De te beantwoorden vraag is of beklagde aan haar in 5.2.2 hiervoor bedoelde transparantieverplichting heeft voldaan, in die zin dat zij de omvang van de opdracht in de 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' zodanig

heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige (potentiële) inschrijvers de omvang van de opdracht op dezelfde wijze zullen uitlegen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van de omvang van de opdracht moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.

- 5.2.5. Naar het oordeel van de Commissie heeft beklagde in strijd met het transparantiebeginsel van artikel 1.9, lid 1, Aw 2012 gehandeld door in de 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' de aard en omvang van de opdracht onvoldoende bekend te maken. Niet alleen wordt geen informatie verstrekt omtrent de waarde en omvang van de uitbreiding van het museum, bovendien zullen niet alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige potentiële inschrijvers de aankondiging in die zin uitleggen dat deze aankondiging tevens de opdracht voor de reguliere ontwerpdiensten betreft. In de aankondiging is de opdracht immers steeds aangeduid als 'uitbreidingsstudie' (zie 1.2 hiervoor) en de zin 'Na positieve besluitvorming wordt een reguliere architectenopdracht aan dezelfde architect verstrekt.' (zie 1.3 hiervoor) geeft in dat licht onvoldoende duidelijkheid.
- 5.2.6. Overigens wordt het beeld, dat in eerste instantie slechts de uitbreidingsstudie aan X wordt gegund, vervolgens bevestigd in het artikel op Architectenweb (zie 1.7 hiervoor). Daarin staat immers dat later duidelijk wordt of X ook het ontwerp mag maken. Tevens is vermeld dat verwacht wordt dat de uitbreidingsstudie eind dit jaar klaar is, dat beklagde de intentie heeft om X ook de ontwerpopdracht voor de uitbreiding te gunnen, maar dat beklagde hier geen directe zeggenschap over heeft. In het artikel staat dat het laatste woord daarover aan het Rijk is, dat het gebouw in eigendom heeft.
- 5.2.7. Of het juridisch gezien voor beklagde of architect X uitmaakt of eerst de opdracht voor de haalbaarheidsstudie wordt gegund en vervolgens, na positieve besluitvorming, de opdracht voor de reguliere ontwerpdiensten als afzonderlijke opdracht aan X wordt gegund of dat de haalbaarheidsstudie en de reguliere opdracht tezamen als één opdracht worden gegund met voor de reguliere ontwerpdiensten een ontbindende voorwaarde voor het geval negatief wordt besloten omtrent de voortzetting van het contract, kan in het midden blijven. De desbetreffende opmerking van beklagde (zie 4.1.3 hiervoor) gaat voorbij aan de aanbestedingsrechtelijke relevantie van de vraag of beklagde ten opzichte van potentiële inschrijvers in strijd met het transparantiebeginsel heeft gehandeld.
- 5.2.8. Door binnen de termijn van 20 dagen van artikel 4.16, lid 1, sub c, Aw 2012 via Architectenweb meer informatie bekend te maken dan zij in de 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' heeft gedaan, heeft beklagde naar het oordeel van de Commissie bovendien in strijd met het beginsel van gelijke behandeling gehandeld. Potentiële inschrijvers die het artikel op het Architectenweb hebben gelezen, beschikten immers over meer relevante informatie dan andere potentiële inschrijvers. Om die reden is dan ook voor de vooraankondiging, de aankondiging en de aanbesteding van de gegunde opdracht in de Aanbestedingswet 2012 bepaald (artikel 2.60, lid 3, artikel 2.65, lid 3 en 2.134, lid 6 Aw 2012) dat andere wijzen van bekendmaking dan via TenderNed geen andere informatie mag bevatten.
- 5.2.9. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond.

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

5.2.11. Doordat niet alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige potentiële inschrijvers de 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' zullen uitleggen in die zin dat de aan X te gunnen opdracht ook de reguliere ontwerpdiensten omvat, kan naar het oordeel van de Commissie voor dit deel van de opdracht geen beroep worden gedaan op artikel 4.16, lid 1, Aw 2012. Zolang er geen aankondiging van een gegunde opdracht is gepubliceerd en daarna de termijn van 30 dagen van artikel 4.15, lid 2, sub a, Aw 2012 niet is verstreken, kan beklagde evenmin een beroep doen op artikel 4.15, lid 2, sub a, Aw 2012.

5.3. Klachtonderdeel 2

5.3.1. Alvorens tot behandeling van klachtonderdeel 2 over te gaan, geeft de Commissie hierna eerst het toetsingskader weer.

5.3.2. In artikel 11, lid 3, aanhef en sub b en c, van Richtlijn 92/50/EEG was destijds bepaald:

'3. De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen hun overheidsopdrachten voor dienstverlening plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht:

(...)

(c) in geval van diensten die om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten slechts aan een bepaalde dienstverlener kunnen worden toevertrouwd;

(d) in geval de opdracht voortvloeit uit een prijsvraag voor ontwerpen en volgens de toepasselijke voorschriften aan de winnaar of aan een van de winnaars van die prijsvraag moet worden gegund. In dit laatste geval moeten alle winnaars van de prijsvraag worden uitgenodigd tot de onderhandelingen.

(...)'

5.3.3. In de daaropvolgende richtlijn, Richtlijn 2004/18/EG, waren in artikel 31, lid 1, sub b en lid 3 dezelfde bepalingen opgenomen.

5.3.4. Inmiddels is in artikel 32, lid 2, sub b, onder i) van Richtlijn 2014/24/EU bepaald:

'Artikel 32

Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

1. De lidstaten kunnen voorschrijven dat, in de in de leden 2 tot en met 5 bepaalde specifieke gevallen en omstandigheden, de aanbestedende diensten overheidsopdrachten kunnen gunnen volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

2. De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten kan worden gevolgd in elk van de volgende gevallen:

(...)

b) indien de werken, leveringen of diensten alleen door een bepaalde ondernemer kunnen worden verricht, om een van de volgende redenen:

i) de aanbesteding heeft als doel het vervaardigen of verwerven van een uniek kunstwerk of het leveren van een artistieke prestatie;

(...)'

5.3.5. In overweging 50 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU is, onder meer, bepaald:

'Gelet op de concurrentieschade dienen onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden te worden gebruikt. Deze uitzondering moet worden beperkt tot gevallen waarin bekendmaking niet mogelijk is wegens dwingende spoed als gevolg van gebeurtenissen die de aanbestedende dienst niet kon voorzien en die hem niet toegerekend kunnen worden, of van meet af aan duidelijk is dat bekendmaking niet tot meer concurrentie of betere aanbestedingsresultaten zal leiden, niet het minst omdat objectief gezien slechts één ondernemer de opdracht kan uitvoeren. Dit is het geval met kunstwerken, waarbij het unieke karakter en de waarde van het kunstvoorwerp inherent zijn aan de identiteit van de kunstenaar. De exclusiviteit kan ook uit een andere reden voortkomen, maar het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking is alleen in geval van objectieve exclusiviteit te rechtvaardigen, als de exclusiviteit niet door de aanbestedende dienst zelf met het oog op de toekomstige aanbestedingsprocedure is gecreëerd.'

5.3.6. In artikel 2.32, lid 1, sub b, onder 1°, Aw 2012, waarin artikel 32, lid 2, sub b, onder i) van Richtlijn 2014/24/EU is geïmplementeerd, is, onder meer, bepaald:

1. 'De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen indien:
 - a. (...)
 - b. de overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat:
 - 1°. de aanbesteding als doel heeft het vervaardigen of verwerven van een uniek kunstwerk of een unieke artistieke prestatie, (...).'

5.3.7. Op grond van artikel 32, lid 1, sub b, onder 3°, Aw 2012 mag een aanbestedende dienst onder bepaalde voorwaarden ook een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen indien de overheidsopdracht alleen door een bepaalde ondernemer kan worden verricht omdat uitsluitende rechten, waaronder intellectuele eigendomsrechten moeten worden beschermd.

5.3.8. Op grond van artikel 2.34 Aw 2012 mag een aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen voor een overheidsopdracht voor diensten indien die overheidsopdracht voortvloeit uit een procedure van het uitschrijven van een prijsvraag en volgens toepasselijke voorschriften aan de winnaar of aan een van de winnaars van die prijsvraag dient te worden gegund en de aanbestedende dienst alle winnaars van de prijsvraag tot de onderhandelingen uitnodigt.

5.3.9. Volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie heeft de onderhandelingsprocedure het karakter van een uitzondering en kan zij slechts worden toegepast in limitatief in de aanbestedingsrichtlijnen opgesomde gevallen. Deze gevallen dienen strikt te worden uitgelegd en op de aanbestedende dienst rust de bewijslast. De aanbestedende dienst moet niet alleen aantonen dat sprake is van een uniek kunstwerk of een unieke artistieke prestatie, maar ook dat dat het volstrekt noodzakelijk maakt om de overheidsopdracht aan een bepaalde ondernemer te gunnen. Het Hof van Justitie EU heeft zich weliswaar nog niet in deze zin uitgesproken over die uitzonderingsgrond (en ook niet over de uitzonderingsgrond van de 'artistieke redenen' in de eerdere richtlijnen), maar wel over de uitzonderingsgrond van de technische redenen van (inmiddels) artikel 32, lid 1, sub b, onder ii, Richtlijn 2014/24/EU, zie HvJ EG 18 mei 1995,

ECLI:EU:C:1995:150, zaak C-57/94, Commissie/Italië, r.o. 23-24; HvJ EG 2 juni 2005, ECLI:EU:C:2005:336, zaak C-394/02, Commissie/Griekenland, r.o. 33-39 en HvJ EG 8 april 2008, ECLI:EU:C:2008:203, zaak C-337/05, Commissie/Italië, r.o. 55-58).

5.3.10. De Commissie zal hierna ook enkele relevante passages uit beleidsdocumenten en literatuur citeren.

5.3.11. In de 'Handleiding: Voorschriften van de Gemeenschap inzake overheidsopdrachten voor dienstverlening' betreffende van de oude Richtlijn Diensten (92/50/EEG) van de Europese Commissie uit 1997 heeft de Europese Commissie over artikel 11, lid 3, aanhef en sub b, van de oude Richtlijn 92/50/EEG het volgende opgemerkt:

'Dit is een zeer beperkte uitzondering, die alleen geldt voor gevallen waarin kan worden gesteld dat een oproep tot het indienen van offertes of blijken van belangstelling een anomalie zou zijn omdat er slechts één dienstverlener is die die bepaalde dienst kan verlenen [Noot 63: Zie het arrest in zaak C-328/92, *Commissie/Spanje* (...)]. De gevallen waarin men zich het veiligst op deze uitzondering kan beroepen zijn die waarin een bepaalde dienstverlener het exclusieve recht heeft om een bepaalde dienst te verrichten. De uitzondering geldt evenwel niet indien dit exclusieve recht aan anderen in licentie is gegeven of indien een dergelijke licentie redelijkerwijs kan worden verkregen. Zo zou bijvoorbeeld een beeldhouwer het exclusieve recht hebben om een door hem zelf gebeeldhouwd kunstwerk te repareren of opnieuw te maken, maar hij zou niet het exclusieve recht hebben om foto's van het werk te vervaardigen indien hij anderen reeds toestemming heeft gegeven om dergelijke foto's te maken.

De gevallen waarin, buiten het bestaan van exclusieve rechten, het gebruik van een onderhandelingsprocedure kan worden verantwoord door te verwijzen naar technische of artistieke redenen zijn werkelijk zeer zeldzaam. Een voorbeeld zou het geval kunnen zijn waarin een lokale overheid reeds een kunstwerk heeft besteld en later beslist een tweede kunstwerk te bestellen dat daarmee een "paar" moet vormen. In dat geval zal moeten worden aangetoond dat om objectieve redenen niet kon worden overwogen dat tweede kunstwerk door een andere kunstenaar te laten maken.'

5.3.12. Adriaansens schrijft in *Auteursrecht van de architect* (2015, hfd 7) over artikel 2.32, lid 1, sub b, Aw 2012 onder meer:

'In relatie tot het auteursrecht van de architect is artikel 2.32 onder b van de Aanbestedingswet 2012 van belang. Op basis van dit artikel mag een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking worden gevolgd indien de overheidsopdracht om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van uitsluitende rechten slechts aan één bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd. De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking biedt de aanbestedende dienst de mogelijkheid de betreffende overheidsopdracht onderhands (één op één) te gunnen.

Dus in geval van een bepaalde overheidsopdracht ter voorkoming van inbreuk op het auteursrecht slechts aan één (de oorspronkelijke) architect kan worden gegund, kan wellicht gebruik worden gemaakt van de uitzondering als bedoeld in artikel 2.32 onder b van de Aanbestedingswet 2012. Let wel, op basis van het arrest van het Hof van Justitie van de EU d.d. 3 mei 1994, zaak C-328/92, dient naast bescherming van uitsluitende rechten sprake te zijn van een situatie waarin de facto geen sprake meer is van concurrentie.

Voor pure nieuwbouw lijkt voornoemde uitzondering niet goed toepasbaar. Zelfs als een aanbestedende dienst nieuwbouw wenst, geïnspireerd op een bestaand werk is het goed denkbaar dat iedere architect, zulks uiteraard met inachtneming van het auteursrecht van de oorspronkelijk architect, een ontwerp kan realiseren. Er zal dus nog steeds sprake kunnen zijn van concurrentie. Bij verbouwwerkzaamheden lijkt er evenwel meer ruimte te bestaan voor toepassing van deze uitzonderingsregel, omdat het alsdan meer in de rede ligt dat de oorspronkelijk architect zich op 'aantasting' of 'verminking' van zijn werk kan beroepen. Een en ander zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld.'

- 5.3.13. Arrowsmith schrijft over de uitzonderingsgrond van de 'artistieke redenen' (The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK, 2014, 10-15):

'The need for a particular provider for artistic reasons could exist where an authority wishes to purchase a unique work of art, or to contract with a particular artist or performer—for example, a photographer, or an artist for painting murals. (...)

The issue will not generally arise under the directives/regulations in relation to artistic services, since these are generally Part B services. However, the unique nature of the work may be relevant to judging whether a competition is required under the TFEU.'

- 5.3.14. Ook Pijnacker Hordijk, e.a. (E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, Aanbestedingsrecht, Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht, 2009, par. 7.3.6.2) gaven als voorbeeld:

'Een goed voorbeeld van een situatie waarin deze bepaling voor toepassing in aanmerking kan komen is de verlening van een opdracht voor een aanvankelijk niet voorziene uitbreiding of verbouwing van een bestaand bouwwerk aan de architect die het bouwwerk oorspronkelijk heeft ontworpen. In een dergelijk geval zal een combinatie van auteursrechten van die architect op het ontwerp voor het oorspronkelijke gebouw en de wens de homogeniteit van het bouwwerk te bewaren er meer dan eens aan in de weg staan dat met een andere architect in zee wordt gegaan.'

- 5.3.15. De Commissie zal nu overgaan tot de inhoudelijke beoordeling van klachtonderdeel 2.

- 5.3.16. Tussen partijen staat niet ter discussie dat opdrachten voor architectendiensten met een waarde boven de Europese drempelwaarden in beginsel in concurrentie moeten worden aanbesteed.

- 5.3.17. Onder de oude aanbestedingsrichtlijnen werden architectendiensten aangemerkt als zogenoemde A-diensten waarop het volledige aanbestedingsregime van toepassing was (zie artikel 8 en Bijlage IA onder 12 bij Richtlijn 92/50/EEG en artikel 20 en Bijlage IIA onder 12 bij Richtlijn 2004/18/EG). Ook onder de huidige Richtlijn 2014/24/EU vallen architectendiensten niet onder de categorie 'sociale en andere specifieke diensten'.

- 5.3.18. Uit het voorgaande volgt dat architectendiensten niet generiek zijn uitgezonderd van de hoofdregel dat overheidsopdrachten met een waarde die boven de Europese drempelbedragen ligt, aanbestedingsplichtig zijn.

- 5.3.19. Vervolgens is het de vraag of voor architectendiensten een beroep kan worden gedaan op de uitzonderingsgrond van artikel 2.32, lid 1, sub b, onder 1^o, Aw 2012. De Commissie zal bij de beantwoording van deze vraag ingaan op de be-

doeling van de Uniewetgever zoals die blijkt uit de systematiek van de aanbestedingsrichtlijnen (zie daarover ook 5.3.1-5.3.14 hiervoor).

- 5.3.20. Naar het oordeel van de Commissie ligt in de systematiek van de aanbestedingsrichtlijnen besloten dat de grond van 'het artistieke kunstwerk of de unieke artistieke prestatie' niet als een generieke uitzonderingsgrond voor architectendiensten fungeert. Zou dat laatste immers wel het geval zijn, dan zouden de aanbestedingsrichtlijnen enerzijds de hoofdregel tot uitgangspunt nemen dat architectendiensten gewoon in concurrentie moeten worden aanbesteed en anderzijds dat uitgangspunt volledig neutraliseren met de uitzonderingsgrond van 'het artistieke kunstwerk of de unieke artistieke prestatie' (de 'artistieke redenen' in de eerdere richtlijnen).
- 5.3.21. Het voorgaande laat echter de mogelijkheid open dat de Uniewetgever wellicht voor ogen heeft gehad dat een architectendienst in een specifiek geval wel uitgezonderd kan zijn van een aanbestedingsplicht in geval van een 'artistiek kunstwerk' of een 'unieke artistieke prestatie'. De Commissie is evenwel van oordeel dat niet kan worden aangenomen dat de Uniewetgever die mogelijkheid heeft willen openen.
- 5.3.22. In dat kader is naar het oordeel van de Commissie relevant dat de Uniewetgever in een bijzondere procedure heeft voorzien, de prijsvraag, die bij architectendiensten kan worden toegepast. Daarmee heeft de Uniewetgever expliciet voorzien in een bijzondere procedure waarmee enerzijds recht kan worden gedaan aan het belang van het oproepen van competitie tussen architecten en waarmee anderzijds tegemoet kan worden gekomen aan de specifieke belangen die spelen in het kader van een architectenselectie.
- 5.3.23. In beleidsdocumenten, jurisprudentie en literatuur heeft de Commissie voorts niet teruggevonden dat expliciet een verband kan worden gelegd tussen architectendiensten en de uitzonderingsgrond van 'het artistieke kunstwerk of de unieke artistieke prestatie' (of de 'artistieke redenen' uit de eerdere richtlijnen). Wel komen architectendiensten met enige regelmaat ter sprake in het kader van de uitzonderingsgrond van de 'uitsluitende rechten' van artikel 2.32, lid 1, sub b, onder 3° Aw 2012 (of de 'bescherming van alleenrechten' in de eerdere richtlijnen). Eveneens wordt regelmatig een verband gelegd tussen architectendiensten en de procedure van de prijsvraag.
- 5.3.24. Nergens blijkt derhalve dat het de bedoeling van de Uniewetgever is geweest dat een architectendienst in een specifiek geval wel uitgezonderd kan zijn van een aanbestedingsplicht via de uitzonderingsgrond van 'het artistieke kunstwerk of de unieke artistieke prestatie' (of de 'artistieke redenen' uit de eerdere richtlijnen).
- 5.3.25. Ten slotte heeft de Commissie geen aanwijzingen gevonden dat de Uniewetgever met de wijziging van de formulering van de uitzonderingsgrond van 'artistieke redenen' in 'de aanbesteding heeft als doel het vervaardigen of verwerven van een uniek kunstwerk of het leveren van een artistieke prestatie' heeft beoogd het toepassingsbereik van de uitzonderingsgrond uit te breiden. Integendeel, met de nieuwe formulering lijkt de Uniewetgever de uitzonderingsgrond juist verder te hebben willen begrenzen.
- 5.3.26. Het voorgaande leidt de Commissie tot de conclusie dat in het kader van architectendiensten geen beroep kan worden gedaan op artikel 2.32, lid 1, sub b, onder 1°, Aw 2012.
- 5.3.27. Naar het oordeel van de Commissie wordt de uitzonderingsgrond van 'het artistieke kunstwerk of de unieke artistieke prestatie' met deze uitleg niet tot een do-

de letter, zoals beklagde naar voren heeft gebracht tijdens de informatiebijeenkomst (zie 4.2.8 hiervoor). De Commissie kan zich voorstellen dat buiten overheidsopdrachten voor architectuurdiensten voor andere overheidsopdrachten in bepaalde gevallen wel een beroep kan worden gedaan op artikel 2.32, lid 1, sub b, onder 1°, Aw 2012. Te denken valt aan het kopen van een origineel schilderij van Rembrandt, dat goed past binnen de collectie van het museum.

- 5.3.28. Alles afwegende heeft beklagde naar het oordeel van de Commissie ten onrechte een beroep gedaan op artikel 2.32, lid 1, sub b, onder 1°, Aw 2012 en is ook klachtonderdeel 2 gegrond.
- 5.3.29. Overigens kan de Commissie zich voorstellen dat X een unieke prestatie voor beklagde kan realiseren. Zij is er echter van overtuigd dat niet bij voorbaat kan worden uitgesloten dat wereldwijd ook andere architecten in staat zijn op eigen wijze een unieke prestatie voor beklagde te realiseren, waarbij zij aan de door beklagde gestelde (objectieve) eisen en wensen kunnen voldoen. Daarom had het besluitvormingsproces om tot de keuze voor de architect te komen (zie 4.2.2 hiervoor) in het kader van een prijsvraag of een andere vorm van Europese aanbestedingsprocedure met openstelling voor mededinging moeten plaatsvinden, zodat ook andere potentiële inschrijvers een kans hadden gemaakt op deze prestigieuze opdracht.

6. Advies

De Commissie acht beide klachtonderdelen **gegrond**.

Den Haag, 3 augustus 2018

w.g.:

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid