

Advies 502 | Samenvatting

De klacht van de brancheorganisatie ziet op een ontwerpwedstrijd voor het maken van een schetsontwerp voor een appartementencomplex. De Commissie merkt deze procedure aan als een nationale procedure, aangezien de aanbesteder een aankondiging heeft bekendgemaakt. De Commissie constateert dat sprake is van een nationale openbare procedure. Bij inschrijving dienen onder meer een schets voor het appartementencomplex en een ontwerpvisie te worden ingediend. De opdracht die de inzet is van deze aanbestedingsprocedure – het maken van een schetsontwerp van het appartementencomplex – wordt vervolgens niet aan één maar aan vijf inschrijvers gegund. De aanbesteder kiest vervolgens uit de vijf schetsontwerpen een winnaar. Aan deze winnaar wordt verder geen (vervolg)opdracht meer gegund. De winnaar ontvangt enkel een hogere vergoeding voor zijn schetsontwerp dan de andere vier opdrachtnemers (€ 5.000 inclusief BTW in plaats van € 2.500 inclusief BTW). Wel kan de marktpartij die het appartementencomplex gaat bouwen de winnaar eventueel inschakelen voor de verdere uitwerking van het schetsontwerp tot een bouwplan, maar hij hoeft dat niet te doen. Indien de marktpartij dat niet doet, kan de aanbesteder de winnaar inschakelen als supervisor bij de uitwerking van het schetsontwerp tot een bouwplan. Maar ook dat hoeft niet. Indien de winnaar door de aanbesteder als supervisor wordt ingeschakeld, krijgt hij daarvoor geen (extra) vergoeding.

Naar het oordeel van de Commissie heeft de aanbesteder met de onderhavige procedure diverse aanbestedingsrechtelijke regels en beginselen geschonden. In het advies komen onder meer de volgende aspecten aan bod.

Naar het oordeel van de Commissie is in strijd met het beginsel van transparantie gehandeld door niet duidelijk aan te geven welke procedure werd gehanteerd (klachtonderdeel 2). Verder dienen aanbestedende diensten die een aankondiging doen, deze op grond van artikel 1.18 Aw 2012 ook bekend te maken op TenderNed (klachtonderdeel 2). Ook is het locatievereiste, dat de architect gevestigd moet zijn binnen een straal van 50 km vanaf de locatie van het te ontwikkelen appartementencomplex in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en het proportionaliteitsbeginsel (klachtonderdeel 3). Verder is het object van de aanbesteding onvoldoende bepaalbaar nu de aanbesteder geen informatie heeft gegeven over de omvang van de mogelijk gevraagde werkzaamheden als supervisor (klachtonderdeel 4). Ook is het vereiste van de schets onvoldoende transparant en de aangeboden vergoeding te laag en daarmee in strijd met het proportionaliteitsbeginsel van artikel 1.13, lid 1 en 2, onder h, Aw 2012 (klachtonderdeel 5). De eis betreffende het afstand doen van de auteurs- en persoonlijkheidsrechten is naar het oordeel van de Commissie eveneens onvoldoende transparant (klachtonderdeel 6). Ten slotte kan worden betwijfeld of de aanbesteder met de onderhavige ontwerp-wedstrijd zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 realiseert, nu bij de beoordeling van de klachtonderdelen 2 tot en met 6 is gebleken dat aanbesteder op diverse aspecten in strijd heeft gehandeld met de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit (klachtonderdeel 1).

Advies 502

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft in de zomer van 2018 een procedure op zijn website aangekondigd voor het laten maken van een schetsontwerp voor een appartementencomplex.
- 1.2. In de aankondiging op de website van aanbesteder is onder meer het volgende bepaald (tekst van 1 oktober 2018):

'Ontwerpwedstrijd [locatie X]

[Aanbesteder] schrijft een wedstrijd uit voor de invulling van het terrein waar voorheen het [gebouw] stond in [X]. Op deze locatie (...) is een appartementencomplex gepland. Architecten die aan de ontwerpwedstrijd willen deelnemen, kunnen zich bij [Aanbesteder] melden. We ontvangen van hen graag een globale schets en een uitleg van de visie erachter.

Aan deelname zijn de volgende voorwaarden verbonden:

- de architect moet ingeschreven staan in het architectenregister
- de architect moet gevestigd/woonachtig zijn binnen een afstand van 50 kilometer vanaf de locatie van het voormalige [gebouw]

Uit de aanmeldingen worden vijf architecten geselecteerd die een uitgebreider schetsontwerp voor het appartementencomplex mogen maken en presenteren. Een beoordelingscommissie kijkt aan de hand van een aantal criteria welk schetsontwerp het beste scoort. [Aanbesteder] gebruikt dit schetsontwerp voor de selectie van een marktpartij die de grond voor de nieuwbouw van het appartementencomplex koopt en het appartementencomplex zelf ook realiseert en verkoopt of verhuurt. De voorkeur van [Aanbesteder] gaat er naar uit dat de winnende architect ook de verdere uitwerking van het schetsontwerp tot bouwplan doet, maar de marktpartij is vrij in deze keuze. Het is dus niet automatisch zo dat de winnaar van de ontwerpwedstrijd (een) vervolgoedracht(en) krijgt. De winnende architect doet door deelname aan de ontwerpwedstrijd afstand van de auteurs- en persoonlijkheidsrechten ten aanzien van het schetsontwerp.

Vergoeding

De winnaar van de ontwerpwedstrijd ontvangt een vergoeding van € 5.000 (incl. btw). De overige geselecteerde deelnemers aan de ontwerpwedstrijd ontvangen een vergoeding van € 2.500 (incl. btw). Deze vergoeding wordt niet uitgekeerd wanneer de deelnemer geen ontwerp en/of geen nadere informatie over het ontwerp heeft ingediend.

Inschrijving

Wanneer u mee wilt doen aan de ontwerpwedstrijd kunt u dit kenbaar maken bij [Aanbesteder]. Dit kunt u doen door uw gegevens en een schets voor het appartementencomplex en een visie hierop te sturen naar [Aanbesteder]. Daarbij moet een bewijs van inschrijving in het architectenregister worden meegestuurd. (...)

De aanmelding moet uiterlijk 1 oktober 2018 binnen zijn. Vervolgens selecteert de selectiecommissie binnen drie weken vijf architecten die een uitgebreider ontwerp voor het appartementencomplex mogen maken en presenteren.

Meer informatie

In de leidraad voor de selectie van het schetsontwerp en de architect zijn het proces en de verdere voorwaarden aan deelname aan de ontwerpwedstrijd beschreven. Deze leidraad en andere informatie vindt u onderaan deze pagina. Het bestemmingsplan van het gebied kunt u vinden op de website www.ruimtelijkeplannen.nl. Vlakbij worden door [onderneming] woningen gebouwd, meer informatie hierover staat op [website].

- Leidraad ontwerpwedstrijd.pdf (317,04 KB)
 - Visietekening centrumgebied.pdf (3,88 MB)
 - Centrumvisie [X].pdf (7,08 MB)
 - Beeldkwaliteitsplan centrum [X] website.pdf (1,35 MB)
- (...)

- 1.3. In de Aanbestedingsleidraad van juli 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

'ONTWERPWEDSTRIJD

Leidraad schetsontwerp appartementencomplex [locatie X]

ALGEMENE INFORMATIE

(...)

Documenten

De locatie ligt in het bestemmingsplan centrum [X]. De plankaart, regels, toelichting en/of voorschriften zijn te raadplegen op www.ruimtelijkeplannen.nl. De grond heeft de bestemming:

Wonen-1-U- Uit te werken. De grond is bestemd voor Wonen, in de vorm van appartementen, (...)

Voor het gebied is ook een beeldkwaliteitsplan vastgesteld. Deze is op de website van [Aanbesteder] onder [website] te raadplegen.

Op die site staan ook foto's van het voormalige (...) gebouw en andere relevante informatie.

PROCES AANMELDING DEELNAME ONTWERPWEDSTRIJD

In te dienen documenten

Om aan de voorselectie voor deelname aan de ontwerpwedstrijd te kunnen deelnemen, dienen, naast de aanmelding met daarin de NAW gegevens (de bedrijfsgegevens, naam, adres, woonplaats enz.) de volgende documenten te worden ingeleverd.

- Schets voor het appartementengebouw;
- Een ontwerpvisie;
- Bewijs van inschrijving in het architectenregister.

Het is niet de bedoeling dat er al een volledig schetsontwerp wordt ingediend. Dit om te voorkomen dat architecten onnodig kosten maken, omdat uiteindelijk vijf partijen aan de ontwerpwedstrijd mogen deelnemen.

(...)

Selectie bureaus/schetsontwerpen voor deelname aan ontwerpwedstrijd

Vanuit de ingezonden schetsen worden er vijf geselecteerd die tot een schetsontwerp mogen worden uitgewerkt. (...)

De selectiecommissie beoordeelt de ingediende stukken op basis van architectonische kwaliteit en inpassing van de nieuwbouw in de bestaande omgeving, vernieuwende en uitdagende elementen en innovatieve duurzaamheidsaspecten.

Aanvullende informatie aanmelding deelname

De indieners van een schets enz. ontvangen **geen** vergoeding voor het opstellen van de schets en de aanmelding voor deelname aan de ontwerpwedstrijd.

De vijf geselecteerde architecten krijgen na de selectie de gelegenheid een schetsontwerp op te stellen. (...)

PROCES ONTWERPWEDSTRIJD

In te dienen documenten schetsontwerp

De vijf geselecteerde architecten krijgen na de vooselectie de gelegenheid de schets verder uit te werken. De volgende documenten dienen dan in 7-voud ingeleverd te worden:

- Schetsontwerp appartementencomplex
 - situatie 1:500 of 1:1.000
 - plattegronden, gevels en doorsneden 1:200
- Toelichting op materiaal- en kleurkeuze, bouwsysteem duurzaamheid e.d.
- Een globale kostenraming.

(...)

Beoordeling schetsontwerp en presentatie

De vijf geselecteerde architecten worden in de gelegenheid om hun ingediende schetsontwerp nader toe te lichten en te presenteren aan de beoordelingscommissie.

(...)

Architectonische kwaliteit en inpassing nieuwbouw in bestaande omgeving

De nieuwbouw van het appartementencomplex is de laatste invulling van de eerste fase van de centrumvisie [X]. Gelijktijdig met het bestemmingsplan heeft [Aanbeveling] ook een beeldkwaliteitsplan vastgesteld. Hierin staan de minimale eisen voor de bebouwing aangegeven. Het schetsontwerp kan zich onderscheiden door extra architectonische kwaliteitsaspecten en de inpassing van de nieuwbouw in de bestaande omgeving. Gezien de ligging van het appartementencomplex op de hoek van twee doorgaande wegen is een goede architectonische kwaliteit en inpassing in de omgeving van belang.

Algemene wensen

Naast de duurzaamheid, architectonische kwaliteit en inpassing wordt er ook beoordeeld op het efficiënt ruimtegebruik, de toegankelijkheid en de veiligheid. Bij efficiënt ruimtegebruik kan in dit geval naast het realiseren van een ondergrondse of half verdiepte parkeergarage gedacht worden aan efficiënt gebruik van de openbare ruimtes in het gebouw. De toegankelijkheid wordt beoordeeld aan de hand van de vraag of de appartementen voor alle doelgroepen goed bereikbaar zijn.

De veiligheid zal beoordeeld worden aan de hand van de vraag welke maatregelen er worden getroffen om zo goed mogelijk in de veiligheid van de bewoners te kunnen voorzien.

(...)

Duurzaamheid

[Aanbesteder] heeft duurzaamheid hoog in het vaandel staan.

Het appartementencomplex moet daarom als geheel voldoen aan BENG (Bijna Energie Neutraal Gebouw). Dit betekent ook voor dit gebouw dat er gasloos gebouwd wordt. Dit betekent dat het gebouw niet op de aardgasleiding kan worden aangesloten. Het elektriciteitsnet is uitgelegd voor 15 aansluitingen en een algemene voorziening van 50 Amp. Als er een aansluiting moet komen voor meer dan 3 x 80 Amp. dan zal er een MS-LS aansluiting richting de bestaande transformatorruimte moeten worden aangelegd. Deze kosten zullen dan in de stichtingskosten van het appartementencomplex mee moeten worden genomen.

De deelnemers aan de ontwerpwedstrijd kunnen daarnaast zelf duurzaamheidsaspecten aan het ontwerp toevoegen, die dan bij de beoordelingscriteria worden meegewogen.

Beoordelingscriteria van de inzendingen

Criterion	Max. te behalen punten
1) De architectonische kwaliteit van het ontwerp en inpassing nieuwbouw in de bestaande omgeving	35
2) Duurzaamheid (energiegebruik, materiaalkeuze, levensloopbestendigheid)	25
3) De wijze waarop in het ontwerp tegemoet wordt gekomen aan de algemene wensen als: - Toegankelijkheid - Efficiënt ruimtegebruik - Veiligheid	 20 15 5

Aanwijzen winnaar

De winnaar van de ontwerpwedstrijd is de architect/ het schetsontwerp met het hoogste puntenaantal.

(...)

Afstand doen van auteurs- en persoonlijkheidsrechten

Het winnende schetsontwerp wordt eigendom van [Aanbesteder]. [Aanbesteder] stelt het schetsontwerp ter beschikking aan de geselecteerde marktpartijen, die het schetsontwerp uitwerken in een bouwplan, op basis waarvan [Aanbesteder] een partij selecteert die dit mag realiseren, ontwikkelen, kopen/verhuren enz. De wijze waarop de marktpartij geselecteerd wordt, moet nog bepaald worden en is afhankelijk van het te selecteren schetsontwerp. De marktpartij is vrij in de selectie van een architect voor het uitwerken van het schetsontwerp. Het is dus allerminst zeker dat de winnaar van de ontwerpwedstrijd vervolgoopdrachten krijgt. De winnende architect doet door deelname aan de ontwerpwedstrijd automatisch afstand van de auteurs- en persoonlijkheidsrechten t.a.v. het schetsontwerp. Het staat [Aanbesteder] in dat geval vrij het schetsontwerp ter beschikking te stellen aan marktpartijen, zonder dat zij gehouden is tot betaling van enige (schade)vergoeding anders dan hier onder genoemd aan de winnende architect.

Supervisie

Mocht de realiserende marktpartij een andere architect/tekenbureau kiezen voor de verdere uitwerking van het schetsontwerp, dan kan de winnaar van de ontwerp-wedstrijd de rol van supervisor bij de uitwerking van het schetsontwerp krijgen. Samen met de stadsbouwmeester brengt hij dan advies uit over de uitwerking van het schetsontwerp tot uiteindelijk het definitief ontwerp dat gerealiseerd gaat worden. De supervisor functioneert dan als onafhankelijke deskundige op basis van vertrouwen.

Vergoeding

De winnaar van de ontwerpwedstrijd ontvangt een vergoeding van € 5.000,00 (incl. BTW). In dat bedrag zijn dan ook de kosten begrepen voor het supervisorschap zoals hiervoor genoemd. De overige deelnemers aan de ontwerpwedstrijd ontvangen een vergoeding van € 2.500,-- (incl. BTW). Deze vergoeding wordt alleen uitgekeerd wanneer de partij de gevraagde documenten volledig heeft ingediend.'

- 1.4. De brancheorganisatie heeft op 17 september 2018 de volgende klacht ingediend bij aanbesteder.

'De [Brancheorganisatie] staat voor het collectieve belang van de [branche] en werkt aan het versterken van bureaus door belangenbehartiging, het uitwisselen van kennis, het scheppen van goede condities voor het ondernemerschap en het faciliteren van netwerken. Daarbij richt zij zich nadrukkelijk ook op het bevorderen van professioneel opdrachtgeverschap en een gezonde aanbestedingscultuur. (...)

Middels deze brief wil de [Brancheorganisatie] een formele klacht indienen over bovengenoemde ontwerpwedstrijd. De [Brancheorganisatie] heeft van een aantal verontruste leden vragen ontvangen over bovengenoemde ontwerpwedstrijd. De [Brancheorganisatie] heeft de informatie op de gemeentelijke website en de aldaar beschikbare documenten bestudeerd. De [Brancheorganisatie] is geschrokken van uw uitvraag, die op meerdere punten wezenlijk afwijkt van de algemene bepalingen van de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit. In de ogen van de [Brancheorganisatie] beantwoordt uw uitvraag niet, dan wel onvoldoende, aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen van proportionaliteit, transparantie en non-discriminatie, en is een formele klacht dan ook op zijn plaats. Hierna zal ik de klacht van de [Brancheorganisatie] kort toelichten:

Ontwerpwedstrijd

Juridisch gezien kwalificeert uw ontwerpwedstrijd als een nationale openbare prijsvraag (in twee rondes). Deze nationale prijsvraag is vrijwillig aangekondigd op de gemeentelijke website en lokale media. De [Brancheorganisatie] is van mening dat de vrijwillige aankondiging ook verplicht op TenderNed aangekondigd had moeten worden, zodat alle potentiële deelnemers kennis kunnen nemen van uw ontwerp-wedstrijd.

De Gids Proportionaliteit (voorschrift 3.4A) geeft handreikingen om de juiste selectieprocedure voor uw opdracht (opstellen SO en eventueel supervisie tijdens de uitwerking en realisatie) te kiezen. De [Brancheorganisatie] heeft geen bezwaar tegen het feit dat u gekozen heeft voor een ontwerpprijsvraag. Dat is een gangbare procedure in de architectenwereld, waarbij ook jonge en lokale bureaus een serieuze kans hebben op te winnen. Nationale prijsvragen zijn in principe vormvrij, maar dat neemt niet weg dat er binnen de architectenwereld bepaalde conventies bestaan ten aanzien van de inrichting van een ontwerpwedstrijd. (...)

Hoewel de [Brancheorganisatie] positief staat tegenover uw keuze voor een prijsvraag, is zij minder te spreken over de concrete inrichting van die prijsvraag. Voorschrift 3.4A van de Gids Proportionaliteit stelt dat u ook acht moet slaan op de transactiekosten. De [Brancheorganisatie] is van mening dat de van de

deelnemers gevraagde inspanning in geen verhouding staat tot het prijzengeld en het zicht op een vervolgoopdracht. Sterker nog, de [Brancheorganisatie] vreest dat er geen verdienmodel zit in deelname aan uw ontwerpwedstrijd. Zelfs de winnaar komt niet uit de kosten en andere voordelen zijn er ook niet echt. Betrokkenheid bij de uitwerking van zijn winnend ontwerp moet de winnaar financieren uit zijn eigen prijzengeld en aangezien hij ook afstand moet doen van zijn recht op naamsvermelding is het zicht op publiciteit ook verwaarloosbaar. De [Brancheorganisatie] kan zich niet voorstellen dat een zichzelf respecterend architect(enbureau) onder de gestelde condities bereid is om deel te nemen aan uw prijsvraag.

Deelnamevoorwaarden

In de leidraad voor de ontwerpwedstrijd wordt niet expliciet gerefereerd aan voorwaarden voor deelname. Echter, in de aankondiging op de gemeentelijke website wordt gesteld dat aan deelname voorwaarden verbonden zijn: de architect moet ingeschreven zijn in het Architectenregister én de architect moet gevestigd/woonachtig zijn binnen een afstand van 50 kilometer vanaf de locatie van het voormalige [gebouw]. De [Brancheorganisatie] heeft moeite met de tweede voorwaarde. De maximale afstand van de projectlocatie is niet alleen willekeurig en niet noodzakelijk om de ontwerpopdracht naar behoren uit te kunnen voeren, maar volgens de [Brancheorganisatie] ook direct in strijd met het bepaalde in Aanbestedingswet, artikel 1.12 lid 1. Deze voorwaarde is discriminerend.

Toetsings- en beoordelingskader is niet transparant

Uw ontwerpwedstrijd is een van de merkwaardigste prijsvraagprocedures die de [Brancheorganisatie] in de afgelopen jaren voorbij heeft zien komen. Uw procedure werkt sterk af van reguliere ontwerpwedstrijden die de afgelopen jaren gepubliceerd zijn. In uw procedure worden niet expliciet randvoorwaarden gesteld, er wordt verwezen naar documenten (onder andere bestemmingsplan, centrumvisie & beeldkwaliteitsplan) waarvan de status in het kader van de ontwerpwedstrijd volstrekt onduidelijk is, in het beoordelingskader wordt gerefereerd aan doelgroepen/verkoopprijzen maar dat is niet vertaald in een (gewogen) beoordelingscriterium. Dit alles wekt de indruk dat u uw ontwerpwedstrijd niet professioneel voorbereid heeft, terwijl de Gids Proportionaliteit het belang daarvan benadrukt. Het had voor de hand gelegen dat u een programma van eisen had opgesteld, waarin u vastlegt aan welke voorwaarden de inzendingen verplicht moeten voldoen. De [Brancheorganisatie] vermoedt dat het de bedoeling is dat de inzendingen passen binnen de beschikbaar gestelde publiekrechtelijke kaders. Op basis van de huidige leidraad, kunt u een inzending niet uitsluiten of lager beoordelen omdat het bij voorbeeld niet binnen het bestemmingsplan past.

De ontwerprijstvraag dient ter voorbereiding van de selectie van een projectontwikkelaar die de beste bieding doet op het winnend ontwerp. De (financiële) haalbaarheid van het winnend ontwerp zal een belangrijke factor zijn voor projectontwikkelaars. Het ligt dan ook voor de hand om dit aspect mee te nemen bij de beoordeling van de inzendingen van de ontwerpwedstrijd. In de eerste ronde wordt dit aspect volledig genegeerd, dus mag het ook niet meegenomen worden in de beoordeling. Voor de tweede ronde wordt er wel vluchtig aan gerefereerd, maar is het niet omgezet naar een beoordelingscriterium, zodat ook in de tweede ronde effectief niet op haalbaarheid beoordeeld mag worden.

Gevraagde inspanning is niet transparant en bovendien disproportioneel

In de eerste ronde moeten de deelnemers een schets en een ontwerpvisie indienen. "Het is nadrukkelijk niet de bedoeling dat er al een volledig schetsontwerp ingediend wordt", aldus de leidraad. Wat [Aanbesteder] dan wel onder een schets verstaat wordt volstrekt in het midden gelaten. De praktijk leert dat architecten zich bij dergelijke vage omschrijvingen van de in te dienen deliverables toch al snel gedwongen voelen om toch maar een schetsontwerp in te dienen, omdat zij vrezen dat de concurrenten dat ook zullen doen. Blijkens de tekst van de aankondiging op

de [website van Aanbesteder] gaat u er impliciet ook vanuit dat de deelnemers in de eerste ronde al een eerste schetsontwerp maken die zij in de tweede ronde verder uitwerken: "uit de aanmeldingen worden vijf architecten geselecteerd die een uitgebreider schetsontwerp voor het appartementencomplex mogen maken en presenteren." In de ogen van de [Brancheorganisatie] verplicht het transparantiebeginsel u ertoe om duidelijker te omschrijven wat u onder een "schets" verstaat. Voor zover u denkt aan een eerste, beknopt schetsontwerp, wil de [Brancheorganisatie] u erop wijzen dat zij dat een disproportionele vraag vindt, gezien het aantal bureaus dat potentieel in de eerste ronde ontwerpkosten moet maken zonder enige vorm van vergoeding. In dit kader verwijst de [Brancheorganisatie] ook graag naar Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.8, met betrekking tot het overwegen van een redelijke vergoeding voor te leveren ontwerpwerkzaamheden. Indien u de deliverables van de eerste ronde aanpast, kunt u desgewenst het voorbeeld van Architectuur Lokaal en Atelier Rijksbouwmeester volgen. Die vragen in de eerste ronde van hun prijsvragen doorgaans slecht een beknopte visie op de opgave (beperkt aantal A4), gevisualiseerd met een A3 met referentiebeelden.

In de tweede ronde is wel duidelijk wat er precies ingediend moet worden. De [Brancheorganisatie] is van mening dat de gevraagde inspanning in geen verhouding staat tot de potentiële opbrengsten. Er zit simpelweg geen verdienmodel voor bureaus in deelname aan uw ontwerpwedstrijd. Zelfs de 'hoofdprijs' van € 5000 is volstrekt ontoereikend om de kosten voor het maken van een volledig schetsontwerp te dekken, zicht op een concrete, betaalde vervolgo opdracht is er niet. Sterker nog, te maken uren voor het supervisorschap moeten bekostigd worden uit het prijzengeld. En ook de vergoeding voor het verdere gebruik van het winnend ontwerp wordt geacht inbegrepen te zijn in het prijzengeld. De [Brancheorganisatie] is van mening dat deze uitvraag volstrekt disproportioneel is en op gespannen voet staat met voorschrift 3.8 van de Gids Proportionaliteit, dat stelt dat u een redelijke inschrijfvergoeding moet overwegen wanneer deelnemers in het kader van hun inschrijving een deel van de te plaatsen opdracht moeten uitvoeren. U gaat veel verder: er is een reële kans dat de deelnemers de volledige opdracht moeten uitvoeren als onderdeel van hun inschrijving. Aangezien u geen indicatie verstrekt van de mogelijke inspanning als supervisor, handelt u bovendien ook in strijd met het transparantiebeginsel.

Afstand doen van alle auteursrechten is niet transparant en disproportioneel

Blijkens de leidraad moet de winnende architect afstand doen van zijn auteurs- en persoonlijkheidsrechten ten aanzien van zijn schetsontwerp. De [Brancheorganisatie] is van mening dat dit voorschrift onvoldoende transparant is, aangezien het voorbehoud in het midden laat wat nu precies het beoogde rechtseffect is: verstrekt de architect een gebruiksrecht (licentie) aan [Aanbesteder], of is het de bedoeling dat hij al zijn auteursrechten volledig en onvoorwaardelijk overdraagt aan [Aanbesteder]? Het voorschrift getuigt bovendien van een slechte kennis van de Auteurswet. Het is niet mogelijk om middels deelname automatisch auteursrechten over te dragen. Daarvoor is een schriftelijke akte vereist. Voor zover u een (gedeeltelijke) overdracht van de auteursrechten ambieert, is de [Brancheorganisatie] van mening dat een passende vergoeding op zijn plaats is. Een niet-kostendekkende hoofdprijs zonder uitzicht op een betaalde vervolgo opdracht, is in de ogen van de [Brancheorganisatie] te mager. Wat betreft het afstand doen van persoonlijkheidsrechten, wil ik u er op wijzen dat het juridisch gezien niet mogelijk is om van alle persoonlijkheidsrechten afstand te doen. Bepaalde persoonlijkheidsrechten (onder andere het verzet tegen verminking) behoudt de maker in de zin van de Auteurswet altijd.

De [Brancheorganisatie] hoopt van harte dat u in bovenstaande aanleiding ziet om uw ontwerpwedstrijd aan te passen, dan wel in te trekken. De [Brancheorganisatie] wil u er in dit kader op wijzen dat het ook mogelijk is om slechts één selectie te

organiseren, waarbij ontwikkelaars direct met een eigen architect inschrijven. Indien u advies zoekt ten aanzien van het organiseren van een goede prijsvraag, kunt u zich wenden tot Architectuur Lokaal, het nationale kenniscentrum voor bouwcultuur. Dit kenniscentrum verstrekt gratis advies en kan eventueel ook ingehuurd worden om de prijsvraag voor u te organiseren. Uiteraard is ook de [Brancheorganisatie] bereid om met u mee te denken om tot een betere inrichting van de ontwerpwedstrijd te komen.

(...)'

- 1.5. Op 18 oktober 2018 heeft het klachtenmeldpunt van aanbesteder een hoorzitting gehouden. In het verslag van deze hoorzitting is onder meer het volgende opgenomen:

'De [Brancheorganisatie] geeft aan dat ze benaderd [is] door een lid die de prijsvraag op de website van de [Aanbesteder] had gezien, en daarbij aangaf dat de prijsvraag niet helemaal conform de regels was uitgezet. [Brancheorganisatie] deelde de mening dat de uitvraag scheef was, in de zin van wat wordt van de architect gevraagd en wat hou je er dan aan over. Los van de wettelijke bepalingen, zegt de Aanbestedingswet dat je zoveel mogelijk maatschappelijke waarde moet creëren. Het was niet duidelijk welk doel deze aanbesteding heeft en of dit wel de meest efficiënte manier is. Daar zijn zij niet van overtuigd. (...)

[Aanbesteder] geeft aan dat de [Brancheorganisatie] in haar brief schrijft dat [Aanbesteder] de ontwerpwedstrijd als nationaal openbare procedure heeft uitgezet. Die mening deelt [Aanbesteder] niet. De ontwerpwedstrijd, zou het al een prijsvraag zijn, is op grond van artikel 2.43 van de Aanbestedingswet niet aanbestedingsplichtig omdat het prijzengeld of de vergoeding niet hoger is dan het Europese drempelbedrag voor diensten. Artikel 2.43 gaat specifiek om prijsvragen. De [Brancheorganisatie] geeft in haar brief ook aan dat procedures over prijsvragen vormvrij zijn. [Aanbesteder] had dit ook enkelvoudig onderhands kunnen aanbesteden. Ze willen juist andere en jonge architecten een kans geven. Conform het regionale inkoop en aanbestedingsbeleid houdt [Aanbesteder] rekening met de lokale en regionale economie, en lokale en regionale ondernemers. Daarom hebben ze gekozen voor een straal van 50 km om de (...) locatie zodat ook een keer andere bedrijven in aanmerking komen. [Aanbesteder] acht dit niet discriminerend.

De publicatie in de dag- en weekbladen is een uitnodiging voor architecten om zich, wanneer zij belangstelling hebben, te melden. [Aanbesteder] wilde op een innovatieve wijze tot een selectie van een ontwerp en de selectie van de architect komen en ziet ook geen aanleiding om de ontwerpwedstrijd aan te passen. Voor de goede orde wordt nog gemeld dat acht architecten zich hebben aangemeld. (...) Ten slotte nog voor wat betreft de klacht over de Auteursrechten, de eigendomsoverdracht van de auteursrechten wordt via een akte geregeld.

[Het Klachtenmeldpunt] vraagt waarom de [Brancheorganisatie] van mening is dat het een opdracht is die wel onder de werking van de Gids Proportionaliteit en de Aanbestedingswet valt.

De [Brancheorganisatie] geeft aan dat het een overheidsopdracht is. [Aanbesteder] vraagt aan gegadigden om een schetsontwerp in te dienen.

[Het Klachtenmeldpunt] vraagt of de [Brancheorganisatie] daarbij ook op de waarde van de opdracht heeft gelet.

De [Brancheorganisatie] geeft aan dat hij niet van mening is dat dit Europees had moeten. Er geldt echter ook een normering voor onder de drempel. Die geldt bij

meervoudig onderhands waarbij je partijen rechtstreeks benaderd. Nu is echter openbaar aangekondigd en gelden de regels voor nationaal openbare aanbestedingen.

[Aanbesteder] zegt dat [hij] hem niet als dusdanig [heeft] betiteld dus naar [zijn] mening is het dan ook geen nationale aanbesteding.

[Het Klachtenmeldpunt] vraagt of het klopt dat nu de [Brancheorganisatie] van mening is dat nu de ontwerpwedstrijd openbaar aangekondigd is, het zich kwalificeert als een nationaal openbare aanbesteding.

De [Brancheorganisatie] antwoordt dat het dan in ieder geval niet meervoudig onderhands is.

Het [Klachtenmeldpunt] concludeert dat [Aanbesteder] de mening is toegedaan dat het geen aanbesteding is en het feit dat ze het aangekondigd hebben, het geen nationaal openbare aanbesteding maakt.

[Aanbesteder] antwoordt dat [hij] het kwalificeert als een meervoudig onderhandse aanbesteding en dat de manier waarop ze selecteren, nu op een andere wijze ingevuld is dan normaal gebruikelijk is. Dat eerste proces (de keuze) doen ze openbaar. Het is aan de aanbestedende dienst om deze keuze te maken en de markt heeft wel gereageerd, nu er acht aanmeldingen zijn ontvangen. Het is een overheidsopdracht, met dien verstande dat de gemeente na verkoop van de gronden geen enkele bemoeienis heeft met het ontwerp. Bij de verkoop wordt de verplichting opgelegd dat het plan volgens de schets uitgevoerd moet worden. Plan en uitvoering liggen uit elkaar.

De [Brancheorganisatie] geeft aan dat [zij] het idee snapt, maar een schets is heel pril. Dat is een globale voorstelling. Als je een aannemer wilt committeren aan een bepaald plan, dan is een schetsontwerp te vrijblijvend, daar kan je nog alle kanten mee op. De architect heeft zijn auteursrecht afgestaan, die kan vervolgens ook niet meer tegen de aannemer zeggen dat wat er met zijn ontwerp gebeurd te ver gaat.

[Aanbesteder] geeft aan dat [hij] de opmerking van de [Brancheorganisatie] wel begrijpt. Met een voorlopig ontwerp lag meer vast.

De [Brancheorganisatie] geeft aan dat voor het bedrag geen uitgebreid schetsontwerp kan worden gemaakt.

[Het Klachtenmeldpunt] merkt op dat [de Brancheorganisatie] zegt dat €5.000 bij lange na niet genoeg is, maar dat [Aanbesteder] die mening kennelijk niet deelt.

[Aanbesteder] geeft aan dat [hij] een schets [wil], vandaar ook de basisvergoeding van €2.500,-. Het hoeft niet compleet met berekeningen. Het gaat om de verschijningsvorm en deze wil [Aanbesteder] ook samen met de bewoners en de dorpsraad kiezen. Ze hebben gerekend hoeveel uur je daar mee bezig bent en zo zijn ze tot de vergoeding van € 2.500 gekomen.

De [Brancheorganisatie] geeft aan dat gelet op dit bedrag, gerenommeerde bureaus niet mee doen.

[Het Klachtenmeldpunt] vraagt zich af of er geen vragen zijn gesteld, en merkt daarbij ook op dat ze niet echt een vragenronde in de planning zag.

[Aanbesteder] geeft aan dat die er niet in zat. In de volgende ronde wel.

[Het Klachtenmeldpunt] vraagt of er een cijfermatige onderbouwing onder de bedragen zit? Uurtarief maal het aantal uren?

[Aanbesteder] antwoordt dat dat er niet is en dat het dus in die zin arbitrair is.

De [Brancheorganisatie] geeft aan dat [zij] ook geklaagd heeft over transparantie. Het zit enerzijds in de beoordelingsmethodiek. Tussen de regels door lees je dat iets belangrijk is, en als vervolgens gekeken wordt naar wat er staat en waar kan je op scoren, dan zit daar een mismatch tussen. Er zit een beeldkwaliteitsplan en bestemmingsplan bij en dat zal wel een reden hebben. Maar er staat vervolgens nergens dat het schetsplan moet voldoen aan bijvoorbeeld de voorgeschreven hoogtes in het bestemmingsplan.

[Aanbesteder] geeft aan dat het inderdaad moet voldoen aan het bestemmingsplan. Het staat er echter niet als harde eis.

[Het Klachtenmeldpunt] vraagt waar precies het pijnpunt zit wat betreft de transparantie.

De [Brancheorganisatie] merkt op dat dat enerzijds de financiële haalbaarheid is. Dat zal voor een ontwikkelaar ook belangrijk zijn, dus [zij] vermoedt dat dat bij de beoordeling wel een rol speelt. En als dat zo is, dan moet je dat vertalen in een criterium.

[Aanbesteder] geeft aan dat dat een aanneme is en [hij] kan hier niet bevestigen dat het zo is.

De [Brancheorganisatie] vervolgt dat ook onduidelijk is wat met een schets wordt bedoeld. Er staat geen definitie, dus dan zit je al gauw in de schetsontwerpfase.

[Het Klachtenmeldpunt] merkt op dat [de Brancheorganisatie] aangeeft dat er dan misschien architecten zijn die zich genooddaakt voelen om een uitgebreidere schets in te dienen dan hier misschien gevraagd wordt. U baseert dat op uw ervaringen.

[Het Klachtenmeldpunt] vraagt wat het doel is van het indienen van de klacht. Wilt u dat de aanbesteding gestopt wordt, of aangepast wordt?

De [Brancheorganisatie] geeft aan dat het idee is wel sympathiek, dat jonge architecten een kans krijgen. Maar tussen het financiële plaatje en de opdracht zit een discrepantie, waar beter naar gekeken had moeten worden.

[Aanbesteder] geeft aan dat [hij], gelet op de waarde van de opdracht, het ook proportioneel moet houden voor wat betreft de te volgen procedure.

[Het Klachtenmeldpunt] vraagt nogmaals, gelet op de brief van [de Brancheorganisatie], of ze willen dat de aanbesteding wordt gestopt of aangepast of dat nog steeds hun standpunt is, gelet op het feit dat nu bekend is geworden dat er een aantal partijen heeft ingeschreven.

De [Brancheorganisatie] antwoordt dat [zij] de procedure zoals deze er nu uit ziet onder de maat vindt. Stoppen heeft echter geen zin, ook gelet op de aanmeldingen die er al liggen. [Zij] heeft de klacht ingediend op een moment waar er nog overleg mogelijk was. Nu is er een theoretische exercitie ontstaan. [Zij] zou graag een advies van de klachtencommissie willen waarin wordt aangegeven wat de [Brancheorganisatie] goed ziet en wat niet. En waarin aanbevelingen aan [Aanbesteder] worden gegeven.

(...)

[Het Klachtenmeldpunt] vraagt wat een passende vergoeding geweest zou zijn.

De [Brancheorganisatie] geeft aan dat ze daarvoor de Richtlijn gezonde architectenselecties hebben opgesteld. Als er een uitgebreid schetsontwerp wordt gemaakt conform de kruisjeslijst moet eerder aan € 15.000 tot 20.000 gedacht worden. Soms moet een adviseur worden ingehuurd om te kijken of berekeningen wel kloppen, zeker bij jonge bureaus. Als de Auteursrechten bij de architect bleven had de architect nog wat meer positie. Ten slotte, als de voorselectie wat duidelijker was geweest had de [Brancheorganisatie] geen klacht ingediend. Het is een raar voorportaal voor een meervoudig onderhandse aanbesteding.

(...)'

- 1.6. Het klachtenmeldpunt heeft op 20 november 2018 per e-mail het volgende advies aan aanbesteder en de brancheorganisatie gestuurd, dat op 18 oktober 2018 is gedateerd.

'(...)

Bevindingen van het [Klachtenmeldpunt]

Ontwerpwedstrijd. De conclusie van de [Brancheorganisatie] dat de opzet van deze aanbesteding zich kwalificeert als een nationale openbare prijsvraag, deelt het Klachtenmeldpunt niet. Het staat een Aanbestedende dienst vrij om onderdelen van de opzet dan wel het gedachtengoed van een 'zwaardere' procedure (lees nationaal of Europees) toepassen op een onderhandse procedure, zonder daarmee een Nationale of Europese procedure te moeten draaien. Onder de drempel zijn aanbestedingsprocedures vormvrij (binnen de gestelde eisen conform AW2012/Gids P).

Publicatie Tendered Het klachtenmeldpunt begrijpt de wens van [de Brancheorganisatie] voor een publicatie op Tendered, maar deelt ze het verplichte karakter van Tendered gebruiken niet. Het staat een aanbestedende dienst vrij om een (voor)aankondiging in het geval van een meervoudig onderhandse procedure voor een aanbesteding op haar eigen website te plaatsen. Daarnaast zou gezien de waarde en de ambitie bij deze opdracht (jonge regionale ontwerpers) een aankondiging op Tendered een minder geschikt medium zijn om de beoogde doelgroep te bereiken.

(...)

Deelnamevoorwaarden: [de Brancheorganisatie] is van mening dat een straal om de projectplek heen willekeurig en in strijd is met de aanbestedingswet (discriminerend art 1.12 lid 1). Bij onderhandse opdrachten moet een aanbestedende dienst het aantal genodigden terugbrengen, passend bij de aard en omvang van de opdracht. De methodiek daarbij moet objectief zijn, en met oog voor de organisatie van de markt. Binnen de door [Aanbesteder] gestelde straal zijn voldoende geschikte beoogde deelnemers, ook gelet op het feit dat er acht partijen hebben ingeschreven. Een straal trekken is in ieder geval objectief, hooguit zou men kunnen discussiëren over het aantal km (50 in dit geval). Door te werken met een straal, heeft de A.D. in ieder geval recht gedaan aan haar beleidsdoelstelling (stimulering lokale en regionale economie en MKB). Het klachtenmeldpunt kan zich dan ook niet verenigen met het standpunt van [de Brancheorganisatie].

Toetsings- en beoordelingskader: A.D. geeft aan ze haar eisen niet allemaal als zodanig heeft verwoord (zoals bestemmingsplan). Dat had beter gekund. Het Klachtenpunt kan daarin [de Brancheorganisatie] dan ook volgen.

Gevraagde inspanning is niet transparant en disproportioneel:

A.D. geeft aan dat ze aanname heeft gedaan dat € 2.500 zou moeten kunnen volstaan als vergoeding voor de inspanning, maar ze heeft geen berekening gemaakt, die dit bedrag zou kunnen onderbouwen. [De Brancheorganisatie] geeft aan dat zij aanneemt dat de inspanning ca €15.000 bedraagt per inschrijver. Het klachtenmeldpunt kan [de Brancheorganisatie] op dit punt dan ook volgen.

A.D. heeft met deze prijsvraag de intentie om jonge regionale ontwerpers een kans te geven hun talent(en) te tonen. Uit de toelichting van de [Brancheorganisatie] kwam naar voren dat dit beter en anders had gekund. Er staat nergens dat dit een doel was van deze prijsvraag. Daarbij had een uitvraag tot Voorlopig Ontwerp meer spotlight gegeven, nu is het alleen een Schets Ontwerp. De status hiervan geeft geen zekerheid dat het er straks ook zo komt uit te zien. Een beoogd ontwikkelaar kan het terzijde leggen of eenvoudig aanpassen. De winnaar van de prijsvraag mist daarbij dan ook elke mogelijkheid tot exposure en moet daarbij afstand doen van zijn IE rechten. Het klachtenmeldpunt kan de gedachtegang van de A.D. volgen, maar vindt dat de opmerkingen van de [Brancheorganisatie] hout snijden.

Doel klacht: Aan het einde van de hoorzitting heeft het Klachtenmeldpunt gevraagd aan de [Brancheorganisatie] was zij graag zou zien t.a.v. de verdere gang van zaken rond deze procedure (stoppen of doorgaan). De A.D. heeft de procedure stil gelegd in afwachting van de uitkomst van de klachtenprocedure. De [Brancheorganisatie] geeft aan dat stoppen van de procedure wat hem betreft niet (meer) hoeft. En de procedure, ook voor de acht aanmelders, voort te zetten. Maar [de Brancheorganisatie] ziet wel graag dat er lering wordt getrokken uit dit proces.

Advies van het [Klachtenmeldpunt]

Het [Klachtenmeldpunt] adviseert de aanbestedende dienst:

- Transparant te zijn in haar verplichte kaders (wat zijn eisen, wat zijn wensen en hoe worden die beoordeeld);
- Een (berekende) onderbouwing te maken t.a.v. de kosten van de inspanning versus de daadwerkelijke opdrachtwaarde / prijzengeld.
- De procedure duidelijker in haar uitvraag te beschrijven (zoals een nota van inlichtingen), net als de beoogde doelgroep die ze ambieert aan te trekken;
- Aan de voorkant nader te onderzoeken of het gevraagde eindproduct ook datgene biedt, waar ze de verwachtingen van schept (exposure jonge ontwerper versus daadwerkelijke realisatie van het ontwerp, richting ontwerper en omgeving).

Het doel van de klachtenprocedure is om misverstanden te verhelpen en het onderlinge begrip tussen aanbestedende dienst en aanbieders te vergroten. Het Klachtenmeldpunt hoopt hier met dit advies een bijdrage aan geleverd te hebben.

- 1.7. Aanbesteder heeft op 29 november 2018 de volgende brief aan de brancheorganisatie verzonden:

'Tijdens de hoorzitting van 18 oktober 2018 heeft u aangegeven dat stoppen van de procedure wat u betreft niet (meer) hoeft. Gezien dit standpunt en het advies van het Klachtenmeldpunt hebben wij besloten geen aanpassingen te doen aan [de ontwerpwedstrijd]. Wel zal er in de toekomst bij vergelijkbare wedstrijden en prijsvragen met de aanbevelingen die u in uw klacht gedaan hebt en met het advies van het klachtenmeldpunt rekening worden gehouden.

Hierbij merken wij wel op dat met het oog op de handreiking Tenderkostenvergoeding uit het traject "Beter Aanbesteden" er bij het toekennen van vergoedingen geen sprake kan zijn van een kostendekkende vergoeding maar van een tegemoetkoming in de kosten. In het vervolg wordt de vergoeding zoals die in de leidraad wordt opgenomen wel onderbouwd.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder realiseert met zijn uitvraag niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen en handelt daarmee in strijd met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012.

2.2. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder handelt in strijd met het transparantiebeginsel doordat niet duidelijk is welke procedure is gekozen. Indien sprake is van een openbare prijsvraag, dan had de prijsvraag aangekondigd moeten worden op TenderNed.

2.3. Klachtonderdeel 3

Het locatievereiste, dat de architect gevestigd moet zijn binnen een straal van 50 km vanaf de locatie van het te ontwikkelen appartementencomplex, is in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie van artikel 1.12, lid 1, Aw 2012.

2.4. Klachtonderdeel 4

De eisen en beoordelingscriteria zijn onvoldoende transparant.

2.5. Klachtonderdeel 5

Aanbesteder handelt in strijd met het transparantiebeginsel doordat niet duidelijk is wat hij met een schets en een ontwerpvisie bedoelt. Bovendien is de gevraagde inspanning niet proportioneel ten opzichte van de potentiële inkomsten.

2.6. Klachtonderdeel 6

De voorwaarde dat de winnende architect afstand moet doen van zijn auteursrechten en persoonlijkheidsrechten is onvoldoende transparant en disproportioneel.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. De brancheorganisatie geeft aan er niet op uit te zijn om aanbesteder in een kwaad daglicht te stellen of de acht geselecteerde architecten onderuit te halen. Als de 'prijsvraag' gestaakt wordt, zijn er alleen maar verliezers. Conform hetgeen de brancheorganisatie eerder heeft gesteld voor het klachtenmeldpunt wil zij vooral dat aanbesteder lering trekt en recidive voorkomt. De toezegging van aanbesteder naar aanleiding van het advies van het klachtenmeldpunt biedt in de ogen van de brancheorganisatie onvoldoende houvast, vooral met betrekking tot de toelaatbaarheid van het vragen om visies met schetsen om in aanmerking te komen voor

uitnodiging voor een 'meervoudig onderhandse procedure'. De brancheorganisatie is primair geïnteresseerd in een geanonimiseerd advies dat aanbesteder richting kan geven bij de inrichting van toekomstige ontwerpwedstrijden. Bijkomend voordeel is dat zo'n advies ook houvast kan bieden voor andere aanbesteders die een ontwerpwedstrijd overwegen.

3.2. Klachtonderdeel 1

- 3.2.1. De brancheorganisatie heeft tijdens de klachtprocedure voor het klachtenmeldpunt betoogd dat aanbesteder met haar uitvraag geen maatschappelijke meerwaarde creëert en daardoor op gespannen voet met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 handelt.
- 3.2.2. De aankondiging en de leidraad laten in het midden wat de beoogde meerwaarde precies is. Ter zitting heeft aanbesteder aangegeven dat de ontwerpwedstrijd twee doelen dient. Ten eerste wil de aanbesteder kansen bieden aan jonge lokale bureaus, die zij nog niet kent. Ten tweede moet het winnende ontwerp dienen als kader voor de te selecteren projectontwikkelaar, zodat de ruimtelijke kwaliteit van de ontwikkeling geborgd wordt. De brancheorganisatie vindt deze doelen sympathiek, maar vreest dat met de huidige opzet van de ontwerpwedstrijd, de beoogde doelen onvoldoende gerealiseerd worden.
- 3.2.3. Aanbesteder stelt dat zich acht bureaus hebben aangemeld die hij nog niet kende en dat het eerste doel daarmee reeds behaald is. De brancheorganisatie is echter van mening dat er geen sprake is van een serieuze kans. De geboden vergoeding en prijzengeld staan in geen verhouding tot de gevraagde inspanning en er is geen gegarandeerde (vervolg)opdracht. Sterker nog, de brancheorganisatie vreest dat er geen verdienmodel zit in deelname aan de ontwerpwedstrijd. Zelfs de winnaar komt niet uit de kosten en andere voordelen zijn er ook niet echt. Betrokkenheid als supervisor bij de uitwerking van zijn winnend ontwerp moet de winnaar financieren uit zijn eigen prijzengeld en aangezien hij ook afstand moet doen van zijn recht op naamsvermelding is het zicht op publiciteit ook verwaarloosbaar.
- 3.2.4. De brancheorganisatie kan zich niet voorstellen dat een zichzelf respecterend architect(enbureau) onder de gestelde condities bereid is om deel te nemen aan de ontwerpwedstrijd. Het enkele feit dat acht kleine bureaus tegen beter weten in toch een inzending hebben gedaan ('aanmelding' in de terminologie van de procedure) doet daar niets aan af. In de regio zijn veel meer geschikte architecten (bureaus) actief, die geen inzending gedaan hebben, ondanks de minimale deelnamevoorwaarden.
- 3.2.5. De brancheorganisatie is bovendien van mening dat een schetsontwerp onvoldoende houvast biedt om de ruimtelijke kwaliteit van de ontwikkeling te borgen. Een schetsontwerp is nog heel pril en geeft slechts een globale voorstelling. Daar kan de ontwikkelaar bij de uitwerking nog alle kanten mee op. Er is nul garantie dat het gerealiseerde ontwerp beantwoordt aan hetgeen de winnaar van de ontwerpwedstrijd beoogd had.
- 3.2.6. Als aanbesteder serieus werk had gemaakt van haar doelen, had het voor de hand gelegen om de ontwerpwedstrijd anders in te richten. Dan denkt de brancheorganisatie aan een redelijke vergoeding/prijzengeld, een gegarandeerde vervolgoopdracht tot voorlopig of definitief ontwerp en in ieder geval een recht op naamsvermelding bij het gerealiseerde ontwerp. De aanbesteder had er ook voor kunnen kiezen om een prijsvraag te organiseren waarbij projectontwikkelaars met een jonge lokale architect inschrijven.

3.3. Klachtonderdeel 2

- 3.3.1. De brancheorganisatie en aanbesteder verschillen van mening over de kwalificatie van de aangekondigde procedure. De brancheorganisatie is van mening dat hier sprake is van een prijsvraag, aanbesteder neigt naar een vormvrije onderhandse procedure. De brancheorganisatie is van mening dat ontwerpwedstrijd een 'ingeburgerd' begrip is in de architectenbranche. De brancheorganisatie wijst in dit kader graag op het Convenant Ontwerpwedstrijden op het gebied van architectuur, stedenbouw, landschaps- en interieurarchitectuur uit 1997. Iedere architect zal de ontwerpwedstrijd interpreteren als een prijsvraag.
- 3.3.2. De aankondiging en de leidraad geven niet expliciet aan of het een openbare (nationale) procedure is, of een meervoudig onderhandse procedure. Op basis van de beschrijving heeft de brancheorganisatie aangenomen dat er sprake is van een openbare (nationale) prijsvraag in twee rondes: alle geïnteresseerde architecten mogen een inschrijving indienen, de beoordelingscommissie selecteert op basis van die inzendingen vijf bureaus die uitgenodigd worden om in de tweede ronde hun inzending verder uit te werken, waarna een winnaar wordt gekozen. Deze opzet is gangbaar bij prijsvragen in binnen- en buitenland. De brancheorganisatie wil daarbij wijzen op de recente prijsvragen van de Rijksbouwmeester, en de prijsvragen die Architectuur Lokaal begeleidt, als voorbeeld. De brancheorganisatie onderkent dat de gehanteerde terminologie 'voorselectie' en 'aanmelding' niet aansluit bij deze interpretatie (er worden immers inzendingen beoordeeld, niet deelnemers). Als hier sprake zou zijn van een openbare prijsvraag, dan had de prijsvraag aangekondigd moeten worden op TenderNed.
- 3.3.3. Tijdens de hoorzitting van het klachtenmeldpunt heeft aanbesteder betoogd dat er sprake zou zijn van een meervoudig onderhandse procedure. De eerste ronde geldt als een innovatieve voorselectie, waarin architecten zich aan kunnen melden voor de eigenlijke ontwerpwedstrijd. Het klachtenmeldpunt stelt dat procedures onder de EU drempels in principe vormvrij zijn en suggereert dat de opzet van de onderhavige ontwerpwedstrijd in principe toelaatbaar is. De brancheorganisatie erkent dat onderhandse procedures in principe vormvrij zijn, maar in de ogen van de brancheorganisatie reikt die vrijheid niet dusdanig ver dat de aanbesteder potentiële deelnemers kan vragen om een visie en schets om in aanmerking te komen voor een uitnodiging voor een onderhandse procedure. Het gaat hier niet meer om het kenbaar maken van een interesse voor deelname, maar om een eerste uitwerking van een inschrijving. Ook bij deze interpretatie zijn de begrippen 'voorselectie' en 'aanmelding' dus misleidend. De brancheorganisatie is bovendien van mening dat het proportionaliteitsbeginsel zich verzet tegen het vragen van een eerste inschrijving/aanbieding om in aanmerking te komen voor een uitnodiging voor een meervoudig onderhandse procedure.

3.4. Klachtonderdeel 3

Dit klachtonderdeel heeft de brancheorganisatie niet nader onderbouwd ten opzichte van haar klachtbrief van 17 september 2018 onder 'Deelnamevoorwaarden' (zie 1.4 hiervoor).

3.5. Klachtonderdeel 4

3.5.1. In het kader van dit klachtonderdeel herhaalt de brancheorganisatie hetgeen zij in haar klachtbrief van 17 september 2018 onder 'Toetsings- en beoordelingskader is niet transparant' heeft aangevoerd (zie 1.4 hiervoor). Daaraan voegt de brancheorganisatie nog het volgende toe.

3.5.2. In het kader van het standpunt van de brancheorganisatie dat het voor de hand had gelegen dat aanbesteder een programma van eisen had opgesteld, waarin was vastgelegd aan welke voorwaarden de inzendingen verplicht moesten voldoen, geeft de brancheorganisatie nog aan dat aanbesteder ook gebruik had kunnen maken van een model prijsvraagreglement (bij voorbeeld uit het KOMPAS bij ontwerpwedstrijden en meervoudige opdrachten, dan wel de recentere digitale evenknie KOMPAS light).

3.5.3. Aanbesteder handelt ook in strijd met het transparantiebeginsel aangezien hij geen indicatie verstrekt van de verwachte (onvergoede) inspanning als supervisor.

3.5.4. Ten slotte merkt de brancheorganisatie nog op dat een inlichtingenronde – normaal een standaardonderdeel bij zowel een aanbesteding als een prijsvraag – bij een volgende ontwerpwedstrijd ook niet verkeerd zou zijn om vermeende onduidelijkheden en disproportionele onderdelen proactief op te lossen.

3.6. Klachtonderdeel 5

3.6.1. In het kader van dit klachtonderdeel herhaalt de brancheorganisatie hetgeen zij in haar klachtbrief van 17 september 2018 onder 'Gevraagde inspanning is niet transparant en bovendien disproportioneel' heeft aangevoerd (zie 1.4 hiervoor). Daaraan voegt de brancheorganisatie nog het volgende toe.

3.6.2. Volgens de brancheorganisatie gaat aanbesteder in de onderhavige ontwerpwedstrijd verder dan wanneer deelnemers in het kader van hun inschrijving een deel van de te plaatsen opdracht moeten uitvoeren. De deelnemers moeten de volledige opdracht uitvoeren in het kader van hun inschrijving. Gezien deze specifieke situatie is de brancheorganisatie van mening dat een ruimhartige vergoeding op zijn plaats is en de te winnen geldprijs in principe kostendekkend zou moeten zijn. De brancheorganisatie is van mening dat haar standpunt in lijn ligt met de recent gepubliceerde Handreiking Tenderkosten.

3.7. Klachtonderdeel 6

3.7.1. In het kader van dit klachtonderdeel herhaalt de brancheorganisatie hetgeen zij in haar klachtbrief van 17 september 2018 onder 'Afstand doen van alle auteursrechten is niet transparant en disproportioneel' heeft aangevoerd (zie 1.4 hiervoor). Daaraan voegt de brancheorganisatie nog het volgende toe.

3.7.2. Tijdens de zitting van het klachtenmeldpunt heeft de brancheorganisatie vernomen dat aanbesteder de overdracht van de auteursrechten bij schriftelijke akte zal regelen. In de ogen van de brancheorganisatie maakt deze mededeling de aankondiging van de ontwerpwedstrijd niet transparanter en de beoogde auteursrechtenregeling niet minder disproportioneel.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Het bevreemdt aanbesteder dat de brancheorganisatie deze klacht bij de Commissie heeft ingediend, aangezien de brancheorganisatie heeft aangegeven dat aanbesteder de procedure van de ontwerpwedstrijd niet hoeft te stoppen en aanbesteder heeft aangegeven bij een volgende ontwerpwedstrijd met de aanbevelingen van de brancheorganisatie en de adviezen van het klachtenmeldpunt rekening te zullen houden. Aanbesteder geeft aan om deze reden niet op alle klachtonderdelen te zullen ingaan. Aanbesteder is uiteraard benieuwd naar het advies van de Commissie.
- 4.2. Aanbesteder hoopte dat voldoende architecten zich zouden aanmelden zodat er op basis van een 'voorselectie' vijf architecten zouden kunnen worden 'geselecteerd', die een schetsontwerp voor het appartementencomplex zouden mogen maken en aan een 'selectiecommissie' mogen presenteren. Er hebben zich acht architecten met een schets voor het appartementencomplex 'aangemeld'. Deze 'aanmeldingen' waren volledig geanonimiseerd. Een 'selectiecommissie', bestaande uit een viertal personen, heeft uit deze ingediende schetsen er vijf 'geselecteerd' die tot een schetsontwerp mogen worden uitgewerkt. De ingediende plannen zijn beoordeeld op basis van realiseerbaarheid, passend in de omgeving enz. De leden van de 'selectiecommissie' hadden ieder vijf schetsen geselecteerd waarna bezien werd welke plannen door alle vier leden waren geselecteerd en welke door drie. De 'geselecteerde' en afgewezen architecten zijn van de 'selectie' en afwijzing op de hoogte gebracht. Eén van de afgewezen architecten heeft om nadere informatie gevraagd en deze is hem verstrekt. Geen van de afgewezen bureaus heeft een klacht ingediend.
- 4.3. De presentatie aan de beoordelingscommissie en de 'selectie' van een ontwerp dat verder "op de markt" zal worden gebracht, staat gepland voor 30 januari 2019.
- 4.4. Aanbesteder zal hierna kort ingaan op klachtonderdelen 2 tot en met 6.
- 4.5. Klachtonderdeel 2
- 4.5.1. Aanbesteder is, gezien de hoogte van de gezamenlijke vergoedingen en ook de geschatte bouwkosten van het appartementencomplex, van mening dat zij door middel van een 'meervoudig onderhandse aanbesteding' maximaal vijf architecten had kunnen uitnodigen een schetsontwerp voor het appartementencomplex op te stellen.
- 4.5.2. Bij aanbestedende diensten is het niet ongebruikelijk dat toekomstige aanbestedingen op een inkoopkalender op de website van de aanbestedende dienst worden geplaatst. Architecten zouden in dat geval kenbaar hebben kunnen maken dat zij belangstelling hebben om aan de wedstrijd deel te nemen. Aanbesteder heeft (nog) niet de beschikking over een dergelijke inkoopkalender. Aanbesteder had ook vijf bij haar bekende architecten kunnen uitnodigen om aan de wedstrijd deel te nemen. Aanbesteder wilde in dit geval bij voorkeur jonge (nog onbekende) architecten de gelegenheid geven aan de ontwerpwedstrijd deel te nemen. De uitnodiging om alleen jonge architecten de gelegenheid te geven zou in strijd zijn met het discriminatie beginsel.

4.6. Klachtonderdeel 3

- 4.6.1. Eén van de uitgangspunten van aanbestedingsbeleid van aanbesteder is, dat in gevallen waar een enkelvoudige inkoop en/of meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure volgens de aanbestedingsregels is toegestaan, er rekening kan worden gehouden met de lokale/regionale economie en lokale/regionale ondernemers.
- 4.6.2. Bij de ontwerpwedstrijd wil aanbesteder met dit uitgangspunt rekening houden. Voor aanbesteder is in dit geval regionaal: een straal van 50 kilometer van de locatie. Binnen deze straal zijn voldoende architecten aanwezig, waarmee er een goede marktwerving is en waarmee discriminatie wordt voorkomen.

4.7. Klachtonderdeel 4

Voor het gehele centrum X is een visie, de centrumvisie X, opgesteld. Vanuit deze visie zijn een activiteitscentrum (sporthal, bibliotheek, kantoorruimte, theater enz.), gezondheidscentrum met zorgappartementen, Brede School, woningbouw en een herinrichting van de openbare ruimte tot stand gekomen. Als sluitstuk van de eerste fase moet er nog een appartementencomplex op het terrein gebouwd worden. Het merendeel van de voorschriften waaraan het gebouw moet voldoen, liggen vast in het vastgestelde bestemmingsplan en beeldkwaliteitsplan. Voor een architect zullen dit voldoende randvoorwaarden zijn om een schets voor het gebouw op te stellen.

4.8. Klachtonderdeel 5

- 4.8.1. De brancheorganisatie is van mening dat de te winnen geldprijs in principe kosten-dekkend zou moeten zijn. Dit standpunt onderschrijft aanbesteder niet. De "win-nende" architect ontvangt al het dubbele van hetgeen de overige vier partijen ont-vangen.
- 4.8.2. Er wordt geen volledig uitgewerkt ontwerp met allerlei berekeningen enz. voor het appartementencomplex gevraagd. Er is een globale inschatting gemaakt dat met 15 à 20 uur voorbereiding een goed schetsontwerp inclusief visiebeschrijving zou moeten kunnen worden opgesteld. De vergoeding van € 2.500 lijkt aanbesteder dan ook zeker redelijk. Aanbesteder acht dit ook in overeenstemming met de uit-gangspunten bij toepassing van de tenderkostenvergoeding, zoals die in de hand-reiking Tenderkostenvergoeding van oktober 2018 zijn opgenomen.

4.9. Klachtonderdeel 6

Ook met betrekking tot het vereiste de eigendomsrechten af te staan is aanbested-der van mening dat hij hiertoe mag overgaan. Aanbesteder heeft dit duidelijk in de leidraad vermeld en wanneer gegadigden het daar niet mee eens zouden zijn dan hadden ze kunnen afzien van deelname aan de ontwerpwedstrijd.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder in de zomer van 2018 een procedure op zijn website heeft aangekondigd voor het laten maken van een schetsontwerp voor een appartementencomplex. Aangezien aanbesteder uit eigen beweging een aan-kondiging van deze procedure heeft bekendgemaakt, is afdeling 1.2.3 van de Aw 2012 betreffende nationale aanbestedingen op basis van artikel 1.11 Aw 2012 van toepassing. Tevens is de Gids Proportionaliteit op basis van artikel 1.13 Aw 2012 van toepassing.

- 5.2. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder met de onderhavige procedure diverse aanbestedingsrechtelijke regels en beginselen geschonden. De brancheorganisatie klaagt slechts over een deel van deze schendingen.
- 5.3. Anders dan aanbesteder stelt, is er geen sprake van een meervoudig onderhandse procedure. De Commissie constateert dat sprake is van een nationale openbare procedure (zie 5.1 hiervoor). Bij inschrijving dienen onder meer een schets voor het appartementencomplex en een ontwerpvisie te worden ingediend (zie onder 'In te dienen documenten' in de Aanbestedingsleidraad in 1.3 hiervoor). De opdracht tot het maken van een schetsontwerp van het appartementencomplex zal vervolgens niet aan één maar aan vijf inschrijvers worden gegund.
- 5.4. Aanbesteder kiest vervolgens uit de vijf schetsontwerpen een winnaar. Aan deze winnaar wordt geen (vervolg)opdracht meer gegund. De winnaar ontvangt enkel een hogere vergoeding voor zijn schetsontwerp dan de andere vier opdrachtnemers (€ 5.000 inclusief BTW in plaats van € 2.500 inclusief BTW). Wel kan de marktpartij die het appartementencomplex gaat bouwen de winnaar eventueel inschakelen voor de verdere uitwerking van het schetsontwerp tot een bouwplan, maar hij hoeft dat niet te doen. Indien de marktpartij dat niet doet, kan aanbesteder de winnaar inschakelen als supervisor bij de uitwerking van het schetsontwerp tot een bouwplan. Maar ook dat hoeft niet. Indien de winnaar door de aanbesteder als supervisor wordt ingeschakeld, krijgt hij daarvoor geen (extra) vergoeding.
- 5.5. De Commissie zal allereerst de klachtonderdelen 2 tot en met 6 behandelen, waarna zij klachtonderdeel 1 zal behandelen.
- 5.6. Klachtonderdeel 2
- 5.6.1. Zoals de Commissie hiervoor al heeft overwogen, is sprake van een nationale openbare procedure waar afdeling 1.2.3 van de Aw 2012 op van toepassing is (zie 5.1 en 5.3 hiervoor).
- 5.6.2. Nu aanbesteder de eerste fase van de procedure in de Aanbestedingsleidraad heeft aangeduid als 'voorselectie' en spreekt van 'aanmelding' en niet duidelijk heeft gemaakt dat het een gunningsfase betrof, is klachtonderdeel 2 naar het oordeel van de Commissie gegrond voor zover erover wordt geklaagd dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel door niet duidelijk aan te geven welke procedure werd gehanteerd.
- 5.6.3. Verder dienen aanbestedende diensten die een aankondiging doen, deze op grond van artikel 1.18 Aw 2012 ook bekend te maken op TenderNed. Niet is gesteld of gebleken dat aanbesteder de aankondiging ook op TenderNed heeft bekendgemaakt. Ook in zoverre is klachtonderdeel 2 dus gegrond.
- 5.6.4. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 2 in zijn geheel gegrond.
- 5.7. Klachtonderdeel 3
- 5.7.1. Naar het oordeel van de Commissie houdt het locatievereiste, dat de architect gevestigd moet zijn binnen een straal van 50 km vanaf de locatie van het te ontwikkelen appartementencomplex, onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht (vgl. Advies 362, overweging 5.2.12). Er ontbreekt een objectief criterium voor dit vereiste. Daarmee is het locatievereiste in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van artikel 1.12, lid 1, Aw 2012 en het daaruit voortvloeiende proportionaliteitsbeginsel van artikel 1.13 Aw 2012.

5.7.2. De Commissie acht klachtonderdeel 3 gegrond.

5.8. Klachtonderdeel 4

5.8.1. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.12, lid 2, Aw 2012 transparant dient te handelen.

5.8.2. De te beantwoorden vraag is of aanbesteder aan zijn hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij de minimumeisen in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van deze eisen 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.

5.8.3. In de Aanbestedingsleidraad is, onder meer, bepaald (zie 1.3 hiervoor):

'Documenten

De locatie ligt in het bestemmingsplan centrum [X]. De plankaart, regels, toelichting en/of voorschriften zijn te raadplegen op www.ruimtelijkeplannen.nl. De grond heeft de bestemming:

Wonen-1-U- Uit te werken. De grond is bestemd voor Wonen, in de vorm van appartementen, (...)

Voor het gebied is ook een beeldkwaliteitsplan vastgesteld. Deze is op de website van [Aanbesteder] onder [website] te raadplegen.

Op die site staan ook foto's van het voormalige (...)gebouw en andere relevante informatie.'

5.8.4. De brancheorganisatie klaagt dat aanbesteder niet expliciet minimumeisen heeft gesteld, maar slechts heeft verwezen naar een aantal documenten, zoals het bestemmingsplan en het beeldkwaliteitsplan.

5.8.5. Het verdient inderdaad de voorkeur dat een aanbestedende dienst expliciet minimumeisen stelt waar een schetsontwerp aan moet voldoen. Naar het oordeel van de Commissie zullen echter alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de Aanbestedingsleidraad op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat de schetsen en de schetsontwerpen zullen moeten voldoen aan de randvoorwaarden die volgen uit de documenten waarnaar wordt verwezen in de Aanbestedingsleidraad. Klachtonderdeel 4 is derhalve ongegrond voor zover is geklaagd dat de gestelde eisen onvoldoende transparant zijn.

5.8.6. Verder heeft de brancheorganisatie aangevoerd dat de (financiële) haalbaarheid van het winnend ontwerp een belangrijke factor zal zijn voor projectontwikkelaars, maar dat dit aspect in de beoordeling ontbreekt. De brancheorganisatie vermoedt dat dit bij de beoordeling een rol speelt, maar ziet dat niet in de Aanbestedingsleidraad terug.

5.8.7. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de Aanbestedingsleidraad op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat noch in de gunningsfase, noch bij de bepaling van de winnaar de (financiële) haalbaarheid van het winnend ontwerp een rol zal spelen in de

beoordeling door aanbestedder. Van strijd met het beginsel van transparantie is in zoverre dus ook geen sprake. Ook in zoverre acht de Commissie klachtonderdeel 4 ongegrond.

- 5.8.8. Ten slotte klaagt de brancheorganisatie dat aanbestedder in strijd met het transparantiebeginsel handelt door geen indicatie te geven van de verwachte inspanning als supervisor.
- 5.8.9. In dat kader is van belang dat het object van aanbesteding voldoende bepaalbaar moet zijn (vgl. HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6097, BR 2002/152 m.nt. H. Nijholt, r.o. 3.2-3.3.2 en Advies 497, overweging 5.2.1; Advies 480, overweging 5.3.10; Advies 466, overweging 5.3.4 en Advies 297, overweging 5.7.1, 5.7.3, 5.7.6 en 5.7.7, vgl. ook HvJ EU 19 december 2018, zaak C-216/17, ECLI:EU:C:2018:1034, r.o. 57-70 betreffende transparantie over de omvang van raamovereenkomsten).
- 5.8.10. Mede in het licht van de geringe vergoeding die de inschrijvers ontvangen indien zij de opdracht tot het maken van een schetsontwerp gegund krijgen, is de omvang van de mogelijk gevraagde werkzaamheden als supervisor naar het oordeel van de Commissie een essentieel gegeven voor de potentiële inschrijvers. Nu aanbestedder heeft nagelaten daarover informatie te verschaffen, is het object van de procedure naar het oordeel van de Commissie onvoldoende bepaalbaar. In zoverre acht de Commissie klachtonderdeel 4 gegrond.
- 5.8.11. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 4 gegrond, voor zover is geklaagd dat aanbestedder geen indicatie heeft gegeven van de mogelijk verwachte inspanning als supervisor.
- 5.8.12. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. Aanbestedder heeft in de reactie op de klacht aangevoerd dat de ingediende plannen, onder meer, zijn beoordeeld op realiseerbaarheid. Daarmee lijkt aanbestedder te zijn afgeweken van de vooraf bekendgemaakte eisen en kwalitatieve gunningscriteria zoals deze door alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers zullen worden uitgelegd (zie de Aanbestedingsleidraad in 1.3 en 5.8.7 hiervoor).
- 5.8.13. Ten slotte vraagt de Commissie zich af of aanbestedder een marktpartij bereid zal vinden het appartementencomplex op basis van het uitgekozen schetsontwerp te realiseren indien in het kader van het schetsontwerp geen rekening is gehouden met de (financiële) haalbaarheid daarvan. Daarmee kan men zich afvragen of aanbestedder met de procedure zoveel mogelijk waarde voor de publieke middelen realiseert in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012. De Commissie verwijst verder naar hetgeen zij in het kader van die laatste bepaling hierna nog overweegt bij de behandeling van klachtonderdeel 1 (zie 5.11.3 hierna).

5.9. Klachtonderdeel 5

- 5.9.1. Aanbestedder heeft nagelaten te omschrijven wat hij onder een 'schets' verstaat. Voor zover het klachtonderdeel inhoudt dat het vereiste van de schets onvoldoende transparant is, is het naar het oordeel van de Commissie gegrond.
- 5.9.2. Wat betreft de hoogte van de vergoeding die aanbestedder aanbiedt aan de vijf inschrijvers die de opdracht tot het maken van een schetsontwerp gegund hebben gekregen, merkt de Commissie het volgende op. De Commissie constateert dat de gevraagde inspanningen van de vijf architecten – en van de daarmee gemoeide kosten – een enigszins hybride karakter hebben.

- 5.9.3. Aan de ene kant gunt aanbesteder aan vijf partijen een opdracht tot het vervaardigen van een schetsontwerp (zie ook 5.3 hiervoor). Vanuit dat (contractuele) perspectief bezien, rust op de aanbesteder dan de verplichting om een redelijk loon aan haar contractuele wederpartijen te betalen (zie artikel 1.13, lid 2, onder h, Aw 2012).
- 5.9.4. Aan de andere kant worden de vijf schetsontwerpen gemaakt in het kader van een competitie. Dat doet het karakter van de inspanningen van de vijf ontwerpers weer enigszins verkleuren tot inschrijvingskosten die worden gemaakt in het kader van een aanbesteding. Normaliter gaan de inschrijvingskosten voor de baat uit, maar bij de aanbesteding van een ontwerpopdracht worden er deels al kosten gemaakt die verband houden met de uitvoering van de aanbestede opdracht zelf. In dat kader zijn artikel 1.13, lid 2, onder g, Aw 2012 en Voorschrift 3.8 GP relevant.
- 5.9.5. De Commissie kwalificeert de inspanningen en de daarmee gemoeide kosten aan als kosten die verband houden met de normale uitvoering van een architectencontract (zie ook 5.3 hiervoor). De gevraagde inspanningen (en de daarmee gemoeide kosten) zijn immers volledig te beschouwen als inspanningen en kosten die verband houden met de opdracht zelf: zij hebben op geen enkele manier – ook niet ten dele – het karakter van verwervingsinspanningen of -kosten. Er lijkt weliswaar sprake te zijn van een competitie, maar er valt met die competitie verder geen (vervolg)opdracht meer te verwerven. Het enige wat er te winnen valt, is (i) de betaling van een hoger bedrag dan het bedrag dat aan de andere deelnemers wordt betaald en (ii) de verder volstrekt onvoorspelbare kans op een opdracht van een derde tot uitwerking van het schetsontwerp in een bouwopgave.
- 5.9.6. Daarmee is voor de beoordeling van dit klachtonderdeel artikel 1.13, lid 1 en 2, onder h, Aw 2012 relevant, waarin is bepaald:
- ‘1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...), voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:
(...)
h. de voorwaarden van de overeenkomst.’
- 5.9.7. Krachtens het vierde lid van voornoemd artikel dient een aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit toe te passen of een afwijking daarvan te motiveren in de aanbestedingsstukken.
- 5.9.8. Indien partijen de hoogte van de vergoeding niet hebben bepaald, is de opdrachtgever op basis van artikel 7:405, lid 2, BW ook een gebruikelijk of een redelijk loon verschuldigd. In het onderhavige geval heeft aanbesteder in de aankondiging bepaald dat de winnaar een vergoeding van € 5.000 (incl. btw) ontvangt en dat de overige ondernemers een vergoeding van € 2.500 (incl. btw) ontvangen (zie 1.2 hiervoor). De te beantwoorden vraag is of deze voorwaarde van de overeenkomst in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.9.9. Bij de beantwoording van deze vraag heeft de Commissie acht geslagen op de door de markt opgestelde Richtlijn Gezonde Architectenselecties van februari 2017 (zie: <https://www.bna.nl/wp-content/uploads/2017/02/Richtlijn-Gezonde-Architecten-selecties.pdf>). Hoewel deze richtlijn geen regelgeving betreft en niet specifiek ziet op het geval waarin een schetsontwerp wordt gemaakt in het kader van de uitvoering van een architectenopdracht, geeft deze richtlijn wel een indicatie welke inspanningen en kosten gemoeid zijn met het maken van een schetsontwerp door

een architect. De richtlijn maakt een onderscheid tussen een bureaupresentatie, een visiepresentatie, een structuurontwerp en een voorontwerp. Volgens deze richtlijn spendeert een architectenbureau voor een opdracht met een gemiddelde complexiteit grofweg 150 uur aan een visiepresentatie, 300 uur aan een structuurontwerp en 600 uur aan een voorontwerp, indien ervaren en gespecialiseerde medewerkers worden ingezet. In de richtlijn wordt uitgegaan van een gemiddeld 'kaal' uurtarief van € 80 conform de CAO architectenbureaus (advies interne uurtarieven, prijspeil 2016). Met de berekening dat in 15 à 20 uur een goed schetsontwerp inclusief visiebeschrijving zou moeten kunnen worden opgesteld (zie 4.8.2 hiervoor), wijkt aanbesteder aanzienlijk af van de indicatie in deze richtlijn voor een opdracht met een gemiddelde complexiteit. Zelfs bij een kleinere en minder complexe opdracht, die hier aan de orde lijkt te zijn, komt het door aanbesteder ingeschatte aantal uren de Commissie erg laag voor.

5.9.10. Naar het oordeel van de Commissie is de door aanbesteder geboden vergoeding dan ook te laag en handelt aanbesteder daarmee in strijd met het proportionaliteitsbeginsel, zoals uitgewerkt in artikel 1.13, lid 1 en 2, onder h, Aw 2012. Dat geldt zowel voor de vergoeding van € 5.000 voor de winnaar, die wellicht ook nog werkzaamheden als supervisor zal moeten verrichten, als voor de vergoeding van € 2.500 voor de vier andere ondernemers die eveneens de opdracht tot het maken van een schetsontwerp gegund hebben gekregen.

5.9.11. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 5 in het geheel gegrond.

5.10. Klachtonderdeel 6

5.10.1. Paragraaf 3.9.1.2 Gids Proportionaliteit luidt als volgt:

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

5.10.2. In de Aanbestedingsleidraad (zie 1.3 hiervoor) is bepaald:

'De winnende architect doet door deelname aan de ontwerpwedstrijd automatisch afstand van de auteurs- en persoonlijkheidsrechten t.a.v. het schetsontwerp. Het staat [Aanbesteder] in dat geval vrij het schetsontwerp ter beschikking te stellen aan marktpartijen, zonder dat zij gehouden is tot betaling van enige (schade-)vergoeding anders dan hier onder genoemd aan de winnende architect.'

5.10.3. Alvorens te kunnen onderzoeken of de eis betreffende de auteurs- en persoonlijkheidsrechten proportioneel is, zal de Commissie beoordelen of de eis voldoende transparant is in die zin dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers dit voorschrift op dezelfde wijze zullen uitleggen. Naar het oordeel van de Commissie is dit niet het geval. Zoals ook uit de literatuur blijkt (zie Spoor, Verkade en Visser: Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht, 2005, paragraaf 13.5) is niet duidelijk wat is bedoeld met 'afstand doen' van het auteursrecht en welke rechtsgevolgen daarmee zijn beoogd. Voor zover aanbesteder met de gestelde eis de overdracht van een auteursrecht of de verlening van een licentie heeft willen bewerkstelligen, heeft hij dat niet duidelijk tot uitdrukking gebracht

zodat onvoldoende transparant is welk rechtsgevolg uit deze eis voortvloeit (zie Advies 444, overweging 5.7.4).

5.10.4. Nu de eis betreffende het afstand doen van de auteurs- en persoonlijkheidsrechten naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant is, komt de Commissie niet meer toe aan de vraag of de eis in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel.

5.10.5. De Commissie acht ook klachtonderdeel 6 gegrond.

5.11. Klachtonderdeel 1

5.11.1. Naar het oordeel van de Commissie heeft de brancheorganisatie de klacht dat aanbesteder met de onderhavige procedure niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseert in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 onvoldoende onderbouwd (vgl. Advies 476, overweging 5.4.3; Advies 375, overweging 5.5.4 en Advies 48, overweging 6.2.5).

5.11.2. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 ongegrond.

5.11.3. Ten overvloede merkt de Commissie op dat kan worden betwijfeld of aanbesteder met de onderhavige procedure zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 realiseert, nu bij de beoordeling van de klachtonderdelen 2 tot en met 6 is gebleken dat aanbesteder op diverse aspecten in strijd heeft gehandeld met de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit.

6. **Advies**

De Commissie acht klachtonderdelen 2, 3, 4, voor zover is geklaagd dat aanbesteder geen indicatie heeft gegeven van de verwachte inspanning als supervisor, 5 en 6 **gegrond** en klachtonderdeel 1 **ongegrond**.

Den Haag, 4 april 2019

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid