

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 709

1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over een opdracht voor een total engineer (een integraal ontwerpende partij) in het kader van de nieuwbouw van een sportcentrum. Ondernemer klaagt dat aanbesteder op disproportionele wijze kerncompetenties heeft gestapeld in twee geschiktheidseisen.

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder ten aanzien van de geschiktheidseisen 1 en 2 in strijd heeft gehandeld met het beginsel van proportionaliteit en acht de klacht daarom **gegrond**. Aanbesteder heeft in beide geschiktheidseisen gevraagd naar gelijke ervaring met de opdracht zelf in plaats van naar vergelijkbare ervaring, wat in strijd is met artikel 2.93 lid 3 Aw 2012. Bovendien heeft aanbesteder een aantal kerncompetenties op ontoelaatbare wijze gestapeld in beide geschiktheidseisen, hetgeen in strijd is met Voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit. Aanbesteder heeft weliswaar een motivering gegeven voor de wijze waarop hij beide ervaringseisen uitvraagt, maar de Commissie is van oordeel dat deze motivering de afwijking van de voorschriften in de Gids niet kan dragen.
- 2.2. De Commissie is bovendien van oordeel dat de drie verweren van aanbesteder dat de Commissie niet bevoegd zou zijn de klacht in behandeling te nemen, haar niet beletten de klacht in behandeling te nemen.

3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder heeft op 12 juli 2023 een Europees openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor een total engineer (een integraal ontwerpende partij) in het kader van de nieuwbouw van een sportcentrum in de gemeente van aanbesteder. In de opdracht worden meerdere ontwerpdisciplines ondergebracht waarvoor de opdrachtnemer verantwoordelijk is, zoals architectuur/stedenbouw, bouwkunde, werktuigbouwkunde, elektrotechnische engineering, constructie en landschap.
- 3.2. Op 23 augustus 2023 heeft ondernemer, nadat hij al eerder langs andere kanalen zijn bezwaren kenbaar heeft gemaakt, een klacht ingediend bij aanbesteder via de berichtenmodule van TenderNed. De klacht betreft de disproportionele stapeling van eisen binnen twee kerncompetenties. Ondernemer verzoekt aanbesteder de kerncompetenties aan te passen zodat meer geschikte partijen alsnog kunnen meedoen om de opdracht te verwerven.
- 3.3. De uiterste datum voor het indienen van inschrijvingen via TenderNed was 28 augustus 2023. Deze inschrijfdatum is blijkens antwoorden van aanbesteder in de nota van inlichtingen met één week verlengd tot 4 september 2023.
- 3.4. Op 29 augustus 2023 heeft aanbesteder inhoudelijk op de klacht van ondernemer gereageerd. Aanbesteder geeft aan dat ondernemer eerder vragen had moeten

stellen over zijn klacht en dat hij niet bereid is tot aanpassing van de kerncompetenties.

- 3.5. Op 30 augustus 2023 heeft ondernemer gereageerd op de reactie van aanbestedder van 29 augustus. Ondernemer legt uit waarom hij geen vragen heeft gesteld in de nota van inlichtingen. Op 17 juli 2023 (Commissie: 5 dagen na de aankondiging van de opdracht) zou ondernemer zich aangemeld hebben als gegadigde. Deze aanmelding zou gedaan zijn door bepaalde medewerkers in het bureau van ondernemer. De medewerkers die de aanbestedingsstukken moesten beoordelen, en dus ook de vragen zouden moeten stellen, waren volgens ondernemer op dat moment al met vakantie wegens de vakantieperiode van regio Midden-Nederland. Toen zij goed en wel terug waren van vakantie was de nota van inlichtingen inmiddels al gepubliceerd, aldus ondernemer.
- 3.6. Nadat ondernemer ook aan de Commissie (in een mail van 29 augustus 2023) heeft uitgelegd waarom hij geen vragen heeft kunnen stellen tijdens de procedure én haar heeft meegedeeld dat hij vanwege de gestelde eisen geen inschrijving zal en kan doen, heeft de Commissie de klacht van ondernemer in behandeling genomen en aanbestedder op 30 augustus 2023 op de hoogte gesteld van de klacht van ondernemer.
- 3.7. Aanbestedder heeft op 13 september 2023 zijn reactie op de klacht van ondernemer bij de Commissie ingediend.

4. Wat zijn de standpunten van partijen?

- 4.1. Hoewel de klacht van ondernemer bij de Commissie bestaat uit vier klachtonderdelen, zal de Commissie zich in dit advies beperken tot klachtonderdeel 3. De klachtonderdelen 1, 2 en 4 heeft ondernemer namelijk niet eerder schriftelijk kenbaar gemaakt aan aanbestedder, wat op grond van artikel 9 lid 1 onder a van het reglement van de Commissie een voorwaarde is om de klacht in behandeling te kunnen nemen. Omdat ondernemer zijn klacht bij de Commissie (in klachtonderdeel 3) zeer beknopt heeft verwoord, zal de Commissie zich bij de behandeling van de klacht voornamelijk richten op hetgeen ondernemer daarover heeft gesteld in zijn klacht van 23 augustus 2023 bij aanbestedder.

Standpunten ondernemer

- 4.2. Ondernemer is van mening dat sprake is van een disproportionele stapeling van eisen in de eerste twee (van de vier) kerncompetenties, wat in strijd zou zijn met Voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit. Hierdoor wordt zijns inziens de markt te zeer verengd en is ondernemer niet in staat een inschrijving te doen. Daarnaast zouden, in strijd met Voorschrift 3.5G, binnen één referentie meerdere kerncompetenties worden uitgevraagd.

Standpunten aanbestedder

- 4.3. Aanbestedder stelt dat de klacht van ondernemer ongegrond is. Allereerst omdat de Commissie niet bevoegd zou zijn de klacht in behandeling te nemen. En ten tweede omdat hij van mening is dat de wijze waarop de eisen in beide kerncompetenties zijn opgesteld, niet disproportioneel is.

5. Hoe luidt het advies?

Inleiding

- 5.1. De verschillende door ondernemer en aanbesteder ingenomen standpunten in deze klacht heeft de Commissie in haar eigen woorden samengevat en zullen hierna aan de hand van vragen in de volgende volgorde worden besproken: (i) Is de Commissie bevoegd de klacht in behandeling te nemen? (ii) Heeft aanbesteder door de wijze van uitvraag van geschiktheidseisen 1 en 2 in strijd gehandeld met het beginsel van proportionaliteit?

Kan de Commissie de klacht in behandeling nemen?

- 5.2. Aanbesteder stelt dat de Commissie om drie redenen niet bevoegd zou zijn de klacht in behandeling te nemen.
- 5.2.1. Ten eerste omdat ondernemer niet de juiste klachtprocedure zou hebben gevolgd. Volgens paragraaf 5.10 van het beschrijvend document moet een ondernemer eerst klagen via de berichtenmodule van TenderNed, en vervolgens, wanneer hij het niet eens is met de klachtafhandeling, bij de klachtencommissie van aanbesteder. Ondernemer heeft volgens aanbesteder enkel de eerste stap gevolgd. Daarmee zou ondernemer in strijd handelen met artikel 8 lid 3 van het reglement van de Commissie, dat bepaalt dat een klager eventuele voorschriften omtrent het indienen van een klacht die in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen moet naleven. Bovendien zou ondernemer daarmee ook zijn klacht niet eerst schriftelijk kenbaar hebben gemaakt aan aanbesteder, wat volgens artikel 9 lid 1 sub a van het reglement van de Commissie een voorwaarde is om de klacht in behandeling te kunnen nemen.
- 5.2.2. Ten tweede stelt aanbesteder dat ondernemer te laat heeft geklaagd en geen proactieve houding in acht heeft genomen. Hij stelt dat ondernemer geen vragen heeft gesteld in de vragenronde die liep van 12 juli 2023 tot 14 augustus, terwijl paragraaf 4.7 van het beschrijvend document en de heersende jurisprudentie juist zouden voorschrijven dat eventuele onduidelijkheden en onvolkomenheden zo vroeg mogelijk moeten worden aangekaart, zodat eventuele onregelmatigheden desgewenst vóór het moment van inschrijven kunnen worden gecorrigeerd. Het excuus van ondernemer dat hij geen vragen heeft kunnen stellen vanwege de vakantieperiode waarin de aanbesteding is gepubliceerd en het feit dat zijn ter zake kundige medewerkers in die periode met vakantie waren, is volgens aanbesteder geen valide excuus. Het al dan niet voorhanden hebben van voldoende personeel is voor rekening en risico van ondernemer, aldus aanbesteder. Ook deze omstandigheid is volgens aanbesteder in strijd met artikel 8 lid 3 van het reglement van de Commissie, en artikel 9 lid 1 sub a en sub b (aanbesteder moet in gelegenheid worden gesteld om binnen redelijke termijn op klacht te reageren).
- 5.2.3. Ten derde stelt aanbesteder dat ondernemer zijn klacht in het klachtenformulier aan de Commissie onvoldoende heeft gemotiveerd. De klacht bestaat enkel uit steekwoorden zonder onderbouwing. Het onvoldoende motiveren van de klacht is volgens aanbesteder in strijd met artikel 9 lid 1 sub b van het reglement van de Commissie, dat bepaalt dat alleen klachten in behandeling kunnen worden genomen die voldoende zijn gemotiveerd en/of gedocumenteerd.
- 5.3. De Commissie is van oordeel dat deze drie verweren van aanbesteder haar niet beletten de klacht in behandeling te nemen en onderbouwt dit als volgt.

Niet de juiste procedure gevolgd?

- 5.4. De Commissie is van oordeel dat ondernemer niet een onjuiste klachtprocedure heeft gevolgd.

- 5.4.1. In artikel 8 lid 3 van het reglement van de Commissie staat dat een klager eventuele voorschriften omtrent het indienen van een klacht die in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen moet naleven. In hetzelfde artikel van het reglement staat vervolgens dat, voor zover die voorschriften de mogelijkheid voor klager beperken om bij beklagde een klacht in te dienen, het bepaalde in het reglement onverkort van toepassing blijft. In artikel 9 lid 1 sub a van haar reglement staat dat de Commissie een klacht niet in behandeling indien de klager de klacht niet eerst schriftelijk aan de beklagde kenbaar heeft gemaakt.
- 5.4.2. In paragraaf 5.10 ('Klachtenregeling [aanbesteder]') van het beschrijvend document van deze aanbesteding is bepaald dat een klacht met betrekking tot de aanbestedingsprocedure in eerste instantie via de berichtenmodule op TenderNed aan de aanbestedende dienst kenbaar moet worden gemaakt. De aanbestedende dienst zal de klacht op een zo kort mogelijke termijn behandelen en klager hierover informeren. Indien klager ook daarna van mening blijft dat de klacht gegrond is, kan hij zich bij een klachtencommissie melden.
- 5.4.3. Naar het oordeel van de Commissie wordt met de betreffende klachtenregeling in twee stappen in paragraaf 5.10 van het document een ongeoorloofde drempel opgeworpen die inschrijvers te sterk belemmert in de zin van artikel 8 lid 3 van haar reglement om hun klachten aan de Commissie voor te leggen. Het reglement van de Commissie schrijft in artikel 9 lid 1 sub a slechts voor dat de klager de klacht eerst schriftelijk bij de beklagde kenbaar maakt (zie Advies 420, overweging 5.3.4). Aan die eis heeft klager voldaan.
- 5.4.4. In zoverre kan de Commissie de klacht dan ook in behandeling nemen.

Te laat geklaagd en onvoldoende proactief?

- 5.5. De Commissie is van oordeel dat ondernemer niet te laat heeft geklaagd en voldoende proactief is geweest.
 - 5.5.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een gegadigde – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbestedende dienst dient te signaleren zodra zij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbestedende dienst daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
 - 5.5.2. Aanbesteder heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 4.7 van het beschrijvend document. Hierin is onder meer het volgende opgenomen: '(...) Daarbij geldt dat u bij deze aanbestedingsprocedure een proactieve houding dient aan te nemen. Dit brengt onder meer met zich mee dat u eventuele onduidelijkheden en onvolkomenheden zo spoedig mogelijk meldt zodat deze vóór het uiterste moment voor het indienen van de inschrijving nog bijgesteld kunnen worden. Indien u eventuele *bezwaren* (cursivering door Commissie), onduidelijkheden en onvolkomenheden niet onverwijld na het verstrekken van dit beschrijvend document – doch in ieder geval vóór het uiterste moment voor het indienen van de inschrijving - meldt, verwerkt u daarmee uw rechten om hiertegen in een later stadium bezwaar te maken. (...)'
 - 5.5.3. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer voormelde verplichting als bedoeld in 5.5.1 hiervoor nageleefd door – weliswaar na de uiterste termijn voor het stellen van vragen op 13 augustus 2023 – op 23 augustus 2023 een klacht bij aanbesteder in te dienen. Daarmee heeft ondernemer ruim vóór de uiterste

datum voor indiening van de inschrijvingen op 4 september 2023 zijn bezwaren bij aanbesteder kenbaar gemaakt. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer daarmee in lijn gehandeld met paragraaf 4.7 van het beschrijvend document en zijn bezwaren daarmee ook tijdig onder de aandacht van aanbesteder gebracht. De aanbesteding verkeerde op dat moment immers nog in een stadium dat aanbesteder eventuele onrechtmatigheden ongedaan had kunnen maken door wijzigingen in de aanbestedingsstukken door te voeren (zie onder meer advies 571, overweging 5.2 en advies 708, overweging 6.2.3).

5.5.4. In zoverre kan de Commissie de klacht dan ook in behandeling nemen.

Klacht onvoldoende gemotiveerd?

5.6. De Commissie is van oordeel dat ondernemer zijn klacht voldoende heeft gemotiveerd.

5.6.1. In artikel 9 lid 1 sub b van het reglement van de Commissie staat dat de Commissie een klacht niet in behandeling kan nemen wanneer deze niet dan wel onvoldoende is gemotiveerd en/of gedocumenteerd.

5.6.2. De Commissie overweegt dat ondernemer, zoals aanbesteder terecht opmerkt, zijn klacht in het klachtenformulier aan de Commissie, zeer summier heeft gemotiveerd. De Commissie ziet dat ondernemer daarentegen zijn klacht bij aanbesteder van 23 augustus 2023 wel uitgebreid heeft gemotiveerd (zie 4.1 hierboven). Nu ondernemer na de reactie van aanbesteder van 29 augustus 2023 op zijn klacht, zijn klacht bij de Commissie niet heeft aangepast, concludeert de Commissie dat ondernemer zijn klacht van 23 augustus, inclusief de motivering daarvan, handhaaft. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer daarmee zijn klacht voldoende gemotiveerd en vormt artikel 9 lid 1 sub b van het reglement van de Commissie daarmee geen beletsel om de klacht in behandeling te nemen.

5.7. De Commissie is dan ook van oordeel dat zijde klacht in behandeling kan nemen en zal daarom hierna overgaan tot de inhoudelijke beoordeling van de klacht.

Geschiktheidseisen 1 en 2 disproportioneel?

5.8. De geschiktheidseisen staan in hoofdstuk 7 van het beschrijvend document. In paragraaf 7.3.1 worden vier kerncompetenties benoemd aan de hand waarvan de technische bekwaamheid wordt getoetst. De klacht betreft specifiek de kerncompetenties 1 en 2. De formulering daarvan (inclusief inleiding) is als volgt:

'7.3.1 Technische bekwaamheid

Om voor deze opdracht in aanmerking te komen, moet u aantoonbaar beschikken over voldoende deskundigheid en ervaring om de Opdracht volgens een passende kwaliteitsnorm uit te voeren. Deze deskundigheid en ervaring wordt getoetst door middel van referentieprojecten van u (en/of derden op wie door u een beroep wordt gedaan). Hierbij dient door u te worden aangetoond en onderbouwd dat u per kerncompetentie als hierna vermeld over de gevraagde deskundigheid en ervaring beschikt. Het is toegestaan om dezelfde referentieprojecten te gebruiken voor het aantonen van meerdere (of alle) competenties.

Kerncompetentie 1.

Ontwerpen van een binnensportaccommodatie op basis van total engineering

Minimumeisen van Kerncompetentie 1:

- gegadigde dient hoofdverantwoordelijk te zijn geweest voor een integraal ontwerp op basis van total engineering voor architectuur en minimaal drie van de volgende ontwerpdisciplines
 - Constructie;
 - Werktuigbouwkundige engineering;
 - Elektrotechnische engineering;
 - Landschap;
 - Akoestiek;
 - Brandveiligheid;
- de ontwerpwerkzaamheden betreffen minimaal de fases Voorontwerp tot en met Technisch ontwerp-Bestek;
- het referentieproject dient betrekking te hebben op een ontwerpogave waarvoor de gevraagde werkzaamheden niet langer dan 5 jaar geleden (te rekenen vanaf de uiterste datum van inschrijving) zijn afgerond en goedgekeurd;
- het betreft een nieuwbouw van een utiliteitsgebouw met als hoofdfunctie sport (d.z.w. een sporthal die voldoet aan de eisen van NOC*NSF, minimaal categorie C.1)
- de referentie heeft een omvang van minimaal 4.500 m² BVO;
- de bouw van het referentieproject is op het moment van indienen van de inschrijving reeds gestart dan wel het referentieproject is reeds opgeleverd en in gebruik genomen.

Integraal ontwerp

Onder integraal ontwerp wordt verstaan: een ontwerpmethodiek waarin alle aspecten van een gebouw als het ruimtelijk ontwerp, de constructie en materialisatie, maar ook de werktuigbouwkundige- en elektrotechnische installaties en bouwfysische voorzieningen tot één ondeelbaar geheel worden gesmeed.

Kerncompetentie 2.

Architectonisch ontwerp van een multifunctionele binnensportaccommodatie

Minimumeisen van Kerncompetentie 2:

- Gegadigde is belast geweest met de uitvoering van het architectonisch ontwerp;
- de ontwerpwerkzaamheden betreffen minimaal de fases Voorontwerp tot en met Technisch ontwerp-Bestek;
- het referentieproject dient betrekking te hebben op een ontwerpogave waarvoor de gevraagde werkzaamheden niet langer dan 5 jaar geleden (te rekenen vanaf de uiterste datum van inschrijving) zijn afgerond en goedgekeurd;
- het betreft een nieuwbouw van een utiliteitsgebouw met als hoofdfunctie sport (d.z.w. een sporthal die voldoet aan de eisen van NOC*NSF, minimaal categorie C.1)
- het gebouw omvat daarnaast minimaal 2 publiekstoegankelijke gebruiksfuncties (bijvoorbeeld: gezondheidszorg, jeugdhonk, horeca, zwembad, fitness, multifunctionele ruimtes, danszaal, dojo, zorg, maatschappelijke opvang, welzijn en cultuur);
- de referentie heeft een omvang van minimaal 4.500 m² BVO;
- de bouw van het referentieproject is op het moment van indienen van de inschrijving reeds gestart dan wel het referentieproject is reeds opgeleverd en in gebruik genomen.'

5.9. Ondernemer onderbouwt zijn klacht over beide kerncompetenties als volgt.

5.9.1. Ondernemer klaagt dat sprake is van een disproportionele stapeling van eisen in de kerncompetenties 1 en 2. Zowel kerncompetentie 1 als kerncompetentie 2 wordt gecombineerd met de eis dat het te ontwerpen gebouw een 'hoofdfunctie sport'

moet hebben. Naar de mening van ondernemer maakt de toevoeging van de eis 'hoofdfunctie sport' aan beide kerncompetenties het moeilijker een referentie voor deze kerncompetenties in te dienen en wordt hierdoor de toegang van marktpartijen tot de aanbesteding belemmerd.

- 5.9.2. Volgens ondernemer is deze stapeling van eisen in strijd met Voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit, omdat deze de markt te sterk verengt. Ondernemer kan daardoor als bureau niet inschrijven, terwijl hij ervan overtuigd is dat hij de opdracht als total engineer uitstekend kan invullen.
- 5.9.3. Het voorstel van ondernemer is de stapeling van competenties in kerncompetentie 1 en 2 enkelvoudig te maken door 'hoofdfunctie sport' als een afzonderlijke kerncompetentie te definiëren: KC1 total engineering; KC2 hoofdfunctie sport; en KC3 multifunctionele accommodatie.
- 5.10. De reactie van aanbesteder op deze klacht is, voor zover relevant, als volgt.
- 5.10.1. Aanbesteder is van mening dat geen sprake is van een disproportionele stapeling van eisen binnen kerncompetentie 1 en 2 en dat de Commissie de klacht daarom ongegrond moet verklaren.
- 5.10.2. Aanbesteder stelt allereerst dat hij met beide kerncompetenties voldoet aan artikel 2.93 lid 3 Aw 2012 door in het kader van de gestelde geschiktheidseisen op onderdelen van de opdracht naar eerder verrichte vergelijkbare opdrachten te vragen (en dus niet naar gelijke opdrachten). Zo vraagt aanbesteder in kerncompetentie 1 slechts hoofdverantwoordelijkheid voor een integraal ontwerp ten aanzien van slechts drie ontwerpdisciplines, terwijl de opdracht zelf dertien ontwerpdisciplines omvat. Ook is de omvangseis bruto vloeroppervlak in de kerncompetenties 1 en 2 met 4.500 m² niet gelijk aan de daadwerkelijke omvang van de opdracht van ca. 8.150 m². Tot slot biedt aanbesteder een zeer ruime mogelijkheid om aan de gestelde eis van multifunctionaliteit te voldoen. Aanbesteder vraagt in kerncompetentie 2 namelijk alleen ervaring met minimaal twee publiekstoegankelijke gebruiksfuncties, terwijl in de opdracht zelf veel meer gebruiksfuncties worden verlangd.
- 5.10.3. Ten tweede stelt aanbesteder dat de door hem gestelde kerncompetenties in overeenstemming zijn met artikel 1.10 lid 1 en 2 onder c en d Aw 2012 en de Voorschriften 3.5B, 3.5F en 3.5G van de Gids Proportionaliteit. Aanbesteder is van mening dat hij geschiktheidseisen heeft gesteld die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Als motivering voert aanbesteder aan dat een integrale benadering van de opdracht voor hem essentieel is waarbij van opdrachtnemer verantwoordelijkheid wordt verlangd in combinatie met kennis en ervaring op het gebied van het ontwerpen van sportaccommodaties. De opdracht moet namelijk zo snel mogelijk kunnen worden uitgevoerd, omdat de opstallen van het oude sportcomplex al zijn ontmanteld en er gebruik wordt gemaakt van tijdelijke ruimte die hoge kosten met zich meebrengt. Om ieder risico op verdere vertraging te minimaliseren wenst aanbesteder dan ook een partij te selecteren die reeds ervaring heeft om in een dergelijk spanningsveld het maximale resultaat te behalen.
- 5.11. De Commissie acht de klacht **gegrond**. Zij is van oordeel dat aanbesteder door de wijze waarop hij de betreffende geschiktheidseisen heeft uitgevraagd, in strijd handelt met het beginsel van proportionaliteit. De Commissie baseert haar oordeel op twee gronden, waarop zij hierna nader zal ingaan.

Artikel 2.93 lid 3 Aw 2012

- 5.12. Naar het oordeel van de Commissie vraagt aanbesteder naar gelijke ervaring met de opdracht zelf in plaats van naar vergelijkbare ervaring. Daarmee handelt aanbesteder in strijd met artikel 2.93 lid 3 Aw 2012.
- 5.13. Artikel 2.93 lid 3 Aw 2012 is een uitwerking van het in artikel 1.10 lid 1 en lid 2 sub c en d en artikel 2.90 lid 8 Aw 2012 opgenomen uitgangspunt dat een aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt die proportioneel zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht (zie Advies 353, overweging 5.4.5 en Advies 131, overweging 6.2.1). Artikel 2.93 lid 3 bepaalt dat wanneer een aanbestedende dienst als geschiktheidseis stelt dat de gegadigde eerdere opdrachten heeft verricht als bedoeld in het eerste lid, onderdelen a en b, hij op onderdelen van de opdracht naar eerder verrichte *vergelijkbare* opdrachten vraagt *en niet* naar eerder verrichte opdrachten die gelet op de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de opdracht *gelijk* zijn (cursivering door Commissie). De Commissie wijst op de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis van dit artikel: 'Uitgangspunt bij aanbestedingen moet zijn dat wordt gevraagd of een ondernemer de benodigde competenties heeft om een bepaalde opdracht uit te voeren, in plaats van te vragen naar zijn ervaring met het uitvoeren van dezelfde opdrachten in het verleden. Zo zal een ondernemer die een viaduct heeft gebouwd in het algemeen ook in staat zijn een brug te bouwen. Hij beschikt dan echter niet over referenties voor het bouwen van een brug. Daarnaast biedt het vragen naar competenties door aanbestedende diensten meer kansen voor innovatieve bedrijven om mee te doen aan overheidsopdrachten. Zij kunnen nu vaak niet meedoen door de referenties die door de aanbestedende dienst worden gevraagd. Door middel van het in de nota van wijziging opgenomen onderdeel KK wordt nu voorgeschreven dat naar vergelijkbare referenties moet worden gevraagd, zodat ervaring kan worden getoetst op basis van competenties (Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 440, nr. 10, pag. 16).
- 5.14. Om te kunnen beoordelen of aanbesteder bij het stellen van de ervaringseisen in overeenstemming handelt met artikel 2.93 lid 3 Aw 2012 heeft de Commissie de omschrijving van de opdracht in het beschrijvend document geraadpleegd. De scope van de opdracht wordt in paragraaf 3.3 als volgt omschreven:

'De opdracht

[Aanbesteder] is voornemens om één opdracht te verstrekken aan één opdrachtnemer (total engineer) die verantwoordelijk wordt voor uitvoering van alle ontwerpdisciplines (architectonische-, bouwfysische-, constructieve-, elektrotechnische- en werktuigkundige ontwerpwerkzaamheden) voor het uitwerken van het ontwerp voor het sportcentrum [naam sportcentrum] op locatie [plaats gehele sportpark] (...). Van deze total engineer wordt gevraagd om in samenspraak met opdrachtgever op basis van het programma van eisen (Bijlage 2) gefaseerd de integrale ontwerpen van VO tot en met TO en Bestek uit te werken op basis waarvan vervolgens de uitvoerende partij(en) kunnen worden aangetrokken.

Het proces dient erop gericht te zijn dat bij de afronding van het TO en Bestek een uitvoeringopdracht Europees aanbesteed kan worden. (...)

Van opdrachtnemer wordt hierbij een integrale benadering verwacht vanuit verschillende disciplines (architectuur, constructief, installaties etc.), zodat (integratie)kansen optimaal worden benut en risico's maximaal worden gemitigeerd.

(...)

De opdrachtnemer dient de integraliteit van het ontwerp én de uitvoering ervan goed te kunnen managen. Daarnaast zal opdrachtnemer het bouwkundig uitvoeringsontwerp (UO) maken. Het UO voor installaties zal door de uitvoerende partij

worden opgesteld in nauwe afstemming met opdrachtnemer en opdrachtgever. Ook de technische en esthetische ondersteuning (van de directievoerder en toezicht-houder) van opdrachtgever behoort tot de scope van de werkzaamheden. De directievoering en het toezicht zelf, behoren niet tot de scope van de opdracht.

De gevraagde werkzaamheden omvatten in hoofdlijnen/fasen:
(...)

De opgave luidt verder:

- een integraal, maakbaar, functioneel, compact en zo duurzaam mogelijk ontwerp/gebouw;
- de omvang van het te realiseren sportcentrum is ca. 8.150 m2 bruto vloeroppervlak;
- een ontwerp met het programma van eisen (ruimtelijk programma van eisen en Denkrichting D -zie Bijlage 2) als uitgangspunten;
- de visie en ambitie van project [naam gehele sportpark] dient als basis voor verdere uitwerking, te weten dat Sportpark [naam sportpark] een plek is voor sport, ontwikkeling, beweging, ontmoeting, verbinding en participatie. Het is een plek waar dagelijks vele sporters, recreanten en vrijwilligers samenkomen. De faciliteiten van [naam gehele sportpark] dienen geschikt te zijn voor zowel de wedstrijd- als de breedtesport, van getalenteerde sporter tot en met de sporter met een beperking. Ook is er aandacht voor de gebieden binnen het Sociaal Domein zoals welzijn, zorg, onderwijs, inburgering en sociale activering;
- een integrale aanpak waarbij tijdig en volledig aandacht is voor de integratie van o.a. constructies, bouw fysica en met name installatietechniek in het architectonisch ontwerp;
- adequate afstemming en overleg met gebruikers en het creëren/borgen van voldoende draagvlak voor de ontwerpkeuzes die worden gemaakt,

(...)

- 5.15. De Commissie overweegt dat in het aanbestedingsrecht weliswaar geldt dat een aanbesteder vrij is te bepalen wat hij wil inkopen en zijn opdracht vorm te geven zoals hij dat wenst, maar dat de vrijheid van aanbesteder daarentegen beperkt is bij het stellen van ervaringseisen. Zoals hierboven 5.13 uiteengezet mag een aanbesteder niet vragen naar referenties die gelijk zijn aan de (scope van de) aanbestede opdracht zelf, omdat daardoor de markt te zeer wordt verengd.
- 5.16. De Commissie begrijpt uit de scope van de opdracht in paragraaf 3.3 van het document dat aanbesteder een architect wenst die in staat is om hoofdverantwoordelijkheid te dragen voor meerdere ontwerpdisciplines bij het ontwerp van een sportcentrum waarin meerdere activiteiten zullen plaatsvinden, zowel op het gebied van sport als op het gebied van recreatie en zorg. Bij lezing van de kerncompetenties 1 en 2 ziet de Commissie dat aanbesteder het integrale karakter van de opdracht heeft verwerkt in beide kerncompetenties. Bij de eerste kerncompetentie wordt ervaring verlangd met hoofdverantwoordelijkheid voor een integraal ontwerp op het gebied van meerdere ontwerpdisciplines voor een (binnen)sportaccommodatie waarbij het utiliteitsgebouw de hoofdfunctie sport heeft (d.z.w. een sporthal die voldoet aan de eisen van NOC*NSF, minimaal categorie C.1). En bij de tweede kerncompetentie wordt ervaring verlangd met een architectonisch ontwerp van een multifunctionele (binnen)sportaccommodatie waarbij het utiliteitsgebouw de hoofdfunctie sport heeft (d.z.w. een sporthal die voldoet aan de eisen van NOC*NSF, minimaal categorie C.1).
- 5.17. De Commissie merkt op dat in de eerste kerncompetentie ervaring met hoofdverantwoordelijkheid voor een integrale ontwerp opdracht voor een (binnen)sportaccommodatie wordt geïntegreerd met ervaring met een ontwerp van een

utiliteitsgebouw met hoofdfunctie sport en dat in de tweede kerncompetentie ervaring met het ontwerpen van een multifunctionele (binnen)sportaccommodatie ook wordt geïntegreerd met ervaring met het ontwerp van een utiliteitsgebouw met hoofdfunctie sport. Aanbesteder heeft, naar het oordeel van de Commissie, beide kerncompetenties verzwaard door ze gelijk te maken aan de opdracht.

- 5.18. Het gaat in de ogen van de Commissie vooral om de toevoeging 'utiliteitsgebouw met hoofdfunctie sport'. Zonder deze toevoeging zouden inschrijvers bij beide kerncompetenties ervaring hebben kunnen aandragen met bijvoorbeeld het (integrale) ontwerp van een schoolgebouw, gemeentehuis of zorgcentrum met een inpandige gymzaal. In al deze gevallen zou sprake zijn geweest van (ervaring met het ontwerpen van) een 'binnensportaccommodatie'. Juist de toevoeging 'hoofdfunctie sport' maakt naar het oordeel van de Commissie dat beide ervaringseisen onredelijk worden verzwaard omdat om gelijke ervaring wordt gevraagd aan de opdracht zelf: een *sportcentrum* (cursivering door Commissie). De Commissie acht aanmerkelijk dat de verzwaaring de mededinging belemmert.
- 5.19. Daar komt bij dat aanbesteder in beide kerncompetenties aan de 'hoofdfunctie sport' nog heeft toegevoegd dat het moet gaan om een sporthal die voldoet aan de eisen van NOC*NSF, minimaal categorie C.1. Deze extra ervaringseis ziet de Commissie niet terug in de scope van de opdracht in paragraaf 3.3 van het beschrijvend document. Mogelijk is de eis wel op andere wijze onderdeel van de scope van de opdracht (bijvoorbeeld via het Programma van Eisen), maar aanbesteder heeft dat niet gesteld. Naar het oordeel van de Commissie is daarmee sprake van een ervaringseis die zwaardere eisen stelt aan de ervaring dan de eisen die aan de opdracht zelf worden gesteld. Zoals in de Gids Proportionaliteit vermeld is het disproportioneel om aan referentieopdrachten eisen te stellen die 'vele malen zwaarder zijn dan de aan te besteden opdracht zelf' (zie Gids Proportionaliteit, 3^e herziene versie van 22 januari 2022, p. 3).
- 5.20. De Commissie overweegt dat in algemene zin van belang is dat een aanbesteder referentieopdrachten uitvraagt op een hoger abstractieniveau. Het gaat erom dat een ondernemer de benodigde competenties heeft om een bepaalde opdracht uit te voeren. Deze competenties moeten in generieke zin worden geformuleerd, zonder daarbij te specifiek in te gaan op de opdracht zelf. Alleen dan zal immers sprake kunnen zijn van het vragen om referentieopdrachten die op onderdelen "vergelijkbaar" zijn met de opdracht die onderwerp is van de aanbesteding (zie artikel 2.93 lid 3 Aw 2012 en onder meer advies 579 overweging 5.3.6–5.3.7 en advies 207 overweging 5.3.5). Zo zal een ondernemer die een viaduct heeft gebouwd in het algemeen ook in staat zijn een brug te bouwen. Hij beschikt dan echter niet over referenties voor het bouwen van een brug (zie 5.13 hierboven). De verschillende generiek omschreven competenties tezamen kunnen door middel van afzonderlijke referenties maken dat een ondernemer in staat is de opdracht te verwerven, terwijl hij daartoe niet in staat zou zijn geweest wanneer aanbestedende diensten deze competenties zodanig specifiek en in lijn met de opdracht zelf omschrijven dat het onwaarschijnlijk is dat inschrijvers daarvoor referenties kunnen overleggen.

Strijd met Voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit

- 5.21. Naar het oordeel van de Commissie is sprake van een ontoelaatbare stapeling van kerncompetenties in de geschiktheidseisen 1 en 2, wat in strijd is met Voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit.
- 5.22. In Voorschrift 3.5 F, dat evenals artikel 2.93 lid 3 Aw 2012, een uitwerking is van artikel 1.10 lid 1 en lid 2 sub c en d Aw 2012, staat dat de aanbestedende dienst voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, kerncompetenties vaststelt die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële

punten van de opdracht. In de toelichting bij dit voorschrift wordt, voor zover relevant, het volgende uitgelegd: 'Bij het stellen van die eisen is het van belang te zoeken naar een formulering die aansluit bij de kerncompetenties die voor een specifieke opdracht relevant zijn. Daarbij is het kritisch formuleren van kerncompetenties essentieel; er moet worden gezocht naar ervaring op punten die van essentieel belang zijn (kerncompetenties). Het beperken tot het benoemen van de meest essentiële kerncompetenties is soms lastig, maar is wel nodig om een zo goed mogelijke marktwerking te krijgen. Een veel gebruikte methode om kerncompetenties zichtbaar en meetbaar te maken vormen referenties. Teveel en te specifieke kerncompetenties definiëren én daarbij vragen naar referenties per kerncompetentie zou wel eens zoeken naar een schaap met vijf poten kunnen worden. Daardoor wordt de markt sterk verengd, hetgeen noch in het belang van aanbestedende diensten noch in het belang van potentiële inschrijvers is. (...) Er dient een vertaling van de kerncompetenties naar benodigde eisen van (technische) bekwaamheid plaats te vinden. Daarbij is het van belang dat niet meer van hetzelfde wordt gevraagd, omdat daarmee de kring van potentiële inschrijvers wel heel erg wordt verkleind. Waar het om gaat, is te zoeken naar al die ondernemingen die, al dan niet in meerdere verschillende projecten, de benodigde ervaring hebben opgedaan.'

- 5.23. De Commissie begrijpt uit Voorschrift 3.5F dat een aanbestedende dienst voor het toetsen van de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, moet nagaan wat de kenmerkende aspecten van de opdracht zijn die voor de aanbestedende dienst van essentieel belang zijn. Aanbestedende diensten kunnen vragen naar ervaring ten aanzien van die aspecten (zie onder meer advies 579 overweging 5.3.6.-5.3.7. en advies 207 overweging 5.3.5.). Aanbesteder moet per essentieel aspect een kerncompetentie benoemen en deze zichtbaar en meetbaar moeten maken in een afzonderlijke referentie.
- 5.24. De Commissie overweegt dat aanbesteder in paragraaf 7.3.1 van het beschrijvend document in kerncompetentie 1 de hoofdverantwoordelijkheid voor een integrale ontwerpopdracht voor een binnensportaccommodatie combineert met het ontwerp voor een utiliteitsgebouw met hoofdfunctie sport en in kerncompetentie 2 een ontwerp van een multifunctionele binnensportaccommodatie met ook weer het ontwerp voor een utiliteitsgebouw met hoofdfunctie sport. Voor beide kerncompetenties moeten twee afzonderlijke referenties worden ingediend (of zo ondernemer dat wil één referentie).
- 5.25. De Commissie ziet dat beide kerncompetenties tezamen drie essentiële aspecten bevatten ten aanzien waarvan aanbesteder ervaring wenst, namelijk ervaring met hoofdverantwoordelijkheid voor een integrale ontwerpopdracht, ervaring met het ontwerpen van een binnensportaccommodatie met hoofdfunctie sport, en ervaring met het ontwerpen van een multifunctionele accommodatie (zie ook 5.21 hierboven).
- 5.25.1. Aanbesteder stelt namelijk in zijn reactie aan de Commissie van 13 september 2023 dat voor hem van groot belang is dat opdrachtnemer als total engineer verantwoordelijkheid heeft over de verschillende ontwerpdisciplines, en dat ervaring met aansturing/coördinatie van de verschillende disciplines niet voldoende is. Het voordeel van een opdrachtnemer als total engineer is dat aanbesteder één aanspreekpunt heeft en daarmee maximaal wordt ontzorgd. Daarnaast leest de Commissie dat aanbesteder een opdrachtnemer wenst die veel ervaring heeft met het ontwerpen van sportaccommodaties. Verder ziet de Commissie dat het multifunctionele karakter van het complex voor aanbesteder belangrijk is omdat aanbesteder van het complex een ontmoetingsplek wil maken voor vele soorten recreanten en vrijwilligers waarbij ook aandacht is voor het Sociaal Domein.

- 5.26. De Commissie overweegt dat aanbesteder deze drie essentiële aspecten van de opdracht niet heeft vertaald naar drie kerncompetenties en drie referenties, maar naar twee kerncompetenties en referenties. Dit betekent dat aanbesteder in twee referenties drie kerncompetenties heeft gestapeld, wat in strijd is met Voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit, tenzij aanbesteder kan motiveren waarom hij afwijkt van het betreffende voorschrift. De Gids geeft aan dat afwijking van de voorschriften niet kan zonder goede grond (zie Gids Proportionaliteit, 3^e herziene versie van 22 januari 2022, p. 10).
- 5.27. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder in zijn reactie op de klacht bij de Commissie weliswaar een motivering geeft voor de integrale wijze waarop hij kerncompetentie 1 en 2 uitvraagt, maar dat deze motivering de afwijking van het voorschrift niet kan dragen. Aanbesteder geeft te kennen dat de nijpende situatie waarin hij verkeert vanwege de eerdere ontmanteling van het oude complex, de integrale wijze waarop hij de ervaringseisen stelt, rechtvaardigt. De Commissie heeft hierboven al, onder 5.15, uiteengezet dat het aanbesteders' goed recht is deze nijpende situatie door middel van de integrale benadering van de opdracht te verwerken in de scope van de opdracht, zoals hij heeft gedaan. Deze omstandigheid mag aanbesteder echter niet één op één overnemen in de ervaringseisen die hij stelt. Het stapelen van kerncompetenties zal de markt onnodig verengen. Dit betekent dat de nijpende situatie waarin aanbesteder verkeert niet kan dienen als motivering voor de wijze waarop aanbesteder zijn ervaringseisen heeft uitgevraagd.
- 5.28. Naar het oordeel van de Commissie had aanbesteder ook op grond van Voorschrift 3.5F de drie essentiële aspecten van de opdracht als drie afzonderlijke kerncompetenties kunnen uitvragen. Daarmee zou aanbesteder geïnteresseerde ondernemers, die niet aan de gestapelde kerncompetenties in de eerste twee geschiktheidseisen kunnen voldoen, een kans kunnen bieden wel op de opdracht in te schrijven.
- 5.29. De Commissie komt op grond van het bovenstaande tot de slotsom dat aanbesteder ten aanzien van de geschiktheidseisen 1 en 2 in strijd heeft gehandeld met het beginsel van proportionaliteit en acht de klacht daarom **gegrond**.

Den Haag, 26 juli 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp	Mr. M.C. Pinto	Mr. dr. A.J. van Heeswijck
Voorzitter	Vicevoorzitter	Commissielid