

Architectendiensten onderhands gunnen als artistieke prestatie?

Architectendiensten dienen – mits de waarde daarvan boven de drempelwaarde ligt – in beginsel Europees te worden aanbesteed. Kan een aanbestedende dienst onder deze aanbestedingsplicht uitkomen door een beroep te doen op de uitzonderingsgrond, zoals opgenomen onder artikel 2.32 lid 1 sub b onder 1° Aanbestedingswet 2012: een aanbesteding met als doel het vervaardigen van een artistiek kunstwerk of een unieke artistieke prestatie?



Lieke Knoups
Severijn Hulshof
advocaten

DOOR LIEKE KNOUPS

Deze vraag werd onlangs (in Advies 459) aan de Commissie van Aanbestedings-experts voorgelegd. Het ging om een onderhandse gunning van architectendiensten ten behoeve van een uitbreiding van een museum. Alhoewel de adviezen van de Commissie standaard geanonimiseerd worden, leert een korte zoektocht op Google dat het hier ging om de Stichting Kröller Müller Museum die de Japanse architect Tadao Ando één op één opdracht heeft gegeven voor het uitvoeren van een haalbaarheidsstudie voor de uitbreiding van het museum met 3.000 vierkante meter aan tentoonstellingsruimte, alsmede het uitvoeren van ontwerpwerkzaamheden.

In haar vrijwillige aankondiging op TenderNed beriep de Stichting zich met betrekking tot deze gunning op de uitzonderingsgrond dat de aanbestedende dienst een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging kan volgen (en aldus onderhands kan gunnen) indien de overheidsopdracht slecht door één bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat de aanbesteding "als doel heeft het vervaardigen of verwerven van een uniek kunstwerk of unieke prestatie".

De Stichting stelde dat de locatie en de daarop liggende opstallen als onderdeel van de expositiebeleving beschouwd dienen te worden. Het ontwerp voor de uitbreiding moest daarom een unieke artistieke prestatie zijn en hierin zou ook de artistieke vrijheid be-

sloten liggen om een bepaalde unieke architect te selecteren, Tadao Ando. Een branchevereniging startte een klachtprocedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts en stelde onder meer dat de Stichting de opdracht in concurrentie had moeten aanbesteden en niet onderhands had mogen gunnen.

Generieke uitzondering

De Commissie benadrukt in het Advies allereerst dat architectendiensten boven de drempelwaarde Europees aanbesteed dienen te worden. Voor de vraag of een beroep kan worden gedaan op de hiervoor genoemde uitzonderingsgrond gaat de Commissie in op de bedoeling van de Uniewetgever (de opsteller van de Aanbestedingsrichtlijnen). Artikel 2.32 Aw 2012, waarin de uitzondering is opgenomen, is immers overgenomen uit Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU.

De uitzonderingsgrond ten aanzien van 'een uniek kunstwerk of een unieke artistieke prestatie' kan volgens de Commissie niet als een generieke uitzonderingsgrond voor architectendiensten dienen, omdat anders het uitgangspunt

van de Uniewetgever – dat architectendiensten in concurrentie moeten worden aanbesteed – volledig geneutraliseerd zou worden.

Prijsvraag

Ook heeft Uniewetgever volgens de Commissie niet de mogelijkheid willen openlaten dat een opdracht voor architectendiensten in specifieke gevallen niet in concurrentie hoeft te worden aanbesteed, omdat sprake zou zijn van 'een uniek kunstwerk of een unieke artistieke prestatie'. Daartoe is volgens de Commissie relevant dat de Uniewetgever voor architectendiensten reeds heeft voorzien in een bijzondere procedure, namelijk de prijsvraag. Bovendien wordt in beleidsdocumenten, jurisprudentie en literatuur volgens de Commissie nergens een verband gelegd tussen architectendiensten en deze uitzonderingsgrond. Voor welke opdrachten kan dan wel een beroep gedaan worden op de uitzonderingsgrond?

De Commissie noemt als voorbeeld de koop van een origineel schilderij van Rembrandt dat goed past binnen de collectie van het museum. De Commissie gelooft dat Tadao Ando een unieke prestatie kan leveren, maar volgens de Commissie kan niet worden uitgesloten dat ergens wereldwijd ook een andere architect een dergelijke unieke prestatie kan leveren. De Stichting had de opdracht derhalve Europees (in concurrentie) dienen aan te besteden.

ZAAK: Stichting Kröller Möller / Branchevereniging

BEHANDELD DOOR: Commissie van

Aanbestedingsexperts

UITSpraak: 3 augustus 2018

ZAAKNUMMER: Advies 459

