

AANBESTEDINGSADVOCAAT WUIJSTER

per e-mail:

Gemeente Amsterdam

College van B en W

De Hoogedelachtbare Vrouwe F. Halsema

inzake D20180521 St. De Groene Plantage adv. Holocaust Namenmonument

betreft

datum 17 juli 2018

Geacht College, geachte mevrouw Halsema,

Namens de Stichting De Groene Plantage en andere belanghebbende bericht ik u als volgt inzake (EU)-aanbestedingsplicht van het ontwerp en de realisering van het Holocaust Namenmonument (hierna: "monument").

Clïente is van oordeel dat inzake zowel het ontwerp als de realisering van het monument de aanbestedingsplicht krachtens de Aanbestedingswet 2012 wordt geschonden, althans dreigt te worden geschonden. Namens de Stichting De Groene Plantage sommeer ik hierbij de Gemeente haar onrechtmatige handelen dienaangaande te staken. Als de Gemeente voortgaat op de ingeslagen weg laat de Gemeente aan cliënte geen andere keus dan het nemen van rechtsmaatregelen.

Het onrechtmatige handelen wordt hierna gemotiveerd. Ten behoeve van de leesbaarheid formuleer ik eerst de eindconclusie. Daarna ga ik in op het juridische kader, waarbij ik direct mijn conclusies geef op basis van de feiten (die ik dienaangaande kortheidshalve bekend veronderstel). Daarna volgt pas een uitgebreide omschrijving van de feiten, waarop ik mij eerder in het juridische kader met conclusies heb gebaseerd.

1. Eindconclusie

Omdat het gedenkteken in het domein van de gemeente komt (rechtstreeks economisch belang / ontvangen van de prestatie: een nationaal monument) had de gemeente het ontwerp zelf als grondeigenaar moeten aanbesteden. De ontwerpdiensten zijn onrechtmatig gegund aan Studio Libeskind. De gemeente moet ook als grondeigenaar de realisering aanbesteden.

De feiten inzake mogelijk beheer, eigendom en financiering waren reeds bekend en voorzienbaar (op 22 juni 2016), nog voordat er een ontwerp van het monument voor de locatie was. Op dat moment moest er nog een architectenopdracht verstrekt worden. Dit gegeven is met name van belang voor de beantwoording van de vraag of de architectendienst en het ontwerp conform de Aanbestedingswet 2012 aanbesteed diende te worden.

De Aw2012 voorziet in § 2.2.3.2. met de procedure van een prijsvraag bij uitstek in de methode van aanbesteding van ontwerp en architectendiensten. Krachtens art. 2.34 Aw2012 kan de gemeente vervolgens de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen voor het gunnen van een

Europastraat 30, 6235 BW Ulestraten • T 020-7370854 / 043-3110211 • F 020-7371570

www.aanbestedingsadvocaat-wuijster.nl • info@aanbestedingsadvocaat-wuijster.nl

(KvK 54578469) Op alle diensten zijn van toepassing algemene voorwaarden met daarin een aansprakelijkheidsbeperking die zijn te vinden op www.aanbestedingsadvocaat-wuijster.nl/voorwaarden/, of zo nodig desgevraagd worden toegezonden.

AANBESTEDINGSADVOCAAT WUIJSTER

overheidsopdracht voor diensten en die diensten gunnen aan de winnaars of aan een van de winnaars van die prijsvraag mits de gemeente alle winnaars van de prijsvraag tot de onderhandelingen uitnodigt.

2. Het juridische kader met conclusies

- i. Kan het ontwerpen en realiseren en realiseren van een gedenkteken / monument een aanbestedingsplichtig bouwwerk zijn?

Uitgangspunt is de Aanbestedingswet 2012 (Aw2012). De Aw2012 betreft een implementatie van de EU-aanbestedingsrichtlijnen. De Aw2012 definieert een "overheidsopdracht voor werken" als volgt:

overheidsopdracht voor werken: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer aannemers en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op:

- a. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage II van richtlijn 2014/24/EU bedoelde activiteiten,
- b. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van een werk, of
- c. het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk;

Er zijn dus drie separate criteria (a, b en c) die facultatief zijn. A, b en c zijn geen cumulatieve voorwaarden voor een aanbestedingsplicht. Als voldaan is aan één van de criteria dan kan dat voldoende zijn voor het bestaan van een aanbestedingsplicht.

Sub. a): De "werken" sub a worden opgesomd in bijlage II¹ van richtlijn 2014/24/EU waarvan de waarde hoger is dan € 5.548.000,- excl. btw. Het betreft een lijst van allerhande bouwkundige en civieltechnische werkzaamheden alsmede bouwnijverheid, slopen, bouwrijp maken. De lijst is om administratieve redenen uitgewerkt via Verordening (EG) nr. 2195/2002 (CPV)² en Verordening (EG) Nr. 213/2008.

"bouwwerkzaamheden aan historisch monument of gedenkteken" wordt in als separate categorie genoemd in de Verordening (EG) Nr. 213/2008 van de Commissie van 28 november 2007.

CONCLUSIE: Inzake het gedenkteken wordt al voldaan aan de voorwaarden van criterium sub a. Er is dan al sprake van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht voor werken.

¹ Lijst van werkzaamheden in de zin van art. 2, lid 1, punt PUNT 6, ONDER a) Bij verschillen tussen CPV en NACE, is de CPV-nomenclatuur van toepassing.

² Zie ook de overwegingen: [] (4) De lidstaten moeten de beschikking hebben over één enkel referentiesysteem, waarin de goederen in alle officiële talen van de Gemeenschap op dezelfde wijze worden omschreven en eenzelfde alfanumerieke code krijgen, en waardoor taalbarrières binnen de Gemeenschap worden opgeheven. (5) Bijgevolg dient met deze verordening de CPV in een herziene versie te worden goedgekeurd als enig classificatiesysteem voor overheidsopdrachten waarvan de toepassing wordt geregeld in de richtlijnen houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. (6) Er moeten ook indicatieve concordantietabellen worden opgesteld voor de CPV enerzijds en de "statistische classificatie van producten, gekoppeld aan de economische activiteiten" (CPA), de "centrale productenclassificatie" (CPC Prov.) van de Verenigde Naties, de "statistische nomenclatuur van de economische activiteiten in de Europese Gemeenschap" (NACE Rev. 1) en de "gecombineerde nomenclatuur" (GN) anderzijds. []

AANBESTEDINGSADVOCAAT WUIJSTER

Inzake de criteria sub b en c definieert Aw2012 een “werk” als volgt:

werk: *het product van het geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.*³

CONCLUSIE: Ook de “optelsom” van afzonderlijke werken genoemd in bijlage II⁴ van richtlijn 2014/24/EU met één economische of technische functie (in casu dat van een gedenkteken / monument) volstaat om te kunnen kwalificeren als een werk.

Het doet dan niet ter zake of een werk wordt gerealiseerd naar de eisen van de aanbestedende dienst, hetgeen immers slechts één (sub c) van de drie facultatieve criteria is waaraan kan zijn voldaan om vervolgens verder te kunnen kwalificeren als overheidsopdracht voor een werk. Het realiseren van een werk volgens de eisen van de aanbestedende dienst is maar één (sub c) van de facultatieve criteria.⁵

ii. De raming van de waarde van overheidsopdrachten en de drempelbedragen

“Werken” of een “werk” moeten EU worden aanbesteed boven een waarde van € 5.548.000,- excl. btw. Onder die drempel moeten werken in Nederland in beginsel vanaf een waarde van ongeveer € 150.000 (zie Gids Proportionaliteit) in al meervoudig onderhands worden aanbesteed. Ontwerpdiensten (de architect) moeten EU- worden aanbesteed boven een waarde van € 221.000 en in Nederland in beginsel meervoudig onderhands boven een drempel van ongeveer € 30.000 (zie Gids Proportionaliteit).

Art. 2.17 Aw2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst de waarde van een overheidsopdracht voor diensten als volgt begroot: [] c. *betreffende een ontwerp: op de grondslag van de te betalen honoraria, provisies en andere vormen van beloning.* Art. 2.14 Aw2012 bepaalt voorts:

1. *De aanbestedende dienst splitst de voorgenomen overheidsopdracht of prijsvraag of het voorgenomen dynamisch aankoopstelsel of innovatiepartnerschap niet met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deze wet.*
2. *De aanbestedende dienst maakt de keuze van de methode van berekening van de geraamde waarde niet met het oogmerk om zich aan de toepassing van deze wet te onttrekken.*

Architectendiensten moetens dus op basis van objectieve marktconforme methode zorgvuldig worden geraamd alvorens de specifieke aanbestedingsprocedure conform art. 1.4 Aw2012 kan worden bepaald en gemotiveerd. Er mag dus niet op een veel lager bedrag worden geraamd (en al helemaal niet

³ Zie inzake de functionele uitleg van deze criteria Hof EG Zaak C-16/98 d.d. 5 oktober 2000 (Vendée)

⁴ Lijst van werkzaamheden in de zin van art. 2, lid 1, punt 6, onder a) Bij verschillen tussen CPV en NACE, is de CPV-nomenclatuur van toepassing.

⁵ De categorie sub c is met name bedoeld voor gevallen waarin de aanbestedende dienst met rechtstreeks economisch belang geen opdrachtgever (contractuele partij bij de overeenkomst van aanneming of UAVgc) is voor de realisering van het werk. Bijvoorbeeld als de aanbestedende dienst krachtens een huurovereenkomst (ook een overeenkomst onder bezwarende titel) gebruiker wordt van het werk (bijv. huur of leaseconstructie inzake een gebouw dat dienst als bijv. gerechtsgebouw, gevangenis of gemeentehuis etc.), terwijl de verhuurder / belegger / projectontwikkelaar juridisch / feitelijk opdrachtgever is voor de realisering van het betreffende werk, maar het werk wel moet worden gerealiseerd conform de specifieke eisen van de aanbestedende dienst / huurder die gelden voor het duurzame gebruik als bijv. gerechtsgebouw, gevangenis of gemeentehuis. Overigens stelt de gemeente wel degelijk (privaatrechtelijke) eisen aan het ontwerp. Immers, de gemeente eist in het kader van haar geheel eigen discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing van de locatie en vervolgens het aangaan van de overeenkomst met NAC dat: 1) het monument openbaar toegankelijk moet zijn; 2) het monument binnen het Joods Kwartier moet liggen; 3) het monument statuut moet hebben (Nationaal belang); 4) de namen aangeraakt moeten kunnen worden. Irrelevant is dat de gemeente zich deze privaatrechtelijke eisen heeft eigen gemaakt / heeft geadopteerd op suggestie van NAC. De betrokkenheid van rijksbouwmeester Floris Alkemade en het ambtelijke opdrachtgeverschap en betrokkenheid van Stadsdeel Centrum wijzen ook in richting van het stellen van privaatrechtelijke eisen door de gemeente.

AANBESTEDINGSADVOCAAT WUIJSTER

enkelvoudig onderhands worden uitonderhandeld met één begunstigde marktpartij) teneinde de aanbestedingsregels te omzeilen. Op basis van een budget van € 7,5 miljoen komt een architectenhonorarium vermoedelijk uit op een bedrag boven het EU-drempelbedrag voor diensten (€ 221.000).⁶

CONCLUSIE: Het budget voor ontwerp en realisering van het monument is geraamd op € 7,5 miljoen, excl. btw en exclusief onvoorziene kosten (plus € 300.000 additionele kosten⁷ direct voor rekening van gemeente = min. € 7,8 miljoen). Dit overschrijdt dus de EU-drempelwaarde van € 5.548.000 excl. btw. daarmee zou het werk EU-aanbestedingsplichtig zijn.

Ook de architectendiensten moeten conform de regels van de Aw2012 in de markt worden gezet. Onduidelijk is in hoeverre de architectendienst(en) (inclusief Rijnboutt) moet worden aanbesteed. Het totale architectenhonorarium zal vooralsnog zijn verdisconteerd in de € 7,5 miljoen.

CONCLUSIE: Uitgaande van een voorzichtige raming van de bouwsom van ongeveer € 7 miljoen komt een bescheiden percentage van ongeveer 3% architectenhonorarium al uit op een bedrag omstreeks de EU-drempelwaarde voor diensten van € 221.000 excl. btw. Daarmee zouden dan ook de architectendiensten EU-aanbestedingsplichtig zijn.

iii. *De overeenkomst onder bezwarende titel: doet het wel ter zake of het monument al dan niet wordt gerealiseerd conform de eisen van de gemeente?*

De Aw2012 stelt verder als voorwaarde voor een aanbestedingsplichtig werk dat sprake moet zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel. Het Muller-arrest van het [Hof van Justitie EU \(C-451/08, 25 maart 2010\)](#) legt uit hoe de wettelijke bepalingen inzake deze voorwaarde begrepen moeten worden.

Het arrest heeft betekenis voor overeenkomsten tussen gemeente en projectontwikkelaars inzake de realisering van woningen. Het Hof heeft bepaald dat dergelijke overeenkomsten niet onder de aanbestedingsregels vallen als een gemeente niet de beschikking krijgt over de woningen of daarvan rechtstreeks profiteert. De woningen worden immers geleverd aan particuliere kopers en niet aan de gemeente. Aanbestedingsplichtig zijn alleen overeenkomsten waarbij een aanbestedende dienst in het kader van een overeenkomst daadwerkelijk een prestatie ontvangt (rechtstreeks economisch belang), bijv. als zij:

1. eigenaar of gebruiker van het vastgoed wordt of
2. kan beschikken over het vastgoed met het oog op zijn openbare bestemming of
3. economische voordelen haalt uit toekomstig gebruik of overdracht van het vastgoed of
4. financieel zal deelnemen aan de realisering van het vastgoed of

⁶ Voor zover ondernemingen uit andere lidstaten ook beneden de EU-drempelwaarden (grensoverschrijdend belang), geïnteresseerd zouden kunnen zijn in een dergelijke opdracht voor diensten (of werken) in bijv. Amsterdam, dan moeten die opdrachten in beginsel ook EU-woorden worden aangekondigd beneden een drempel van respectievelijk € 5.548.000,- / € 221.000,- (zie Hof van Justitie EU (C-6/05, 14 juni 2007), Hof van Justitie EU (C-220/06, 18 december 2007, Hof van Justitie EU (C-412/04, 21 februari 2008), Hof van Justitie EU (C-147/06 en C-148/06, 15 mei 2008, Hof van Justitie EU (C-376/08, 23 december 2009, Gerecht van de Europese Unie: T-258/06, 20 mei 2010). Voor zover het betreft ontwerp opdrachten door architecten bestaat er een levendige grensoverschrijdende belangstelling van architecten en kunstenaars die belangstelling hebben voor unieke beeldbepalende bouwkundige ontwerpen met een internationale uitstraling.

⁷ zie art. 2.16 Aw2012: *Bij de raming van de waarde van een overheidsopdracht voor werken houdt de aanbestedende dienst rekening met de waarde van de werken en met de geraamde totale waarde van de voor de uitvoering van die werken noodzakelijke leveringen en diensten die door de aanbestedende dienst ter beschikking van de aannemer worden gesteld.*

AANBESTEDINGSADVOCAAT WUIJSTER

5. risico's loopt bij de economische mislukking van de vastgoedexploitatie.

CONCLUSIE: Inzake het monument zal de gemeente krachtens een overeenkomst sub 1) eigenaar of gebruiker van het werk worden, en sub 2) beschikken over het werk met het oog op zijn openbare bestemming en sub 4) financieel deelnemen aan de realisering van het gerealiseerde werk. Er wordt zelfs voldaan aan drie van de vijf facultatieve criteria voor het bestaan van een overeenkomst onder bezwarende titel (in de zin dat de gemeente een prestatie ontvangt).

Niet uitgesloten is dat de gemeente ook risico's loopt bij de economische mislukking van de vastgoedexploitatie op haar eigen grond (zie dienaangaande het document van Stadsdeel Centrum "Scoop en opdrachtgeverschap van het Holocaust Namenmonument d.d. 11 oktober 2017 gericht aan stadsdeelvoorzitter Boudewijn Oranje. In het kader van de mogelijke voorkoming van dergelijke risico's is blijkens voornoemd document het Stadsdeel Centrum buiten het publiekrechtelijke kader ook intensief betrokken bij het ontwerp, realisering en beheer van het monument. Irrelevant is het voldoen aan het zgn. "eisencriterium".

iv. Is er een bouwplicht?

Het Muller-arrest stelt ook als voorwaarde voor een overeenkomst onder bezwarende titel dat die overeenkomst een afdwingbare verplichting schept tot realisering / oplevering van het werk (bouwplicht). In dat verband is van belang dat de gemeente slechts grond (openbaar gebied) ter beschikking stelt op voorwaarde dat het monument daadwerkelijk gerealiseerd wordt. De door de gemeente als voorwaarde bedongen (bij documenten oktober / november 2017) overeenkomst met NAC, waarbij de gemeente de bestaande gedenktekens verplaatst en kosten maakt en eigendom, beheer, beveiliging en financiering verschaft, houdt in dat NAC verplicht zou zijn om het monument te realiseren. Deze overeenkomst volstaat in beginsel al om te kunnen kwalificeren als een overeenkomst onder bezwarende titel, ware het niet dat een dergelijke overeenkomst onrechtmatig zou zijn.

De gemeente mag immers geen contractuele verplichting aan NAC opleggen om het monument te realiseren. Het is simpelweg verboden. Zie daarvoor het arrest Hof van Justitie EG d.d. 20 oktober 2005 zaak C 264/03 Commissie/Frankrijk. Het arrest verduidelijkt dat een gemeente als eigenaar van de grond en beoogd eigenaar van het daarop te realiseren bouwwerk zelf het ontwerp en de realisering moet aanbesteden en als contractpartij inzake het ontwerp en de realisering met respectievelijk architect en aannemer moet optreden.

Het verdient opmerking dat het de gemeente in dit verband dus niet is toegestaan om gebruik te maken van de mogelijkheid uit de Aw2012 sub c.: *het [door NAC] laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk*. Ook in dit verband wordt duidelijk dat het volstrekt irrelevant en zelfs onrechtmatig zou zijn om te stellen dat het ontwerp voor het monument niet zou voldoen aan de eisen van de aanbestedende dienst. Het zgn. "eisencriterium" kan eenvoudigweg helemaal in beeld komen.

CONCLUSIE: Het spreekt voor zich dat de gemeente in de hoedanigheid van eigenaar van de grond en beoogd eigenaar van het daarop te realiseren bouwwerk een bouwplicht aan de aannemer zal opleggen, waarmee dus ook voldaan zal zijn aan het vereiste van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel inclusief juridisch afdwingbare bouwplicht.

AANBESTEDINGSADVOCAAT WUIJSTER

- v. Doet het wel ter zake of de gemeente al dan niet zelf betaalt voor het ontwerp en de realisering van het monument?

Daarnaast moet er sprake zijn van een bezwarende titel in de zin dat voor de ontvangen prestatie (het monument / gedenkteken) een tegenprestatie wordt betaald, zoals een aanneemsom of honorarium voor een ontwerp. Daarbij is het echter zelfs irrelevant dat de ontvanger van de prestatie (in casu gemeente) die niet zou betalen. Dit wordt als volgt toegelicht.

Werken die ten behoeve van (rechtstreeks economisch belang) een aanbestedende dienst worden gerealiseerd op grondposities in eigendom van een private onderneming, welke grond en werken (bijvoorbeeld openbare infrastructuur / grondexploitatie) na realisering aan een gemeente in eigendom worden overgedragen, vallen onder de aanbestedingsregels. Dit geldt zelfs als de ontvangende gemeente niets betaalt voor de grond en de daarop gerealiseerde werken (zie Hof Den Haag 31-01-2001 ECLI:NL:GHSGR:2001:AB0451 (Projektbouw Zeeland B.V. / gem. Middelburg)).

Dus ook als een gemeente zelf niets betaalt voor hetgeen zij ontvangt of als een rechtstreeks economisch belang heeft, geldt dat een bezwarende titel van een overeenkomst er in kan bestaan dat derden in feite betalen voor hetgeen de gemeente / aanbestedende dienst als rechtstreeks economisch belang ontvangt. Bijvoorbeeld wanneer de openbare infrastructuur / grondexploitatie (zoals wettelijk verplicht conform een zgn. anterieure overeenkomst) wordt gefinancierd uit de inkomsten die de projectontwikkelaar genereert uit de verkoop van woningen aan particuliere kopers.

Gemeenten moeten ontwikkelaars met een eigen grondpositie (of recht op zelfrealisatie) contractueel die wettelijke verplichting tot EU-aanbesteding opleggen / doorleggen (zie: Hof van Justitie EG 12 juli 2001 inzake C-399/98; Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti en Leopoldo Freyrie tegen Comune di Milano). Dit arrest is beter bekend onder de naam "Scala".

Overigens mag de gemeente aan NAC de verplichting tot aanbesteding niet contractueel opleggen / doorleggen omdat de gemeente krachtens haar grondeigendom en de openbare bestemming van het werk daarop (rechtstreeks economisch belang) het ontwerp en realisering zelf via de aanbestedingsregels ter hand moet nemen en niet mag doorleggen / overlaten aan NAC (zie: Hof van Justitie EG d.d. 20 oktober 2005 zaak C 264/03 Commissie/Frankrijk). Doorleggen mag niet indien de gemeente de vrije keus heeft om door te leggen dan wel zelf aan te besteden. Dat is het geval als de gemeente 100% van de grond in eigendom heeft. De gemeente heeft de locatie aan de Weesperstraat in volle eigendom en moet het ontwerp en de realisering van hetgeen zij in eigendom zal hebben zelf aanbesteden conform de daarvoor geldende wettelijke regels. Het is de gemeente verboden dat over te laten aan NAC.⁸

Mutatis mutandis impliceert de aanbestedingsplicht van een werk ook dat het ontwerp en alle daarmee gepaard gaande (ontwerp)diensten moeten worden gegund conform de aanbestedingsregels. En dat in dat verband irrelevant is of de gemeente zelf betaalt voor de (objectief en zorgvuldig geraamde) architectendiensten.

⁸ Zie ook p. 69 Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011. Een publicatie van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, de Vereniging Nederlandse Gemeenten en het Interprovinciaal Overleg in samenwerking met de vereniging van Nederlandse Projectontwikkeling Maatschappijen (NEPROM)

AANBESTEDINGSADVOCAAT WUIJSTER

NB. Het is niet mogelijk om een beroep te doen op de stelling dat een werk niet aanbestedingsplichtig zou zijn omdat het niet zou voldoen aan de eisen van de aanbestedende omdat de aanbestedende dienst geen opdrachtgever zou zijn van de architectendienst, terwijl nu juist de aanbestedende dienst onrechtmatig heeft gehandeld door die architectendienst niet zelf als eigenaar van de grond en beoogd eigenaar van het bouwwerk voor eigen rekening en risico conform de daarvoor geldende aanbestedingsregels in de markt te zetten

Het arrest Scala betreft nota bene een bezwaar van architecten inzake een bouwwerk met een openbare bestemming. Dienaangaande oordeelde het Hof dat aanbestedende diensten ontwikkelaars met een eigen grondpositie (of recht op zelfrealisatie) contractueel een wettelijke verplichting tot EU-aanbesteding van zowel de aanneemovereenkomsten alsook de architectenopdrachten moeten opleggen / doorleggen.

De feiten inzake mogelijk beheer, eigendom en financiering waren reeds bekend (op 22 juni 2016), nog voordat er een ontwerp van het monument voor de locatie was. Op dat moment moest er nog een architectenopdracht verstrekt worden. Dit gegeven is met name van belang voor de beantwoording van de vraag of destijds de architectendienst en het ontwerp conform de Aanbestedingswet 2012 aanbesteed diende te worden.

De Aw2012 voorziet in § 2.2.3.2. met de procedure van een prijsvraag bij uitstek in de methode van aanbesteding van ontwerp en architectendiensten. Krachtens art. 2.34 Aw2012 kan de gemeente de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen voor een overheidsopdracht voor diensten indien die overheidsopdracht voortvloeit uit een procedure van het uitschrijven van een prijsvraag en volgens de toepasselijke voorschriften aan de winnaar of aan een van de winnaars van die prijsvraag dient te worden gegund en de aanbestedende dienst alle winnaars van de prijsvraag tot de onderhandelingen uitnodigt.

Daar waar de EU-rechter in de zaak Scala aanbestedende diensten verplicht om jegens private grondeigenaren zorg te dragen voor de naleving van de EU-aanbestedingsregels, valt niet uit te leggen dat de gemeente nu niet in de eerste plaats zelf verantwoordelijk zou zijn (geweest) voor de aanbesteding van alle aspecten van het nationale gedenkteken, inclusief de ontwerpdiensten die gerealiseerd worden op haar eigen grond (openbaar gebied).

NB. Het feit dat een private entiteit een initiatief opwerpt om met grotendeels overheidsfinanciering op overheidsgrond een werk te doen realiseren dat in het domein van een overheid terecht komt, kan onder geen enkele omstandigheid rechtvaardigen dat die private entiteit de diensten en werken zelf enkelvoudig onderhands met derden kan uitonderhandelen zonder dat de betrokken overheden verantwoordelijk zouden zijn voor de naleving van de aanbestedingswetgeving. Zo zullen projectontwikkelaars geheel op eigen initiatief gebiedsontwikkelingen kunnen initiëren, met eigen geld en op eigen (van een gemeente wellicht nog aan te kopen) grond, hetgeen hen echter onder geen enkele omstandigheid ontslaat van de verplichting om de daarmee gepaard gaande opdrachten voor grondexploitatie / openbaar gebied (te betalen uit de opstalexploitatie en te leveren aan de gemeente) conform de aanbestedingsregels in de markt te zetten.

In tegenstelling tot de casus Projektbouw Zeeland B.V. / gem. Middelburg betaalt de overheid zelfs grotendeels voor de realisering van het gedenkteken. Anders is het project zoals het er nu voorstaat kennelijk niet financieel haalbaar. Er is dus zelfs een aanzienlijke tegenprestatie door de overheid. Ook

AANBESTEDINGSADVOCAAT WUIJSTER

wordt er geen grond overgedragen aan de gemeente; de grond is immers al van aanvang af in eigendom van de gemeente en heeft dat deel van haar eigendom zelfs aangewezen. Die grond vertegenwoordigt bovendien een aanzienlijke waarde waarin tevens van overheidswege aan de realisering van het project wordt bijgedragen.

CONCLUSIE: het is irrelevant of de gemeente daadwerkelijk zelf betaalt voor de overheidsopdrachten. Zij doet dat overigens wel grotendeels. Linksom of rechtsom moet de gemeente ontwerp en realisering zelf aanbesteden conform de Aw2012.

vi. Voor zover nog van belang: art. 2.8 Aw2012 inzake gesubsidieerde ontwerpdiensten en werken

Het ontwerp en de realisering van het monument is al primair aanbestedingsplichtig krachtens de betekenis van het begrip "overheidsopdracht voor een werk" en de daarop gebaseerde jurisprudentie inzake de aanbesteding van de daarmee gepaard gaande ontwerpdiensten. Daarnaast volgt uit art. 2.8 Aw2012:

1. Het bepaalde bij of krachtens deze wet voor aanbestedende diensten is tevens van toepassing op subsidie-ontvangers [zoals NAC] die overeenkomsten sluiten voor:

a. werken die voor meer dan 50 procent rechtstreeks door één of meer aanbestedende diensten worden gesubsidieerd en die bestaan uit:

1°. civieltechnische werkzaamheden als bedoeld in bijlage II van richtlijn 2014/24/EU waarvan de geraamde waarde overeenkomt met of hoger is dan het in artikel 13, onderdeel a, van richtlijn 2014/24/EU genoemde bedrag, exclusief omzetbelasting [€ 5.548.000 excl. btw], of
[]

b. diensten die voor meer dan 50 procent rechtstreeks door een of meer aanbestedende diensten worden gesubsidieerd, verband houden met een overeenkomst voor werken als bedoeld in onderdeel a en waarvan de geraamde waarde overeenkomt met of hoger is dan het in artikel 13, onderdeel b, van richtlijn 2014/24/EU genoemde bedrag, exclusief omzetbelasting [€ 221.000 excl. btw].

Voor zover overheden meer dan 50% (€ 3,9 miljoen) van de geraamde waarde van het monument (€ 7,5 miljoen, excl. btw en exclusief onvoorziene kosten plus € 300.000 additionele kosten⁹ direct voor rekening van gemeente = minimaal € 7,8 miljoen) subsidiëren, moet de ontvanger die iets (op eigen grond!) wil realiseren, dit doen conform de regels van de Aw2012. Ook de architectendiensten moeten conform de regels van de Aw2012 in de markt worden gezet voor zover die voor meer dan 50% worden gesubsidieerd. Vast staat dat overheden het monument voor ten minste € 5,3 miljoen subsidiëren, zodat in theorie NAC verplicht zou zijn om een en ander conform de regels van de Aw2012 (boven de € 5.548.000 excl. btw, dus Europees) aan te besteden. Onduidelijk is in hoeverre de architectendienst(en) (inclusief Rijnboutt) moet worden aanbesteed. Het totale architectenhonorarium zal vooralsnog zijn verdisconteerd in de € 7,5 miljoen. Uitgaande van een voorzichtige raming van de bouwsom van ongeveer € 7 miljoen komt een bescheiden percentage van ongeveer 3% architectenhonorarium al uit op een bedrag omstreeks de EU-drempelwaarde voor diensten van € 221.000 excl. btw. Daarmee zouden dan ook de architectendiensten EU-aanbestedingsplichtig zijn.

⁹ zie art. 2.16 Aw2012: *Bij de raming van de waarde van een overheidsopdracht voor werken houdt de aanbestedende dienst rekening met de waarde van de werken en met de geraamde totale waarde van de voor de uitvoering van die werken noodzakelijke leveringen en diensten die door de aanbestedende dienst ter beschikking van de aannemer worden gesteld.*

AANBESTEDINGSADVOCAAT WUIJSTER

CONCLUSIE: ook krachtens art. 2.8 Aw2012 had de architectendienst (zeer waarschijnlijk EU of met een passende mate van openbaarheid) aanbesteed moeten worden, ook door NAC. Echter, zoals reeds geconcludeerd, is art. 2.8 Aw2012 in beginsel niet van toepassing omdat het monument wordt ontworpen en gerealiseerd op gemeentegrond (openbaar gebied) ten behoeve van een openbare bestemming in eigendom en beheer van de gemeente. Daarom betreft het overheidsopdrachten voor diensten en werken die de gemeente zelf moet aanbesteden.

3. De voor dit advies relevante feiten.

Vanaf 2006 ijvert het Nederlands Auschwitz Comité (NAC) voor een nieuw nationaal monument in het centrum van Amsterdam. Van 2006 tot 2014 heeft het NAC regelmatig overleg met de Gemeente Amsterdam over een locatie voor het monument.

i. Proces locatiekeuze

De gemeente neemt het initiatief om opdracht te verstrekken aan Royal Haskoning DHV voor het onderzoek naar de meest geschikte locatie in het openbaar gebied (resultierend in "Locatieadvies Holocaust Namenmonument in Amsterdam" d.d. 23 maart 2016). Het totale proces van de locatiekeuze omvat o.a. raadsbesluit d.d. 4 november 2015 waarin is besloten dat NAC commentaar mag leveren op de criteria voor de keuze van de locatie; de gemeente neemt suggesties over of weerlegt deze gemotiveerd. Naar aanleiding van deze suggesties is één van de zeer zwaarwegende criteria voor de locatiekeuze dat het monument openbaar toegankelijk moet zijn. De andere drie zwaarwegende criteria die de gemeente bij raadsbesluit d.d. 22 juni 2016 inzake het namenmonument stelt zijn dat:

1. het monument binnen het Joods Kwartier moet liggen;
2. het monument statuur moet hebben (Nationaal belang);
3. de namen aangeraakt moeten kunnen worden.

Dit zijn de vier eisen die de gemeente zelfstandig bij raadsbesluit d.d. 22 juni 2016 als privaatrechtelijke voorwaarden stelt aan het monument, bij welk raadsbesluit de gemeente zich deze privaatrechtelijke eisen heeft eigen gemaakt als voorwaarde voor de aanwijzing van de locatie door de gemeente en de realisering van het monument. Deze vier eisen betreffen geen algemene stedenbouwkundige randvoorwaarden.

ii. Ontwerp monument

Bij unaniem besluit 22 juni 2016 wijst de gemeenteraad de Weesperstraat aan als locatie, zonder dat daarvoor een nieuw ontwerp bekend was. Op dat moment (22 juni 2016) moet aan een architect opdracht verstrekt worden voor een ontwerp dat past in de locatie, conform de zwaarwegende (privaatrechtelijke) criteria en de (publiekrechtelijke) randvoorwaarden (rapport van Ruimte en Duurzaamheid "Holocaust Namenmonument haalbaarheidsstudie locatie Weesperstraat"). Dit ontwerp (van Studio Libeskind) wordt op 16 december 2016 gepresenteerd.

iii. Financiering, eigendom en beheer

Het raadsbesluit van 22 juni 2016 stelt dat Alle kosten voor het bouwrijp en obstakelvrij maken van het terrein, het omleggen van kabels en leidingen etc. alsmede het tot stand brengen, van "Het Namenmonument" voor rekening zijn van NAC en dat de kosten mogelijk door de gemeente worden

AANBESTEDINGSADVOCAAT WUIJSTER

gesubsidieerd. Daarnaast stelt het raadsbesluit dat bij verdere uitwerking van het voorlopig ontwerp een (dekkings)voorstel volgt voor de benodigde incidentele en structurele beheerlasten, waarmee afspraken tussen NAC en gemeente (de bestuurscommissie Centrum) moeten worden gemaakt inzake eigendom, het gebruik van de openbare ruimte en het (feitelijk) beheer.

Deze feiten inzake mogelijk beheer, eigendom en financiering waren reeds bekend nog voordat er een ontwerp van het monument voor de locatie was. Op dat moment moest er nog een architectenopdracht verstrekt worden. Dit gegeven is met name van belang voor de beantwoording van de vraag of de architectendienst en het ontwerp conform de Aanbestedingswet 2012 aanbesteed diende te worden. Zie daarvoor eerder bij de behandeling van het juridische kader.

Het ontwerp komt omstreeks 16 december 2016. Op basis daarvan stelt NAC de totale begroting op € 7,5 miljoen, excl. btw en exclusief onvoorziene kosten.

Het document van Stadsdeel Centrum “Scoop en opdrachtgeverschap van het Holocaust Namenmonument d.d. 11 oktober 2017 gericht aan stadsdeelvoorzitter Boudewijn Oranje borduurt vervolgens voort op het unanieme raadsbesluit van 22 juni 2016 over de feiten betreffende de destijds voorziene aspecten inzake mogelijk beheer, eigendom en financiering:

Gevraagd besluit:

1. Het stadsdeelbestuur, c.q. de voorzitter wordt verantwoordelijk voor de realisatie van het Holocaust Namenmonument én het regelen van het toekomstig beheer en onderhoud, veiligheid, evenementen, eigendom en de communicatie.
2. Locoburgemeester Kajsa Ollongren te verzoeken de verantwoordelijk voor het regelen van de (toekomstige) financiële middelen op zich te nemen.
3. Opdracht te geven tot het opstellen van een samenwerkingsovereenkomst met het NAC met alle afspraken tav beheer, veiligheid, eigendom, financiën, communicatie en start bouw, met als uitgangspunt dat de gemeente het monument als geschenk aanvaardt.
4. Akkoord te gaan met het aanwijzen van ambtelijke opdrachtgeverschap aan gebiedsmanager Robby van Beveren en Ingrid Eegerdingk conform bijgevoegd schema

We bereiken nu de fase van realisatie. De fase van terughoudendheid van het stadsdeel naar het NAC omdat het NAC als initiatiefnemer voor het monument primair aan zet was, voldoet nu niet langer meer. Er moeten cruciale beslissingen voor de toekomst worden genomen. Daarvoor is nodig een samenwerkingsovereenkomst / letter of intent met het NAC over eerder genoemde zaken zoals toekomstig beheer, veiligheidsmaatregelen zoals rampalen, camera's, afsluiting, zeggenschap, communicatie, eigenaarschap, etc. Deze overeenkomst moet er liggen voor dat de bouw start: het is tegelijkertijd een soort Go-No-go moment en het besluit om de grond vrij te geven voor bouw. Deze zaken moeten (op hoofdlijnen) zijn geregeld voordat gestart kan worden met het kappen van bomen, verplaatsing van huidige monumenten en de start bouw van het Namenmonument.

Deze zaken behoeven ook bestuurlijke besluitvorming: inhoudelijk grotendeels bij stadsdeel, voorwaardenscheppend, vooral financieel bij de gemeenteraad. Ook moet er zicht zijn op realisatie van het monument, zodat de bouw ook wordt afgerond. Dit vergt inzicht in de fondsenwerving.

NAC hoeft geen grond aan te kopen; die grond betreft immers openbaar gebied dat de gemeente krachtens een overeenkomst kosteloos ter beschikking stelt. Zie memo betreffende het Nationaal Holocaust Namenmonument van stadsdeelvoorzitter Centrum Boudewijn Oranje d.d. 9 november 2017:

bomen. Naast het verkrijgen van de benodigde vergunningen door het NAC moet de gemeente de grond beschikbaar stellen. Dit doet de gemeente onder voorwaarden. Hiertoe wordt een Overeenkomst opgesteld waarin de voorwaarden en de (financiële) verantwoordelijkheden m.b.t. het oprichten én in stand houden van het monument tussen partijen zijn vastgelegd. Dit raakt ook de fondsenwerving door het NAC en de positie van de gemeente waar het (de garantie op) de financiële haalbaarheid van het project betreft.

AANBESTEDINGSADVOCAAT WUIJSTER

[]

Het stadsdeel Centrum wil het beschikbaar stellen van de grond aan het NAC verbinden aan de voorwaarde dat er een door partijen (NAC en de gemeente) getekende Overeenkomst ligt.

NAC genereerde al ongeveer € 600.000. De resterende ongeveer € 6,9 miljoen komt van giften van verschillende instellingen, en overheden waaronder ministerie en gemeentes, met name Amsterdam. Op 15 mei 2018 stelt B en W voor om € 3 miljoen extra aan het monument bij te dragen. Dat bestaat uit een bijdrage van € 2,4 miljoen voor adoptie van stenen, en daarnaast het bouwrijp maken van de locatie, beheer en onderhoud en beveiliging, alsmede beveiligingscamera's (€ 105.000). Daarna zijn er jaarlijks kosten voor beheer en beveiliging die ook voor rekening van de gemeente komen. Zie memo betreffende het Nationaal Holocaust Namenmonument van stadsdeelvoorzitter Centrum Boudewijn Oranje d.d. 9 november 2017:

Het NAC wil het monument na realisatie als 'cadeau' aan gemeente Amsterdam overdragen. Dit impliceert dat de gemeente, indien zij dit 'cadeau' accepteert, het in eigendom krijgt en verantwoordelijk wordt voor het beheer en onderhoud. Gelet op de aard en de omvang van het monument moet rekening worden gehouden met een aanzienlijke structurele (jaarlijkse) last. Op basis van een nog op te stellen beheerplan door (de architect van) het NAC en een toets door het stadsdeel moet nog duidelijk worden hoe hoog de jaarlijkse beheerkosten zullen zijn.

Daarmee wordt de gemeente verantwoordelijk voor alle kosten van onderhoud, beveiliging etc. in de toekomst. Uit de memo betreffende het Nationaal Holocaust Namenmonument van stadsdeelvoorzitter Centrum Boudewijn Oranje d.d. 9 november 2017 blijkt voorts:

De gemeente (stadsdeel Centrum) draagt los van de eventuele bovenbedoelde bijdrage overigens ook op andere wijze bij aan de totstandkoming van het monument. Door inzet van capaciteit, bekostiging van diverse onderzoeken en de toezegging om de twee bestaande monumenten (waaronder het Joods monument voor de Erkentelijkheid) voor rekening van de gemeente te verplaatsen. Bij elkaar bedraagt dit een bedrag van ca. 3 ton.

Dir bedrag van € 300.000 voor rekening van de gemeente komt bovenop de raming van € 7,5 miljoen.

Ook de Rijksoverheid (ministerie van VWS) draagt € 2,3 miljoen bij. Daarnaast dragen meer dan 25 gemeentes bij.

iv. Civieltechnisch werk / bouwwerk

Het monument betreft een bouwwerk. Zie het document "Haalbaarheidsonderzoek locatie Weesperstraatstrook".

Op 4 februari 2016 is er een overleg geweest met de dienst Metro en Tram over de deels onder de locatie liggende metrobus. Vanuit Metro en Tram zijn er geen bezwaren met het plaatsen van het monument deels op en naast de metrobus eventueel met kelderbak. Met de bouw dient rekening gehouden te worden met het feit dat de metro als het ware drijft in het grondwater. Dit zorgt altijd voor lichte bewegingen in de grond. Bij ontgravingen moet rekening worden gehouden met het opwaartse beweging van de metrobus en dient het gewicht van de ontgraving gecompenseerd te worden. Vanwege de nabijheid van de metrobus zal Metro en Tram te zijner tijd adviseren op de aanvraag omgevingsvergunning. Het is aan te bevelen om deze dienst in een vroegtijdig stadium te betrekken bij het ontwerp.

Het betreft een bouwkundig / civieltechnisch ontwerp van een architect met een voorlopig ontwerp en een definitief ontwerp dat moet worden uitgewerkt in een technisch ontwerp. De grond moet bouwrijp worden gemaakt en een aannemer moet worden ingeschakeld voor de realisering, met alle gebruikelijke bouwkundige adviseurs uit de betreffende disciplines. Zie ook persbericht NAC d.d. 16 december 2016:

AANBESTEDINGSADVOCAAT WUIJSTER

Het Nederlands Auschwitz Comité heeft Rijnboutt geselecteerd als coördinerend en uitvoerend architect. Gezamenlijk met adviseurs en specialisten zullen zij het ontwerp van Libeskind uitwerken voor de benodigde vergunningen en realisatie. In dit traject blijft Libeskind de hoofdontwerper. Rijnboutt is zeer verheugd om mee te mogen werken aan dit belangrijke monument.

Rijksbouwmeester Floris Alkemade is als onafhankelijke adviseur bereid het bestuur van het Nederlands Auschwitz Comité en het ontwerpteam van advies te voorzien over de verdere uitwerking van het ontwerp van het Holocaust Namenmonument Nederland.

De oplevering van de bouw van het Nationale Holocaust Namenmonument staat gepland voor het begin van 2018. De mogelijkheden voor het publiceren van een boek en documentaire worden momenteel verkend.

Over Studio Libeskind

Studio Libeskind is een internationaal architectenbureau met een hoofdkantoor in New York City. De Studio is betrokken bij het ontwerpen en realiseren van een divers scala aan stedelijke, culturele en commerciële projecten, op internationaal niveau. De studio heeft gebouwen ontworpen die variëren van musea & concertzalen tot congrescentra, universiteiten, hotels, winkelcentra en woontorens.

Over Rijnboutt

Rijnboutt ontwerpt en adviseert in de volledige breedte van de ruimtelijke opgave. We werken op alle schaalniveaus, van interieur tot openbare ruimte, van gebouw tot stedelijk project. Wij maken de complexe stedelijke vraagstukken van de toekomst doelgericht eenvoudig en overzichtelijk. Door een integraal oplossingsgericht proces weten we snel in een open samenwerking tot uitgesproken resultaat te komen. Rijnboutt werkt met een multidisciplinair team van ruim 60 mensen. Door engagement, kennis en ervaring is Rijnboutt in staat om mensen te binden en talent te stapelen. Architectuur, Stedenbouw, Landschap en

Met vriendelijke groet,

Roy Wuijster

