

Nieuwe Aanbestedingswet biedt ruimte om te onderhandelen met de markt

De concurrentie gerichte dialoog procedure en de mededingingsprocedure met onderhandeling op basis van het wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012

In de Europese richtlijn 2014/24/EU (hierna: de Richtlijn), die geïmplementeerd moet worden in de Aanbestedingswet 2012, is opgenomen dat aanbestedende diensten grote behoefte hebben aan extra flexibiliteit, die ruimte biedt om te kiezen voor een aanbestedingsprocedure die voorziet in onderhandelingen. Aanbestedende diensten krijgen op basis van de richtlijn dan ook meer flexibiliteit in het toepassen van de mededingingsprocedure met onderhandeling en de concurrentiegerichte dialoog. Op deze manier ontstaat meer ruimte voor communicatie tussen de aanbestedende dienst en marktpartijen tijdens een aanbestedingsprocedure. Akro Consult juicht deze ontwikkeling enorm toe, omdat het risicoprofiel en de complexiteit van de hedendaagse vastgoed- en gebiedsontwikkelingsopgaven vraagt om flexibiliteit en innovatieve oplossingen. Vaak komen die niet tot stand in strak geregisseerde aanbestedingsprocedures.

Dit artikel gaat in op de uitbreiding van het toepassingsbereik in de nieuwe Aanbestedingswet van de concurrentie gerichte dialoog procedure en de mededingingsprocedure met onderhandeling met aankondiging (hierna: mededingingsprocedure met onderhandeling). Hierbij staat de vraag centraal of aanbestedende diensten op basis van de gewijzigde Aanbestedingswet meer ruimte hebben om in onderhandeling te treden met marktpartijen.

De concurrentie gerichte dialoog procedure versus de mededingingsprocedure met onderhandeling in het kort

In de Richtlijn is opgenomen dat voor de toepassing van de concurrentie gerichte dialoog procedure en de mededingingsprocedure met onderhandeling bij vastgoed- en gebiedsontwikkelingsprojecten, gedacht kan worden aan werken die geen standaardgebouwen zijn of werken, die tevens ontwerpen of innovatieve oplossingen behelzen. Bijvoorbeeld omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten. In artikel 2.28 lid 1 van de nieuwe Aanbestedingswet staan de gevallen opgesomd, waarin van de concurrentiegerichte dialoog en de mededingingsprocedure met onderhandeling gebruik gemaakt kan worden. Deze voorwaarden zijn voor beide procedures gelijk.

Een concurrentie gerichte dialoog is nuttig als aanbestedende diensten aan de voorkant niet in staat zijn te bepalen welke middelen aan hun behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het gebied van technische, financiële of juridische oplossingen. Zo kan een aanbestedende dienst bij opdrachten die bijzonder complex zijn voor deze procedure kiezen. Met marktpartijen wordt een dialoog gevoerd om te komen tot oplossingen in de behoeften van de aanbestedende dienst. Op basis hiervan kan de aanbestedende dienst vervolgens de gunningscriteria en de uitvraag nader specificeren en opstellen. De dialoog zelf kan gaan over alle onderdelen van de uitvraag, met uitzondering van de minimumeisen, gunningscriteria en de wegingsfactoren.

Van de mededingingsprocedure met onderhandeling kan gebruik gemaakt worden indien aanbestedende diensten ruimte willen houden om met de inschrijvers te onderhandelen over hun eerste en daaropvolgende inschrijvingen (met uitzondering van de definitieve inschrijving). Dit om de inhoud ervan te verbeteren en deze meer aan te laten sluiten bij de uitvraag. Over de gunningscriteria en minimumeisen wordt niet onderhandeld, omdat deze vooraf zijn vastgesteld door de aanbestedende dienst.

Uit het onderstaande schema blijken de stappen, die achtereenvolgens doorlopen worden in de twee procedures. De dialoog wordt voorafgaand aan het inschrijven gevoerd, terwijl het onderhandelen pas na de eerste inschrijving plaatsvindt.

Concurrentie gerichte dialoog	Mededingingsprocedure met onderhandeling
Aankondigen	Aankondigen
Aanmelden	Aanmelden
Uitsluiten en selecteren	Uitsluiten en selecteren
Dialoog	Inschrijven

Inschrijven	Onderhandelen
-	Inschrijven
Beoordelen en gunnen	Beoordelen en gunnen

Voor beide aanbestedingsprocedures geldt dat net als bij een niet openbare aanbestedingsprocedure, eerst een selectiefase doorlopen wordt. In de selectiefase selecteert de aanbestedende dienst minimaal drie gegadigden, die uitgenodigd worden voor de volgende fase(n) in de procedure.

Een aanbestedende dienst kan ervoor kiezen om de dialoofase c.q. de onderhandelingsfase uit meerdere rondes te laten bestaan, waarbij er oplossingen/deelnemers/inschrijvers af kunnen vallen. De definitieve gunning moet in beide procedures plaatsvinden op basis van de economisch meest voordelige inschrijving, zijnde de inschrijving met de beste prijs- kwaliteitsverhouding.

De concurrentie gerichte dialoog procedure in de huidige en in de gewijzigde Aanbestedingswet 2012

In artikel 2.28 van de (huidige) Aanbestedingswet 2012 is opgenomen dat aanbestedende diensten de concurrentie gerichte dialoogprocedure in bijzonder complexe projecten kunnen toepassen, als het naar hun oordeel niet mogelijk is de openbare procedure of de niet-openbare procedure toe te passen. Een overheidsopdracht is volgens artikel 2.28 lid 2 bijzonder complex als de aanbestedende dienst objectief gezien niet in staat is om:

- a. de technische middelen te bepalen waarmee aan de behoeften of het doel kan worden tegemoetgekomen, of
- b. de juridische of financiële voorwaarden van een project te specificeren.

In artikel 2.28 van het voorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 is de mogelijkheid tot het toepassen van de concurrentie gerichte dialoog procedure verruimd. Zo is niet meer opgenomen, dat het naar het oordeel van de aanbestedende dienst niet mogelijk moet zijn door toepassing van de openbare of de niet-openbare procedure een bijzonder complexe overheidsopdracht te plaatsen. De concurrentie gerichte dialoog procedure is hierdoor als zelfstandige procedure in de gewijzigde Aanbestedingswet opgenomen, naast de overige aanbestedingsprocedures.

Artikel 2.28 lid 1 van het wetsvoorstel bevat de volgende opsomming, op basis waarvan een aanbestedende dienst de procedure van de concurrentie gerichte dialoog kan toepassen:

- a. met betrekking tot werken, leveringen of diensten die aan een of meer van de volgende criteria voldoen:

- 1°. er kan niet worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst zonder aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen;
 - 2°. het betreft onder meer ontwerp- of innovatieve oplossingen;
 - 3°. de overheidsopdracht kan wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico's, niet worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen;
 - 4°. de technische specificaties kunnen door de aanbestedende dienst niet nauwkeurig genoeg worden vastgesteld op basis van een norm, Europese technische beoordelingen, een gemeenschappelijke technische specificatie of een technisch referentiekader in de zin van de punten 2 tot en met 5 van bijlage VII van richtlijn 2014/24/EU;
- b. met betrekking tot werken, leveringen of diensten waarvoor in het kader van een openbare of niet-openbare procedure uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend.

Met name het bepaalde in artikel 2.28 lid 1 onder a sub 3 zorgt ervoor dat de procedure van de concurrentiegerichte dialoog in de vastgoed- en gebiedsontwikkelingspraktijk, waarbij nagenoeg altijd sprake is van complexe projecten met grote risico's, gemakkelijker ingezet kan worden. Een aanbestedende dienst hoeft hierbij niet meer eerst moet af te wegen of zij een openbare of niet-openbare procedure kan toepassen.

De mededingingsprocedure met onderhandeling in de huidige en in de gewijzigde Aanbestedingswet 2012

In artikel 2.30 lid 1 van de (huidige) Aanbestedingswet 2012 is opgenomen dat de onderhandelingsprocedure met aankondiging toegepast kan worden indien:

- a.** indien bij toepassing van de niet-openbare procedure, de openbare procedure, of de procedure van de concurrentiegerichte dialoog inschrijvingen zijn gedaan die onregelmatig zijn, of indien inschrijvingen zijn gedaan die onaanvaardbaar zijn, mits de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd,
- b.** in buitengewone gevallen, indien het werken, leveringen of diensten betreft waarvan de aard en de onzekere omstandigheden het vaststellen vooraf van de totale prijs niet mogelijk maken,
- c.** ingeval het een overheidsopdracht voor diensten als bedoeld in Bijlage II, onderdeel A, categorie 6 van richtlijn nr. 2004/18/EG of intellectuele diensten betreft, waarvoor, vanwege de aard van de te verlenen diensten, de specificaties voor de overheidsopdracht niet voldoende nauwkeurig kunnen worden vastgesteld om de overheidsopdracht overeenkomstig de niet-openbare procedure of de openbare procedure door de keuze van de beste inschrijving te plaatsen, of
- d.** ingeval het een overheidsopdracht voor werken betreft, die werken worden uitgevoerd ten behoeve van onderzoek, proefneming of ontwikkeling, en zonder het doel winst te maken of de kosten van onderzoek en ontwikkeling te dekken.

Zoals hiervoor al aangegeven kan de mededingingsprocedure met onderhandeling op basis van de nieuwe Aanbestedingswet in dezelfde gevallen worden toegepast als voor de concurrentie gerichte dialoog geldt (zie hiervoor artikel 2.28 lid 1). Voor de mededingingsprocedure met onderhandeling geldt dat deze procedure op basis van de nieuwe Aanbestedingswet in vastgoed- en gebiedsontwikkelingsprojecten in aanzienlijk meer gevallen toegepast kan worden. Ook hiervoor geldt immers dat van deze zelfstandige procedure gebruik gemaakt kan worden als het complexe projecten betreft.

Verruimde toepassingsmogelijkheden!

Akro Consult ziet het als een positieve ontwikkeling dat er met de nieuwe Aanbestedingswet gestreefd wordt naar extra flexibiliteit voor aanbestedende diensten om te kiezen voor de concurrentie gerichte dialoog procedure en de mededingingsprocedure met onderhandeling. Op deze manier ontstaat meer ruimte voor communicatie met marktpartijen. Om deze ruimte te bieden, zijn de twee procedures als zelfstandige procedures neergezet in de wet, waarbij het toepassingsbereik ruimer omschreven is. Het bepaalde in artikel 2.28 lid 1 sub a onder 3 biedt in onze ogen voor de vastgoed- en gebiedsontwikkelingspraktijk veel kansen en mogelijkheden.

Meer en betere communicatie tussen aanbestedende diensten en marktpartijen in een dialoog- of onderhandelingsfase zorgt ervoor dat vraag en aanbod in een aanbestedingsprocedure beter op elkaar afgestemd kunnen worden en onduidelijkheden vroegtijdig weggenomen kunnen worden. Bovendien stelt het partijen in staat elkaar in een vroeg stadium te leren kennen en van elkaar te leren.

Aandachtspunt bij deze procedures zijn de kosten, die in veel gevallen behoorlijk kunnen oplopen. Bovendien kennen deze procedures een langere looptijd. Een aanbestedende dienst moet zich bewust zijn van wat ze van marktpartijen vraagt en in welke mate deze marktpartijen hiervoor vergoed worden.

De toepassingsmogelijkheden voor de concurrentiegerichte dialoog en de mededingingsprocedure met onderhandeling zijn weliswaar verruimd op basis van de nieuwe Aanbestedingswet. Toch zijn deze procedures bedoeld voor écht grote/complex (niet standaard) werken. Deze procedures kunnen niet toegepast worden als het de aanbesteding van gangbare relatief eenvoudige werken betreft, daarvoor volstaat een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure prima.

Het voeren van een dialoog- of onderhandeling moet iets toevoegen aan de procedure, kortom noodzakelijk zijn. Als aanbestedende dienst moet je je op voorhand dus altijd een goed beeld vormen van de uitvraag en de procedure, die hier het beste bij past. Kunnen de uitvraag en de

gunningscriteria op voorhand goed vastgesteld worden en is een aanscherping van de inschrijving niet nodig, dan adviseren wij aanbestedende diensten gewoon te kiezen voor een openbare of een niet-openbare procedure.

Hélène Schepens
Juridisch adviseur, Akro Legal