

Notitie ten behoeve van het CDI-overleg
Ter kennisneming

Concurrentiegerichte dialoog: een hulpmiddel voor innovatie?

Aanleiding

Recent heeft er met de CPO-rijk een discussie plaatsgevonden rond de mogelijkheden en onmogelijkheden van de concurrentiegerichte dialoog. Na deze discussie is afgesproken een en ander vast te leggen in een notitie ten behoeve van het CDI-overleg. Deze notitie is een weerslag van deze discussie.

In de drie toenmalige aanbestedingsrichtlijnen voor de klassieke overheid waren gecompliceerde en innovatieve opdrachten vaak niet eenvoudig in te passen. Dergelijke opdrachten noodzaakten de betrokken partijen doorgaans tot vormen van overleg. Deze vormen van overleg waren in het kader van de reguliere procedures – en de daaraan gegeven uitleg – gewoonlijk niet toegestaan. Voor de Europese wetgever is dit reden geweest een nieuwe procedure in te voeren – de concurrentiegerichte dialoog. Een procedure die het maken van misbruik van de procedures van gunning via onderhandelingen zou kunnen tegengaan.

De nieuwe richtlijn 2004/18/EG (en de daarvan afgeleide Bao en Bass) geeft meer ruimte voor innovatie en ontwikkeling dan de vorige richtlijnen.

Daarbij moet worden gedacht aan de mogelijkheden die artikel 23 Bao geeft voor het functioneel specificeren bij openbare en niet-openbare aanbestedingsprocedures. Hierdoor kunnen marktpartijen worden uitgedaagd om als deskundige bij uitstek de bij een probleem behorende oplossing te verzinnen. Verder bestaat nog de mogelijkheid van toepassing van de procedure van gunning via onderhandelingen met voorafgaande bekendmaking in een aantal bijzondere gevallen.

Men zou ook gebruik kunnen maken van de ‘prijsvraag’. Een tot nu toe in Nederland weinig toegepaste methodiek, die behoorlijk wordt onderschat.

Tenslotte is er de nieuwe procedure van de concurrentiegerichte dialoog. Deze notitie zal de deze nieuwe procedure belichten.

Bijzonder complexe opdrachten

De ‘concurrentiegerichte dialoog’ wordt gedefinieerd als ‘*een procedure waaraan alle ondernemers mogen verzoeken deel te nemen en waarbij de aanbestedende dienst een dialoog voert met de tot de procedure toegelaten gegadigden, teneinde één of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde gegadigden zullen worden uitgenodigd om in te schrijven*’. De dialoog mag slechts in een beperkt aantal gevallen worden toegepast. Deze procedure is alleen toegestaan bij *bijzonder complexe* opdrachten. Wat als bijzonder complex mag worden aangemerkt, wordt ingekleurd door overweging 31 van de richtlijn 2004/18/EG. ‘*Voor aanbestedende diensten die bijzonder complexe projecten uitvoeren, kan het, zonder dat hen iets valt te verwijten, objectief onmogelijk zijn te bepalen welke middelen aan hun behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het stuk van technische en/of financiële/juridische oplossingen. Dat kan met name het geval zijn bij de uitvoering van omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten, grote computernetwerken, of projecten met een complexe en gestructureerde financiering waarvan de financiële en juridische onderbouwing niet vooraf kan worden voorgeschreven*’. Deze overweging geeft een beperkte toelichting op wat als bijzonder complex mag worden aangemerkt. De woorden ‘objectief onmogelijk’ kunnen echter verwarring zaaien. Het wekt tenminste de schijn, dat de in artikel 1 van richtlijn 2004/18/EG opgenomen definitie van de

concurrentiegericht dialoge beperkter moet worden uitgelegd dan deze definitie op het eerste oog zou doen vermoeden.

De richtlijn 2004/18/EG heeft de voorwaarden waaronder en de wijze waarop de procedure kan worden toegepast, vrij strak gereguleerd. Zo lijken onder meer de mogelijkheden voor het vragen van toelichtingen, preciseringen en nauwkeuriger omschrijvingen van inschrijvingen strakker te zijn gereguleerd dan in het algemeen wordt aangenomen bij de toepassing van de procedures van gunning via onderhandelingen. Als dat in de praktijk inderdaad bewaarheid wordt, mede gegeven het feit dat fine tuning na gunning bij grote projecten een essentieel en onmisbaar element vormt bij het opstellen van contracten voor dergelijke projecten, zal men geneigd zijn de concurrentiegericht dialoge te mijden en te kiezen voor de procedure van gunning via onderhandelingen. Sommigen achten het daarom goed mogelijk dat de procedure een niet erg lang leven beschoren zal zijn.

Nieuwe mogelijkheden of tot fossilisering gedoemd?

Het Europees Parlement heeft bij de behandeling in eerste lezing een aantal amendementen met betrekking tot de concurrentiegericht dialoge opgenomen. Amendement 137 heeft hoofdzakelijk tot doel om 'cherry picking' (intellectuele 'diefstal' waartegen geen bescherming kan worden geboden) te voorkomen. De in de richtlijntekst aangebrachte wijzigingen leidden er toe dat de procedures verder werden aangescherpt en de manoeuvreervrijheid van de aanbestedende diensten verder werd beperkt. Voor de praktijk zou de in de richtlijn gegeven ruimte wel eens onvoldoende kunnen blijken om een zodanig resultaat uit de onderhandelingen (de 'dialoge') te halen, dat dit leidt tot een voor alle partijen aanvaardbaar eindresultaat. Juist bij bijzonder complexe projecten bestaat een grote behoefte aan onderhandelingen. Deze onderhandelingen kunnen leiden tot (op onderdelen) ingrijpende wijzigingen in het voorwerp van de voorgenomen opdracht. Het lijkt, gegeven de bestaande behoeften bij aanbestedende diensten om meer met marktpartijen te kunnen onderhandelen, boven alle twijfel verheven, dat de procedure van de concurrentiegericht dialoge in de praktijk frequent zal worden toegepast waar dit naar de letter niet is toegestaan.

De tijd zal leren welke richting de jurisprudentie met betrekking tot de interpretatie van de gebruiksmogelijkheden voor deze procedure op zal gaan. Er bestaat een kans dat dit zal leiden tot een minder strikte uitleg van het begrip 'bijzonder complexe opdracht' dan de richtlijnen nu lijken voor te schrijven. Gebeurt dit niet dan zal het aantal procedures waarbij de concurrentiegericht dialoge bruikbaar is, zeer beperkt blijven en zal de nieuwe procedure in feite 'much ado about nothing' blijken te zijn. Maar zelfs als men 'zeer complexe' opdracht wat coulanter zou willen uitleggen, blijft het probleem van het onderhandelingsverbod bestaan, terwijl men juist bij dergelijke opdrachten aan onderhandelingsruimte behoefte zal hebben. Dat is daarmee het grootste probleem van de concurrentiegericht dialoge. De vele onzekerheden die vooralsnog aan de concurrentiegericht dialoge kleven, de beperkte toepassingsmogelijkheden en de tamelijk geringe flexibiliteit die de procedure lijkt te bieden, zullen naar verwachting partijen in veel gevallen doen uitwijken naar de reeds bestaande procedures van gunning via onderhandelingen. Sommigen spreken hun voorkeur uit voor het gebruik van een onderhandelingsprocedure voorafgegaan door een degelijke marktconsultatie. Of dat in het licht van de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn juist is, moet worden betwijfeld.

De procedures van gunning via onderhandelingen en de concurrentiegericht dialoge zien namelijk op twee duidelijk te onderscheiden situaties. De procedures van gunning via onderhandelingen kunnen uitsluitend worden toegepast onder omstandigheden waarin vooraf onzekerheid bestaat over de aard en de omvang van de uit te voeren werkzaamheden. De concurrentiegericht dialoge is daarentegen bedoeld

voor bijzonder complexe opdrachten. In het laatste geval zullen aard en omvang van de werkzaamheden ook per definitie onzeker zijn. In dergelijke gevallen zal de voorkeur veelal – gegeven de weinig gereguleerde procedure - uitgaan naar de procedure van gunning via onderhandelingen met voorafgaande bekendmaking.

Een niet-openbare procedure met ingelaste tussenstap

De concurrentiegerichte dialoog laat zich het best beschrijven als een niet-openbare aanbestedingsprocedure met een ingelaste tussenstap: de dialoofase.

De concurrentiegerichte dialoog mag uitsluitend worden gebruikt in situaties van *bijzonder complexe* opdrachten, wanneer de gebruikelijke toepassing van de (niet-)openbare procedure niet mogelijk is. Het is daarmee geen ‘uitzondering’, maar een ‘verbijzondering’ van de gewone niet-openbare procedure. In de Nederlandse richtlijntekst wordt het onderscheid tussen de procedures van gunning via onderhandelingen en de concurrentiegerichte dialoog daarbij bevestigd door het gebruik van het begrip ‘dialoog’ in de concurrentiegerichte dialoog in plaats van ‘onderhandelingen’.

Bij de concurrentiegerichte dialoog roept de aanbestedende dienst gegadigden op. Hiervoor gelden in beginsel dezelfde voorwaarden en termijnen als bij de niet-openbare procedure. Na selectie van de gegadigden volgt de dialoofase. Deze dialoofase heeft het doel na te gaan en vast te stellen, wat de behoeften van de aanbestedende dienst zijn. Op basis van de resultaten van deze dialogen stelt de aanbestedende dienst een bestek op. Dit bestek bevat een uitwerking van de in de aankondiging of in een beschrijvend document bekendgemaakte (sub)gunningscriteria met de daaraan verbonden wegingscriteria. De aanbestedende dienst moet de onderlinge weging van de gunningscriteria zorgvuldig voorbereiden en goed doorrekenen. Voorkomen moet onder meer worden dat bij een gering kwaliteitsverschil in de weging een aanzienlijk prijsverschil teniet kan doen. Tijdens de dialoog kunnen alle aspecten van de opdracht tussen partijen worden besproken. De aanbestedende dienst draagt daarbij zorg, dat alle deelnemers gelijk worden behandeld. ‘Cherry picking’ moet worden voorkomen. Partijen kunnen, desgevraagd door de aanbestedende dienst, instemmen dat (delen) van hun technische oplossingen in het bestek gebruikt mogen worden. Zij kunnen daarvoor een vergoeding vragen.

De aanbestedende dienst kan dat de dialoofase in opeenvolgende fasen kan plaatsvinden om daarmee het aantal te bespreken oplossingen te beperken. De tekst van de richtlijn spreekt van het beperken van ‘oplossingen’. Op grond van de richtlijntekst betreft het hier niet per se een beperking van het aantal deelnemers aan de dialoog, maar uitdrukkelijk een beperking van het aantal in de dialoog te bespreken oplossingen. In de praktijk zal dit evenwel vrijwel gelijkstaan met een beperking van het aantal deelnemers. De beperking van het aantal oplossingen (deelnemers) dient plaats te vinden aan de hand van de vooraf bekendgemaakte gunningscriteria. In overweging 41 van de richtlijn geeft de Europese wetgever de ratio van deze bepaling weer. *‘In het kader van de concurrentiegerichte dialoog en de procedures van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van een opdracht, en rekening houdend met de eventueel vereiste flexibiliteit en met de te hoog oplopende kosten die aan deze methodes voor de gunning van overheidsopdrachten verbonden zijn, moeten de aanbestedende diensten kunnen bepalen dat de procedure in opeenvolgende fasen verloopt teneinde geleidelijk, op basis van vooraf aangegeven gunningscriteria, het aantal inschrijvingen waarover zij verder zullen spreken of onderhandelen, te beperken. Voor zover het aantal oplossingen of geschikte gegadigden dat toelaat, moet deze beperking daadwerkelijke mededinging garanderen’.*

Opmerkelijk is dat de Europese wetgever in deze overweging spreekt van *‘het aantal inschrijvingen waarover zij verder zullen spreken of onderhandelen, te beperken’*. In de richtlijn wordt gesproken van *dialoog* en is onderhandelen nu juist sterk begrens. Het gebruik van het woord *dialoog* komt, zoals

hiervoor uiteengezet, voort uit de wens van de Europese wetgever om een duidelijk onderscheid aan te brengen tussen de concurrentiegerichte dialoog en de procedure van gunning via onderhandelingen. Deze overweging handelt echter over zowel de concurrentiegerichte dialoog als de procedure van gunning via onderhandelingen. Tijdens de dialoofase is er echter nog geen sprake van 'inschrijvingen'. Op grond van het voorgaande zou deze tekst moeten worden geïnterpreteerd als: 'het aantal *oplossingen of* inschrijvingen waarover zij verder zullen spreken *onderscheidenlijk* onderhandelen, te beperken'. In het geval dat er – bijvoorbeeld – drie partijen worden uitgenodigd deel te nemen aan de dialoofase, mag worden aangenomen dat het aantal partijen dat uiteindelijk voor de definitieve inschrijving wordt uitgenodigd, mag worden bepaald op twee. Derhalve kan het aantal van twee partijen worden aangemerkt als voldoende voor daadwerkelijke mededinging. Op het moment dat de aanbestedende dienst kan aangeven welke oplossing of oplossingen in zijn behoeften kunnen voorzien, beëindigt hij de dialoofase en verzoekt hij de overgebleven deelnemers om hun definitieve inschrijving uit te brengen. Bij de concurrentiegerichte dialoog mag de aanbestedende dienst alleen het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving toepassen.

De aanbestedende dienst kan de inschrijvers verzoeken om de inschrijvingen toe te lichten, te preciseren of elementen nauwkeuriger te omschrijven. De basiselementen van de inschrijving of de aanbesteding mogen daarbij niet *wezenlijk* wijzigen. Dit zou anders in strijd kunnen komen met het gelijkheidsbeginsel. Het woord *wezenlijk* zou moeten worden begrepen als een verbod om zodanige wijzigingen door te voeren dat in wezen sprake is van een andere opdracht. In hoeverre dat het geval is, zal aan de hand van de omstandigheden moeten worden vastgesteld. Naarmate de aanbestedende dienst de opdracht verdergaand heeft gespecificeerd met strengere eisen en wensen, zal eerder sprake zijn van een ongeoorloofde wijziging. Op basis van de ontvangen toelichtingen, preciseringen en nauwkeuriger omschrijvingen maakt de aanbestedende dienst uiteindelijk zijn definitieve keuze. Vanaf dit moment verloopt de procedure weer (vrijwel) analoog aan de niet-openbare procedure.

Anders dan bij bijvoorbeeld de procedure van gunning via onderhandelingen met voorafgaande bekendmaking zijn bij de concurrentie gerichte dialoog geen 'post-tender-onderhandelingen' toegestaan. Het mag hier slechts gaan om een verduidelijking van de inschrijving of een bevestiging van in de inschrijving opgenomen verplichtingen.

De inhoudelijke aspecten van de inschrijving of van de oproep tot mededinging mogen niet worden gewijzigd. De wijzigingen mogen daarnaast ook niet 'dreigen' te leiden tot concurrentievervalsing of discriminatie. In een zaak oordeelde het Europese Hof van Justitie dat dergelijke onderhandelingen na gunning een substantieel ander karakter moesten hebben dan de onderhandelingen voorafgaand aan de gunningen. De onderhandelingen mochten voorts geen betrekking hebben op essentiële elementen van de opdracht. Een dergelijke uitleg zal naar verwachting ook als uitgangspunt bij de concurrentiegerichte dialoog moeten gelden.

Slot

Het bovenstaande betekent dat de oorspronkelijke regeling met betrekking tot het gebruik van de procedure van gunning via onderhandelingen in de toekomst formeel nog schaarser kan worden toegepast dan tot heden al werd aangenomen.

Gegeven de redactie van de procedure van de concurrentiegerichte dialoog is het niet ondenkbaar, dat deze procedure – wegens beperkte bruikbaarheid in de praktijk – zal fossiliseren en de aanbestedende diensten – ook als dit naar de letter van de richtlijn niet zal kunnen - gebruik zullen blijven maken van de procedure van gunning via onderhandelingen. Op voorhand kan in ieder geval worden geconcludeerd dat

het overgrote deel van de automatiseringsprojecten niet onder de noemer ‘bijzonder complex’ kan worden gebracht. Dat betekent dat weg voor toepassing van de concurrentiegerichte dialoog voor dergelijke projecten op voorhand afgesloten is. De praktijk zal evenwel moeten leren in welke gevallen deze procedure wel toegepast kan worden. Dat zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

Het bovenstaande neemt evenwel niet weg dat er onder de nieuwe richtlijn meer mogelijkheden voor innovatie en ontwikkeling zijn dan voorheen. De overheid zal daarmee meer gebruik kunnen maken van de innovatiekracht van het bedrijfsleven. Het zou goed zijn daar op in te zetten.

mr dr H.D. van Romburgh
mr R.G. Leather
mr J.W. Severijnen

9 februari 2007.