



Een whitepaper van **SBMC** over:

DE MEDEDINGINGSPROCEDURE MET ONDERHANDELING.

DA'S BEST MAKKELIJK. TOCH?

De mededingingsprocedure met onderhandeling is geen procedure die je als inkoper dagelijks toepast. Dat is ook logisch. De Aanbestedingswet staat toepassing slechts onder specifieke omstandigheden toe. Toch komt vrijwel iedere inkoper er vroeg of laat mee in aanraking. En dan volgt vaak dezelfde vraag: hoe geef je die procedure in de praktijk vorm?

Op papier lijkt dat eenvoudig. De procedure biedt immers iets wat andere aanbestedingsprocedures niet bieden: ruimte om met inschrijvers in gesprek te gaan en hun inschrijvingen te verbeteren. Maar juist die ruimte zorgt in de praktijk regelmatig voor onzekerheid.

Want waar mag je eigenlijk over onderhandelen? Wanneer wordt een wijziging van een inschrijving een wezenlijke wijziging van de opdracht? En hoe voorkom je dat de ene inschrijver meer ruimte krijgt dan de andere?

Voordat we die vragen beantwoorden, moeten we eerst stilstaan bij de vraag wanneer de mededingingsprocedure met onderhandeling überhaupt mag worden toegepast.

WANNEER MAG JE DEZE PROCEDURE GEBRUIKEN?

De mededingingsprocedure met onderhandeling is geen vrije keuze. Artikel 2.30 van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt in welke gevallen een aanbestedende dienst van deze procedure gebruik mag maken. Dat kan bijvoorbeeld wanneer:

- de behoefte van de aanbestedende dienst niet kan worden ingevuld met een direct beschikbare standaardoplossing;
- sprake is van ontwerp- of innovatieve oplossingen;
- de aard, complexiteit of risico's van de opdracht onderhandelingen noodzakelijk maken;
- technische specificaties vooraf niet voldoende nauwkeurig kunnen worden vastgesteld;
- een eerdere aanbestedingsprocedure uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen heeft opgeleverd.

Wie voor deze procedure kiest, doet er verstandig aan de keuze goed te motiveren. Niet alleen voor het aanbestedingsdossier, maar ook richting de markt. Een duidelijke

motivering maakt inzichtelijk waarom een reguliere openbare of niet-openbare procedure onvoldoende passend wordt geacht.

ONDERHANDELEN MAG. MAAR WAAROVER EIGENLIJK?

Dat is misschien wel de meest gestelde vraag. De wet geeft vooral aan waarover niet mag worden onderhandeld. Zo mogen minimumeisen en gunningscriteria gedurende de procedure niet worden gewijzigd. Ook mogen onderhandelingen niet leiden tot een wezenlijke wijziging van de opdracht. Daarmee ontstaat een interessant spanningsveld. Enerzijds wordt gekozen voor een procedure waarin onderhandelen centraal staat. Anderzijds worden belangrijke onderdelen van de aanbesteding vooraf vastgezet.

Daar komt nog iets bij. Het begrip onderhandelen roept vaak een beeld op van een klassiek onderhandelingsgesprek waarin partijen over en weer concessies doen. Dat beeld past maar beperkt bij deze procedure. De aanbestedende dienst sluit namelijk geen individuele deal met één inschrijver, maar moet alle inschrijvers gelijk behandelen.

In de praktijk gaat het daarom vaak minder om onderhandelen in de traditionele betekenis van het woord, maar meer om het verbeteren, aanscherpen en optimaliseren van inschrijvingen. Dat betekent overigens niet dat er geen ruimte bestaat. Integendeel. Die ruimte kan bijvoorbeeld liggen in:

- fasering van de uitvoering;
- implementatieaanpak;
- risicoverdeling;
- prijsopbouw;
- serviceniveaus;
- overleg- en escalatiestructuren;
- samenwerkingsafspraken;
- contractvoorwaarden;
- innovatieve oplossingen.

Een praktische werkwijze is om inschrijvers bij hun indicatieve inschrijving te vragen welke onderwerpen zij tijdens de onderhandelingsfase willen bespreken. Op basis daarvan kan de aanbestedende dienst bepalen welke onderwerpen zich daadwerkelijk lenen voor verdere bespreking.

Dat heeft twee voordelen. Enerzijds wordt inzichtelijk waar de markt kansen ziet om de opdracht beter uitvoerbaar, efficiënter of innovatiever te maken. Anderzijds helpt het de aanbestedende dienst om de onderhandelingsfase gericht in te richten en te voorkomen dat tijd wordt besteed aan onderwerpen die feitelijk niet onderhandelbaar zijn.

HOVEEL PARTIJEN SELECTEER JE?

De Aanbestedingswet schrijft voor dat minimaal drie geschikte gegadigden moeten worden geselecteerd, mits voldoende geschikte aanmeldingen beschikbaar zijn. Dat betekent echter niet automatisch dat drie ook het ideale aantal is. Onderhandelen kost namelijk tijd. Niet alleen voor de markt, maar ook voor de aanbestedende dienst. Iedere extra deelnemer betekent meer gesprekken, meer verslaglegging en meer beoordeling. Het is daarom verstandig om vooraf kritisch te kijken naar de beschikbare capaciteit binnen de organisatie. Zeker bij complexe opdrachten kan een selectie van vijf partijen beter werkbaar zijn dan een grotere groep inschrijvers.

HOE ZIET HET PROCES ERUIT?

De mededingingsprocedure met onderhandeling bestaat uit twee fasen: de selectiefase en de inschrijvings- en gunningsfase.

1. **Selectiefase**

In de selectieleidraad beschrijft de aanbestedende dienst de opdracht, de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria.

Belangrijk daarbij is het onderscheid tussen selectiecriteria en gunningscriteria. Selectiecriteria zien op de onderneming. Gunningscriteria zien op de aanbidding.

2. **Eerste inschrijving**

De geselecteerde partijen ontvangen de aanbestedingsstukken en dienen een eerste inschrijving in.

Juist in deze fase wordt de basis gelegd voor de onderhandelingen. Denk aan het programma van eisen, conceptovereenkomsten, gunningscriteria en eventuele uitgangspunten voor de onderhandelingsrondes.

3. **Onderhandelingsfase**

Nu begint het echte werk. Zorg vooraf voor een duidelijke onderhandelingsstrategie. Welke onderwerpen zijn bespreekbaar? Welke niet? Leg gesprekken vast in verslagen en zorg ervoor dat relevante informatie op gelijke wijze met alle inschrijvers wordt gedeeld. Dat voorkomt discussies achteraf over ongelijke behandeling.

4. **BAFO**

Na afronding van de onderhandelingen volgt de Best and Final Offer. De definitieve inschrijvingen worden beoordeeld aan de hand van de vooraf bekendgemaakte gunningscriteria. Vervolgens vindt de voorlopige gunning plaats.

EEN PRAKTISCHE VALKUIL: TENDERED

Tot slot een aandachtspunt dat in de praktijk regelmatig voor verrassingen zorgt. De mededingingsprocedure met onderhandeling kent feitelijk drie momenten waarop documenten worden ingediend:

- de aanmelding;
- de eerste inschrijving;
- de BAFO.

TenderNed ondersteunt standaard echter twee momenten van kluissluiting. Houd daar bij het opstellen van de planning rekening mee. In de praktijk werkt het vaak het beste om de formele inschrijftermijn te koppelen aan de BAFO. Een termijn verlengen is immers mogelijk; een eenmaal vastgestelde termijn inkorten niet.

CONCLUSIE

De mededingingsprocedure met onderhandeling biedt ruimte om de kennis en expertise van de markt optimaal te benutten. Maar die ruimte ontstaat niet vanzelf.

De uitdaging zit niet zozeer in de vraag óf er onderhandeld mag worden. De echte uitdaging is om vooraf voldoende onderhandelingsruimte te creëren, zonder de aanbestedingsregels aan je laars te lappen en zonder de opdracht wezenlijk te wijzigen. En precies daarin onderscheidt een goede mededingingsprocedure met onderhandeling zich van een niet-openbare procedure met een paar extra gesprekken.