

# 70. Aanbestedingsprocedures ten behoeve van innovatie

## De impact van de bijzondere procedures om innovatie mee te kunnen nemen bij Europese aanbestedingen

MR. A. MOLINA

Naast het verbeteren van de interne markt voor overheidsopdrachten was een van de doelstellingen van de communautaire wetgever voor de Europese aanbestedingsregels het stimuleren van beleidsdoelstellingen zoals duurzaamheid en innovatie. Daartoe hebben aanbestedende diensten de mogelijkheid gekregen om deze beleidsdoelstellingen als voorwaarden mee te nemen bij de gunning van opdrachten voor leveringen, diensten en werken.<sup>1</sup> Bij de totstandkoming van de huidige aanbestedingsrichtlijn voor de klassieke sectoren (Richtlijn (EU) 2014/24 hierna: Richtlijn) heeft de communautaire wetgever daarom een aantal bepalingen opgenomen ten behoeve van duurzaamheid en innovatie.

### Inleiding

Ieder voorwaarde (technische specificatie art. 42 Richtlijn, keurmerken art. 43 Richtlijn, uitvoeringsvoorwaarde art. 70 Richtlijn) en ieder criterium (selectiecriterium art. 58 Richtlijn en gunningscriterium die de aanbestedende dienst aan een opdracht stelt) moet verband houden met die opdracht. Voor gunningscriteria heeft de communautaire wetgever een uitgebreidere regeling opgenomen in de aanbestedingsrichtlijn. Zo bevat art. 67 Richtlijn bijvoorbeeld een lijst van gunningscriteria waarvan de communautaire wetgever vindt dat deze criteria verband hebben met het voorwerp van de opdracht. Deze onderwerpen zijn met name gericht op duurzaamheid en innovatie. Daarnaast heeft de communautaire wetgever de bestaande aanbestedingsprocedures doorgelicht en nieuwe aanbestedingsprocedures geïntroduceerd, met als doel aanbestedende diensten flexibiliteit te bieden tijdens de aanbesteding. Met deze procedures heeft de aanbestedende dienst de ruimte om in dialoog te gaan met de markt en om verbeteringen door te voeren tijdens de aanbesteding. Dit om de markt te prikkelen om met een innovatieve oplossing te komen die nauw aansluit bij de behoefte van de aanbestedende dienst.

In dit artikel<sup>2</sup> beschrijf ik de totstandkoming van de verschillende aanbestedingsprocedures die doorgelicht en

geïntroduceerd zijn om innovatie als beleidsdoelstelling bij een aanbesteding mee te kunnen nemen. Tevens zet ik deze aanbestedingsprocedures aan de hand van hun wettelijk kader uiteen. Ik sluit af met de vraag of de huidige aanbestedingsprocedures voldoende ruimte en flexibiliteit bieden voor aanbestedende diensten die voornemens zijn om innovatie in het kader van hun horizontale beleidsdoelstelling als onderdeel mee te nemen van een overheidsopdracht. Dit artikel is geschreven vanuit het perspectief van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Het verwijst naar artikelen uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen, niet naar de omzetting daarvan in de Nederlandse Aanbestedingswet. Dit artikel gaat namelijk in op de geschiedenis en totstandkoming van de verschillende aanbestedingsprocedures. Deze staan in verschillende Europese documenten, zoals mededelingen van de Europese Commissie en documenten die opgesteld zijn naar aanleiding van de verschillende herzieningsrondes van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

### 1. Procedures

Aanbestedende diensten mogen vrijelijk gebruikmaken van de openbare procedure en de niet-openbare procedures. Dit houdt in dat de Richtlijn geen voorwaarden stelt aan het gebruik van deze procedures. Daartegenover staan de concurrentiegerichte dialoog, het innovatiepartnerschap, de mededingingsprocedure met onderhandeling en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Willen aanbestedende diensten gebruikmaken van deze procedures dan stellen de richtlijnen bepaalde voorwaarden voor het gebruik ervan. Omdat dit artikel over het meenemen van innovatie gaat bij aanbestedingen, zal ik niet ingaan op de openbare procedure en de niet-openbare

<sup>1</sup> Overweging 95 Richtlijn (EU) 2014/24 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, OJ 2014, L94/65.

<sup>2</sup> Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. De auteur doet als buitenpromovendus onderzoek naar de (on)mogelijkheden binnen het aanbestedingsrecht op het moment dat aanbestedende diensten innovatieve producten en diensten wensen in te kopen.

procedure. De Europese Commissie adviseert namelijk in eerste instantie om deze procedures te gebruiken voor innovatiedoelstellingen. Zij adviseert het gebruik van de concurrentiegerichte dialoog en het innovatiepartnerschap. Ik zal me daarom beperken tot het beschrijven van de concurrentiegerichte dialoog, het innovatiepartnerschap, de mededingingsprocedure met onderhandelingen en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

Er waren meerdere redenen voor de communautaire wetgever om deze procedures te introduceren. De voorganger van de mededingingsprocedure met onderhandelingen werd geïntroduceerd om het oneigenlijk gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking tegen te gaan. De communautaire wetgever heeft met de concurrentiegerichte dialoog beoogd ruimte te bieden voor de nodige flexibiliteit tijdens de aanbesteding van complexe overheidsopdrachten. Bij de laatste herziening was de wens van de communautaire wetgever om beleidsdoelstellingen zoals innovatie mee te kunnen nemen bij aanbestedingsprocedures leidend om de procedures opnieuw tegen het licht te houden en om een nieuwe procedure te introduceren: het innovatiepartnerschap. Ook aanbestedende diensten hebben het belang ingezien om beleidsdoelstellingen, zoals innovatiedoelstellingen, te koppelen aan het inkopen van producten en diensten.<sup>3</sup>

Wat waren voor de communautaire wetgever de beweegredenen om deze procedures te introduceren dan wel om deze procedures later te herzien? Is met de laatste herziening, die ingegeven was om innovatie aan te jagen middels aanbestedingen, inderdaad aanvullende ruimte ontstaan voor aanbestedende diensten om innovatieve oplossingen in te kopen? Waar kunnen aanbestedende diensten tegenaan lopen op het moment dat zij een van deze procedures gaan gebruiken om een innovatieve oplossing in de markt te zoeken? Wat zijn de aanbevelingen voor zowel de aanbestedende diensten als de communautaire wetgever bij het gebruik/toepassing van deze procedures?

### 1.1 Inkopen van een innovatieve oplossing of meewerken aan een ontwikkeltraject

Voordat ik inga op de verschillende procedures, wil ik een uitgangspunt van de Europese Commissie aanstippen, omdat dit uitgangspunt in mijn optiek goed weergeeft waarom de Europese Commissie heeft gekozen voor een toolkit van verschillende procedures. In 2021 heeft de Europese Commissie gepoogd om meer verduidelijking te geven over het gebruik van de verschillende – innovatievriendelijke – aanbestedingsprocedures. Van belang is om zich te realiseren wat het innovatieve karakter is van de dienst, de levering of het werk dat de aanbestedende dienst wenst in te kopen. De Europese Commissie schrijft dat er grosso

modo twee categorieën zijn van innovatief aanbesteden.<sup>4</sup> Onder innovatief aanbesteden wordt ten eerste verstaan: het inkopen van een innovatief proces. Het gaat in deze categorie om het innovatie- en/of ontwikkelproces, eventueel gepaard aan (voorlopige) resultaten. Daarnaast wordt onder innovatief aanbesteden verstaan: het inkopen van resultaten van innovatie. In het eerste geval gaat de aanbestedende dienst op zoek naar een marktpartij om samen een product of dienst te ontwikkelen dat of die nog niet op de markt bestaat. In het tweede geval koopt de aanbestedende dienst een product of dienst in die nieuw is op de markt of een product dat dermate is aangepast ten behoeve van de aanbestedende dienst, dat dit product wezenlijk nieuwe kenmerken heeft ten opzichte van bestaande producten. In het tweede geval is de aanbestedende dienst vaak een vroegtijdige speler (early adopter).<sup>5</sup> Dit onderscheid is van belang voor de vraag hoe er wordt ingekocht. In het 'hoe' zit de vraag besloten: welke aanbestedingsprocedure is het meest geschikt? De twee categorieën zijn van invloed op de aard van de bijzondere aanbestedingsprocedures: enerzijds de concurrentiegerichte dialoog, samen met de mededingingsprocedure met onderhandeling, en anderzijds de overige op innovatie gerichte procedures. De concurrentiegerichte dialoog en de mededingingsprocedure met onderhandelingen zien meer op het inkopen van een resultaat van innovatie. Terwijl de andere procedures, te weten de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en het innovatiepartnerschap, meer zien op het inkopen van een ontwikkelproces.<sup>6</sup>

### 1.2 Concurrentiegerichte dialoog

De concurrentiegerichte dialoog is een aanbestedingsprocedure die uit drie fases bestaat: de selectiefase, de dialoogfase en de inschrijvingsfase.<sup>7</sup> De concurrentiegerichte dialoog begint met de publicatie van de selectiefase.<sup>8</sup> Hierin wordt iedere gegadigde uitgenodigd om zich aan te melden voor de opdracht. De aanbestedende dienst selecteert ten minste drie tot maximaal vijf gegadigden. Deze gegadigden worden uitgenodigd voor de dialoogfase.<sup>9</sup> In de dialoogfase gaat de aanbestedende dienst in gesprek met de gegadigden over (i) eventuele oplossingen of (ii) verdere verduidelijkingen van of aanvullingen op de aard van de opdracht.<sup>10</sup> De aanbestedende dienst kan er voor kiezen om meerdere dialogen aan te gaan met de geselecteerde gegadigden.<sup>11</sup> De aanbestedende dienst verwerkt de input die hij heeft verkregen tijdens de dialoogfase in de aanbestedingsstukken. De

3 L. Georghiou, J. Edler, E. Uyarra & J. Yeow, 'Policy instruments for public procurement of innovation: choice, design and assessment', *Technological Forecasting & Social Change* 2014/86, p. 1.

4 Mededeling van de Europese Commissie richtsnoeren inzake innovatiegericht aanbesteden, par. 1.1.  
5 Mededeling van de Europese Commissie richtsnoeren inzake innovatiegericht aanbesteden, par. 1.1.  
6 Mededeling van de Europese Commissie richtsnoeren inzake innovatiegericht aanbesteden, par. 4.2.1.  
7 S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Oxford, Sweet & Maxwell, 2014, p. 882.  
8 Art. 30 lid 1 Richtlijn (EU) 2014/24.  
9 Art. 65 lid 2 Richtlijn (EU) 2014/24.  
10 Art. 30 lid 3 Richtlijn (EU) 2014/24.  
11 Art. 30 lid 4 Richtlijn (EU) 2014/24.

aanbestedende dienst verstuurt de aanbestedingsstukken aan de geselecteerde gegadigden. Met het versturen van de aanbestedingsstukken vangt de inschrijvingsfase van de concurrentiegerichte dialoog aan. De geselecteerde gegadigden – nu inschrijvers geheten – dienen hun definitieve oplossing in de vorm van een inschrijving in. De aanbestedende dienst beoordeelt alle inschrijvingen en gunt de opdracht aan de inschrijver met de beste prijs-kwaliteitverhouding.<sup>12</sup>

De concurrentiegerichte dialoog is met name geschikt voor een aanbesteding waarbij de oplossing, na een grondig onderzoek (via een marktconsultatie) van de aanbestedende dienst, op voorhand nog niet duidelijk is.<sup>13</sup> Overigens verdient het wel aanbeveling om via een marktconsultatie eerst aan de benodigde informatie uit de markt te komen. Temeer omdat een concurrentiegerichte dialoog niet alleen voor een aanbestedende dienst, maar ook voor de markt tot administratieve lasten leidt.<sup>14</sup>

**De concurrentiegerichte dialoog is met name geschikt voor een aanbesteding waarbij de oplossing, op voorhand nog niet duidelijk is**

Vaak heeft de aanbestedende dienst de wens om tijdens de aanbestedingsprocedure met de markt in dialoog te gaan om nadere invulling te geven aan de behoefte van de aanbestedende dienst, over oplossingen die de markt te bieden heeft en de resultaten die de opdrachtnemer gaat opleveren. Tegen deze achtergrond bepaalt de Richtlijn dat de concurrentiegerichte dialoog in de volgende niet-cumulative omstandigheden gebruikt mag worden: (i) er kan niet worden voorzien in de behoefte van de aanbestedende dienst zonder aanpassingen van bestaande beschikbare oplossingen, (ii) het betreft onder meer ontwerp- en innovatieve oplossingen, (iii) de opdracht kan niet worden gegund zonder onderhandelingen wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard of complexiteit van de opdracht of de financiële of juridische voorwaarden van de opdracht, (iv) de aanbestedende dienst is niet in staat om de technische specificaties nauwkeurig uiteen te zetten in Europese normen of Europese beoordelingen, en (v) naar aanleiding van een (niet-) openbare procedure ingediende onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen.<sup>15</sup>

De concurrentiegerichte dialoog is bij de herziening van de aanbestedingsrichtlijnen in 2004 geïntroduceerd. Destijds was de roep om meer flexibiliteit tijdens aanbestedingsprocedures een van de redenen voor die introductie. Met

flexibiliteit doelde de communautaire wetgever op de mogelijkheid voor aanbestedende diensten om tijdens de aanbestedingsprocedure in gesprek te gaan met marktpartijen om zodoende aanpassingen of verduidelijkingen te kunnen doorvoeren tijdens de aanbestedingsprocedure.<sup>16</sup> Vooral bij complexe opdrachten bleek het voor aanbestedende diensten moeilijk te zijn om in één keer – zonder consultatie van de markt – met de juiste uitvraag te komen. De complexiteit zit in het feit dat bij aanvang van de aanbestedingsprocedure aanbestedende diensten niet of nauwelijks een beeld hebben over de oplossing die het best past bij hun behoefte. Oftewel: het door de opdrachtnemer op te leveren resultaat is voor de aanbestedende dienst diffeus. Het houden van een marktconsultatie voorafgaand aan een Europese aanbesteding, om zo aan input te komen, leidde volgens ervaringsgegevens van de EU-wetgever in 2004 eveneens niet tot de gewenste resultaten, omdat de behoefte van de aanbestedende dienst nog niet voldoende geconcretiseerd is. Hierdoor kunnen marktpartijen nog niet een passende oplossing aanbieden.<sup>17</sup> Later, in haar interpretatieve mededeling over de concurrentiegerichte dialoog in 2005, heeft de Europese Commissie het standpunt herhaald dat de toen geldende aanbestedingsprocedures, met name de toen geldende mededingingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, omslachtig was en weinig ondersteuning bood aan aanbestedende diensten bij de aanbesteding van bijzondere, complexe opdrachten.<sup>18</sup>

Het stimuleren van innovatie is dus niet zozeer primair de insteek geweest voor de introductie van de concurrentiegerichte dialoog, maar het creëren van een aanbestedingsprocedure toegesneden voor complexe opdrachten. Het feit dat de oplossingen waar inschrijvers tijdens een concurrentiegerichte dialoog mee kwamen innovatief van aard konden zijn, werd gezien als een mooie bijkomstigheid, aldus de Europese Commissie in haar mededeling over publiek-private samenwerking uit 2004.<sup>19</sup> De Europese Commissie adviseert in deze mededeling uit 2004 om de concurrentiegerichte dialoog als procedure te gebruiken om innovatiekracht uit de markt te halen. De concurrentiegerichte dialoog verbetert de concurrentie tussen marktpartijen. Het daagt de marktpartijen uit tot het aandragen van innovatieve oplossingen. Dit wordt toegeschreven aan de dialoof fase, die zowel voor de nodige flexibiliteit zorgt als concurrentie biedt tijdens de aanbestedingsprocedure.<sup>20</sup> De concurrentiegerichte dialoog wordt in dit kader daarom als

<sup>12</sup> Art. 30 lid 7 Richtlijn (EU) 2014/24.

<sup>13</sup> S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Oxford, Sweet & Maxwell, 2014, p. 880.

<sup>14</sup> A.M.B. Chao, 'Via aanbestedingen op zoek naar innovatieve oplossingen: de concurrentiegerichte dialoog en het nieuwe innovatiepartnerschap', *TA* 2014/5, p. 223.

<sup>15</sup> Art. 26 lid 4 Richtlijn (EU) 2014/24.

<sup>16</sup> S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Oxford, Sweet & Maxwell, 2014, p. 883.

<sup>17</sup> G. Buccino, E. Iossa, B. Raganelli & M. Vincze, 'Competitive dialogue: an economic and legal assessment', *Journal of Public Procurement* februari 2020, p. 2.

<sup>18</sup> *Groenboek. De overheidsopdrachten in de Europese Unie: beschouwingen over een toekomstig beleid*, OJ 1996, COM 538, p. 39.

<sup>19</sup> Interpretatieve mededeling inzake de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïstitutionaliseerde PPS), OJ 2008, C 91/02, par. 2.3.2.

<sup>20</sup> Mededeling. Richtsnoeren inzake innovatiegericht aanbesteden OJ 2021, C 267/01, par. 1.2.1.

een verfijnde regeling gezien. Met de komst van de concurrentiegerichte dialoog ontstond een procedure die flexibiliteit tijdens de aanbestedingsprocedure bood. De concurrentieprocedure zou evenwicht moeten bieden tussen het primaire doel van het aanbestedingsrecht (de garantie op een goede werking van de interne markt) en het creëren van flexibiliteit binnen een aanbestedingsprocedure om aanpassingen te kunnen doen naar aanleiding van de dialoog met de markt. Binnen deze procedure kunnen aanbestedende diensten samen met gegadigden op zoek gaan naar een al dan niet innovatieve oplossing die beter aansluit op de behoefte van de aanbestedende dienst. Deze oplossing zou daarnaast ook meer moeten aansluiten bij de beleidsdoelstellingen van overheden.<sup>21</sup>

### De concurrentiegerichte dialoog daagt de marktpartijen uit tot het aandragen van innovatieve oplossingen

Bij de herziening van de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 waren beleidsdoelstellingen zoals innovatie-, sociale en duurzaamheidsaspecten prominent aanwezig. Dit heeft ook zijn weerslag gehad op de discussies rondom het gebruik van de concurrentiegerichte dialoog. Omdat innovatie als beleidsdoelstelling *an sich* belangrijker werd, wilde de communautaire wetgever ook het gebruik van de concurrentiegerichte dialoog evalueren en bezien of deze procedure voldoende toegankelijk is om innovatie als beleidsdoelstelling mee te kunnen nemen tijdens een aanbestedingsprocedure. Dat bleek niet het geval en daarom werd het toepassingsbereik van de concurrentiegerichte dialoog vergroot. Dit door het aanbieden van innovatieve ontwerpen en het leveren van innovatieve oplossingen als extra omstandigheid toe te voegen aan het criterium bijzondere of complexe opdracht.<sup>22</sup> Hierdoor kunnen aanbestedende diensten ook de concurrentiegerichte dialoog gebruiken voor het aanbesteden van overheidsopdrachten waarin de aanbestedende dienst naar een innovatieve oplossing zoekt. Onder innovatieve ontwerpen of oplossingen wordt verstaan, de aanschaf van geavanceerde producten, intellectuele diensten of ICT-projecten. Standaarddiensten en standaardleveringen worden expliciet niet als innovatieve ontwerpen of oplossingen bestempeld.<sup>23</sup> Met deze verruiming van de toelatingsgronden voor het gebruik van de concurrentiegerichte dialoog beoogde de communautaire wetgever in 2004 de aanbestedende diensten de mogelijkheid te geven om overheidsopdrachten met een innovatief karakter onder de concurrentiegerichte dialoog te kunnen uitzetten. Omdat de concurrentiegerichte dialoog flexibiliteit bood in de vorm van een dialoogfase, was de gedachte dat aanbestedende diensten zodoende over voldoende flexibiliteit

beschikken om tijdig met de markt tijdens de dialoogfase in gesprek te kunnen gaan. Hierna kunnen aanbestedende diensten eventuele aanvullingen of aanpassingen doorvoeren in de aanbestedingsstukken. Met de doelstelling van de concurrentiegerichte dialoog tijdens haar introductie in 2004 en de Interpretatieve mededeling inzake de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking<sup>24</sup> in het achterhoofd, zou de concurrentiegerichte dialoog het best gebruikt kunnen worden bij de zoektocht van een aanbestedende dienst naar een innovatieve oplossing voor zijn bestaande behoefte, in het geval dat de aanbestedende dienst nog niet weet hoe de gewenste oplossing eruit ziet. De oplossing is vooraf niet door de aanbestedende dienst te formuleren, zijn behoefte in hoofdlijnen wel. Een dialoog met geselecteerde marktpartijen – voorafgaand aan de definitieve inschrijving over mogelijke oplossingen – is voor de aanbestedende dienst daarom noodzakelijk.

#### 1.3 Mededingingsprocedure met onderhandelingen

De mededingingsprocedure met onderhandelingen is vergelijkbaar met de openbare procedure, met dien verstande dat er na publicatie een onderhandelingsfase plaatsvindt. De aanbestedende dienst publiceert de aanbestedingsstukken. Hierop kunnen inschrijvers via een verzoek tot deelname aangeven dat zij wensen deel te nemen in de procedure. De versochte informatie in de aanbestedingsstukken moet voldoende nauwkeurig zijn opgeschreven, zodat inschrijvers de aard en omvang van de opdracht kunnen bepalen. Tevens moeten alle gunningscriteria in de aanbestedingsstukken zijn vastgelegd. Ook moet de aanbestedende dienst alle minimumeisen in de aanbestedingsstukken hebben opgenomen. De aanbestedende dienst beoordeelt de inschrijvers. Alleen de inschrijvers die aan de minimumeisen voldoen mogen een inschrijving indienen.<sup>25</sup> De inschrijving vormt de basis voor de gesprekken tijdens onderhandelingsfase.<sup>26</sup> Mits vooraf aangegeven, mag de aanbestedende dienst het aantal deelnemers aan de onderhandelingsfase beperken. Ook mag de aanbestedende dienst meerdere onderhandelingsfasen doorlopen.<sup>27</sup> De onderhandelingsfase in de mededingingsprocedure met onderhandelingen eindigt met de mededeling van de aanbestedende dienst dat inschrijvers hun definitieve inschrijving moeten indienen. De aanbestedende dienst beoordeelt de definitieve inschrijvingen en gunt de opdracht aan de inschrijver met de beste prijs-kwaliteitverhouding.<sup>28</sup> Het is verboden om de minimumeisen en gunningscriteria gedurende de mededingingsprocedure met onderhandelingen te wijzigen. Tijdens de laatste herziening heeft de communautaire wetgever de

21 Mededeling. Betere regelgeving met het oog op economische groei en meer banen in de Europese Unie, OJ 2005, COM 97, p. 5.

22 Art. 26 lid 4 Richtlijn (EU) 2014/24.

23 Overweging 43 Richtlijn (EU) 2014/24.

24 Interpretatieve mededeling inzake de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS), OJ 2008, C 91/02.

25 Art. 29 lid 1 Richtlijn (EU) 2014/24.

26 Art. 29 lid 2 Richtlijn (EU) 2014/24.

27 Art. 29 lid 3 Richtlijn (EU) 2014/24.

28 Art. 29 lid 6 Richtlijn (EU) 2014/24.

toelatingseisen van de mededingingsprocedure met onderhandelingen verruimd en gelijkgetrokken met die van de concurrentiegerichte dialoog. Hierdoor kunnen aanbestedende diensten ook gebruikmaken van de mededingingsprocedure met onderhandelingen bij het aanbesteden van overheidsopdrachten waarin de aanbestedende dienst naar een innovatieve oplossing op zoek is.

De mededingingsprocedure met onderhandelingen is als term voor het eerst geïntroduceerd tijdens de herziening van de aanbestedingsrichtlijnen in 2014. Daarvoor bestond inhoudelijk dezelfde procedure onder een andere noemer, de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking had de communautaire wetgever begin jaren 90 geïntroduceerd in de afzonderlijke aanbestedingsrichtlijnen voor respectievelijk werken, leveringen en diensten.<sup>29</sup> Reden voor de introductie van deze procedure was om de werking van de interne markt te verbeteren door het aantal gepubliceerde overheidsopdrachten te verhogen ten koste van overheidsopdrachten die rechtstreeks zonder publicatie gegund werden op basis van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. In de ogen van de Europese Commissie was er destijds sprake van een oneigenlijk gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking door aanbestedende diensten. Dit moest bestreden worden.<sup>30</sup> Met de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking kwam de Europese Commissie in bepaalde mate de aanbestedende diensten tegemoet door aanbestedende diensten voor bepaalde overheidsopdrachten de mogelijkheid te geven om tijdens de aanbesteding in gesprek te gaan met de markt over technische oplossingen van de opdracht. Voorwaarde was en bleef dat de aanbestedende diensten de opdracht vooraf publiceren. De Richtlijn (EEG) 93/38 – voorloper van Richtlijn (EG) 2004/18 – verwoordde dit het beste van de vier aanbestedingsrichtlijnen destijds. De voormalige richtlijn voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de speciale sectoren sprak van het doorlopen van de procedure mits vooraf een oproep tot mededinging is gedaan.<sup>31</sup> Zoals inmiddels ook bij de concurrentiegerichte dialoog geldt, was de mate van onderhandelingen die de aanbestedende dienst mag voeren eveneens ingekaderd. Wezenlijke voorschriften van de opdracht mochten niet worden gewijzigd.

De roep om meer flexibiliteit in de verschillende aanbestedingsprocedures, met name bij de openbare procedure en de niet-openbare procedure, was bij de herziening van de aanbestedingsrichtlijnen in 2004 de reden om de verschillende procedures, waaronder de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, te evalueren. Inhoudelijk

werden er echter geen wijzigingen doorgevoerd in de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. In plaats daarvan werd de hierboven beschreven concurrentiegerichte dialoog als nieuwe procedure geïntroduceerd. Zowel de aanbestedingsrichtlijnen van begin jaren 90 als de aanbestedingsrichtlijnen uit 2004 hanteerden dezelfde vereisten voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Deze procedure kon worden gebruikt in de volgende niet-cumulatieve gevallen: (i) wanneer er in het kader van een (niet-)openbare procedure of een concurrentiegerichte dialoog onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn gedaan, (ii) in buitengewone gevallen wanneer door de aard van de opdracht of door onzekere omstandigheden de prijs niet vooraf vast te stellen valt, (iii) voor bepaalde bijzondere diensten omdat de specificaties van deze diensten vooraf niet nauwkeurig te omschrijven vallen, zoals diensten uit bijlage 6 van Richtlijn 2004/18/EG, of (iv) voor overheidsopdrachten voor werken, mits de werken worden uitgevoerd ten behoeve van onderzoek, proefneming of ontwikkeling, en niet als doel hebben om winst te maken of de kosten uit het onderzoek, proefneming of ontwikkeling mee te dekken.<sup>32</sup> Kortom bij deze herziening van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking was er geen bijzondere aandacht voor innovatieaspecten.

Bij de herziening van de aanbestedingsrichtlijnen in 2014 is wel het nodige gewijzigd in de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Ten eerste heeft er een naamswijziging plaatsgevonden naar de mededingingsprocedure met onderhandelingen. Ten tweede zijn de vereisten voor het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandelingen gelijkgetrokken met de concurrentiegerichte dialoog. Hoewel de voorwaarden zijn gelijkgetrokken, adviseert de Europese Commissie de mededingingsprocedure met onderhandelingen in te zetten voor andere doeleinden dan de concurrentiegerichte dialoog. Hierboven is beschreven dat de concurrentiegerichte dialoog met name gebruikt kan worden voor complexe opdrachten waarbij de oplossing voor de aanbestedende dienst nog niet voorhanden is. In de richtsnoeren adviseert de Europese Commissie gebruik te maken van de mededingingsprocedure met onderhandelingen voor opdrachten waarvan de oplossing wel bekend is. Daarbij maakt de complexiteit van de opdracht echter dat er geen kant-en-klare oplossing kan worden toegepast op de behoefte van de aanbestedende dienst.<sup>33</sup> Daardoor moeten er aanpassingen komen in bestaande elementen van de oplossing of de voorwaarden besproken worden. Het doel is om met een oplossing te komen die voldoet aan de technische vereisten en specificaties van de opdracht.<sup>34</sup> Dit advies voor gebruik en inzet van de mededingingsprocedure met voorafgaande bekend-

29 Art. 7 Richtlijn (EEG) 93/37, art. 6 lid 2 Richtlijn (EEG) 93/36, art. 11 Richtlijn (EEG) 92/50.

30 *Groenboek. De overheidsopdrachten in de Europese Unie: beschouwingen over een toekomstig beleid*, OJ 1996, COM 538, p. 12.

31 Art. 1 lid 7 jo. art. 20 Richtlijn (EEG) 93/38.

32 Art. 30 Richtlijn (EG) 2004/18.

33 Mededeling van de Europese Commissie. Richtsnoeren inzake innovatiegericht aanbesteden, OJ 2021, C 267/01, par. 4.3.

34 Mededeling van de Europese Commissie. Richtsnoeren inzake innovatiegericht aanbesteden, OJ 2021, C 267/01, par. 4.2.1.

making sluit meer aan op de gevallen waar voorheen de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking voor werd gebruikt, zij het dat in de onderhandelingsprocedure geen expliciete aandacht naar innovatieaspecten uitging en dit nu wel een onderdeel vormt van de mededingingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

#### 1.4 Innovatiepartnerschap

Het innovatiepartnerschap is een betrekkelijk nieuwe procedure die pas bij de totstandkoming van de huidige aanbestedingsrichtlijnen is geïntroduceerd. Het innovatiepartnerschap ziet op de ontwikkeling en aankoop van innovatieve producten, diensten of werken.<sup>35</sup> In tegenstelling tot de concurrentiegerichte dialoog en de mededingingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, ligt de nadruk bij het innovatiepartnerschap op de ontwikkeling van een innovatief product, dienst of werk. Bij de concurrentiegerichte dialoog en de mededingingsprocedure met onderhandelingen is het in beginsel niet de bedoeling dat de aanbestedende dienst als partner mee-ontwikkelt.<sup>36</sup> Bij deze laatste procedures zoekt de aanbestedende dienst naar een innovatieve oplossing uit de markt. Veelal zal bij een innovatiepartnerschap het te ontwikkelen product, dienst of werk nieuw zijn voor de markt, terwijl bij een concurrentiegerichte dialoog of mededingingsprocedure met onderhandelingen de aanbestedende dienst meestal een bestaande oplossing – na eventuele aanpassingen – aangeboden krijgt.<sup>37</sup>

Bij het innovatiepartnerschap kan de aanbestedende dienst de ontwikkelde oplossing kopen voor eigen gebruik

De communautaire wetgever heeft het innovatiepartnerschap geïntroduceerd opdat aanbestedende diensten samen met de markt een innovatief product of dienst kunnen ontwikkelen. Het verschil tussen het gebruik van het innovatiepartnerschap en de R&D-uitzondering onder de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is dat bij het innovatiepartnerschap de aanbestedende dienst de mogelijkheid heeft om de ontwikkelde oplossing te kopen voor eigen gebruik. Het innovatiepartnerschap bepaalt expliciet dat de aanbestedende dienst het ontwikkelde product of dienst mag inkopen.<sup>38</sup> De Europese Commissie erkende dat de zogenoemde pre-commerciële inkoop waarin innovatie werd ontwikkeld onder de R&D-uitzondering als beknellend werd ervaren, omdat de ontwikkelde producten alsnog op een later tijdstip via een aanbesteding ingekocht moesten worden.<sup>39</sup>

Het innovatiepartnerschap gaat ervan uit dat een oplossing nog ontwikkeld moet worden, aangezien de aanbestedende

dienst geconfronteerd wordt met een behoefte waarin er geen bestaande oplossingen voorhanden zijn. De opzet van het innovatiepartnerschap verschilt niet wezenlijk van de andere aanbestedingsprocedures. Iedere aanbestedingsprocedure verloopt volgens een trechtermodel. Na publicatie kunnen inschrijvers hun interesse voor de overheidsopdracht tonen door zich in te schrijven en mee te dingen in de aanbestedingsprocedure. Het verschil tussen andere aanbestedingsprocedures en het innovatiepartnerschap zit in de wijze waarop het trechteren wordt uitgevoerd. Bij de andere aanbestedingsprocedures staat het selecteren van de beste ondernemer met de beste bestaande oplossing centraal. Bij het innovatiepartnerschap wordt uitgegaan van het feit dat de oplossing voor de behoefte van de aanbestedende dienst niet voorhanden is. De oplossing dient ontwikkeld te worden.<sup>40</sup> De procedure binnen het innovatiepartnerschap is daarom gestructureerd rondom de ontwikkeling van een oplossing. Het trechteren vindt plaats rondom deze ontwikkeling. Uiteindelijk beoogt deze procedure om een inschrijver te selecteren die de beste oplossing heeft ontwikkeld. De opdracht wordt dan aan deze inschrijver gegund. Met de gunning koopt de aanbestedende dienst de ontwikkelde oplossing in.<sup>41</sup> De aanbestedende dienst kan ook besluiten om het partnerschap te beëindigen, zonder dat er een oplossing is aangeboden. Dit kan gebeuren omdat het bijvoorbeeld toch onmogelijk blijkt om een oplossing te ontwikkelen die aansluit op de behoefte van de aanbestedende dienst. Overigens kan de aanbestedende dienst bij overige aanbestedingsprocedures ook tot beëindiging overgaan, mits deze niet in strijd is met zowel de Europese beginselen als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het verschil met het innovatiepartnerschap is wel dat er nog geen uitvoering wordt gegeven aan de opdracht of aan de ontwikkeling van een product of dienst is begonnen.

In een innovatiepartnerschap kan de aanbestedende dienst starten met één of meer inschrijvers.<sup>42</sup> Ook kan de aanbestedende dienst verschillende ontwikkelfases tijdens het innovatiepartnerschap inbouwen. De aanbestedende dienst kan vervolgens inschrijvers verplichten om na iedere ontwikkelfase met een ontwikkelde (deel)oplossing te komen in de vorm van een inschrijving. Voor de aanbestedende dienst bestaat de mogelijkheid om bij deze tussentijdse oplevering te onderhandelen, echter alleen met als doel om de oplossing te verbeteren. Het is ook bij het innovatiepartnerschap verboden om de minimumvoorwaarden en de gunningscriteria te wijzigen.<sup>43</sup> De aanbestedende dienst kan bij ieder einde van een ontwikkelfase besluiten om het innovatiepartnerschap te beëindigen of het aantal partners te verminderen. Uiteraard moet op grond van het proportionaliteitsbeginsel bezien worden of partijen voor vergoeding

35 Art. 31 lid 1 Richtlijn (EU) 2012/24.

36 S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Oxford, Sweet & Maxwell, 2014, p. 1047.

37 Mededeling van de Europese Commissie. Richtsnoeren inzake innovatiegericht aanbesteden, OJ 2021, C 267/01, par. 4.2.1.

38 Art. 31 Richtlijn (EU) 2012/24.

39 Mededeling. Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten, Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, OJ 2011, COM(2011)15, par. 4.3.

40 S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Oxford, Sweet & Maxwell, 2014, p. 1057.

41 M. Andrecka, 'Innovation Partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues', *PPLR 2017/2*, p. 7.

42 Art. 31 lid 2 Richtlijn (EU) 2014/24.

43 Art. 31 lid 3 Richtlijn (EU) 2014/24.

in aanmerking komen voor de reeds gemaakte kosten. De wijze waarop dit gebeurt moet vooraf echter wel beschreven zijn in de aanbestedingsstukken.

Van alle procedures is het innovatiepartnerschap het meest gerelateerd aan de wens van de communautaire wetgever om met een procedure te komen die aanbestedende diensten meer mogelijkheden geeft om innovatie mee te kunnen nemen bij het gunnen van overheidsopdrachten.<sup>44</sup> Het innovatiepartnerschap maakt het niet alleen voor aanbestedende diensten mogelijk om in te zetten op innovatieve oplossingen, maar ook om hieraan mee te ontwikkelen. Daarnaast kunnen binnen het innovatiepartnerschap risico's tijdens de ontwikkelfase beter worden verdeeld tussen overheid en markt. Als de ontwikkelfase voltooid is, beschikt de overheid over een innovatieve oplossing die specifiek ziet op haar initiële behoefte. Ook beschikt de markt over een product dat of dienst die verder op de markt gebracht kan worden. Door innovatie zo gericht te stimuleren, draagt deze procedure niet alleen bij aan nationale innovatieagenda's en EU klimaat- en innovatiebeleidsdoelstellingen, maar ook aan de concurrentiepositie van de Europese bedrijven.<sup>45</sup> De aanbestedende dienst krijgt meer ruimte en flexibiliteit doordat hij in een vroeg stadium, stapsgewijs, mee kan ontwikkelen aan een innovatieve oplossing. Kortom, het innovatiepartnerschap zou er als aanbestedingsprocedure voor moeten zorgen dat aanbestedende diensten vooraf en tijdens het ontwikkelproces continu daarbij betrokken zijn. Naarmate meer overheden voor een innovatieve oplossing kiezen, worden de innovatie- en beleidsdoelstellingen van de EU beter gehaald.

### 1.5 Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande mededinging

Voor bepaalde R&D activiteiten in het kader van de levering van producten voor onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling is het toegestaan om de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te gebruiken.<sup>46</sup> Welke activiteiten onder art. 31 Richtlijn (EU) 2014/24 vallen, is afhankelijk van de CPV-code. De uitzondering voor R&D-activiteiten bestond eveneens onder Richtlijn (EU) 2004/18.<sup>47</sup>

## 2. Wijzigingen vs. verbeteringen tijdens de aanbestedingsprocedure

Er kunnen legio redenen zijn om een overheidsopdracht tijdens de aanbestedingsprocedure tussentijds te wijzigen. Partijen kunnen bepaalde onderwerpen niet hebben voorzien. Of de aanbestedende dienst beschikt nog steeds niet over voldoende gegevens om zijn behoefte definitief te bepalen, ondanks dat hij vooraf aan de aanbesteding infor-

matie heeft ingewonnen. Ook kan de aanbestedende dienst er achter komen dat er aanpassingen in zijn behoeftes nodig zijn om beter bij de oplossingen van de markt aan te sluiten. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren omdat marktpartijen in een marktconsultatie niet bereid zijn geweest om het achterste van hun tong te laten zien. Innovatieve oplossingen worden door de ondernemer veelal als bedrijfsgeheimen beschouwd. Het risico dat zijn eventuele oplossing in een te vroeg stadium bekend wordt bij de concurrenten, zou dan te groot kunnen zijn. Marktpartijen zijn in zulke gevallen pas bereid om hun oplossing te delen op het moment dat er een bepaalde mate van exclusiviteit aanwezig is. Daarmee bestaat het risico dat de marktpartijen tijdens de aanbestedingsprocedure met oplossingen komen die niet geheel aansluiten bij de behoefte van de aanbestedende dienst.

Bij ieder van de bovengenoemde procedures geldt de randvoorwaarde dat het verboden is om de minimumvoorwaarden en de gunningscriteria te wijzigen (bijvoorbeeld om de gewenste innovatie te bewerkstelligen) tijdens de aanbestedingsprocedure. Aanbestedende diensten moeten erop bedacht zijn dat zij tijdens de dialooffase dan wel de onderhandelingen van de verschillende procedures aan deze randvoorwaarde gebonden zijn. Welke ruimte partijen tijdens de dialooffase danwel de onderhandelingen hebben, wordt het best verwoord in art. 31 van de Richtlijn. Onderhandelen bij het innovatiepartnerschap dient enkel te leiden tot het verbeteren van de aangeboden oplossing.

### Het is verboden om de minimumvoorwaarden en de gunningscriteria tijdens de aanbestedingsprocedure te wijzigen

Een vaak gehoorde frustratie is dat partijen niet alleen de wens hebben de aanbestedingsstukken te verbeteren of te verduidelijken, maar dat partijen ook de aanbestedingsstukken willen wijzigen tijdens de aanbestedingsprocedure, bijvoorbeeld naar aanleiding van de uitkomsten uit de dialooffase. Bijvoorbeeld om een bepaalde ICT-functionaliteit te schrappen omdat die te veel maatwerk oplevert en beter separaat gebouwd kan worden. Het tussentijds wezenlijk wijzigen van de aanbestedingsstukken is echter niet toegestaan, ook niet ten behoeve van het bereiken van de innovatiedoelstellingen. Wil de aanbestedende dienst een wezenlijke wijziging doorvoeren, dan zal zij de aanbestedingsprocedure moeten beëindigen en opnieuw starten.

Daarnaast ontbreken er duidelijke wettelijke kaders over wat tijdens een aanbestedingsprocedure onder een wezenlijke wijziging wordt verstaan en wat niet. Dit in tegenstelling tot de regeling in art. 72 van de Richtlijn. Art. 72 gaat over wezenlijke wijzigingen gedurende de looptijd van de overeenkomst. Kortom, de fase na een aanbestedingsprocedure. Wettelijke regels omtrent de kwalificatie wat als wezenlijke wijziging wordt beschouwd of wat verbeteringen c.q. aanvullingen van minimumvoorwaarden en

44 Mededeling van de Commissie: Europa 2020 een strategie voor duurzame en inclusieve groei, OJ 2010, COM 2020, hfdst. 2.

45 De Europese Green Deal, COM(2019) 640, par. 2.1.3.

46 Art. 32 lid 3 sub a Richtlijn (EU) 2014/24.

47 Art. 31 lid 2 sub a Richtlijn (EU) 2004/18.

gunningscriteria zijn tijdens een aanbestedingsprocedure zijn casuïstisch. Hiervoor moet teruggerepen worden naar de jurisprudentie van het EU-Hof van Justitie. Dit wordt hieronder besproken.

Op grond van het transparantiebeginsel is de aanbestedende dienst verplicht om alle voorwaarden in de aanbestedingsstukken zodanig te formuleren dat iedere redelijk zorgvuldige potentiële inschrijver zich kan vergewissen over de precieze draagwijdte ervan.<sup>48</sup> Daarnaast moeten de voorwaarden zo geformuleerd zijn dat inschrijvers de voorwaarden op dezelfde wijze kunnen uitleggen.<sup>49</sup> De voorwaarden dienen objectief te zijn, zodat de aanbestedende dienst de inschrijvingen aan de hand van deze voorwaarden na het moment van inschrijving metterdaad kan beoordelen. Ten slotte moet de aanbestedende dienst eveneens aan de hand van de gepubliceerde voorwaarden motiveren waarom de keuze op een bepaalde inschrijving is gevallen. Zo kan iedere belanghebbende het aanbestedingsproces nalopen en de aanbestedende dienst controleren.<sup>50</sup> Hiermee wordt voorkomen dat de aanbestedende dienst op basis van willekeur of favoritisme handelt. Het is verboden om de (gunnings)criteria te wijzigen tijdens de aanbesteding.<sup>51</sup> Wijzigingen leiden tot een heraanbesteding.<sup>52</sup> Daarnaast moeten alle criteria tijdens de aanbesteding op dezelfde wijze worden uitgelegd.<sup>53</sup>

De vraag rijst dan wat als een wijziging beschouwd moet worden en wat als een nadere verduidelijking kan worden gezien. Dit is niet wettelijk vastgelegd in de aanbestedingsrichtlijnen. Door de uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) is dit casuïstisch van aard. Uit het *Siac*-arrest blijkt dat het wijzigen van een gunningscriterium kwalificeert als een wezenlijke wijziging. Uit het arrest *EVN Wienstrom* blijkt dat het schrappen van een gunningscriterium ook kwalificeert als een wezenlijke wijziging.<sup>54</sup> Ook het wijzigen van de scope van de opdracht wordt als een ongeoorloofde wijziging beschouwd.<sup>55</sup> Dit geldt ook voor het wijzigen van de technische uitvoeringseisen.<sup>56</sup> Wellicht dat voor deze kwalificatie aansluiting kan

worden gezocht in het *Presstext*-arrest. Het verbod op een wezenlijke wijziging geldt namelijk niet alleen tijdens de aanbestedingsprocedure, maar ook voor de fase na de gunning en geldt eveneens tot het einde van de overeenkomst.<sup>57</sup> Immers, in het *Presstext*-arrest hangt het Hof het concept ‘wezenlijke wijziging’ rondom de ‘wijziging van de kring van gegadigden/inschrijvers’. Uit het *Koffiekeur*-arrest blijkt dat ook de potentiële kring van gegadigden voor het Hof centraal staat. Inschrijvers besluiten aan de hand van de gepubliceerde aanbestedingsstukken of zij al dan niet gaan inschrijven op de opdracht. Wanneer gedurende de aanbestedingsprocedure nieuwe voorwaarden worden geïntroduceerd of geschrapt of gewijzigd, dan kunnen deze wijzigingen reden zijn voor inschrijvers die van de aanbesteding eerder hebben afgezien, om alsnog in te schrijven.

Bezien vanuit de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen en de Europese beginselen is het niet verwonderlijk dat het Hof aanbestedende diensten heeft verboden om wijzigingen door te voeren in de voorwaarden en scope van opdrachten vanaf het moment dat de aanbesteding start tot het einde van de overeenkomst. Het doel is immers de werking van de interne markt te verbeteren. Daarvoor is een blijvende openstelling van de markt voor overheidsopdrachten essentieel. Wezenlijke wijzigingen, zoals in scope, gunningscriterium of minimumvoorwaarden, kunnen leiden tot een nieuwe kring van potentiële inschrijvers. De wijzigingen tussentijds doorvoeren zonder opnieuw de opdracht te publiceren en de aanbestedingsprocedure opnieuw te doorlopen zou potentiële inschrijvers de mogelijkheid ontnemen zich deugdelijk in te schrijven op een overheidsopdracht. Daarom geldt het uitgangspunt dat alle voorwaarden en criteria vooraf in de aanbestedingsstukken gepubliceerd moeten zijn en ongewijzigd dienen te blijven gedurende de aanbestedingsprocedure.<sup>58</sup> Ook moeten ze strikt worden nageleefd gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst tot het einde van de uitvoeringsfase.<sup>59</sup> De publicatie van de opdracht is immers het voornaamste vehikel van de richtlijn om de werking van de interne markt te garanderen.<sup>60</sup> Potentiële inschrijvers hebben immers op basis van deze reeds gepubliceerde aanbestedingsstukken hun besluit genomen om af te zien van verdere deelname aan de aanbesteding of om tijdens de aanbestedingsprocedure met elkaar in concurrentie gaan. Zonder publicatie wordt marktpartijen uiteindelijk de kans ontnomen om via overheidsopdrachten hun activiteiten binnen alle lidstaten van de Europese Unie te ontplooiën. Daarnaast loopt de aanbestedende dienst het risico dat de concurrentie binnen de aanbestedingsprocedure niet volledig tot zijn recht komt. Ten eerste omdat tussentijdse wijziging ervoor

48 HvJ EU 4 december 2003, zaak C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, *Jur* 2003 (*EVN Wienstrom*), r.o. 56-58 en HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, *Jur* 2012 (*Koffiekeur*), r.o. 88.

49 HvJ EU 18 oktober 2001, zaak C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553, *Jur* 2001 (*SIAC*), r.o. 42.

50 HvJ EU 18 oktober 2001, zaak C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553, *Jur* 2001 (*SIAC*), r.o. 41.

51 HvJ EU 4 december 2003, zaak C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, *Jur* 2003 (*EVN Wienstrom*), r.o. 56-58, en HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, *Jur* 2012 (*Koffiekeur*), r.o. 93.

52 HvJ EU 18 oktober 2001, zaak C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553, *Jur* 2001 (*SIAC*), r.o. 42.

53 HvJ EU 18 november 2010, zaak C-226/09, ECLI:EU:C:2010:697, *Jur* 2010 (*Commissie vs. Ierland*), r.o. 59.

54 HvJ EU 4 december 2003, zaak C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, *Jur* 2003 (*EVN Wienstrom*), r.o. 91.

55 HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, *Jur* 2012 (*Koffiekeur*), r.o. 55.

56 HvJ EU 16 april 2015, zaak C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, *Jur* 2015 (*Enterprise Focused Solutions*), r.o. 69 en 70.

57 HvJ EU 29 april 2004, zaak C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236, *Jur* 2004 (*Succhi di Fruta*), r.o. 115.

58 HvJ EU 18 oktober 2001, zaak C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553, *Jur* 2001 (*SIAC*), r.o. 42.

59 HvJ EU 29 april 2004, zaak C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236, *Jur* 2004 (*Succhi di Fruta*), r.o. 119.

60 HvJ EU 19 juni 2008, zaak C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, *Jur* 2008 (*Presstext Nachrichtenagentur*), r.o. 35 en 36.

kan zorgen dat bepaalde inschrijvers een voordeel krijgen dat zij zonder die wijzigingen niet zouden hebben gekregen. Ten tweede mist de aanbestedende dienst een groep potentiële inschrijvers die afgehaakt zijn naar aanleiding van de initiële publicatie. Daarmee raakt dit aan de kern van de interne markt, het vrije verkeer binnen de Europese Unie middels marktwerking.

Ook ontstaat bij tussentijdse wijzigingen het risico op favoritisme en willekeur. De aanbestedende dienst kan de voorwaarden gaan toeschrijven naar de inschrijver waarmee zij van plan is om de overeenkomst te sluiten, nu de aanbestedende dienst op de hoogte is van de inschrijvingen c.q. de capaciteiten, kennis en kunde van de verschillende inschrijvers. Belanghebbenden kunnen achteraf niet meer objectief bepalen of er sprake is geweest van toeschrijven of dat de beoogde winnaar van de opdracht met de gewijzigde opdracht ook daadwerkelijk gewonnen zou hebben. Controle op de aanbestedende dienst is dan niet meer mogelijk. Ten slotte kan tussentijdse wijzigingen *cherry picking* in de hand werken. *Cherry picking* kan voordelig uitpakken voor de aanbestedende dienst, omdat er gebouwd wordt aan meerdere oplossingen, maar het kan nadelig zijn voor de concurrentiepositie van de verschillende opdrachtnemers.<sup>61</sup>

Niet alleen voor aanbestedende diensten is het niet toegestaan om wezenlijke wijzigingen door te voeren tijdens de aanbestedingsprocedure. Ook inschrijvers mogen op hun ingediende inschrijving geen wijzigingen doorvoeren. Er is hooguit ruimte voor verbeteringen of aanvullingen van eenvoudige precisering.<sup>62</sup> Verder geldt dat de voorgestelde verbetering of aanvulling niet mag leiden tot een nieuwe inschrijving.<sup>63</sup>

Een wettelijk kader – eventueel geïnspireerd op de regeling van art. 72 van de Richtlijn – zou voor de praktijk de nodige houvast en rechtszekerheid geven voor aanbestedende diensten die innovatie als beleidsdoelstelling mee willen nemen tijdens de aanbesteding van overheidsopdrachten. Daarnaast zou de communautaire wetgever er goed aan doen om een wettelijk kader te scheppen dat voldoende flexibel is om daadwerkelijk aanpassingen te kunnen doen naar aanleiding van input van de markt tijdens de dialoof fase van de verschillende hierboven beschreven aanbestedingsprocedures, zonder dat er meteen sprake is van een wezenlijke wijziging. Immers, innovatiedoelstellingen meenemen als criteria of voorwaarden bij een overheidsopdracht vergt een balanceer-act. Deze criteria zullen goed geformuleerd moeten worden om duidelijkheid te verschaffen aan de markt, zonder dat de opdracht

volledig wordt dichtgetimmerd. Uit de dialogen kunnen nieuwe inzichten ontstaan. Wijzigingen om de behoefte van de aanbestedende dienst beter op de markt te laten aansluiten kunnen verder gaan dan hetgeen nu toegestaan is als verduidelijkingen of verbeteringen. Kortom, juist bij aanbestedingen waarbij innovatie een belangrijk onderdeel is, is de kans op aanpassingen tijdens de aanbestedingsprocedure reëel. Het ontbreken van een wettelijk kader over wezenlijke wijzigingen tijdens een aanbestedingsprocedure is problematisch, juist bij innovatie.

### 3. Slotsom

Een aanbestedingsprocedure is een gereguleerde vorm van onderhandelen.<sup>64</sup> Bij onderhandelingen geldt dat partijen zich hebben te houden aan de beginselen van redelijkheid en billijkheid. Naast het feit dat een aanbestedende dienst als deelnemer in het rechtsverkeer gehouden is aan de beginselen van redelijkheid en billijkheid, is een aanbestedende dienst ook gehouden aan de Europese beginselen.<sup>65</sup>

De Europese beginselen – in het bijzonder het transparantiebeginsel en non-discriminatiebeginsel – staan niet toe dat aanbestedende diensten wezenlijke wijzigingen doorvoeren in de aanbestedingstukken, zonder opnieuw aan te besteden. Ook is het voor een inschrijver niet toegestaan om zijn inschrijving te wijzigen. Dit past bij het uitgangspunt van de Richtlijn, te weten het openstellen van de interne markt voor overheidsopdrachten. Door bij wijzigingen een nieuwe publicatie en aanbesteding te eisen, krijgen potentiële inschrijvers de kans om hun interesse voor de gewijzigde overheidsopdracht te tonen.

De keerzijde is dat door het niet toestaan van wijzigingen in de scope van de opdracht, wijzigingen of het schrappen van de (gunnings)criteria of technische uitvoeringseisen, de aanbestedende dienst in deze gereguleerde vorm van onderhandelingen alsnog beperkt wordt in haar onderhandelingsvrijheid. Dit maakt het lastig om tot een innovatieve oplossing te komen die nauw aansluit op de behoeftes van de aanbestedende dienst. De introductie van de verschillende aanbestedingsprocedures maakt dit niet anders. Immers, deze beperking vloeit voort uit de Europese beginselen en deze gelden ongeacht welke aanbestedingsprocedure de aanbestedende dienst heeft gekozen. Wellicht was het beter geweest om voor innovatie een procedure te introduceren met de nodige flexibiliteit, zowel in de mogelijkheid om dialoog te voeren als om wijzigingen door te voeren.<sup>66</sup> De verschillende procedures hebben er wellicht voor gezorgd dat er meer flexibiliteit is gekomen door dialoog met de markt toe te staan, maar als de uitkomsten uit de dialoog

61 S. Arrowsmith & S. Treumer, 'Competitive dialogue in EU law: a critical review', in: S. Arrowsmith & S. Treumer, *Competitive dialogue in EU procurement*, Cambridge University Press, 2012, p. 64.

62 HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, *Jur 2012 (SAG Slovensko)*, r.o. 40.

63 HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, *Jur 2012 (SAG Slovensko)*, r.o. 42.

64 C.E.C. Jansen, 'Grenzen aan de contracteervrijheid van private aanbesteders', *Contracteren* 2010/3, p. 79.

65 J.M. Hebly, *Private aanbesteding revisited, afscheidscollege van prof. mr. J.M. Hebly*, Leiden, 2022, p. 3.

66 M. Andrecka, 'Innovation Partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues', *PPLR* 2017/2, p. 15.

niet verwerkt kunnen worden in de aanbestedingsstukken wegens het verbod op wezenlijke wijzigingen, dan blijft de benodigde flexibiliteit in de praktijk (te) beperkt.

*Dit artikel is afgesloten op 6 november 2023.*

**Over de auteur**

**Mr. A. (Alfredo) Molina**

Senior bedrijfsjurist bij ICTU. Daarnaast is hij verbonden aan de Digicampus. Digicampus is een samenwerkingsverband op het gebied van digitale publieke dienstverlening tussen ICTU, Logius van het ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties, TU Delft en NL Digital.