

Juridische handreiking zorgverkoop - Zorginkoop door gemeenten

Inhoud

1. [Juridisch kader](#)
2. [Positie gemeenten](#)
3. [Wat wordt ingekocht en bij wie?](#)
4. [Aanbestedingsmodellen](#)
5. [Contractvormen](#)
6. [Hoe kan worden opgekomen tegen een aanbestedingsprocedure](#)
7. [Jurisprudentie en tips & tricks](#)
8. [Bijlage: uitspraken Wmo zorginkoop door gemeenten](#)

Zorginkoop door gemeenten

In dit hoofdstuk behandelen we de juridische aspecten rond de zorginkoop door gemeenten. Zoals aangegeven in het hoofdstuk betreffende zorginkoop door zorgkantoren is voor het jaar 2014 de AWBZ nog van toepassing op de gehandicaptenzorg.

In het navolgende geven we eerst een uiteenzetting over het aanbestedingsrechtelijk kader voor inkoop door gemeenten. Vervolgens gaan we in op de rol van de gemeente (of een combinatie van gemeenten) als contractspartij. Daarna zetten we uiteen op welke wijzen gemeenten de zorginkoop kunnen inrichten. We sluiten af met relevante jurisprudentie en tips & tricks.

1. Juridisch kader

Hervorming langdurige zorg

De hervorming van de langdurige zorg leidt tot het verdwijnen van de extramurale AWBZ-functies. Deze functies zullen worden ondergebracht in de Zorgverzekeringswet ("Zvw"), de Wet Langdurige Zorg ("Wlz"), de Wet maatschappelijke ondersteuning ("Wmo"), en de Jeugdwet. De Wmo en de Jeugdwet worden uitgevoerd door gemeenten. Dit betekent dat de gemeenten verantwoordelijke worden voor de inkoop van deze zorg voor zover ze die niet zelf uitvoeren. In het Regeerakkoord VVD-PvdA was bepaald dat gemeenten met ingang van 2015 geheel verantwoordelijk zouden worden voor de activiteiten op het gebied van ondersteuning, begeleiding en verzorging.¹ Op 6 november 2013 informeerde de Staatssecretaris de Tweede Kamer echter dat het merendeel van de verzorging toch niet onder de verantwoordelijkheid van de gemeenten zal worden gebracht, maar zal worden overgeheveld naar de Zvw. Verzorging en verpleging zullen vanuit de aanspraak wijkverpleging in de Zvw worden geboden. Voor zover verzorging wordt verleend in het verlengde van begeleiding, wordt deze wel ondergebracht bij gemeenten. Om deze overheveling mogelijk te maken, zal de Wmo moeten worden aangepast. In oktober 2013 is een eerste concept wetsvoorstel gepubliceerd voor een nieuwe Wmo (de Wmo 2015).

¹ Op 11 september 2013 werd bekend dat de staatssecretaris overweegt de persoonlijke verzorging niet over te hevelen naar de Wmo, maar naar de Zorgverzekeringswet. Ter zake is op het moment van het publiceren van deze handleiding nog geen definitief standpunt van de regering bekend.

Voor jongeren onder 18 jaar zal, vanaf 1 januari 2015, de Jeugdwet van toepassing zijn. Op 1 juli 2013 is een wetsvoorstel gepubliceerd op basis waarvan gemeenten bestuurlijk en financieel verantwoordelijk worden voor alle jeugdhulp, de uitvoering van kinderbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering.

Inkoop onder de Wmo

In artikel 10 van de Wmo is bepaald dat gemeenten maatschappelijke ondersteuning zoveel mogelijk laten verrichten door derden. In artikel 10, lid 3 van de Wmo² is ten aanzien van de huishoudelijke verzorging opgenomen dat deze bepaling niet van toepassing is. Als een gemeente toch besluit de huishoudelijke verzorging door derden te laten plaats vinden is het college volgens de Wmo niet verplicht tot het uitschrijven van een aanbesteding.³

In de Wmo 2015 is deze uitzondering niet meer opgenomen. In de toelichting bij de Wmo 2015 wordt aangegeven dat dit artikel is vervangen door een bepaling op grond waarvan een gemeente bij een aanbesteding niet mag gunnen op basis van het criterium 'laagste prijs'. Aldus zou moeten worden geborgd dat de kwaliteit van zorg in ogenschouw wordt genomen, aldus het concept van de memorie van toelichting.

Inkoop onder de Jeugdwet

In de Jeugdwet is net als in de Wmo2015 een bepaling opgenomen op grond waarvan een gemeente bij een aanbesteding de opdracht moet gunnen op basis van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

Op dit moment worden in 41 gemeentelijke regio's "jeugdzorgplannen" (ook wel: Regionale Transitie Arrangementen) gemaakt. Er is discussie gaande op welke wijze de overgang naar de nieuwe Jeugdwet zou moeten plaatsvinden, mede in het kader van de bezuinigingen die moeten worden gerealiseerd. Voorzien wordt dat zorgaanbieders zullen moeten krimpen. Een van de scenario's die wordt overwogen is in de eerste drie jaar in te kopen bij bestaande aanbieders en geen nieuwe aanbieders toe te laten. Ook wordt een "preferred supplier-schap" overwogen voor een periode van drie jaar.

Europese Aanbestedingsrichtlijnen

Op basis van Europese Richtlijn 2004/18/EG (de Aanbestedingsrichtlijn) zijn gemeenten verplicht opdrachten voor leveringen en diensten vanaf een bedrag van (thans) EUR 200.000 (excl. BTW) aan te besteden (enkele uitzonderingen daargelaten).

De Aanbestedingsrichtlijn kent twee verschillende aanbestedingsregimes voor opdrachten voor diensten, namelijk (i) een regulier regime voor diensten genoemd in bijlage 2A van de Aanbestedingsrichtlijn (de A-diensten)⁴ en (ii) een verlicht regime voor diensten genoemd in bijlage 2B van de Aanbestedingsrichtlijn (de B-diensten). Diensten betreffende gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening zijn opgenomen in bijlage 2B.⁵

Het regime voor B-diensten wordt bestempeld als een verlicht regime. Dit houdt in dat een gemeente voor het gunnen van dergelijke opdrachten uitsluitend verplicht is (i) de technische specificaties aan te geven die moeten worden opgenomen in de contractuele documenten die bij

² Wetswijziging naar aanleiding van het Initiatiefwetsvoorstel Leijten.

³ Het kan overigens worden betwijfeld of deze wettelijke bepaling in lijn is met (Europese) wetgeving ter zake van het aanbestedingsrecht.

⁴ In de Aanbestedingswet wordt niet langer gesproken over 2A- en 2B-diensten, maar over A- en B-diensten. We zullen deze terminologie aanhouden in dit hoofdstuk.

⁵ Zie voor een bevestiging ter zake uitspraak van rechtbank Rotterdam van 12 december 2012, LJN: BY5974.

iedere opdracht behoren, en (ii) achteraf een aankondiging te zenden met de uitslag van de procedure voor het plaatsen van deze opdrachten.

Hieruit volgt dat bij de gunning van opdrachten voor B-diensten geen verplichting bestaat om een aanbestedingsprocedure te volgen. Opdrachten voor B-diensten mogen dan ook in beginsel onderhands worden gegund.

Wanneer opdrachten voor B-diensten een duidelijk grensoverschrijdend belang zouden hebben, moeten de algemene [beginselen](#) worden gewaarborgd van het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie betreffende transparantie, objectiviteit en non-discriminatie. Het HvJ EU heeft in jurisprudentie benadrukt dat de gemeenschapswetgever is uitgegaan van het vermoeden dat B-diensten gelet op hun specifieke aard geen grensoverschrijdend belang hebben. Dit vermoeden kan worden weerlegd door bepaalde contra-indicaties. Deze contra-indicaties kunnen bijvoorbeeld zijn gelegen in het feit dat buitenlandse marktpartijen op de relevante markt actief zijn. Dit is voor zorgdiensten over het algemeen niet het geval.

De Europese Commissie heeft een voorstel gepubliceerd voor een nieuwe richtlijn waarin het onderscheid tussen A- en B-diensten wordt afgeschaft. Voor sociale diensten, gezondheidsdiensten en onderwijsdiensten wordt in dit voorstel een nieuw regime ingesteld. Voor degelijke diensten geldt dat opdrachten voor diensten aan personen met een waarde van minder dan EUR 500.000 niet hoeven te worden aanbesteed. De naleving van de basisbeginselen van transparantie en gelijke behandeling (zie ook hierna) wordt wel verplicht gesteld en aanbestedende diensten kunnen voor de bepaling van de keuze van dienstverrichters specifieke kwaliteitscriteria toepassen.

Aanbestedingswet 2012

Sinds 1 april 2013 is de nieuwe Aanbestedingswet 2012 (de Aanbestedingswet) van kracht.⁶ Artikel 2.38 lid 3 van de Aanbestedingswet bepaalt dat "*voor opdrachten betreffende diensten voor <gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening>, zoals opgenomen in bijlage II-B van richtlijn nr. 2004/18/EG, met inachtneming van het tweede lid, de procedure voor B-diensten [wordt] toegepast, tenzij de aanbestedende dienst anders besluit.*"

Met deze bepaling is kennelijk beoogd buiten twijfel te stellen dat zorgdiensten kwalificeren als B-diensten zodat het lichte aanbestedingsregime van toepassing is.⁷ Dit houdt volgens de memorie van toelichting in dat alleen voorschriften betreffende de technische specificaties en de aankondiging van de gegunde opdracht van toepassing zijn.⁸

In de meer algemene toelichting bij de bijzondere voorschriften die op grond van de Aanbestedingswet van toepassing zijn op het plaatsen van overheidsopdrachten voor B-opdrachten wordt aangegeven dat de aanbestedende diensten 'slechts' aan drie eisen moeten voldoen, namelijk:

1. de algemene beginselen van aanbesteden in acht nemen;
2. de regels die gelden ten aanzien van te gebruiken technische specificaties toepassen;⁹ en
3. een mededeling van gunning bekend maken bij de Europese Commissie.¹⁰

⁶ De Aanbestedingswet vervangt onder meer het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) dat tot dat moment de Nederlandse implementatie van de Aanbestedingsrichtlijn vormde, het Besluit aanbestedingsregels speciale sectoren (Bass), alsmede de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira).

⁷ In eerdere rechtspraak is dit uitgangspunt ook bevestigd, zie bijvoorbeeld Rb. Breda, 22 december 2009, LJN: BK7300.

⁸ Zie Kamerstukken Tweede Kamer 2011-2012, 32 440 nr. 54, p 1-2.

⁹ Paragraaf 2.3.3.1 van de Aanbestedingswet.

Kort gezegd komt dit erop neer dat gemeenten, ook als zij geen Europese aanbestedingsprocedure volgen, de beginselen van transparantie, gelijkheid, objectiviteit en proportionaliteit moeten toepassen bij het verlenen van een opdracht.

In artikel 1.4 van de Aanbestedingswet is bepaald dat een aanbestedende dienst bij het sluiten van een overeenkomst op basis van objectieve criteria dient te bepalen:

1. op welke wijze een overeenkomst tot stand wordt gebracht; en
2. welke onderneming(en) worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.

Daarbij geldt volgens de memorie van toelichting dat, als de drempels niet worden overschreden een aanbestedende dienst vrij is zelf te bepalen welke procedure hij volgt. Daarbij wordt overwogen dat het begrip "aanbestedingsprocedure" geen in de Aanbestedingswet afgebakend begrip is, zodat iedere wijze waarop een opdracht in de markt wordt gezet, ook als dit een één-op-één gunning is, kan worden beschouwd als een aanbestedingsprocedure. De gemeente zal de keuze voor de betreffende procedure wel op objectieve gronden moeten kunnen onderbouwen.

Gids Proportionaliteit

Bij de uitwerking van de Aanbestedingswet is veel oog geweest voor de borging van de positie van het midden- en kleinbedrijf. Een veel gehoorde klacht was dat kleinere organisaties te vaak niet in aanmerking komt voor opdrachten van de overheid. Dit heeft geleid tot het opstellen van de Gids Proportionaliteit.

Deze bevat regels om toepassing van het proportionaliteitsbeginsel te borgen. Dit houdt in dat de keuzes die een gemeente maakt en de eisen en voorwaarden die zij stelt bij een aanbesteding, in redelijke verhouding moeten staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht.

Het hanteren van de Gids Proportionaliteit is verplicht gesteld voor aanbestedingen conform de Aanbestedingsrichtlijn, nationale aanbestedingen en voor meervoudig onderhandse procedures.

Gemeentelijk inkoop- en aanbestedingsbeleid

Veel gemeenten hebben interne regels opgesteld met betrekking tot hun inkoop- en aanbestedingsbeleid. In dergelijke documenten kunnen gemeenten zichzelf verplichten om bepaalde opdrachten openbaar aan te besteden, zelfs als dit op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen niet noodzakelijk is.

Een gemeente moet zijn eigen aanbestedingsbeleid volgen. Deze regels hebben in beginsel alleen interne werking. Derden kunnen dus geen beroep doen op dergelijke regels.¹¹ Een rechter kan echter wel marginaal toetsen of de gemeente de regels op correcte wijze toepast. Het kan dus voor een zorgaanbieder toch relevant zijn om na te gaan of de gemeente zich aan de betreffende regels houdt.¹²

¹⁰ Paragraaf 2.3.8.9 van de Aanbestedingswet.

¹¹ Anders: Uitspraak van de rechtbank Alkmaar van 12 februari 2009, LJN: BH2823

¹² Zie bijvoorbeeld, uitspraak rechtbank Rotterdam van 12 december 2012, LJN: BY5974.

2. Positie gemeenten

Gemeente(n) als contractspartij

Gemeenten zijn aanbestedende diensten. Het is aanbestedende diensten toegestaan om gezamenlijk in te kopen. Gemeenten zouden zich daartoe kunnen verenigen in een gemeenschappelijke regeling (of ander samenwerkingsverband) zodat de betreffende gemeenschappelijke regeling de contractspartij wordt, maar dit is niet noodzakelijk.¹³ Het blijkt dat veel gemeenten inderdaad samenwerken bij de voorbereiding van de decentralisatie van de zorg en invoering van de Wmo 2015 en de Jeugdwet. Uit een inventarisatie door de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) uit mei 2013 blijkt dat er op regionaal niveau 43 samenwerkingsverbanden zijn gevormd die grotendeels overeenkomen met de nieuwe jeugdzorgregio's.¹⁴

Een bepaling uit de Aanbestedingswet die bij die samenwerking relevant kan zijn, is het clusterverbod zoals neergelegd in artikel 1.5. Op grond van dit artikel mag een gemeente opdrachten niet onnodig in één opdracht samenvoegen. Opdrachten mogen in beginsel pas worden samengevoegd (a) wanneer het gaat om logisch samenhangende onlosmakelijk met elkaar verboden onderdelen, waarbij (b) in het kader van de marktverhoudingen, de positie van mogelijke (kleinere) inschrijvers zorgvuldig is geanalyseerd en afgewogen en (c) de gemeente de noodzaak tot clusteren deugdelijk kan motiveren.

Volgens de Gids Proportionaliteit is het uitgangspunt is dat geclusterde opdrachten in beginsel moeten worden verdeeld in percelen. Dit betekent dat de opdracht wordt verdeeld in deelopdrachten zodat het mogelijk wordt voor kleinere partijen om op een deel van de betreffende opdracht in te schrijven.¹⁵

Het verdelen van een opdracht in percelen betekent overigens niet dat het hierdoor gemakkelijker wordt om onder een aanbestedingsverplichting uit te komen omdat de toepasselijke drempels niet zouden worden gehaald. Er geldt namelijk een verbod tot het ongeoorloofd opknippen (splitsen) van opdrachten om op die manier onder de werking van de Aanbestedingswet uit te komen. Bij de raming van de waarde van de opdracht moeten de waarden van alle percelen bij elkaar worden opgeteld.

Het clusterverbod en de percelenregeling zijn opgenomen ter bescherming van kleinere partijen en kunnen relevant zijn als gemeenten de opdrachten op dusdanige wijze bundelen dat door een wat kleinere zorgaanbieder niet op de opdracht kan worden ingeschreven.

Subsidie of overheidsopdracht

Gemeenten zijn vrij te bepalen op welke wijze zij zorgaanbieders willen contracteren. Het lijkt het meest voor de hand te liggen om een (privaatrechtelijke) overeenkomst te sluiten. Het is

¹³ VGN heeft een FAQ opgesteld met betrekking tot gemeenschappelijke regelingen, zie <http://vgn.nl/artikel/17995>.

¹⁴ Bron: Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

¹⁵ Momenteel is de eerste rechtszaak aanhangig waarin een partij tracht een aanbestedingsprocedure ongeldig te verklaren vanwege ongeoorloofde clustering. Deze opdracht ziet op een (geclusterde) opdracht voor de levering van (i) kopieermachines en (ii) een betaalsysteem voor het maken van afdrucken. De stelling van partijen is dat dit twee deelopdrachten betreffen die in percelen op de markt moeten worden gezet. De uitspraak wordt verwacht op 22 november 2013. Hierin zal mogelijk nadere duiding worden gegeven aan het clusterverbod,

echter ook mogelijk dat een gemeente ervoor kiest een (publiekrechtelijke) subsidie te verlenen.

Een subsidie wordt in artikel 4:21 Awb gedefinieerd als "*de aanspraak op financiële middelen, door het bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling door het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten*".

Een overheidsopdracht voor diensten wordt in de Aanbestedingswet gedefinieerd als "*een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners [..]*".

Het feit dat een gemeente een bepaalde financiële relatie als subsidie bestempeld, betekent niet dat deze financiële relatie per definitie aan de werking van de Aanbestedingswet onttrokken is. Als in werkelijkheid de subsidieontvanger een vergoeding ontvangt voor verleende diensten, kwalificeert de betreffende financiële relatie mogelijk toch als een overheidsopdracht als bedoeld in de Aanbestedingswet.

Gemeente bepaalt het aantal te contracteren partijen

Het staat gemeenten vrij te bepalen of zij met een of meerdere partijen een contract willen sluiten. Gemeenten zijn niet verplicht om meerdere partijen te contracteren om op die manier te waarborgen dat cliënten die zorg in natura ontvangen een keuzemogelijkheid hebben.¹⁶

Als gemeenten ervoor kiezen meerdere partijen te contracteren, kunnen zij daartoe een raamovereenkomst sluiten met meerdere partijen. In dat geval worden in de betreffende raamovereenkomst bepalingen opgenomen hoe de op grond van de raamovereenkomst te verlenen nadere opdrachten vervolgens worden gegund aan de gecontracteerde partijen.

Toepasselijk aanbestedingsregime

Gemeenten zijn (met inachtneming van het clusterverbod als hiervoor genoemd) in beginsel vrij zelf te bepalen op welke wijze zij een opdracht in de markt wensen te zetten. Het staat hen dus ook vrij in de uitvraag een opdracht bepaalde leveringen en/of diensten samen te voegen. Dit kan tot gevolg hebben dat sprake is van een samengestelde opdracht, die zowel A-diensten als B-diensten omvat. Ingeval van zorgopdrachten kan hierbij bijvoorbeeld worden gedacht aan de combinatie van vervoer per auto(bus) (A-dienst) en begeleiding/zorg (B-diensten). Om te bepalen welk aanbestedingsregime van toepassing is op een opdracht is de omvang van de waarde van de betreffende onderdelen van de opdracht doorslaggevend.¹⁷

Transparantie, gelijkheid, objectiviteit en proportionaliteit

In alle aanbestedingsprocedures moeten gemeenten de beginselen van transparantie, gelijkheid en objectiviteit hanteren.¹⁸ En er mag geen sprake zijn van willekeur. Deze beginselen vormen dan ook, samen met het proportionaliteitsbeginsel, de basis voor elke aanbestedingsprocedure. Het transparantiebeginsel ziet enerzijds op de verplichting dat de eisen die een gemeente stelt vooraf helder zijn. In combinatie met de beginselen van gelijkheid en objectiviteit vormen deze beginselen de waarborg dat een aanbestedingsprocedure eerlijk verloopt. Anderzijds houdt het

¹⁶ Zie brief van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 15 januari 2013 waarin hij bevestigt dat het niet bieden van een keuzemogelijkheid niet in strijd is met de wetgeving ter zake.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld uitspraak van rechtbank Rotterdam van 26 maart 2012, LJN: BW5773.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld uitspraak van rechtbank Rotterdam van 12 december 2012, LJN: BY5974

transparantiebeginsel in dat aan opdrachten een passende mate van openbaarheid wordt gegeven.

Bekendmaking van een opdracht

Opdrachten die onder het toepassingsbereik van de Aanbestedingsrichtlijn vallen, moeten bekend gemaakt worden via de Tenders Electronic Daily (TED), in Nederland gekoppeld aan TenderNed.¹⁹

Zoals eerder aangegeven is het toegestaan om opdrachten voor B-diensten die geen grensoverschrijdend belang hebben ondershands te gunnen. In dat geval hoeft de opdracht niet vooraf bekend te worden gemaakt. Op grond van artikel 1.4 van de Aanbestedingswet geldt dat een gemeente de keuze voor de wijze waarop de overeenkomst tot stand komt en de wijze van bekendmaking op basis van objectieve gronden moet kunnen rechtvaardigen. Daarnaast geldt de verplichting om achteraf melding te doen aan de Europese Commissie van gunning van de opdracht. Ook dit geschiedt via de TED/TenderNed.

Als gemeenten ervoor kiezen vrijwillig hun opdracht aan te kondigen, moeten zij daarvoor op grond van artikel 1.18 van de Aanbestedingswet gebruik maken van TenderNed,

3. Wat wordt ingekocht en bij wie?

Voor Europese aanbestedingsprocedures gelden strikte regels op basis waarvan de selectie van een of meer zorgaanbieders en de daaropvolgende gunning van een opdracht tot stand komt. Ook voor opdrachten waarop de Aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing is of die via het verlichte regime kunnen worden gegund, geldt dat een gemeente zal moeten bepalen wat de opdracht inhoudt, aan welk type partij de opdracht moet worden gegund en wat de gemeente van doorslaggevend belang acht bij gunning van de opdracht aan een bepaalde partij. In het navolgende wordt aan de hand van veel gebruikte begrippen, die zijn afgeleid van Europese aanbestedingsprocedures, toegelicht hoe een aanbestedingsprocedure veelal wordt ingericht..

Programma van eisen

In een programma van eisen wordt - in meer of minder detail - beschreven wat de inhoud van de opdracht is. Dit gebeurt, in de terminologie van de Aanbestedingswet, aan de hand van de technische specificaties. Ook voor B-diensten geldt (zie paragraaf 2.3.3.1 van de Aanbestedingswet) dat de technische specificatie moeten garanderen dat inschrijvers gelijke toegang hebben tot de opdracht.

De technische specificaties moeten verband houden met de opdracht. Hierbij kan worden gedacht aan functionele en/of technische vereisten waaraan een zorgaanbieder dient te voldoen, zoals het beschikken over een zorgplan, beschikbaarheid, continuïteit, levertijd, spoedprocedures, het beschikken over een klachtenregeling, het uitvoeren van een signaleringsfunctie, cliënttevredenheidsonderzoek etc.

¹⁹ Het is mogelijk om automatische meldingen te ontvangen van publicaties in voor de betreffende zorgaanbieder relevante sectoren. Aankondigingen die op www.aanbestedingskalender.nl worden geplaatst, worden automatisch ook geplaatst op TenderNed voor zover dit wettelijk is vereist en de gegevens juist zijn ingevuld.

In de fase van het opstellen van een programma van eisen, kan een gemeente een marktconsultatie houden door op die manier bij marktpartijen te polsen wat de relevante aandachtspunten zijn voor gunning van een opdracht. Het kan dus interessant zijn om in die fase al in contact te treden met de gemeente om op die manier vroegtijdig mee te praten over de kenmerken van de opdracht en de voorwaarden voor een succesvolle aanbesteding. Uiteraard mag dat overleg er niet toe leiden dat partijen die in dit stadium spreken met de gemeente een kennisvoorsprong hebben ten opzichte van partijen die niet zijn geraadpleegd.

Uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria

De gemeente zal na moeten gaan wat het type partij(en) is aan wie zij de opdracht wil gunnen. Daartoe stelt de gemeente uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen (en in sommige gevallen ook selectiecriteria) vast. Voor de volledigheid merken wij op dat dit geen verplichting is voor B-diensten.

De uitsluitingsgronden hebben met name betrekking op de integriteit van ondernemingen. Op grond van artikel 2.86 van de Aanbestedingswet moeten ondernemingen die zijn veroordeeld voor bepaalde strafbare feiten worden uitgesloten van aanbestedingsprocedures. Ondernemingen die een ernstige fout hebben begaan in de uitoefening van hun beroep of bedrijf kunnen, ingevolge artikel 2.87 van de Aanbestedingswet, worden uitgesloten. Als ernstige fout kwalificeert bijvoorbeeld een overtreding van het kartelverbod van artikel 6 van de Mededingingswet.

Geschiktheidseisen zien op de geschiktheid van de zorgaanbieder om de opdracht uit te voeren. Hierbij kan worden gedacht aan de financiële en economische draagkracht, technische en beroepsbekwaamheden (het beschikken over bepaalde diploma's, competenties, taaleisen), relevante ervaring en het hebben van de nodige vergunningen. In artikel 2.90 van de Aanbestedingswet zijn de betreffende geschiktheidseisen limitatief opgesomd. Bij het bepalen van de geschiktheidseisen dienen gemeenten het proportionaliteitsbeginsel in acht te nemen. Op basis van dit beginsel geldt dat de gestelde eisen in redelijke verhouding moeten staan tot de opdracht. De Gids Proportionaliteit geeft hier invulling aan. De in een aanbesteding gehanteerde geschiktheidseisen zijn minimeisen (ook wel: knock-out-eisen): een organisatie die niet aan de eisen voldoet, mag niet (verder) deelnemen aan de aanbesteding.

Bij veel aanbestedingen dient een onderneming door middel van één document (de inschrijving) zowel zijn geschiktheid aan te tonen, als een inhoudelijke aanbieding te doen. Een dergelijke procedure wordt doorgaans aangeduid als de openbare procedure. Er zijn ook procedures (zoals de niet-openbare procedure) die bestaan uit twee afzonderlijke fasen: in de eerste fase wordt een beperkt aantal gegadigden geselecteerd, die pas in de tweede fase een inhoudelijke aanbieding doen.

Bij dergelijke procedures hanteert de gemeente - naast (minimum) geschiktheidseisen - vaak ook zogenaamde selectiecriteria om het aantal gegadigden te beperken. In dat geval vindt een (kwalitatieve of kwantitatieve) beoordeling plaats van de mate waarin een zorgaanbieder aan de betreffende criteria voldoet. De best scorende organisaties worden vervolgens uitgenodigd een

aanbieding te doen. De gemeente moet in dat geval wel van te voren aangeven hoeveel organisaties zij zal uitnodigen.

Gunningscriteria

In de Aanbestedingswet zijn twee gunningscriteria neergelegd, namelijk (i) laagste prijs en (ii) economisch meest voordelige inschrijving. Uitgangspunt in de Aanbestedingswet is dat gunning plaats vindt op basis van de economisch meest voordelige inschrijving. Als gunning uitsluitend op laagste prijs plaatsvindt, moet dit worden gemotiveerd. In het concept voor de Wmo 2015 en de Jeugdwet wordt gunning op basis van laagste prijs zelfs uitgesloten.

Bij gunning op basis van de meest voordelige inschrijving, gaat het om de prijs/kwaliteit verhouding van een aanbieding. Gemeenten kunnen bij de toepassing van dit criterium zelf bepalen wat zij belangrijk vinden voor de uitvoering van de opdracht. Daaraan zullen zij de betreffende criteria relateren. Hiermee kan bijvoorbeeld extra gestuurd worden op inhoudelijke kwaliteit van zorg, service, klantentevredenheid, goed management, etc.

Het staat de gemeente vrij te bepalen welke scoremethodiek wordt toegepast. De gemeente kan knock-out criteria formuleren (bij het niet voldoen aan een eis volgt uitsluiting), een vaste puntenmethodiek hanteren (bij het voldoen aan een bepaalde eis wordt een vooraf bepaald aantal punten toegekend), of inschrijvingen onderling vergelijken. In het laatste geval zal een beoordelingsteam moeten nagaan welke inschrijving beter voldoet aan de wensen van de gemeente.

Teneinde te voldoen aan het transparantiebeginsel zal de gemeente vooraf - in de aanbestedingsdocumenten - duidelijk en in detail moeten uitleggen welke scoremethodiek hij hanteert.

Social return

In steeds meer aanbestedingen wordt een wens opgenomen betreffende het bewerkstelligen van social return. Hiermee wordt bedoeld op het, door middel van de gegunde opdracht, laten participeren van mensen met een achterstand tot de arbeidsmarkt.²⁰

Een dergelijke wens kan worden geformuleerd als gunningcriterium of als een voorwaarde bij de uitvoering van de overeenkomst. Wanneer gekozen is voor het formuleren als gunningscriterium, dan moet de voorwaarde daadwerkelijk gerelateerd zijn aan de uit te voeren opdracht. Als de wens wordt gebruikt als een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde moet worden gewaarborgd dat het stellen van een dergelijke voorwaarde niet leidt tot schending van het gelijkheidsbeginsel.

Overigens wordt in artikel 1.4, lid 2 van de Aanbestedingswet aan aanbestedende diensten de verplichting opgelegd om ervoor zorg te dragen dat zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor publieke middelen wordt geleverd. Hiermee wordt volgens de memorie van toelichting beoogd zo veel mogelijk besparingen te creëren. Maatschappelijke waarde is dus iets anders dan het bewerkstelligen van social return.

²⁰ VGN heeft een FAQ opgesteld met betrekking tot social return, zie <http://www.vgn.nl/artikel/18627>.

Inschrijving

Bij het doen van een inschrijving is het van groot belang nauwgezet de aanwijzingen van de gemeente te volgen. Het niet voldoen aan een bepaalde (formele) eis kan tot uitsluiting leiden. Ook de termijnen die worden gehanteerd voor het indienen van een inschrijving wordt strikt toegepast: te laat is te laat.

Bij het opstellen van de inschrijving is het van belang te realiseren dat een zorgaanbieder door de gemeente gehouden kan worden aan zijn aanbieding. Het doen van een scherpe aanbieding brengt in die zin ook risico's met zich. De zorgaanbieder zal zijn aanbieding tijdens de uitvoering gestand moeten doen.

Anderzijds is ook de gemeente gehouden aan hetgeen zij in de aanbestedingsdocumenten heeft bepaald. Dit betekent bijvoorbeeld dat voor het gunnen van meerwerk alleen ruimte zal zijn als dit expliciet in de aanbestedingsdocumenten is bepaald. Meerwerk kan bijvoorbeeld nodig zijn bij een ruimere zorgbehoefte dan oorspronkelijk was voorzien. Als de aanbestedingsdocumenten hierover niets bepalen, is het risicovol hier bij inschrijving op te anticiperen (bijvoorbeeld door het bieden van een lagere prijs).

Ook is het van belang een duidelijk beeld te krijgen van wat de gemeente belangrijk vindt en de aanbieding daarop in te richten. De belangrijkste aanknopingspunten zijn daarvoor de (kwalitatieve) gunningscriteria.

Stellen van vragen

Een zorgaanbieder die op een aanbesteding wenst in te schrijven moet op basis van de aanbestedingsdocumenten kunnen begrijpen wat van hem wordt verwacht bij de inschrijving. Voor zover documenten onduidelijk zijn, moeten zorgaanbieders gedurende de aanbestedingsprocedure in de gelegenheid worden gesteld daarover vragen te stellen.

Het (niet) tijdig stellen van vragen kan tot afwijzing van een vordering, of niet-ontvankelijkheid leiden (rechtsverwerking) in een eventueel na afloop van de aanbestedingsprocedure te voeren gerechtelijke procedure. Er zijn zelfs uitspraken gedaan waarin een rechter oordeelt dat een geïnteresseerde partij niet alleen vragen moet stellen, maar al vóór zijn inschrijving een gerechtelijke procedure moet aanspannen op straffe van rechtsverwerking. Bij de afweging door de rechter zal mede bepalend zijn wat hierover in de aanbestedingsdocumenten is opgenomen.²¹

Om te voorkomen dat bepaalde onduidelijkheden over het hoofd worden gezien, verdient het aanbeveling om al bij publicatie van de aanbestedingsdocumenten een team te formeren dat verantwoordelijk is voor het doen van de inschrijving en het zo nodig stellen van vragen over onduidelijkheden. In dit team zouden niet alleen mensen moeten deelnemen die kennis hebben van de zorgverlening als zodanig, maar ook bijvoorbeeld van de financiële aspecten van een aanbieding.

²¹ Zie uitspraak van het Gerechtshof Leeuwarden van 5 juni 2012, LJN: BW7551. anders: uitspraak van rechtbank Rotterdam van 26 maart 2012, LJN: BW5773, waarin het stellen van vragen (door een ander dan eiseres) voldoende was.

Beoordeling

Bij de beoordeling van de inschrijvingen moet de gemeente de beoordelingsmethodiek toepassen die zij heeft opgenomen in de aanbestedingsdocumenten.

Voor zover de gemeente tot de conclusie zou komen dat bepaalde onderdelen van de inschrijving niet voldoen aan de vereisten in de aanbestedingsdocumenten, kan de gemeente de zorgaanbieder in bepaalde gevallen in de gelegenheid stellen de inschrijving op het betreffende onderdeel te verduidelijken of toe te lichten. De gemeente is hiertoe niet verplicht. Een dergelijke verduidelijking of toelichting mag er bovendien niet toe leiden dat de inschrijving in feite worden gewijzigd of aangevuld; dat zou immers kunnen leiden tot vervalsing van de mededinging.

Voornemen tot gunning

Nadat de aanbestedingsprocedure is doorlopen, maakt de gemeente een voornemen tot gunning bekend aan alle zorgaanbieders die hebben ingeschreven. In dit voornemen tot gunning zet de gemeente de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijving(en) uiteen. Zodra deze redenen bekend zijn gemaakt, gunt een gemeente aan de zorgaanbieders die hebben ingeschreven een termijn waarbinnen de gemeente niet tot sluiten van het contract overgaat. Deze termijn is bedoeld om afgewezen zorgaanbieders de gelegenheid te bieden (in rechte) op te komen tegen de beslissing van de gemeente. In de Aanbestedingswet is die termijn vastgesteld op ten minste 20 dagen nadat het voornemen tot gunning bekend is gemaakt. Deze termijn geldt op zich niet voor B-diensten, maar zorgaanbieders die een inschrijving hebben gedaan en een vordering aanhangig maken na het verstrijken van deze termijn zullen bijna altijd niet-ontvankelijk worden verklaard, althans de vorderingen zullen worden afgewezen.²²

Sluiten van een overeenkomst

Als het voornemen tot gunning niet wordt aangevochten of de rechter de vorderingen in een eventuele procedure heeft afgewezen, staat het de gemeente vrij over te gaan tot sluiting van de overeenkomst.

Vaak zal deze overeenkomst (in concept) al aan de zorgaanbieders zijn voorgelegd gedurende de aanbestedingsprocedure. Het is mogelijk dat een gemeente als onderdeel van de aanbestedingsprocedure vraagt aan zorgaanbieders om zich akkoord te verklaren met het (concept) contract. Het niet akkoord gaan met (onderdelen van) het contract kan in een dergelijk geval worden gezien als het doen van een voorwaardelijke bieding. Dit kan tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure leiden.

Het kan daarom belangrijk zijn om - voor zover dit door de gemeente wordt toegestaan - al tijdens de aanbestedingsprocedure eventuele opmerkingen op die overeenkomst kenbaar te maken. Voor zover dergelijke opmerkingen niet leiden tot aanpassingen in de overeenkomst en een zorgaanbieder een bepaald risico ziet in de betreffende overeenkomst, zal hij zijn prijs dienen aan te passen aan het accepteren van dit risico.

²² Zie bijvoorbeeld uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 12 juni 2013, LJN: CA3005.

Nadat een aanbestedingsprocedure is afgerond is er in beginsel geen ruimte meer om in nader overleg te treden over fundamentele onderdelen van de overeenkomst.

In beginsel geldt dat een eenmaal gesloten overeenkomst gelding heeft tussen de partijen die de overeenkomst hebben gesloten. Een derde kan daar niet tegen opkomen. Op grond van artikel 4.15 van de Aanbestedingswet geldt echter dat overeenkomsten vernietigbaar zijn als bepaalde onderdelen van de Aanbestedingswet niet zijn nageleefd. Het gaat dan bijvoorbeeld om het ten onrechte niet bekend maken van de opdracht, of het niet in acht nemen van een opschortingstermijn voor het definitief gunnen van de opdracht. Een derde die zich door een dergelijk handelen benadeeld acht, kan een vordering instellen bij de civiele rechter om de overeenkomst nietig te verklaren.²³ De termijn waarbinnen een dergelijke vordering moet worden ingesteld, varieert afhankelijk van de procedure die is gevolgd.

4. Aanbestedingsmodellen

In de loop der tijd hebben gemeenten op diverse manieren aanbestedingsprocedures in de markt gezet. Zeker in het geval van B-diensten zijn gemeenten vrij om te bepalen hoe zij de procedure inrichten. In het navolgende zetten wij enkele modellen uiteen die wij in de markt toegepast zien.²⁴

Europese aanbestedingsprocedures volgens 'klassiek' model

De Aanbestedingsrichtlijn EG kent enkele 'klassieke' aanbestedingsmodellen. De Aanbestedingsrichtlijn beschrijft de voorwaarden voor het toepassen van een openbare procedure, een niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog²⁵ en bepaalde gevallen waarin gunning door onderhandeling is toegestaan. Aan elk van deze procedures zijn vaste termijnen verbonden die een gemeente moet hanteren.

Zorgaanbieders die inschrijven op de aanbesteding concurreren met elkaar op prijs, of op een combinatie van prijs en kwaliteit (economisch meest voordelige inschrijving). Inschrijvingen worden beoordeeld op basis van een vooraf vastgestelde weging.

Nationale aanbestedingsprocedures

Voor zover de opdracht ziet op een B-dienst geldt dat het gemeenten in beginsel vrij staat een aanbestedingsprocedure zelf in te richten. Op grond van de Aanbestedingswet geldt dat een gemeente de keuze voor een bepaalde procedure op objectieve gronden moet onderbouwen. Er kan bijvoorbeeld gekozen worden voor een nationale openbare procedure. De opdracht zou in dat geval op nationaal niveau (via TenderNed) bekend kunnen worden gemaakt om op die manier toch alle Nederlandse aanbieders te bereiken. Ook kan worden gekozen voor een meervoudig onderhandse procedure, waarin de gemeente zelf een aantal zorgaanbieders uitkiest om een offerte uit te brengen. Daarnaast bestaat een enkelvoudig onderhandse procedure (ofwel: één-op-één gunning).

²³ Zie bijvoorbeeld uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 12 december 2012, LJN: BY5974.

²⁴ Zie voor een nadere uitwerking over deze en andere modellen, en de toepasbaarheid hiervan op de gehandicaptenzorg, ook de Handreiking die VGN in samenwerking met Plexus heeft opgesteld (d.d. 1 augustus 2012).

²⁵ Een concurrentiegerichte dialoog kan alleen worden toegepast als sprake is van een bijzonder complexe opdracht waarvoor het voor de aanbestedende dienst objectief onmogelijk is om te bepalen welke middelen aan hun behoeften kunnen voldoen, of om te beoordelen welke oplossingen een marktpartij kan bieden.

Uit de discussies die worden gevoerd rond de overgang naar de Wmo 2015 en de Jeugdwet blijkt dat gemeenten, in elk geval voor een overgangsfase, zoveel mogelijk lijken te willen contracteren met zittende aanbieders. Om dat te bewerkstelligen zullen gemeenten mogelijk kiezen voor een meervoudig onderhandse procedure. De gemeente zal op objectieve gronden moeten bepalen dat de keuze voor die procedure gerechtvaardigd is.

Zoals reeds uiteengezet is de Gids Proportionaliteit ook van toepassing op meervoudig onderhandse procedures. Daarnaast gelden ook in deze procedure de aanbestedingsbeginselen van transparantie, gelijkheid en objectiviteit. Dit betekent onder meer dat, als een dergelijke procedure wordt gevolgd, alle partijen gelijk moeten worden behandeld. Ook zal het niet zijn toegestaan om met partijen te onderhandelen voordat een gunningsbeslissing wordt genomen.

Zeeuws model

Op enig moment raakte in aanbestedingsprocedures voor zorgdiensten het zogenoemde Zeeuws model *in schwing*. Bij deze procedure schrijven de gemeenten voor aan welke (minimum)voorwaarden de zorgaanbieder dient te voldoen en voor welk tarief. Vervolgens wordt een overeenkomst gesloten met alle zorgaanbidders die toezeggen aan de betreffende voorwaarden te voldoen voor de prijs die door de gemeenten is bepaald.²⁶

In dit model kiezen de cliënten uit de *pool* van gecontracteerde partijen hun eigen zorgaanbieder. Het idee is dat bij de uitvoering van de opdracht uiteindelijk concurrentie tussen aanbieders ontstaat op kwaliteit.

Het Zeeuws model kan worden toegepast binnen de regels die de Aanbestedingsrichtlijn stelt, bijvoorbeeld met toepassing van een openbare of niet-openbare procedure.

Catalogusmodel

Het catalogusmodel is een variant op het Zeeuws model. Ook in het catalogusmodel wordt een overeenkomst gegund aan alle zorgaanbidders die voldoen aan bepaalde minimum kwaliteitseisen. De gemeente maakt een ranglijst van alle gecontracteerde aanbieders op basis van de kwaliteit van zorg, service en prijs. Cliënten kunnen een voorkeur uitspreken voor een zorgaanbieder. Als een cliënt dat niet doet, wijst de gemeente een zorgaanbieder toe aan een cliënt op basis van de vastgestelde ranglijst.

Veilingmodel

Ook het veilingmodel is een variant op het Zeeuwse model. In dit model ligt de nadruk meer op prijs. In de aanbestedingsprocedure wordt een maximum prijs bepaald. Bij de uitvoering van de opdracht concurreren de gegunde zorgaanbidders met elkaar op (met name) prijs.

Dynamisch selectiemodel

Het dynamisch selectiemodel werkt in feite hetzelfde als het veilingmodel met dien verstande dat naast prijs ook kwaliteit een rol speelt bij de gunning van een concrete hulpvraag.

²⁶ Dit model heeft tot rechtszaken geleid over de hoogte van de door de gemeenten vastgestelde tarieven, zie bijvoorbeeld rechtbank Arnhem van 4 februari 2009, LJN: BH923.

Bestuurlijk aanbesteden

Bij de theorie van bestuurlijk aanbesteden wordt geheel afgeweken van de aanbestedingsregels zoals neergelegd in de Aanbestedingsrichtlijn. Uitgangspunt van bestuurlijk aanbesteden is dat gemeenten en zorgaanbieders met elkaar in onderhandeling treden over een vooraf door de gemeente opgestelde conceptovereenkomst. Nadat over de betreffende overeenkomst overeenstemming is bereikt, worden - op individuele basis - met zorgaanbieders onderhandeld over de prijs. Gedurende de uitvoering van de overeenkomst, is het mogelijk dat andere zorgaanbieders toetreden tot de overeenkomst.

In dit model dient er voor gewaakt te worden dat zorgaanbieders niet - onbedoeld - het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 6 van de Mededingingswet overtreden. Het is concurrerende zorgaanbieders niet toegestaan concurrentiegevoelige informatie uit te wisselen. Niet alleen prijzen, ook kwaliteitsaspecten kunnen concurrentieparameters zijn. Overigens wordt ook de loutere mededeling of een partij al dan niet zal inschrijven op een aanbestedingsprocedure geacht concurrentiegevoelig te zijn. In het Handboek Compliance van de VGN zijn stroomschema's opgenomen die behulpzaam kunnen zijn bij het vaststellen of en hoe samen kan worden ingeschreven.

BVP

Een nieuwe vorm van aanbesteden die wordt toegepast betreft aanbestedingen op basis van *best value procurement* ("**BVP**"). Het uitgangspunt van BVP is de meeste waarde te verkrijgen voor de laagste prijs. Dit kan worden gerealiseerd door de zorgaanbieders de kans te bieden om aan te geven op welke wijze zij de zorglevering menen te kunnen optimaliseren. Daarnaast wordt er al tijdens de aanbestedingsprocedure op gestuurd dat de zorgaanbieder zelf verantwoordelijkheid neemt en dat de aanbidding SMART wordt geformuleerd.²⁷

5. Contractvormen

Naast verschillende vormen van aanbestedingsprocedures, kan een gemeente ook kiezen voor verschillende contractvormen. We behandelen in het navolgende enkele voorbeelden.

Traditionele overeenkomst

Een gemeente (of meerdere gemeenten tezamen) kunnen ervoor kiezen de opdracht te gunnen aan één partij. In dit geval kan de gemeente over het algemeen (op basis van ervaringen uit voorgaande jaren) een redelijke inschatting maken van de omvang van de te verlenen zorg.

Raamovereenkomst

Het is gemeenten toegestaan een raamovereenkomst te sluiten met meerdere partijen. In dat geval zal op basis van nadere criteria, of een bepaalde rangorde worden bepaald, welke partijen voor gunning van een specifieke opdracht in aanmerking komen. Indien daarmee in de aanbestedingsprocedure rekening is gehouden, zouden hierbij ook *preferred suppliers* kunnen

²⁷ Een dergelijke aanbestedingsprocedure is bijvoorbeeld recentelijk gehouden door een ouderenzorgorganisatie in regio Eemland. De organisatie was op zoek naar een partij die niet alleen invulling kon geven aan de technische schoonmaak van de diverse panden, maar die ook een nieuw belevingsconcept en dienstverleningsconcept kon ontwikkelen dat aansloot bij de nieuwe visie van de betreffende zorgorganisatie, waarbij cliënten centraal staan. Verder wordt BVP vooralsnog met name toegepast in (complexe) bouwprojecten.

worden aangeduid. Gemeenten kunnen er ook voor kiezen de cliënt een keuze te geven voor een bepaalde aanbieder. Bij gunning op basis van een raamovereenkomst zal de uiteindelijke omvang van de door de zorgaanbieder te verlenen zorg niet bij voorbaat vast staan.

Cliëntencontract

Een nieuwe vorm van contracteren vormt het zogenoemde 'cliëntencontract'. De gemeente sluit een raamovereenkomst met meerdere zorgaanbieders. Vervolgens legt de gemeente voor elke cliënt op basis van de resultaten van een zogenoemd 'keukentafelgesprek' en de indicatiestelling aan alle gecontracteerde zorgaanbieders de betreffende casus voor. Het is vervolgens aan de zorgaanbieder om daarop te reageren door het bieden van een prijs en een plan van aanpak. Vervolgens bepaalt de gemeente (al dan niet met het meewegen van de voorkeur van de betreffende cliënt) welke zorgaanbieder de meest passende ondersteuning biedt. Die zorgaanbieder krijgt de cliënt vervolgens toegewezen.

6. Hoe kan worden opgekomen tegen een aanbestedingsprocedure?

Een geschil met een gemeente dat betrekking heeft op een aanbestedingsprocedure wordt over het algemeen niet behandeld door de bestuursrechter maar door de civiele rechter. Reden daarvoor is dat de overheid na het voeren van een aanbestedingsprocedure privaatrechtelijke overeenkomsten sluit met (rechts)personen.²⁸

Dit betekent niet dat op de gemeente het publiekrecht niet van toepassing is. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen, naast de civielrechtelijke normen en de aanbestedingsrechtelijke beginselen, wel degelijk een rol spelen bij de beoordeling van het handelen van een gemeente.

Veelal zullen gerechtelijke procedures, vanwege het spoedeisende karakter dat inherent is aan een aanbestedingsprocedure en de daarop volgende contractering, in kort geding worden gevoerd.

Commissie van aanbestedingsexperts

Met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet is een Commissie van Aanbestedingsexperts ingesteld. Deze Commissie heeft tot taak te bemiddelen tussen partijen naar aanleiding van klachten en het geven van niet-bindende adviezen. Het doel van de Commissie is door een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten bij te dragen aan de oplossing. De Commissie van Aanbestedingsexperts is geen aparte rechtsgang, maar is uitsluitend bedoeld als een aanvullende manier om een geschil op te lossen.

Ook na indiening van een klacht, kan op elk moment een geschil aanhangig worden gemaakt bij de rechter. Als een geschil eenmaal is voorgelegd aan de rechter, kan het niet meer aan de Commissie van Aanbestedingsexperts worden voorgelegd.

Zorgaanbieders (en gemeenten) kunnen klachten indienen bij de Commissie over het handelen voor zover het handelen van een andere partij binnen de werkingssfeer van de

²⁸ Een uitzondering hierop vormt het verlenen van concessie in het openbaar vervoer. In dat geval wordt een aanbestedingsprocedure gevoerd ter voorbereiding op een publiekrechtelijke rechtshandeling zodat de bestuursrechter bevoegd is.

Aanbestedingswet valt. Zij moeten hun klacht dan eerst aan de wederpartij kenbaar hebben gemaakt en die partij moet de gelegenheid hebben gehad te reageren. Er worden geen klachten behandeld die gaan over het algemene inkoopbeleid van een gemeente.

Inmiddels is een advies van de Commissie gepubliceerd. Dit ging over de vraag of een gestelde eis over een aansprakelijkheidsverzekering al dan niet proportioneel was.²⁹

7. Jurisprudentie en tips & tricks

Er is de laatste jaren door zorgaanbieders met regelmaat geprocedeerd tegen gemeenten over de (uitkomsten van de) zorginkoopprocedures. Opvallend is overigens dat de meeste uitspraken zien op Europese openbare aanbestedingsprocedures, met toepassing van de voorloper van de Aanbestedingswet: het Bao.

Een overzicht van in 2012 en 2013 gepubliceerde jurisprudentie is als bijlage bijgevoegd. Hieronder geven we enkele relevante onderwerpen weer die in de jurisprudentie van de laatste jaren zijn behandeld.

Toetsingskader

Gemeenten zijn verplicht aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving te eerbiedigen. Uit jurisprudentie blijkt dat de (voorzieningen)rechter vrij indringend toetst of hieraan is voldaan. Het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel vormen daarbij de basiswaarden. Zorgaanbieders dienen door gemeente gelijk behandeld te worden. Daarom dient vooraf duidelijkheid te bestaan over de eisen waaraan een inschrijving moet voldoen.

Overname personeel

Artikel 10a van de Wmo bepaalt dat partijen die in opdracht van een gemeente huishoudelijke zorg gaan aanbieden in overleg dient te treden met de partij die vóór hem de betreffende zorg in opdracht van de gemeente heeft verleend. Eenzelfde artikel is opgenomen in de Wmo 2015 en de Jeugdwet. Deze artikelen zijn ingevoegd op basis van de gedachte dat bij de gunning aan een nieuwe zorgaanbieder meestal geen sprake zal zijn van overgang van onderneming. De gemeente heeft de tot taak erop toe te zien dat het overleg wordt gevoerd. Zij kan daartoe ook een bepaling opnemen in de aanbestedingsdocumenten, zodat alsdan een contractuele plicht tot naleving ontstaat.

Meerdere keren is inmiddels voorgelegd of een verplichting tot het voeren van overleg gelijk staat aan het bieden van arbeidsovereenkomsten op gelijke voorwaarden als de zittende aanbieder. Daarover is verschillend geoordeeld.³⁰

Bieden van strategische prijzen toegestaan, irreële prijzen en manipulatief biedgedrag verboden

De prijs vormt vaak een (belangrijk onderdeel van de) gunningscriteria. Het is meestal toegestaan om strategische prijzen te bieden. Het is echter over het algemeen niet toegestaan

²⁹ Zie: <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/aansprakelijkheidsregeling-disproportioneel>

³⁰ Zie uitspraak van de rechtbank Dordrecht van 13 december 2012, LJN: BY6080, waarin de rechtbank oordeelde dat dit het geval is. Anders: uitspraak van de rechtbank Arnhem van 21 maart 2013, LJN: BZ4446, waarin de rechtbank oordeelde dat de uitleg van een CAO zich niet leent voor een aanbestedingsrechtelijk geschil.

een irreële inschrijving te doen. Een inschrijving wordt als irreëel terzijde geschoven als op voorhand vast staat dat de zorgaanbieder na de gunning toerekenbaar tekort zal schieten.³¹ Ook het doen van een manipulatieve bieding wordt vaak niet toegestaan. Daarvan is sprake wanneer "*als gevolg van miskennen van bepaalde aannames door de gemeente de beoordelingsmethodiek zodanig wordt gemanipuleerd dat daarmee het beoogde doel wordt verstoord*".³² Hiermee wordt bedoeld dat moet worden voorkomen dat door een manipulatie van de beoordelingsmethodiek een zorgaanbieder zou winnen die in feite niet het beste bod heeft gedaan.

Bij de beoordeling of strategische, irreële of manipulatieve biedingen zijn toegestaan, speelt een grote rol wat in het concrete geval in de aanbestedingsstukken is opgenomen. De aanbestedingsstukken vormen immers de 'spelregels' van elke aanbesteding. Overigens is na invoering van de Wmo een nieuw artikel ingevoegd op basis waarvan gemeenten een basisprijs dienen te bepalen voor de huishoudelijke verzorging. Doelstelling van deze wetwijziging is om ervoor te zorgen dat zorgaanbieders altijd ten minste een prijs ontvangen die gelijk is aan de kostprijs voor het leveren van kwalitatief goede zorg door medewerkers met fatsoenlijke arbeidsvoorwaarden. Door invoering van dit wetsartikel is '*the race to the bottom*' tot stilstand gebracht.³³ Ook in de Wmo2015 en de Jeugdwet is voorzien dat gemeenten regels moeten vaststellen ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van de voorziening en de zorg.

Geen gelegenheid om een bieding aan te passen

Het is van belang de voorschriften van een gemeente ten aanzien van de inschrijving strikt op te volgen. In geschillen over de mogelijkheid tot herstel van een bieding wordt meestal bepaald dat de gemeente geen verplichting heeft om een zorgaanbieder die heeft ingeschreven de gelegenheid te bieden een verzuim te herstellen.³⁴ Het gelijkheidsbeginsel leidt ertoe dat over het algemeen een inschrijving die niet aan de gestelde vereisten voldoet wordt uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Uitleg aanbestedingsdocumenten

Bij de uitleg van aanbestedingsdocumenten wordt als maatstaf gehanteerd hoe een normaal zorgvuldige, redelijk geïnformeerde zorgaanbieder de betreffende documenten had mogen begrijpen. De letterlijke tekst, gelezen in de context van de aanbestedingsdocumenten, is daarbij over het algemeen doorslaggevend.

Overigens kan bij de duiding van aanbestedingsdocumenten ook hetgeen een partij in een marktconsultatie naar voren heeft gebracht, worden meegewogen.³⁵

³¹ Zie uitspraak van rechtbank Arnhem van 13 juni 2012, LJN: BX3549.

³² Zie bijvoorbeeld uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 11 juni 2010, LJN: BN0353.

³³ Zie eerder bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Breda van 3 november 2009, LJN: BK1802, LJN: BK1807, LJN: BK1799 waarin de rechter oordeelde dat gemeenten niet hoeven te onderzoeken of de gehanteerde maximumtarieven kostendekkend zijn.

³⁴ Zie bijvoorbeeld uitspraak van de rechtbank Zutphen van 10 november 2009, LJN: BK 2785.

³⁵ Zie bijvoorbeeld uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 26 maart 2012, LJNL: BW5773.

Niet tijdig protesteren of vragen stellen leidt tot verlies van rechten

Wanneer een zorgaanbieder niet tijdens de aanbestedingsprocedure vragen stelt over de voorliggende documenten of zijn bezwaren daartegen uit, verwerkt hij in beginsel het recht om te klagen zodat een latere vordering zal worden afgewezen.³⁶

Afbreken van een aanbestedingsprocedure

In een situatie waarin meerdere zorgaanbidders hebben ingeschreven en voor gunning in aanmerking komen, staat het de gemeente niet vrij om de aanbestedingsprocedure in te trekken zonder dat daartoe een objectieve rechtvaardiging bestaat. Afbreken van een aanbestedingsprocedure is toegestaan als bijvoorbeeld aan de aanbestedingsprocedure procedurele gebreken kleven die maken dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is of indien sprake is van een wezenlijk gewijzigde behoeftestelling van de gemeente.³⁷

Uitvoering van de overeenkomst

Ook bij de uitvoering van de overeenkomst speelt het feit dat een overeenkomst is aanbesteed nog altijd een rol. Niet alleen kan de zorgaanbieder gehouden worden aan zijn aanbieding, anderzijds kan ook de gemeente worden gehouden aan hetgeen in de aanbestedingsdocumenten is vastgelegd. Daarbij geldt als uitgangspunt dat niet alleen wordt uitgegaan van een taalkundige uitleg van de bepalingen van een overeenkomst en de onderliggende (aanbestedings)stukken, maar dat ook de gerechtvaardigde bedoelingen en verwachtingen van partijen in de gegeven omstandigheden in ogenschouw dienen te worden genomen.³⁸

Het is bovendien niet toegestaan om een opdracht gedurende de looptijd wezenlijk te wijzigen, bijvoorbeeld door een significante uitbreiding van het aantal te gunnen zorguren of aanpassing van de prijs. Een wezenlijke wijziging leidt tot een nieuwe aanbestedingsplichtige opdracht. Een zorgaanbieder kan dit ook in zijn voordeel gebruiken als hij meent dat de gemeente haar verplichtingen niet nakomt.³⁹

Ten slotte: slechts zeer beperkt aantal gevallen waarin een zorgaanbieder wint

Uit de voor deze handleiding geanalyseerde uitspraken blijkt dat een zorgaanbieder die geen contract gegund heeft verkregen en de beslissing daarover aanvecht meestal aan het kortste eind trekt. Het is dan ook ten zeerste aan te raden bij aanbestedingsprocedures, in welke vorm dan ook, de inschrijving minutieus voor te bereiden.

8. Bijlage: uitspraken Wmo zorginkoop door gemeenten**ECLI:NL:RBARN:2012:BV7084, Rechtbank Arnhem, 17 februari 2012**

De gemeente heeft een openbare aanbestedingsprocedure gehouden, met toepassing van het Bao, voor de levering van WMO-hulpmiddelen.

³⁶ Zie bijvoorbeeld uitspraak van de rechtbank Dordrecht van 20 november 2012, LJN: BY3491.

³⁷ Zie bijvoorbeeld uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 22 januari 2013, LJN: BZ0664 en uitspraak van rechtbank Breda van 27 februari 2013, LJN: BZ4314.

³⁸ Zie bijvoorbeeld uitspraak van de rechtbank Maastricht van 29 januari 2009, LJN: BH1296.

³⁹ Ibid.

De gemeente heeft in eerste instantie aangegeven de opdracht te gunnen aan een ander dan eiseres omdat eiseres op diverse gestelde wensen lager heeft gescoord dan de partij aan wie de gemeente voornemens was te gunnen. Eiseres heeft hierop de gemeente in rechte betrokken. De gemeente heeft de inschrijving van eiseres vervolgens nogmaals beoordeeld en kwam daarbij tot de conclusie dat eiseres niet voldoet aan een van de gestelde selectiecriteria, zodat de inschrijving van eiseres alsnog als ongeldig terzijde wordt gelegd.

De rechtbank overweegt dat het de gemeente was toegestaan om de gronden van zijn beslissing tot afwijzing aan te vullen aangezien dit, in onderhavig geval, ruim voor de zitting is gebeurd zodat er voor eiseres doeltreffend beroep mogelijk is.

Vervolgens gaat de rechtbank na of de inschrijving van eiseres terecht ongeldig is verklaard en concludeert dat dit het geval is. Het litigieuze selectiecriteria ziet op het beschikken over een bepaald kwaliteitssysteem. Daartoe moesten bepaalde geldige ISO certificaten (of gelijkwaardig) worden overgelegd. In een nota van inlichtingen is aangegeven dat ook een verklaring van een Keurmerkinstituut dat de inschrijver aan de voorwaarden voor ISO-certificering voldoet, voldoende is. Eiseres had alleen een verklaring van een Keurmerkinstituut overgelegd waaruit bleek dat op korte termijn een audit zou worden uitgevoerd op basis waarvan zij verwacht dat de inschrijver zal voldoen. Dit biedt volgens de rechtbank onvoldoende zekerheid, zodat de inschrijving terecht terzijde is gelegd.

ECLI:NL:RBROT:2012:BW5773, Rechtbank Rotterdam, 26 maart 2012

De gemeente heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure gevoerd betreffende gehandicaptenhulpmiddelen (individuele voorzieningen). De aanbestedingsdocumenten vermelden dat de opdracht betrekking heeft op een 2B-dienst. Eiseres, een afgewezen inschrijver, heeft een kort gedingprocedure aanhangig gemaakt omdat zij van mening is dat de aanbestedingsprocedure niet ziet op een 2B-dienst maar op een levering (zodat niet het verlichte, maar het volledige aanbestedingsregime van toepassing is). Eiseres vordert staking van de gunningsprocedures en een heraanbesteding op een zodanige wijze dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen niet geschonden worden.

In de lopende overeenkomsten gaat de gemeente uit van een koopmodel, waarbij de contractant hulpmiddelen levert en de gemeente verantwoordelijk is voor de rest van het proces, waaronder de indicatiestelling en het productieselectieproces. In de opdracht die is aanbesteed wenst de gemeente over te gaan naar een 'huurmodel' waarbij de nadruk zal komen te liggen op de uitvoering van diensten door de opdrachtnemer tijdens het gehele traject. De gemeente huurt de hulpmiddelen gedurende de looptijd van het contract en de gemeente zal de hulpmiddelen kopen aan het einde van de looptijd.

De gemeente stelt dat eiseres niet-ontvankelijk is in haar vorderingen nu zij haar bezwaren niet tijdens de aanbestedingsprocedure kenbaar heeft gemaakt. De rechtbank wijst dit verweer van de hand omdat tijdens de aanbestedingsprocedure ter zake wel vragen zijn gesteld. Dat deze vragen niet zijn gesteld door eiseres doet daar volgens de rechtbank niet aan af.

De rechtbank is van mening dat weliswaar een deel van de opdracht bestaat uit leveringen, maar dat dit niet de hoofverplichting van de opdracht vormt. Dit betreffen de diensten in het

kader van het gehele traject van afhandeling na opdrachtverstrekking. Voor iedere normaal oplettende inschrijver had het volgens de rechtbank duidelijk moeten zijn dat het anders dan in het voorgaande jaren, het niet langer gaat om de levering van gehandicaptenhulpmiddelen, maar om diensten.

Daarnaast heeft eiseres een zevental onderdelen aangevoerd waarop de gemeente in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zou hebben gehandeld. Deze onderdelen worden allemaal afgewezen. We behandelen in het navolgende enkele van relevante overwegingen.

De gestelde eis met betrekking tot het beschikken over een milieumanagementsysteem zou het gelijkheidsbeginsel, althans de daadwerkelijke mededinging beperken. De enkele stelling dat de kring van gegadigden mogelijk groter was geweest als een dergelijke eis niet was gesteld is daartoe volgens de rechtbank onvoldoende. Volgens de rechtbank houden duurzaamheidseisen duidelijk verband met de opdracht.

Bij opdrachten voor diensten spelen individuele kwaliteiten een zodanig cruciale rol dat het mogelijk moet worden geacht om ook in de inschrijvingsfase criteria een rol te laten spelen die zien op de individuele kwaliteiten van een inschrijver. In dit geval ging het om de criteria 'organisatie productieselectieproces' en 'organisatie verspreiding hulpmiddelen'.

In onderhavige aanbesteding is het gebruik van een presentatie door de inschrijvers een geschikt criterium aangezien door deze presentatie kan worden aangetoond hoe in de praktijk zal worden omgegaan met de uitvoering van deze specifieke opdracht.

Er werden overeenkomsten gesloten voor de duur van zeven jaar. De rechtbank stelt dat uitgangspunt is dat de daadwerkelijke mededinging in gevaar kan zijn wanneer overeenkomsten tot het verlenen van een overheidsopdracht worden gesloten voor een langere duur dan vier jaar. In onderhavig geval bestaat er een rechtvaardiging voor een langere duur omdat de economische levensduur van gehandicaptenhulpmiddelen minimaal zeven jaar is. Bovendien is dit onderwerp uitdrukkelijk aan de orde geweest in de voorafgaande marktconsultatie, waarbij alle deelnemers (waaronder eiseres) hebben aangegeven dat een looptijd van meer dan vier jaar wenselijk is. Bezwaar achteraf kan daarom volgens de rechtbank niet tot heraanbesteding leiden.

Als eis is gesteld dat de winnende inschrijver(s) het huidige gehandicaptenhulpmiddelenbestand overneemt voor een bedrag van EUR 2,5 miljoen. Inschrijvers kunnen het betreffende bedrag lenen tegen een rente van 2%. De rechtbank oordeelt dat deze eis niet buitenproportioneel is.

ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7551, Hof Leeuwarden, 5 juni 2012

Zeven gemeenten hebben een Europese openbare aanbestedingsprocedure gehouden voor de levering en het beheer van Wmo-hulpmiddelen. Elk van de afzonderlijke gemeenten zal daartoe een raamcontract aangaan met een en dezelfde opdrachtnemer. Gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving. Op de procedure is het Bao van toepassing. De inschrijving van eiseres is ongeldig verklaard omdat een bepaald tarief niet was opgegeven.

Eiseres heeft ten eerste bezwaar tegen de systematiek van de aanbestedingsprocedure. In de procedure werd bepaald dat elke gemeente pas bij gunning zou bepalen of de betreffende gemeente tot koop of tot verhuur zou overgaan. Eiseres heeft gedurende de aanbestedingsprocedure aangegeven dat zij van mening is dat de opdracht daardoor onvoldoende bepaald is zodat deze niet aanbesteed had mogen worden. Bovendien hadden de gemeenten er volgens eiseres niet voor mogen kiezen de opdracht gezamenlijk aan te besteden nu de gemeenten niet allemaal zullen kopen en/of huren zodat de beste overall aanbidding niet de meest economisch voordelige inschrijving hoeft te zijn voor alleen kopen of alleen huren.

Het Hof bevestigt het oordeel van de rechtbank dat een ongeldige inschrijver op zich geen belang meer heeft bij toetsing van de gehele aanbestedingsprocedure met uitzondering van de bepalingen op grond waarvan een inschrijving ongeldig is verklaard. Het Hof is in dit geval echter van oordeel van een inschrijver kan worden verlangd dat - als hij het niet eens is met de reactie op een vraag zoals gesteld tijdens de aanbestedingsprocedure - hij in een later stadium en wel voordat een (voorlopige) gunningsbeslissing is genomen, zo nodig ook actie in rechte onderneemt tegen de naar zijn mening onwelgevallige bepalingen. Eiseres had dus volgens het Hof de gunningsbeslissing niet mogen afwachten.

ECLI:NL:RBARN:2012:BX3549, Rechtbank Arnhem, 13 juni 2012

De provincie heeft een openbare Europese aanbesteding gestart voor openbaar vervoer op afroep. Gunningscriterium was de economisch meest voordelige inschrijving. Het Bao is van toepassing.

Eiseres is van mening dat de voorlopige gunningsbeslissing moet worden ingetrokken omdat de partijen aan wie een voornemen tot gunning bekend is gemaakt irreële inschrijvingen hebben gedaan.

De voorzieningenrechter overweegt dat een inschrijving als irreëel terzijde geschoven moet worden als al op voorhand vaststaat de inschrijver na de gunning toerekenbaar tekort zal schieten. De aanbestedende dienst heeft bij de beoordeling ter zake een zekere mate van beleidsvrijheid. Het is volgens de voorzieningenrechter niet aannemelijk geworden dat de provincie een grove fout heeft gemaakt bij haar oordeel ter zake ook niet dat de beoordeling op een evidente mislag berustte.

Ter zake speelde de vraag of het feit dat sommige inschrijvers documenten ter nadere onderbouwing van stellingen in hun inschrijving al bij de aanbesteding hadden ingediend, terwijl andere inschrijvers dit pas deden na een verzoek daartoe van de provincie. Dit is volgens de rechtbank in lijn met de aanbestedingsdocumenten, zodat geen sprake is van strijd met de aanbestedingsbeginselen. Het is bovendien volgens de rechtbank aan een inschrijver om scherp te offeren en inventief te zijn. Een aanbestedingsprocedure betreft immers een wedstrijd, zo stelt de rechtbank.

Bovendien heeft de provincie de gunningsbeslissing naar het oordeel van de rechtbank voldoende gemotiveerd. Op grond van art. 6 Wira moet een voorlopige gunningsbeslissing alle relevante feiten die tot de beslissing hebben geleid, vermelden. De provincie heeft in een brief de tabel met de scores van de winnaar en de desbetreffende inschrijver aan de inschrijver

bekend gemaakt. De aanbestedende dienst heeft geen verplichting om inzage te geven in de aanbieding van de winnaar.

ECLI:NL:RBDOR:2012:BY3491, Rechtbank Dordrecht, 20 november 2012

Zeven gemeenten hebben een Europese openbare aanbestedingsprocedure gehouden betreffende hulp bij het huishouden in het kader van de Wmo. Op de aanbesteding is het Bao van toepassing. De inschrijving van eiseres is als ongeldig terzijde gelegd omdat niet voldaan werd aan een gestelde referentie-eis en de eisen van financiële en economische draagkracht.

Eiseres heeft ten tijde van de aanbestedingsprocedure ter zake geen vragen gesteld. Daarmee heeft zijn, volgens de rechtbank haar recht om te klagen over gunningsystematiek en geschiktheidseisen, verwerkt.

ECLI:NL:RBROT:2012:BY5974, Rechtbank Rotterdam, 12 december 2012

De gemeente heeft een drietal opdrachten betreffende werkzaamheden voor huishoudelijke verzorging in het kader van de Wmo een enkelvoudige onderhandse aanbesteding gevolgd (lees: de gemeente heeft de betreffende opdrachten een-op-een gegund). De gemeente heeft het voornemen tot gunning publiek bekend gemaakt, overeenkomstig het bepaalde in de Wira.

Een concurrent van de partijen aan wie de voornemens tot gunning bekend zijn gemaakt, betreft de gemeente in rechte en vordert dat de opdrachten openbaar aan te besteden.

De rechtbank overweegt dat tussen partijen vast staat dat de betreffende opdrachten zien op 2B-diensten. De rechtbank geeft aan dat voor dergelijke diensten een sterk verlicht aanbestedingsregime geldt.

Eiseres baseert zich voor haar stelling tevens op het inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente. Eiseres zou hiermee in strijd hebben gehandeld. De rechtbank overweegt dat aan eiseres in beginsel geen beroep op dit interne beleid toekomt. Toch toetst de rechtbank marginaal of de gemeente zich aan dit beleid heeft gehouden. Volgens het beleid van de gemeente wordt er Europees aanbesteed als dat op grond van de vigerende Europese richtlijnen verplicht is. Er wordt openbaar aanbesteed, tenzij is aangetoond dat een andere aanbestedingsvorm het belang van de gemeente beter dient. De gemeente heeft onder meer aangegeven dat zij streeft naar integrale, gebiedsgerichte zorgverlening waarbij welzijnswerk en huishoudelijke verzorging worden verleend door één organisatie. De rechtbank voordeelt dat er voorshands geen reden is om te twijfelen aan de juistheid van de stellingen van de gemeente. De gemeente heeft ter zake bovendien een ruime beleidsvrijheid nu zij geen criteria heeft vastgesteld op grond waarvan van de regel tot openbare aanbesteding mag worden afgeweken.

Ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn volgens de rechtbank niet geschonden. Uitgangspunt is, zo overweegt de rechtbank, dat de gemeente contractsvrijheid heeft, waarbij de keuze van de procedure en de uitgenodigde ondernemers op objectieve gronden moeten berusten en transparant dient te zijn. Van een subjectieve voorkeur voor de gegunde partijen is in onderhavig geval niet gebleken.

ECLI:NL:RBDOR:2012:BY6080, Rechtbank Dordrecht, 13 december 2012

Eiseres is de zittende aanbieder voor hulp bij het huishouden in het kader van de Wmo. De gemeenten hebben, na een daartoe gevoerde Europese openbare aanbestedingsprocedure, nieuwe contracten gesloten met tien andere zorgaanbieders. Eiseres heeft niet op deze aanbesteding ingeschreven.

In de offerteaanvraag van de gemeenten was opgenomen dat de nieuwe zorgverleners conform artikel 12.3 van de CAO VVT en artikel 10a van de Wmo met de zittende aanbieder in overleg moeten treden over de overname van het betrokken personeel.

Eiseres vordert dat de nieuwe zorgaanbieders, arbeidsovereenkomsten met dezelfde arbeidsvoorwaarden als waartoe zij op grond van hun bestaande arbeidsovereenkomst recht hebben.

De rechtbank overweegt dat de bedoeling van het verplichte overleg is behoud van de rechtspositie van de werknemer, behoud van concurrentiekracht en het bevorderen van rust in de thuiszorg. Het staat de nieuwe aanbieders volgens de rechtbank niet vrij de werknemers mindere arbeidsvoorwaarden aan te bieden dan die bij de zittende aanbieder gelden.⁴⁰

Wel is het mogelijk onder artikel 12.3 lid 3 sub g om van deze verplichting af te wijken, maar gelet op de bedoeling van de wetgever zal van deze verplichting niet lichtvaardig mogen worden afgeweken. Het doel van de continuïteit van de hulpverlening dient hier volgens de rechtbank voorop te worden gesteld. Dat de zittende aanbieder ander werk heeft voor de werknemers is geen reden om geen aanbod hoeven te doen.

Ten slotte overweegt de rechtbank dat de verplichting tot overleg alleen geldt voor aanbieders van wie het aannemelijk is dat zij cliënten van de zittende aanbieder zullen gaan bedienen.

ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0664, Rechtbank Amsterdam, 22 januari 2013

In geschil is de vraag of de gemeente een Europese openbare aanbestedingsprocedure mag intrekken ondanks het uiten van twee eerdere gunningsvoornemens. De aanbestedingsprocedure zag op het leveren van collectief regiovervoer, met name voor mensen met een WMO-indicatie en voor ouderen (65+).

De rechtbank overweegt dat bij het sluiten van de overeenkomsten contractsvrijheid als uitgangspunt geldt. In een situatie waarin meerdere inschrijvers hebben ingeschreven en voor gunning in aanmerking komen, staat het de aanbestedende dienst echter niet vrij staat om de aanbestedingsprocedure in te trekken zonder objectieve rechtvaardiging. Afbreken van onderhavige aanbestedingsprocedure is volgens de rechtbank slechts mogelijk als aan de gevoerde procedure procedurele gebreken kleven, die maken dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is.

⁴⁰ Anders: ECLI:NL:RBONE:2013:BZ4446, Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem, 21 maart 2013.

Eiseres voert aan dat de het door de gemeente gehanteerde beoordelingsmethodiek ondoorzichtig is. De rechtbank aanvaardt deze kritiek. Het staat de gemeente niet vrij deze beoordelingsmethodiek buiten toepassing te laten, zelfs niet nu ter zake sprake was van een discretionaire bevoegdheid, aangezien dit de gunningsmethodiek zou wijzigen op een wijze waarop de inschrijvers noch de gemeente op bedacht hadden hoeven te zijn. Dat de betreffende systematiek door inschrijvers is aanvaard, maakt niet dat de systematiek alsnog rechtmatig zou kunnen worden. De beslissing van de gemeente om de procedure af te breken is dus gestoeld op een gebrek dat aan de aanbesteding zelf kleefte, hetgeen maakt dat er geen rechtmatige winnaar kan worden aangewezen.

De eiser beroept zich verder op de onduidelijkheid van het sociale opbrengst ('social return') van deze aanbesteding. De gemeente heeft de ingediende offertes anders beoordeeld dan vooraf was aangekondigd. Dat is iets wat achteraf niet meer gerepareerd kan worden aldus de rechtbank.

De voorzieningenrechter bepaalt aldus dat de gemeente mag overgaan tot een heraanbesteding na aanpassing van de gunningsmethodiek. De opdracht hoeft daartoe niet wezenlijk te worden gewijzigd.

De vordering tot vergoeding van de schade die gemoeid is met de voorbereiding van de inschrijving wordt afgewezen aangezien eiseres niet inzichtelijk gemaakt hoe haar vordering is opgebouwd.

ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1909, Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 31 januari 2013

Het geschil betreft een Europese openbare aanbesteding voor Wmo hulpmiddelen door een drietal gemeenten.

Eiseres heeft op de aanbesteding ingeschreven. Haar inschrijving is niet in behandeling genomen omdat zij (net) niet voldoet aan de gestelde liquiditeitseis in het aanbestedingsdocument. De rechtbank oordeelt dat de gemeente verplicht is om vast te houden aan die eis, want door een uitzondering te maken voor eiseres zou zij het gelijkheidsbeginsel schenden.

De gestelde eis is bovendien, volgens de rechtbank, niet disproportioneel. De rechtbank overweegt dat een aanbestedende dienst bij het stellen van eisen een ruime discretionaire bevoegdheid heeft, terwijl de eisen wel in redelijke verhouding dienen te staan tot de aard en de omvang van de opdracht. Dit laatste kan de rechtbank slechts beperkt toetsen. De rechtbank oordeelt dat de gestelde eis valt binnen de bandbreedte van wat gebruikelijk is bij dit soort aanbestedingen.

Het feit dat de gemeenten gedurende de aanbestedingsprocedure de eis heeft laten vallen om een VOG verklaring in te dienen is volgens de rechtbank niet in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Het overleggen van een dergelijke verklaring kan volgens de rechtbank niet als een van de belangrijke voorwaarden van de opdracht worden

beschouwd op basis waarvan marktpartijen hun beslissing baseren om al dan niet aan de aanbesteding deel te nemen.

ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ06653, Voorzieningenrechter rechtbank Amsterdam, 30 januari 2013

Deze zaak betreft een geschil over een schijnbaar irreële inschrijving voor de levering van Wmo-hulpmiddelen met de bijbehorende dienstverlening. Een negental gemeenten heeft ter zake een Europese aanbestedingsprocedure gehouden. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving.

Inschrijvers op de aanbesteding dienden een prijzenformulier in te vullen waarbij als eis is gesteld dat realistische en marktconforme prijzen en kortingspercentages worden gehanteerd. De partij die als tweede is geëindigd, stelt dat de winnende geen realistische en marktconforme prijzen heeft aangeboden. Daarvoor baseert zij zich onder meer op het feit dat de inschrijver een kleinere onderneming is die in mindere mate dan de verliezende onderneming, vanwege haar marktmacht, bepaalde kortingspercentages kan bedingen. De verliezende onderneming stelt dat zij zelf zeer scherp heeft aangeboden.

De rechtbank oordeelt dat de gemeente gehouden is op grond van een met voldoende waarborgen omklede objectieve procedure vast te stellen of de inschrijvers besteksconform hebben ingeschreven. De gemeente is daarin volgens de rechtbank tekort geschoten. De gemeente heeft onvoldoende zelfstandig onderzoek gedaan naar de realiteit van de aangeboden prijzen. Dit geldt volgens de rechtbank temeer nu de gemeenten in de offerteaanvraag de verplichting op zich hebben genomen om daadwerkelijk na te gaan of inschrijvers - mede gelet op hun bedrijfsstructuur - kostendekkend hebben ingeschreven. Het onderzoek van de gemeenten heeft zich beperkt tot het vragen van een bevestiging door de inschrijvende partij.

De rechtbank bepaalt dat ter zake nader onderzoek moet worden gedaan door een extern deskundige nu de Gemeenten zelf te kennen hebben gegeven dat zij niet over benodigde kennis om de inschrijvingen te onderzoeken op deze punten en heeft aangegeven te willen gunnen aan de partij die zij in eerste instantie als winnaar heeft aangegeven. Ingeval van een beoordeling door de gemeente zou de indruk van favoritisme kunnen ontstaan.

ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ4314, Voorzieningenrechter Rechtbank Breda, 27 februari 2013

In geschil is of een fout in een aanbestedingsprocedure, als gevolg waarvan een aanbestedingsprocedure wordt ingetrokken, een onrechtmatige daad jegens een van de inschrijvers oplevert.

De rechtbank overweegt dat het juist met het oog op het algemeen belang van een aanbesteding waarbij de beginselen van het aanbestedingsrecht - in het bijzondere het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel - in acht worden genomen, een aanbestedende dienst gerechtigd is een aanbesteding te staken en tot heraanbesteding van dezelfde opdracht over te gaan. De rechtbank oordeelt dat een beroep op de in de aanbestedingsdocumenten (eenzijdig) opgelegde mogelijkheid tot het intrekken van een aanbesteding, niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

ECLI:NL:RBONE:2013:BZ4446, Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem, 21 maart 2013

Dit geschil ziet op een aanbestedingsprocedure georganiseerd door negen gemeenten betreffende de hulp in de huishouding krachtens de Wmo. In het programma van eisen is - op straffe van uitsluiting - de eis opgenomen dat het personeel van de zittende thuiszorgaanbieder die na de aanbesteding niet meer voor een contract in aanmerking komt, dient te worden overgenomen conform de eisen in de CAO VVT. Een verliezende partij betreft de gemeenten in rechte. Deze partij stelt zich op het standpunt dat inschrijvers op basis van de aanbestedingsdocumenten verplicht zijn elk personeelslid over te nemen op exact dezelfde arbeidsvoorwaarden die op basis van de bestaande arbeidsovereenkomst gelden. De winnende inschrijver heeft aangegeven het personeel over te nemen tegen een lager uurtarief.

De rechtbank overweegt dat de CAO-verplichtingen zelf niet als gunningseis gelden. Daartoe overweegt de rechtbank onder meer dat over de precieze betekenis van CAO-bepalingen gemakkelijk verschillen van mening en geschillen kunnen ontstaan. Dit zijn arbeidsrechtelijke geschillen die in de verhouding tussen de winnende en verliezende partij bestaan. De gemeenten zullen niettemin tot op zekere hoogte moeten nagaan of de (winnende) inschrijvers zullen voldoen aan de eis dat zij personeel conform de CAO-VVT zullen overnemen.

Vervolgens erkent de rechter dat de overnameverplichting en de reikwijdte daarvan mede bepalend kunnen zijn voor de kansen van de inschrijvers in de aanbestedingsprocedure. De prijs die een inschrijver biedt kan rechtstreeks worden beïnvloed door de uitleg van de CAO-VVT. Het laten vervallen van deze eis biedt ter zake echter geen oplossing volgens de rechtbank, omdat partijen dan nog steeds gebonden zijn aan de algemeen verbindend verklaarde CAO-VVT zodat hun inschrijvingen nog steeds afhankelijk zijn van de uitleg die de inschrijvers daaraan geven. Een mogelijk alternatief zou zijn dat de gemeenten een heraanbesteding zouden overwegen waarbij een overnameverplichting als eis geformuleerd wordt. Een verplichting hiertoe bestaat niet en het zou de bepalingen van CAO VVT eventueel kunnen doorkruisen. De vorderingen worden afgewezen omdat deze zich niet leent voor een aanbestedingsrechtelijke beoordeling.

ECLI:NL:RBROT:2013:CA2794, Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 31 mei 2013

Een vijftal gemeenten hebben een Europese openbare aanbestedingsprocedure gevolgd voor een opdracht betreffende het uitvoeren van leerlingenvervoer en collectief vraagafhankelijk vervoer. Gunningscriterium was de laagste prijs.

De Gemeenten hebben in de derde Nota van Inlichtingen aangegeven dat zowel de inschrijver als haar onderaannemers dienen te voldoen aan de eisen zoals genoemd in de offerteaanvraag. De eiser heeft aangegeven gebruik te maken van onderaannemers. De inschrijving van eiseres is terzijde gelegd omdat voor de onderaannemers geen Eigen Verklaringen zijn overgelegd terwijl eiseres reeds voor inschrijving wist dat zij verwachtte meer dan 50% van de opdracht bij onderaannemers uit te zullen zetten.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter was er geen ruimte om achteraf de Eigen Verklaringen van de onderaannemers in te dienen. Ook blijkt volgens de rechtbank niet uit de

procedure dat de gemeenten achteraf een nieuwe kwaliteitstoets introduceerden. Het gelijkheidsbeginsel zou ondergraven worden als de eiser na de procedure nog een mogelijkheid geboden zou worden om de Eigen Verklaringen in te dienen, aldus de rechtbank.

ECLI:NL:RBNNE:2013:CA3005, Rechtbank Noord-Nederland, 12 juni 2013

Een gemeenschappelijke regeling is belast met het verzorgen van het Wmo-beleid voor de deelnemende gemeenten. De gemeenschappelijke regeling ("GR") heeft een openbare Europese aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor het beschikbaar stellen van Wmo-middelen aan de inwoners van de bij de GR aangesloten gemeenten. Gunningscriterium was de economisch meest voordelige inschrijving.

De aanbestedende dienst heeft eiseres op 6 februari 2013 bericht dat haar inschrijving werd uitgesloten van verdere beoordeling omdat deze niet voldeed aan de gestelde eisen betreffende financiële en economische geschiktheid. De GR heeft in de brief aangegeven dat uiterlijk op 28 februari 2013 een juridische procedure aanhangig diende te zijn gemaakt als zij zich niet met het voornemen tot gunning kon verenigen.

Op 19 april 2013 heeft de GR onder meer aan eiseres bericht dat de GR voornemens is de opdracht te gunnen aan een ander dan de op 6 februari 2013 aangewezen partij, omdat inmiddels is gebleken dat de betreffende partij diende te worden uitgesloten. Vervolgens heeft eiseres op 1 mei 2013 nadere informatie opgevraagd met betrekking tot de uitgevoerde beoordeling. De GR heeft deze informatie niet verstrekt omdat zij meent daartoe, op grond van artikel 41 Bao, niet gehouden te zijn nu de inschrijving van eiseres ongeldig is.

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van eiseres (onder verwijzing naar het Grossmann-arrest) af omdat hij van mening is dat het eiseres kan worden verweten dat zij haar bezwaren tegen de eisen als zodanig niet ten tijde van de aanbestedingsprocedure heeft geuit, en zij ook na de (voorlopige) gunningsbeslissing geen bezwaar heeft gemaakt tegen de haar kennelijk onwelgevallige eisen. Eiseres heeft aldus haar rechten verwerkt om alsnog tegen de uitsluiting op te komen.

De juridische handreiking *Zorgverkoop* is geschreven door Van Doorne Advocaten, in opdracht van de Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN).

De Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN) is de brancheorganisatie die opkomt voor de belangen van aanbieders in de gehandicaptenzorg. De 165 instellingen die bij ons zijn aangesloten, variërend van klein tot groot, bieden zorg en ondersteuning aan mensen met een verstandelijke, lichamelijke en/of zintuiglijke beperking.