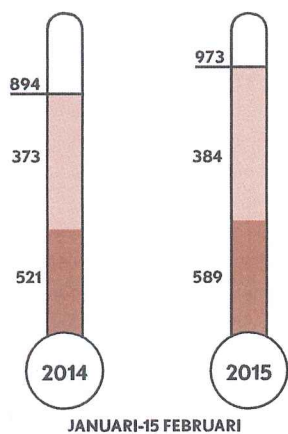


# TENDER 2

N I E U W S B R I E F

## TENDER THERMOMETER

IN NEDERLAND GEPUBLICEEERDE  
EUROPESE AANBESTEDINGEN



Bron: TenderPlus Aanbestedingsinformatie,  
www.tenderplus.nl

### Aanbestedingen gemeenten: aanbestedingsplicht?

Op grond van de Aanbestedingswet worden gezondheidsdiensten (zoals begeleiding en ondersteuning) aangemerkt als 'IIB-diensten'. De Europese wetgever acht het niet opportuun een uitgebreide, openbare aanbestedingsprocedure voor te schrijven voor deze diensten. In plaats daarvan geldt een zogenoemd 'verlicht regime'. Dat verlichte aanbestedingsregime houdt in dat slechts een beperkt aantal regels geldt. Geheel ongebonden zijn gemeenten daarbij echter niet. De beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit zijn fundamentele beginselen die ook dienen te worden toegepast bij IIB-diensten.<sup>1</sup> De literatuur is er verdeeld over of concurrentiestelling bij IIB-diensten überhaupt verplicht is of dat ook enkelvoudig onderhands mag worden gegund. Onzes inziens is dat mogelijk, mits dat gemotiveerd kan worden op objectieve gronden en het proportionaliteitsbeginsel in acht wordt genomen.

In deze nieuwsbrief werd wel gesproken van 'een specifiek regelgevend kader' voor Wmo-aan-

### IN DIT NUMMER:

- 1 Terugblik op de Wmo-aanbestedingen 3 Vitale concurrentie maakt aanbestedingen waardevol 4 Het beroep op derden - problemen en oplossingen 6 DE ZAAK: Herbeoordeling door nieuwe beoordelingscommissie 8 GUNNINGEN en GEZIEN?!

## Terugblik op de Wmo-aanbestedingen

Door decentralisatie zijn gemeenten sinds 1 januari 2015 verantwoordelijk voor de maatschappelijke ondersteuning. Die zorg wordt bij zorgaanbieders ingekocht. Afgelopen jaar ging er een aanbestedingsgolf door Nederland. Terugkijkend valt een aantal aanbestedingsrechtelijk relevante zaken op.

bestedingen.<sup>2</sup> Er zou sprake zijn van een geheel eigensoortig aanbestedingsrechtelijk kader voor de inkoop onder de Wmo. Behoudens de afwijking van artikel 2.114 Aanbestedingswet (namelijk de mogelijkheid om onderbouwd te kiezen voor een aanbesteding op laagste prijs) zien wij niet in dat een geheel eigen kader is ontstaan. Het kader voor de Wmo wijkt niet wezenlijk af van overige IIB-diensten. Belangwekkend is wel hoe in de praktijk door gemeenten wordt omgegaan met het 'verlichte regime'.

### Verskillende varianten

De praktijk laat zien dat gemeenten kiezen voor veilige opties in aanbestedingsprocedures en 'best practices' bij elkaar afkijken. Uit ons onderzoek blijkt dat in 51% van de gevallen gebruik gemaakt wordt van eenzelfde procedure: de zogenoemde bestuurlijke aanbesteding. 46% hanteert de 'klassieke' aanbestedingsprocedure. Slechts in zeer beperkte mate blijkt een op de lokale situatie toegesneden procedure te worden gehanteerd. Door ons is onderzoek gedaan naar de wijze waarop de Wmo-aanbesteding plaatsvindt in de provincies Utrecht, Noord-Brabant en Overijssel. De aanbestedingstrajecten die het meest worden gehanteerd door gemeenten, zijn over het algemeen te verdelen in drie

hoofdcategorieën, met de volgende procentuele verdeling in de keuzes van gemeenten per type aanbesteding:

- bestuurlijke aanbesteding: 51%;
- klassieke aanbesteding: 46%;
- overig: 3%.

Het veelvuldig (in 51% van de georganiseerde aanbestedingen) toegepaste model van 'bestuurlijk aanbesteden'<sup>3</sup> wordt gekenmerkt door flexibiliteit. Alle gegadigde zorgaanbieders ondertekenen een basisconvenant dat de spelregels bepaalt voor het overleg en de onderhandelingen die daarna plaatsvinden. De bedoeling is om vervolgens te komen tot een individuele overeenkomst per aanbieder. Bij bestuurlijk aanbesteden worden voorwaarden en contracten voorgelegd aan fysieke of digitale overlegtafels. Alle aanbieders kunnen hieraan deelnemen en worden zodoende in de gelegenheid gesteld om input te geven om te komen tot inrichting van de contracten. Voordeel is dat aanbieders invloed kunnen uitoefenen op de voorwaarden van het contract dat zij gaan sluiten. Gemeenten kunnen bovendien kennis vanuit de markt ophalen. Alle aanbieders met wie overeenstemming kan worden bereikt krijgen een contract aangeboden. Een fors aantal gemeenten (46%) besteedt de begeleiding en ondersteuning aan als elke andere



dienst of levering door middel van een meervoudig onderhandse of nationale aanbesteding. Wij noemen dat hier een klassieke aanbesteding. Er is sprake van een formele procedure met uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en een gunningscriterium. Voor de aanbieders brengt het formele karakter van de procedure het risico met zich dat hun inschrijving ongeldig wordt verklaard omdat niet volledig aan alle vereisten is voldaan. Bij deze procedure worden de aanbieders geselecteerd die voldoen aan de eisen en een economisch interessante inschrijving hebben gedaan.

Slechts door sommige gemeenten wordt de creativiteit ten volle benut en wordt een lokale inkoopmethode ontwikkeld. De gemeente Utrecht bijvoorbeeld maakt op basis van de cijfers over de in 2013 en 2014 geboden ondersteuning een individueel voorstel per aanbieder. Ook zijn er nog enkele gemeenten die een subsidierelatie met de aanbieders zijn aangegaan.

Ondanks dat veel zorgaanbieders tot aan de aanbestedingsgolf van 2014 onbekend waren met aanbestedingsprocedures als zodanig, lijkt die golf niet tot grote problemen te hebben geleid. Van een *hausse* aan rechtszaken is tijdens of na de aanbestedingsronden geen sprake geweest. Dat is onzes inziens te verklaren doordat veelal raamovereenkomsten zonder volumegaranties werden gesloten. Daarbij konden alle partijen die voldeden aan de eisen een raamovereenkomst sluiten.

#### Elementen uit het Zeeuwse model

In alle toegepaste aanbestedingsmodellen zien we vaak elementen terug van het Zeeuwse model. Het Zeeuwse model, genoemd naar het model dat de Zeeuwse gemeenten gebruikten voor de inkoop van huishoudelijke hulp, houdt in dat alle voorwaarden – ook de tarieven – op voorhand eenzijdig zijn vastgesteld door de gemeenten. Aanbieders die zich daaraan willen committeren, kunnen een contract krijgen. In de praktijk blijkt dat vaak een tussenvariant wordt toegepast. De tarieven staan dan vast, maar over de voorwaarden kan worden onderhandeld. Het is de vraag of deze ‘Zeeuwse elementen’ verenigbaar zijn met het Europese recht. De concurrentie – die nu niet plaatsvindt in het kader van de aanbesteding maar door de keuzevrijheid van de hulpbehoevende – is in dit model zodanig beperkt, dat er geen prikkel is voor aanbieders om zich te onderscheiden. Er wordt dan ook gesteld dat in dit model ‘een incentive is ingebouwd voor de aanbieder om minimale kwaliteit te blijven leveren’.<sup>4</sup> De komende tijd zal moeten uitwijzen in hoeverre het ontbreken van deze prikkel in combinatie met

de forse kortingen op de tarieven een weerslag zal hebben op de kwaliteit van de geleverde zorg.

#### Proportionaliteit in contracten

Op grond van de Aanbestedingswet is op meervoudig onderhandse of nationale aanbestedingsprocedures van de gemeenten ook de *Gids Proportionaliteit* van toepassing. Deze gids bevat behalve richtlijnen voor de procedure ook regels voor de evenwichtigheid van de contractuele voorwaarden.

Door veel gemeenten zijn echter in de overeenkomst voorwaarden opgenomen die haaks staan op het proportionaliteitsbeginsel, omdat die voorwaarden eenzijdig in het voordeel zijn van die gemeenten. Te denken valt daarbij aan de eenzijdige mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen, de eenzijdige mogelijkheid van cessie en verrekening, de eis aan de zorgaanbieder om de gemeente volledig te vrijwaren voor alle aanspraken van derden, onmiddellijk opeisbare boetes bij onjuiste facturatie en de eis van ongelimiteerde aansprakelijkheid. Deze voorwaarden zijn alle in meer of mindere mate disproportioneel en vormen derhalve een bedrijfsrisico voor de aanbieders die daarmee akkoord zijn gegaan. Op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) is slechts één kortgedinguitspraak verschenen naar aanleiding van een Wmo-aanbesteding. Door Stichting Carinova Thuiszorg is met een beroep op het proportionaliteitsbeginsel getracht om een boete (voor administratieve fouten bij de facturatie) in een contract van een achttal gezamenlijk aanbestedende gemeenten van tafel te krijgen.<sup>5</sup>

Op voorhand vond de rechter de boete niet disproportioneel, maar wel werd overwogen dat indien er in de praktijk een wanverhouding zou ontstaan tussen de tekortkoming en de te verrekenen boetes, Carinova alsdan een beroep zou kunnen doen op matiging. In dezelfde zaak is uitgemaakt hoe het overgangsrecht diende te worden geïnterpreteerd. Volgens de aanbieder die de procedure had opgestart werd door de gemeente geen ‘redelijke prijs’ betaald voor hetgeen zij op grond van het overgangsrecht moest uitvoeren. Volgens de Rechtbank Gelderland houdt het overgangsrecht niet in dat cliënten aanspraak blijven maken op een bepaalde welomschreven vorm van zorg; slechts het aantal uren is gegarandeerd. In de procedure was dan ook niet komen vast te staan dat de zorg waarop de AWBZ-aanspraak bestond niet geleverd kon worden. De vordering tot aanpassing van het tarief werd dan ook afgewezen. De uitdaging voor zorgaanbieders is – aldus de rechtbank – om de zorg ‘anders en goedkoper vorm te gaan geven’.

## Mededinging

Ten slotte vormde het mededingingsrecht een belangrijk juridisch aandachtspunt voor zorgaanbieders tijdens het aanbestedingsproces. Door gemeenten werd in een aantal gevallen aan de aanbieders gevraagd om gezamenlijk afspraken te maken. Dat had onder meer betrekking op de wijze waarop de zorg wordt aangeboden en op welke wijze de markt wordt verdeeld (bijvoorbeeld bij wijkindeling). Soms werd gevraagd als aanbieder gezamenlijk een consortium te vormen. Indien de aanbieders op een dergelijk verzoek van de gemeente ingaan, handelen zij in strijd met het in artikel 6 Mededingingswet neergelegde kartelverbod. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) heeft in recente publicaties benadrukt dat het kartelverbod overkort van toepassing is op de Wmo-aanbestedingen en dat aanbieder zich er niet achter kunnen verschuilen dat zij door de gemeente verzocht zijn tot handelen in strijd met het kartelverbod.

Uitzonderingen bestaan overigens daar waar de gemeenten de zorgactiviteiten hebben aangewezen als Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB), waardoor mededingingsregels niet van toepassing zijn.<sup>6</sup> De inperking van de mededinging moet dan wel noodzakelijk en proportioneel zijn.

drs. P. Dollekamp, AAG  
mr. G.L. Weerheim, Bouwman Van Dommelen  
Advocaten

## Noten

1. De artikelen 1.4 tot en met 1.6 Aanbestedingswet zijn op alle aanbestedingen, dus ook op IIB-procedures, van toepassing. Zodra twee of meer ondernemers worden uitgenodigd, is sprake van een meervoudige onderhandse aanbesteding, waarop de artikelen 1.14 tot en met 1.16 Aanbestedingswet van toepassing zijn. Op grond van artikel 1.15 is tevens de *Gids Proportionaliteit* van toepassing.
2. Zie: Damsma, ‘Naar een specifiek regelgevend kader voor Wmo-aanbestedingen’, in: *Tender Nieuwsbrief*, 2014, nr. 4.
3. Zie ook Robbe, *Bestuurlijk aanbesteden: waar komt het vandaan, mag het, wat is het en waar gaat het heen?*, 2011.
4. Kuypers, ‘Aanbesteding en mededinging: een koningskoppel?’, in: *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, 2014/139.
5. V.zr. Rb. Gelderland, 14 oktober 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6478.
6. Artikel 11 Mw. Zie hierover onder meer de Actiefactsheet, *Diensten van Algemeen Economisch Belang. Instrument voor gemeenten om gewenste samenwerking in de zorg mogelijk te maken*, oktober 2013.