

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 415

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft op 31 maart 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor de levering van WMO-zorgdiensten. De opdracht is verdeeld in zes percelen.

1.2. In de aankondiging is onder meer bepaald:

'II.2.5) Gunningscriteria

De prijs is niet het enige gunningscriterium en alle criteria worden enkel vermeld in de aanbestedingsdocumenten

(...)

II.2.7) Looptijd van de opdracht, de raamovereenkomst of het dynamische aankoopstelsel

(...)

De aanbesteding betreft de contractperiode 1 januari 2018 tot en met 31 december 2020, waarna [Beklaagde] de mogelijkheid heeft de Raamovereenkomst twee keer met een jaar te verlengen.'

1.3. In het Beschrijvend Document voor perceel 2 betreffende zorgdiensten voor lichamelijke beperkten van 31 maart 2017 is, onder meer, het volgende bepaald:

'1.4 Doelstellingen inkoop Wmo 2018

(...)

- Keuzevrijheid voor [inwoner van Beklaagde]

Deze keuzevrijheid houdt in dat cliënten met een indicatie voor maatwerkondersteuning tijdens het (her)indicatieonderzoek zelf een Aanbieder kiezen voor de levering van deze ondersteuning.

(...)

1.10.4 Standaard voor Goed Werkgeverschap

(...)

Inwerkingtreding AMvB Wmo

Op 1 augustus 2017 treedt de AMvB Wmo 2015 in werking. Hoewel de overgangsbepaling nog niet van toepassing is, heeft [Beklaagde] bij de vaststelling van de budgetten rekening gehouden met de kostenelementen die in genoemde AMvB zijn opgenomen.

(...)

4 Planning en inschrijvingsvoorwaarden

4.1 Planning aanbestedingsprocedure

Deze aanbestedingsprocedure zal plaatsvinden aan de hand van de onderstaande planning. Aan deze planning kunnen geen rechten worden ontleend.

Proces	Datum en tijd
Publicatie van de opdracht	31 maart 2017
Gelegenheid tot het stellen van vragen (ronde 1)	7 april 2017, 12:00 uur
Beantwoorden vragen (ronde 1)	18 april 2017
Inlichtingenbijeenkomst	20 april 2017, 13:00 tot 14:30 uur
Gelegenheid tot het stellen van vragen (ronde 2)	4 mei 2017, 12:00 uur
Beantwoorden vragen (ronde 2)	12 mei 2017
Ontvangst Inschrijvingen	22 mei 2017, 12:00 uur
Voornemen tot gunning	4 augustus 2017
Definitieve gunning	25 augustus 2017

(...)

4.3.5 Onduidelijkheden, omissies, tegenstrijdigheden en akkoord voorwaarden

Dit Beschrijvend Document met bijbehorende Bijlagen is met zorg samengesteld. Indien Inschrijver desondanks onduidelijkheden, omissies en/of tegenstrijdigheden constateert dient Inschrijver daarover vragen te stellen op de in paragraaf 4.3.8 beschreven wijze. Indien Inschrijver bezwaren heeft tegen de inhoud van dit Beschrijvend Document of tegen onderdelen van de aanbestedingsprocedure dan dient hij deze in een vroegtijdig stadium en in ieder geval vóór het indienen van een inschrijving tevens op de in paragraaf 4.3.8 beschreven wijze naar voren te brengen. Indien Inschrijver nalaat op de hiervoor beschreven wijze te handelen, verwerkt Inschrijver zijn recht om op dit punt bezwaar te maken.

Door een Inschrijving in te dienen stemt Inschrijver in met alle voorwaarden van deze aanbestedingsprocedure zoals neergelegd in dit Beschrijvend Document, waaronder ook de Bijlagen. Door inschrijving komen de rechten van Inschrijver om bezwaar te maken tegen de gestelde voorwaarden te vervallen. Een Inschrijving onder voorwaarden en/of afwijkende voorwaarden wordt geacht niet te zijn gedaan en komt niet voor gunning van de opdracht in aanmerking.

4.3.6 Voorwaarden

Op deze aanbestedingsprocedure, de Inschrijving en de (eventueel) daar uit voortvloeiende opdracht zijn uitsluitend de (contractuele) voorwaarden van toepassing zoals die door de Aanbestedende Dienst in of bij dit Beschrijvend Document worden gesteld. De Aanbestedende Dienst verwijst in dit verband naar paragraaf 4.3.5 van dit Beschrijvend Document.

Als Bijlage zijn bij dit Beschrijvend Document de tussen partijen te sluiten Raamovereenkomst (Bijlage 5) en de daarvan onder meer deel uitmakende Algemene Inkoopvoorwaarden leveringen en diensten van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (Bijlage 6) gevoegd. (...)

Conform de in paragraaf 4.3.8 van dit Beschrijvend Document beschreven wijze kan Inschrijver vragen stellen of wijzigingen voorstellen met betrekking tot de inhoud van de Raamovereenkomst in Bijlage 5 bij dit Beschrijvend Document en de daarvan deel uitmakende documenten. Op basis van deze vragen en/of de voorgestelde wijzigingen besluit de Aanbestedende Dienst of de Raamovereenkomst en/of de daarvan deel uitmakende documenten wordt aangepast. De Aanbestedende Dienst is niet verplicht de voorgestelde wijzigingen over te nemen. Voorafgaand aan de ondertekening wordt de definitieve versie van de Raamovereenkomst en de daarvan deel uitmakende Bijlagen beschikbaar gesteld aan de Inschrijver met wie de Aanbestedende Dienst de Raamovereenkomst aangaat.

Door in te schrijven gaat Inschrijver onvoorwaardelijk akkoord met de definitieve Raamovereenkomst en de daarvan deel uitmakende Bijlagen, waaronder maar niet beperkt tot de Algemene Inkoopvoorwaarden leveringen en diensten van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten. Indien Inschrijver niet onvoorwaardelijk akkoord gaat met de Raamovereenkomst en de daarvan deel uitmakende Bijlagen wordt zijn Inschrijving geacht niet te zijn gedaan en komt Inschrijver niet voor eventuele gunning van de opdracht in aanmerking. De Aanbestedende Dienst verwijst in dit verband naar paragraaf 4.3.5 van dit Beschrijvend Document.

4.3.7 Inlichtingenbijeenkomst

De Aanbestedende Dienst nodigt alle geïnteresseerde Aanbieders en Combinaties uit tot het bijwonen van een inlichtingenbijeenkomst op 20 april 2017 (...) Tijdens deze inlichtingenbijeenkomst zal de Aanbestedende Dienst de gevraagde dienstverlening nader toelichten en zal voor zover nodig nadere informatie worden gegeven naar aanleiding van de eerste gestelde vragen.

De Aanbestedende Dienst zal na afloop van de inlichtingenbijeenkomst een nota van inlichtingen opstellen naar aanleiding van de inlichtingenbijeenkomst en via het Aanbestedingsplatform. (...)

4.3.8 Vragen

De Inschrijver kan tot uiterlijk 7 april 2017, 12:00 uur (ronde 1) en 4 mei 2017, 12:00 uur (ronde 2) vragen stellen over het Beschrijvend Document en deze aanbestedingsprocedure. De Inschrijver dient in beginsel al zijn vragen vóór het sluiten van de indieningstermijn van de eerste inlichtingenronde te stellen. De tweede inlichtingenronde is bedoeld voor vragen naar aanleiding van de eerste inlichtingennota.

De vragen dienen te worden aangeleverd via het daartoe op het Aanbestedingsplatform beschikbaar gestelde format (Bijlage 7). De vragen dienen te worden ingediend via de functie 'Stuur bericht' op het Aanbestedingsplatform. De vragen en antwoorden worden geanonimiseerd verstrekt via het Aanbestedingsplatform in een nota van inlichtingen.

4.3.9 Meldpunt Klachtenafhandeling Aanbesteden

Een Aanbieder of Combinatie kan indien hij het met deze aanbestedingsprocedure of een onderdeel daarvan niet eens is, en zijn vragen en of wijzigingsvoorstellen niet naar zijn tevredenheid zijn beantwoord, schriftelijk en gemotiveerd een klacht indienen bij het meldpunt Klachtenafhandeling Aanbesteden. (...)

5 Beoordeling Inschrijvingen

(...)

5.4 Gunningscriterium

In deze aanbestedingsprocedure wordt als overkoepelend gunningscriterium dat van de economisch meest voordelige inschrijving gehanteerd, gebaseerd op de beste prijs kwaliteit verhouding. Het is de Inschrijver niet toegestaan varianten voor te stellen.

De Aanbestedende Dienst hanteert de volgende subgunningscriteria.

Subgunningscriteria	Weging
1. Goed werkgeverschap en personeel	20 %
2. Integrale levering	40 %
3. Samenwerking	40 %
TOTAAL	100 %

(...)

5.8 Minimumeisen

Een inschrijving die niet voldoet aan één of meer minimumeisen komt niet voor gunning in aanmerking. De inschrijving dient te voldoen aan de volgende minimumeisen:

A) Compleetheid van de inschrijving.

Inschrijver dient alle vragen op het Aanbestedingsplatform te beantwoorden.

B) Conformiteit van de inschrijving.

De inschrijving dient in overeenstemming te zijn met alle in het beschrijvend document en de overige aanbestedingsdocumentatie vermelde eisen en voorwaarden. Door middel van het indienen van de inschrijving verklaart Inschrijver automatisch aan voornoemde eisen en voorwaarden te voldoen.

C) Er dient onvoorwaardelijk en ondubbelzinnig voldaan te worden aan de eisen zoals verwoord in Bijlage 5 (Concept Raamovereenkomst).

D) De Inschrijver dient op elk van de genoemde kwalitatieve subgunningscriteria minimaal de beoordeling van drie (3) te behalen.

(...)

5.10 Rangschikking en gunning

Op basis van de totaalscore op de subgunningscriteria wordt bepaald welke Inschrijvers de economisch meest voordelige Inschrijvingen hebben gedaan. Alle aanbieders die op de genoemde kwalitatieve subgunningcriteria minimaal de beoordeling van een 3 hebben gehaald krijgen van Aanbestedende dienst een voorlopige gunning voor de raamovereenkomst.'

1.4. In de raamovereenkomst zijn onder andere de volgende bepalingen opgenomen:

'Artikel 1.1 Definities

(...)

II. WNT:

Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector;

(...)

(...)

Art. 5.4 WNT

5.4.1. Opdrachtgever behoudt zich het recht voor om de uiteindelijk te betalen vergoeding over een kalenderjaar te korten met maximaal het bedrag waarmee bezoldigingen en uitgekeerde ontslagvergoedingen aan al dan niet ingehuurd (deeltijd) medewerkers, bestuurders en toezichthouders over het betreffende kalenderjaar (naar rato) meer bedroegen dan de vaste normen, zoals bedoeld in art 2.3 en 2.10 van de WNT, dan wel als er sprake is van een medewerker zonder dienstverband, de artikelen 2 en 2a van de Uitvoeringsregeling WNT.'

1.5. In de Nota van Inlichtingen van 18 april 2017 zijn de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.5.1. Vraag 744 (betreffende perceel 2): 'Kan opdrachtgever toelichten op welke wettelijke (o.m. aanbestedingsrechtelijke) bepalingen hij zich bij dit voorbehoud [*bedoeld is het voorbehoud van artikel 5.4.1 in de raamovereenkomst, zie 1.4 hiervoor, Commissie*] baseert en hoe dat zich verhoudt tot de uitspraak van de Raad van State (ECLI:NL:RVS:2016:1177)?'

Antwoord: 'In het kader van het aanbestedingsrecht ziet er Opdrachtgever geen belemmeringen: een inkomen boven de door [Beklaagde] gehanteerde inkomensgrens leidt niet tot uitsluiting. Evenmin zijn de gevolgen van de aanwezigheid van een "topinkomen" zeer beperkt. Daarmee is deze bepaling proportioneel. De uitspraak van de Raad van State waar u naar verwijst, ziet op een subsidiezaak. Hier is sprake van een civiele overeenkomst, waarbij een grote mate van contractvrijheid geldt. Overigens beziet [Beklaagde] wel n.a.v. voornoemde uitspraak welk percentage de opbrengsten uit de overeenkomst met [Beklaagde] uitmaken van de totale bedrijfsopbrengsten. De eventuele korting bedraagt dan ook maximaal de dit percentage van de overschrijding van de inkomensnorm.'

1.5.2. Vraag 745 (betreffende perceel 2): 'Onze bestuurder valt onder de overgangsregeling. Op welke wijze vindt de kortingverrekening plaats? Wordt het tussenliggende bedrag gewoon gekort of is het een bepaald percentage oid? Graag nadere toelichting hierop.'

Antwoord: 'Er wordt geen rekening gehouden met de overgangsregeling: [Beklaagde] voert niet de WNT uit. Op grond van deze contractuele bepaling hoeft [Beklaagde] niet mee te betalen aan te hoge salarissen en ontslagvergoedingen. De kortingverrekening vindt plaats nadat deze is berekend, door middel van verrekening met een volgende betaling. Indien er geen sprake meer is van betalingen, ontvangt opdrachtnemer een factuur. Zie verder het antwoord op vraag 744.'

1.5.3. Vraag 746 (betreffende perceel 5): 'Wij maken bezwaar tegen de WNT passage. Wij verwijzen daarbij naar: <https://www.raadvanstate.nl/uitspraken/zoeken-in-uitspraken/tekst-uitspraak.html?id=87536> en verzoeken u conform deze uitspraak de WNT passage te schrappen.'

Antwoord: 'Wij zijn niet bereid om deze passage te schrappen. Zie ook het antwoord op vraag 744.'

1.5.4. Vraag 787: 'U beschrijft de mogelijkheid de gevolgen op het financiële vlak bij aanbieders neer te leggen. Wilt u deze zienswijze verduidelijken in relatie tot het volgende: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2017-55.html>'

Antwoord: 'De opbouw van de tarieven is gebaseerd op de uitgangspunten die genoemd worden in de AMvB. (...).'

1.6. In de bij de eerste Nota van Inlichtingen als bijlage opgenomen 'Factsheet tarieven Wmo-arrangementen 2018-2021' is onder meer bepaald:

'Vaststellen tarieven en overleg

Het vaststellen van tarieven is een zelfstandige bevoegdheid van [Beklaagde]. De tarieven zijn middels een zorgvuldige procedure tot stand gekomen in samenwerking met een adviesbureau en na een externe toets door een onafhankelijk bureau. De tarieven zijn beoordeeld als sober, maar reëel. Wanneer een tariefs-

wijziging of een indexering zich voordoet, zal bezien worden of en hoe zorgaanbieders betrokken worden in dit proces.

Indexeringen

Rondom indexatie wordt hetzelfde uitgangspunt gehanteerd als de vorige contractperiode: indexatie is mogelijk, maar geen automatisme. In de Overeenkomst is een kan-bepaling opgenomen rondom indexering (artikel 7.1.4). [Beklaagde] kan dus besluiten om een indexering toe te passen tijdens de contractperiode. Lopende de contractperiode ontstaat inzicht over de financiële ontwikkelingen. Dit is in belangrijke mate bepalend voor een besluit over indexering. Echter wordt dit nu nog niet verder geconcretiseerd. Wanneer [Beklaagde] besluit over te gaan tot een indexering van de tarieven, zal deze indexering mede gebaseerd zijn op passende (landelijke) indexgegevens gepubliceerd door het CPB.'

1.7. In de Integrale Nota van Inlichtingen van 13 mei 2015 [*bedoeld zal zijn 2017, Commissie*] zijn naar aanleiding van het antwoord op vraag 744 in de Nota van Inlichtingen van 18 april 2017 de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.7.1. Vraag 1021: 'Hoe verhoudt het voorbehoud [*bedoeld is het voorbehoud van artikel 5.4.1 in de raamovereenkomst, zie 1.4 hiervoor, Commissie*] zich tot het gestelde in par. 3.2 van de concept-handreiking van 21 augustus 2015 die de minister van BZK inzake 'decentraal topinkomensbeleid' voor gemeenten en provincies heeft opgesteld?'

Antwoord: Deze concepthandreiking is concept gebleven en nimmer vastgesteld. Daarmee is deze handreiking voor [Beklaagde] geen referentiekader. Daarnaast is de door u aangehaalde paragraaf zeer globaal en is niet duidelijk over welke vorm van decentrale inkomensnormering via aanbesteding men spreekt. Gaat het over uitsluiting? Over inkomensnormering zoals [Beklaagde] dat doet? Daar zitten grote verschillen tussen.'

1.7.2. Vraag 1022: 'Hoe verhoudt het voorbehoud [*bedoeld is het voorbehoud van artikel 5.4.1 in de raamovereenkomst, zie 1.4 hiervoor, Commissie*] zich tot de inhoud van de brief van minister Plasterk over 'decentrale inkomensnormering' aan de Tweede Kamer van 21 december 2016?'

Antwoord: 'De passage over decentrale inkomensnormering in voornoemde brief (kamerstuk 30111, 103) ziet op de mogelijkheden die decentrale overheden hebben voor inkomensnormering in subsidierelaties. Deze zijn beperkt, maar niet onmogelijk. Zie ook deze passage: "Zo kan worden bepaald dat de subsidie wordt geweigerd in het geval de subsidieontvanger niet aannemelijk kan maken dat de subsidie niet zal worden besteed aan inkomens boven het bezoldigingsmaximum van de WNT. Er kunnen ook grenzen worden gesteld aan de subsidiabele kosten, waaronder de subsidiabele loon- en overheadkosten.". Allereerst ziet deze aanbesteding op een civiele overeenkomst en niet op een subsidie. Feitelijk doen wij ook niet anders dan wat de minister in de hierboven aangehaalde passage ook suggereert: grenzen stellen aan de kosten die wij willen betalen aan lonen.'

1.7.3. Vraag 1023: 'Hoe verhoudt het voorbehoud [*bedoeld is het voorbehoud van artikel 5.4.1 in de raamovereenkomst, zie 1.4 hiervoor, Commissie*] zich tot het 'respecteren van het overgangsrecht Wnt' zoals het College van B en W van uw gemeente dat in haar brief van 14 oktober 2016 aan uw Gemeenteraad tot uitdrukking brengt?'

Antwoord: 'Wij gaan ervan uit dat u doelt op de brief over het moreel appèl in relatie tot de salariering van de gemeentesecretaris. Wij respecteren het overgangsrecht in die zin dat wij u niet verbieden uw contractuele verplichtingen ten

aanzien van de betaling van afgesproken inkomens na te komen. Wij sluiten immers geen enkele aanbieder uit als zij een (in onze ogen) te hoog salaris betalen. Dat is iets anders dan dat die salarissen ook ten laste van het gemeentelijke zorgbudget moeten komen. [Beklaagde] vindt de standaard WNT-norm genoeg. Als een werkgever meer betaalt, dan zal hij dat uit een andere financieringsbron moeten betalen.'

- 1.7.4. Vraag 1024: 'Hoe verhoudt uw antwoord [op vraag 744, Commissie] zich tot het gestelde in de Gids Proportionaliteit (behorende bij de Aw), in het bijzonder paragraaf 3.9?'

Antwoord: 'Wij zien geen strijdigheid met de Gids Proportionaliteit in het algemeen en paragraaf 3.9 in het bijzonder. Zie ook het antwoord op vraag 744 uit NvI 1.'

- 1.7.5. Vraag 1025: 'In uw antwoord op vraag 745 stelt u dat [Beklaagde] de Wnt niet uitvoert. Dat is onjuist. [Beklaagde] voert de Wnt uit en past het overgangsrecht toe waar het gaat om de bezoldiging van zijn eigen gemeentesecretaris. [Beklaagde] is op basis van de wet ook gehouden dit overgangsrecht in de arbeidsrelatie met de gemeentesecretaris toe te passen. Waarom meent [Beklaagde] dan dat zij een strafkorting mag opleggen aan opdrachtnemers die - evenals [Beklaagde] in de onderhavige situatie - niets anders doen dan zich aan de wet houden?'

Antwoord: 'Met het antwoord op vraag 745 werd bedoeld op het feit dat [Beklaagde] in het kader van deze aanbesteding de WNT niet uitvoert. Net als aanbieders respecteert ook [Beklaagde] gemaakte afspraken met haar medewerkers. Het Rijk toetst of [Beklaagde] zich aan de WNT houdt. Wij verwachten niet van opdrachtnemers dat zij contractuele afspraken met hun personeel/bestuurders niet nakomen. Alleen [Beklaagde] wenst daar niet aan mee te betalen. [Beklaagde] bedoelt dit niet als strafkorting.'

- 1.7.6. Vraag 1026: 'Uit uw antwoord op vraag 744 blijkt dat u van opvatting bent dat aan u in het kader van een civiele overeenkomst een 'grote contractsvrijheid' toekomt. Als aanbestedende dienst bent u echter gehouden aan het proportionaliteitsbeginsel. Dat ziet niet op 'proportioneel korten', maar op proportionaliteit tussen het doel van de aanbesteding en de voorwaarden die u aan opdrachtnemers oplegt. Kunt u toelichten waarom u van mening bent dat inzake artikel 5.4 van een dergelijke proportionaliteit sprake is?'

Antwoord: 'In de Gids Proportionaliteit staat het volgende te lezen: Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de keuzes die een aanbestedend dienst maakt en de eisen en voorwaarden die zij stelt bij een aanbesteding in redelijke verhouding staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht. Wij zijn van mening dat artikel 5.4 aan deze eis voldoet. Ook zien wij geen strijdigheid met hetgeen over contractvoorwaarden staat vermeld in paragraaf 3.9 van de Gids Proportionaliteit. Daarnaast zijn wij van mening dat de eis voldoende verband houdt met de aard van de opdracht.'

- 1.7.7. Vraag 1027: 'Uit uw antwoorden op de vragen 744 en 746 blijkt dat u niet voornemens bent art. 5.4 uit de overeenkomst te schrappen. Wij wensen daartegen in rechte op te komen en zullen ons conform uw voorschriften - tenzij u in NvI 2 alsnog ons bezwaar honoreert - wenden tot het Meldpunt Klachtafhandeling Aanbesteden en daarna zonodig tot de Commissie van Aanbestedingsexperts en/of de burgerlijke rechter. Kunt u ons bevestigen dat wij, nu wij dit bezwaar voor inschrijving nadrukkelijk aan u kenbaar hebben gemaakt, ons door het feit dat wij inschrijven gedurende de periode dat ons bezwaar door bevoegde instanties

wordt behandeld, niet zal worden tegengeworpen dat wij ons verzetten tegen het gewraakte artikel in de overeenkomst?’

Antwoord: ‘Dat kunnen wij bevestigen.’

- 1.8. Ook in een andere aanbestedingsprocedure van beklaagde heeft klager soortgelijke vragen gesteld, die beklaagde op dezelfde wijze heeft beantwoord. Die aanbestedingsprocedure is geen voorwerp van de onderhavige klachtprocedure.
- 1.9. Op 15 mei 2017 heeft klager een uitvoerig onderbouwde klachtbrief aan beklaagde verzonden, die zich richt tegen artikel 5.4 van de concept-overeenkomst. In paragraaf 3 hierna wordt de onderbouwing van de klacht van klager weergegeven.
- 1.10. Het klachtenmeldpunt van beklaagde heeft op 26 mei 2017 de volgende brief aan klager gezonden:

‘(...)

2. Beschrijving klacht

- 2.1 De klacht komt er samengevat op neer dat [Klager] van mening is dat de Aanbestedende Dienst met artikel 5.4 van de (concept) raamovereenkomst opdrachtnemers straft die zich conformeren aan de wettelijke bepaling, in het bijzonder het overgangsrecht zoals opgenomen in de Wet normering topinkomens (Wnt). [Klager] meent dat de Aanbestedende Dienst hiermee handelt in strijd met artikel 1.10 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 en paragraaf 3.9 van de Gids Proportionaliteit omdat voornoemde wettelijke bepalingen volgens [Klager] geen relatie hebben met de diensten die de Aanbestedende Dienst via de aanbestedingsprocedures in het sociale domein wenst in te kopen.

3. Reactie Aanbestedende Dienst en beoordeling Meldpunt

- 3.1 Het Meldpunt heeft de Aanbestedende Dienst gevraagd om een inhoudelijke reactie op uw klacht. De reactie van de Aanbestedende Dienst is dat zij bewust en weloverwogen heeft gekozen voor de beleidslijn met betrekking tot de Wnt en de toepassing daarvan in de aanbestedingsprocedures in het sociale domein en die ook zal handhaven, ongeacht het oordeel van het klachtenmeldpunt. Onder die omstandigheden, en gelet op het feit dat de kwestie raakt aan het beleid van de Aanbestedende Dienst, acht het Meldpunt het niet zinvol om de klacht (verder) in behandeling te nemen en ziet zij daarin voor zichzelf geen effectieve rol weggelegd. Daar komt bij dat de klacht, voor zover deze betrekking heeft op de aanbestedingsprocedures met betrekking tot de Wmo en Welzijn, op een relatief laat tijdstip is ingediend en de inschrijvingstermijn in de betreffende aanbestedingsprocedures inmiddels is verstreken.’

2. Beschrijving klacht

Het door beklagde gehanteerde artikel 5.4 WNT in de raamovereenkomst (zie 1.4 hiervoor) is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel van artikel 1.10, lid 1, Aw 2012 en de voorschriften opgenomen in paragraaf 3.9 Gids Proportionaliteit.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager stelt dat beklagde met artikel 5.4 van de (concept)raamovereenkomst materieel beoogt een korting door te voeren bij opdrachtnemers die bestuurders in dienst hebben die op basis van het tot de Wet normering topinkomens (WNT) behorende overgangsrecht (tijdelijk) aanspraak hebben op een bezoldiging die hoger is dan de bedoelde 'vaste normen'. Daarmee straft beklagde zonder legitieme grond opdrachtnemers die zich conformeren aan wettelijke bepalingen die beklagde kennelijk niet aanstaan. Het gaat daarbij om wettelijke bepalingen die geen enkele relatie hebben met de diensten die beklagde via de aanbesteding wenst in te kopen. Klager stelt zich op het standpunt dat artikel 5.4 van de (concept)raamovereenkomst, gelet op artikel 1.10 lid 1 van de Aw en het gestelde in paragraaf 3.9 van de Gids Proportionaliteit (1e herziening, april 2016), strijdig is met het proportionaliteitsbeginsel. Er is volgens klager immers geen enkele relatie tussen de hoedanigheden en de functionele specificaties van de diensten die beklagde via de onderhavige aanbesteding wenst in te kopen en het inkomen van de bestuurder(s) van de opdrachtnemer. Daar komt volgens klager bij dat de opdrachtnemer feitelijk geen invloed heeft op het voorkomen van dergelijke inkomens, omdat hij als werkgever van de betrokken bestuurder(s) gehouden is het overgangsrecht WNT toe te passen.
- 3.2. Klager doet een beroep op de Gids Proportionaliteit (versie april 2016) waarin in paragraaf 3.9 uitdrukkelijk is bepaald dat ook de contractvoorwaarden die een aanbestedende dienst wenst op te leggen proportioneel dienen te zijn. Aangezien er geen enkele relatie valt te leggen tussen het – overigens binnen de wettelijke norm liggende – inkomen van de bestuurder en het onderwerp van de aanbesteding, moet een 'strafkorting' die verband houdt met het inkomen van die bestuurder – ongeacht de omvang of de berekeningswijze van die korting – op voorhand al als disproportioneel worden aangemerkt. Het verweer van beklagde dat het haar vanwege de 'contractsvrijheid tussen partijen' vrij zou staan een dergelijke bepaling te hanteren, miskent dat er van vrijheid van de inschrijver om daarmee al dan niet in te stemmen geen sprake is. Natuurlijk mag van inschrijvers verlangd worden dat zij voorwaarden accepteren die rechtstreeks verband houden met de uitvoering van de aanbestede opdracht, maar daarvan is hier geen sprake. Sterker nog, op de website van beklagde, waar zij de namen en rugnummers van de 'overschrijders' publiceert, geeft zij zelf met zoveel woorden aan dat het inkomen van de bestuurder niets zegt over de kwaliteit van de door de betreffende zorgaanbieder geleverde diensten.
- 3.3. Ter onderbouwing van haar standpunt verwijst klager naar een geschil waarin een gemeente in haar subsidiebepalingen een dergelijke korting had opgenomen en waarin de Raad van State (ECLI:NL:RVS:2016:1177) in r.o. 5.3 heeft bepaald dat het stellen van een dergelijke inkomenseis en het verbinden van een korting daaraan niet strekt tot verwezenlijking van het doel van een doelmatige besteding van overheidsmiddelen, maar tot verwezenlijking van inkomenspolitiek:

'Reeds de door de gemeenteraad gemaakte keuze om gevolgen te verbinden aan het overschrijden van de norm (..) wijst er op dat het doel van de verplichting is gelegen in het voorkomen van topsalarissen'.

- 3.4. Vervolgens wijst klager op rechtsoverweging 5.4 waarin de Raad van State vervolgt met de opmerking dat een zogenaamde oneigenlijke of niet-doelgebonden verplichting wel enig verband dient te houden met de gesubsidieerde activiteit, bijvoorbeeld door betrekking te hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de activiteit wordt verricht. De Raad van State eindigt met de opmerking dat een verplichting die betrekking heeft op inkomens te ver verwijderd is van de gesubsidieerde activiteit om als geoorloofd in de zin van de Awb te kunnen worden aangemerkt.
- 3.5. Klager merkt op dat de uitspraak van de Raad van State weliswaar een subsidiezaak betreft, maar dat volgens haar niet valt in te zien waarom de norm van doelbinding in het geval van een aanbesteding die onder de Aw 2012 valt niet evenzeer, of zelfs in verhevigde mate, van toepassing zou zijn. Dit te meer omdat beklaagde zich blijkens een brief van wethouder [A] aan ondergetekende van 2 november 2016 ter legitimering van haar zogenaamde 'pro rato' beleid beroept op een eerdere uitspraak van de Raad van State (ECLI:NL:RVS:2014:2348), die ook ziet op een subsidierelatie en waarvan toch moet worden vastgesteld dat het rechtstreeks verbinden van consequenties aan het gebruik van het overgangsrecht Wnt gemeenten niet is toegestaan.
- 3.6. Klager verwijst hiertoe ook naar een (concept) Handreiking voor gemeenten en provincies over topinkomens waarin, onder meer, het volgende wordt opgemerkt:

'In het kader van een aanbesteding mogen op grond van het toepasselijke wettelijke kader (waaronder de Aanbestedingswet 2012) uitsluitend eisen aan aanbidders worden gesteld die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Er mogen met andere woorden alleen eisen worden gesteld die concreet nodig zijn om de aan te besteden opdracht goed uit te voeren. Dit wordt wel de proportionaliteitseis genoemd. Hoewel de rechter zich nog niet heeft uitgelaten over de toelaatbaarheid van een beloningsnorm in het kader van een aanbestedingsprocedure, is de verwachting dat deze tot de conclusie zal komen dat een beloningsnorm op zichzelf onvoldoende verband houdt met de te aanbesteden opdracht en dus niet proportioneel zal worden geacht. De mogelijkheden om in een aanbesteding salariseisen te stellen, worden dan ook niet verder uitgewerkt. Wel kan in het kader van een aanbesteding eventueel indirect worden gestuurd op topinkomens door eisen te stellen aan de prijs van een product of dienst.'

- 3.7. Volgens klager valt er geen enkele relatie te construeren tussen de hoogte van de (met de bepalingen van het overgangsrecht van de Wnt in overeenstemming zijnde) beloning van de bestuurder en 'eisen (...) die concreet nodig zijn om de aan te besteden opdracht goed uit te voeren'. Volgens klager ervoeren de gemeenten deze handreiking niet als 'helpend' bij hun streven om het overgangsrecht WNT te omzeilen, en heeft de handreiking daarom nooit een formele status gekregen. Klager verwijst hiertoe ook naar de brief van 30 juni 2016 van Minister Plasterk (BZK) aan de Tweede Kamer:

'De bezwaren van gemeenten hebben vooral te maken met het overgangsrecht van de WNT: bezoldigingen boven de norm worden volgens hen nog te lang gerespecteerd. Zij willen de subsidie kunnen korten, ook als de overgangperiode nog loopt. Als er een wettelijke basis voor topinkomensnormering door decentrale overheden wordt opgenomen in de WNT, zijn die decentrale overheden vervolgens gebonden aan allen normen van de WNT, inclusief het overgangsrecht. Deze overgangsregeling was nodig om een 'fair balance' te bewerkstelligen tussen het met de WNT gediende doel en de inbreuk die de WNT maakt op het eigendoms-

recht, zoals beschermd door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Voor een zodanige wettelijke basis in een andere wet, zoals de Awb, geldt dat decentrale overheden ook dan gebonden zijn aan het overgangsrecht.'

Beklaagde mag dan niet via een aanbesteding dit wettelijk verbod omzeilen en in strijd met de WNT toch een vorm van normering doorvoeren.

3.8. Volgens klager is het duidelijk dat de kortingsbepaling van beklagde niet een (indirecte) eis aan de prijs van een product of dienst behelst, maar de facto een korting op die prijs als gevolg van een 'uitname' uit het budget vanwege het door beklagde voorgestane topinkomensbeleid, zonder dat sprake is – het zij nogmaals vermeld – van enige relatie met de kwaliteit of de functionele specificaties van die dienst. Daarmee kwalificeert bepaling 5.4.1. in de bedoelde raamovereenkomst volgens klager als disproportioneel.

3.9. Daarnaast stelt klager dat beklagde met bepaling 5.4.1 beoogt inkomensbeleid te voeren door straf te verbinden aan het voorkomen van inkomens die in haar ogen niet door de beugel kunnen. Dit blijkt volgens klager onder meer uit een brief van de verantwoordelijke wethouder van 15 juni 2016 aan een bepaalde commissie van de gemeenteraad. In deze brief is, onder meer, het volgende opgenomen:

'Geld voor zorg hoort naar zorg te gaan. Daarom heeft [Beklaagde] zowel in de contracten met zorgaanbieders als in de subsidieverordening vastgelegd dat salarissen van topbestuurders niet hoger horen te zijn dan dat van een minister. Daarmee stelt [Beklaagde] een duidelijk norm. Die norm wordt ook gehandhaafd.

(...)

Toepassen van kortingen op contracten en subsidies

Het is de planning in oktober 2016 de kortingen voor de contracten op te leggen. Dit vindt later plaats dan de publicatie van de topinkomens omdat de kortingen worden berekend op basis van het percentage van de opbrengsten vanuit [Beklaagde] ten opzichte van de totale opbrengsten van de betreffende organisatie. Om dit te kunnen bepalen moeten eerst de opbrengsten over 2015 worden bepaald en opgegeven bij [Beklaagde].'

3.10. Beklaagde beroept zich volgens klager voorts ten onrechte op het gegeven dat de korting die zij oplegt uitsluitend betrekking heeft op het aandeel van beklagde in de totale omzet van de opdrachtnemer en daarmee proportioneel zou zijn. Die operationalisering van het begrip proportionaliteit doet volgens klager echter niet ter zake. De voorliggende vraag is immers of korten vanwege de overschrijding van een door beklagde geformuleerde inkomensnorm überhaupt – gelet op het ontbreken van doelbinding c.q. 'de redelijke verhouding tot de opdracht' – wel proportioneel is? Anders gezegd: proportioneel korten maakt de korting in termen van het proportionaliteitsbeginsel van de Aw 2012 naar mening van klager niet proportioneel.

3.11. Het gemeentelijke beleid inzake 'topinkomens', zoals vertaald in de gewraakte bepaling in de overeenkomst, betekent naar de mening van klager de facto een strafkorting op de vergoeding die de opdrachtnemer voor de in het kader van de overeenkomst geleverde diensten ontvangt. Die korting heeft geen enkele relatie met de kwaliteit van deze diensten, maar is uitsluitend het gevolg van de omstandigheid dat de opdrachtnemer, als werkgever van zijn bestuurder(s), een op hem rustende wettelijke verplichting (i.c. het respecteren van het overgangsrecht WNT) nakomt. Volgens klager valt niet in te zien hoe deze opdrachtnemer dan

kan worden verweten dat hij publieke gelden ondoelmatig zou besteden. Er is bovendien geen enkele relatie tussen deze aanbesteding en de uitvoering van de opdracht, zoals die bijvoorbeeld wel bij een SROI-verplichting (tot op zekere hoogte) blijkt uit uitspraken van de Commissie van Aanbestedingsexperts (bijvoorbeeld advies 375) mag worden aangenomen. Alleen al om die reden acht klager de bepaling onrechtmatig. Overigens maakt ook de uitwerking van de pro rata redenering die beklagde hanteert bij het opleggen van de strafkorting al helder hoe vergezocht deze redenering is. Voor klager, die drie bestuurders telt die onder het overgangsrecht vallen en een jaaromzet heeft van € 165 mln, wordt een korting opgelegd van € 347. Niet valt in te zien hoe de 'oorzakelijke' relatie gelegd zou kunnen worden tussen deze € 347, en de kostenstructuur die aan de feitelijke uitvoering van de gemeentelijke opdracht is verbonden. Bovendien roept de redenering van beklagde 'wij willen uit doelmatigheidsoverwegingen niet meebetalen aan topinkomens' de vraag op waarom dat criterium van veronderstelde (on)doelmatigheid dan niet bij andere kostensoorten (inschaling medewerkers, huisvestingskosten, de uitgaven voor wc-papier) worden gehanteerd.

- 3.12. Verder valt volgens klager niet goed in te zien waarom het betalen van een topsalaris op basis van het overgangsrecht WNT een ondoelmatige besteding van overheidsmiddelen impliceert. Beklagde draagt de last van die vermeende ondoelmatigheid immers niet, want zij betaalt gecontracteerde aanbieders een identiek tarief. Het is overigens buitengewoon lastig om 'de doelmatigheid van een bestuurdersinkomen' te bepalen. Stel een instelling heeft drie bestuurders en zes toezichthouders. De drie bestuurders ontvangen elk een salaris van € 150.000 en de zes toezichthouders een emolument van € 10.000 per persoon. De totale kosten van 'bestuur en toezicht' zijn dan € 510.000. Niet valt in te zien waarom deze instelling 'doelmatiger' zou zijn dan de instelling die twee bestuurders heeft met een inkomen van € 200.000 en vijf toezichthouders van met een inkomen van € 15.000. De kosten die laatstgenoemde instelling voor bestuur en toezicht maakt belopen dan € 475.000. Hoewel in elk geval voor de bestuurders geldt dat de WNT-norm van beklagde wordt overschreden, zijn de totale kosten voor bestuur en toezicht lager. Met andere woorden: beklagde construeert een relatie die er niet is over een thema waar zij zich niet mee heeft te bemoeien. Die bemoeienis kwalificeert ook om deze reden al als disproportioneel.
- 3.13. Zoals beklagde in haar Beschrijvend Document voorschrijft, heeft klager ter zake vragen gesteld ten behoeve van de eerste en Integrale Nota van Inlichtingen die beklagde heeft uitgebracht. Eveneens conform de voorschriften van beklagde heeft klager terstond na de ontvangst van de tweede Nota van Inlichtingen haar bezwaren bij brief van 15 mei 2017 kenbaar gemaakt aan het Meldpunt Klachtafhandeling Aanbesteding van beklagde (zie 1.9 hiervoor). Op 26 mei 2017 heeft klager een reactie van het klachtenmeldpunt ontvangen die er volgens klager op neer komt dat vanwege de onwrikbaarheid van het standpunt van beklagde het meldpunt 'het niet zinvol acht' de klacht verder in behandeling te nemen. En passant wordt klager ook verweten dat zij onze klacht 'op een relatief laat tijdstip' heeft ingediend.
- 3.14. Daarom verzoekt klager de Commissie te beoordelen of beklagde – gegeven de omstandigheid dat het voornoemde meldpunt onder de bestuurlijke verantwoordelijkheid van beklagde valt – met de opmerking van dat meldpunt dat onze klacht 'relatief laat' is ingediend de in het Beschrijvend Document opgenomen klachtenprocedure niet tot een wassen neus reduceert c.q. met deze handelswijze de op grond van de Aanbestedingswet 2012 op haar rustende plicht tot een zorgvuldige behandeling van in het kader van een aanbesteding (tijdig) naar voren gebrachte bezwaren schendt.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde stelt zich op het standpunt dat de klacht ongegrond is. Daarvoor voert zij de volgende argumenten aan.
- 4.2. Beklaagde stelt vast dat klager onder de reikwijdte valt van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d), alsmede de Wet toelating zorginstellingen (artikel 5). Daarmee is klager gehouden aan de bepalingen in deze wetgeving omtrent de normering van topinkomens.
- 4.3. Beklaagde vindt het belangrijk om richting zorgaanbieders en samenleving een signaal af te geven dat hoge inkomens in de zorg ongewenst zijn. Beklaagde moet er op kunnen rekenen dat aanbieders effectief en efficiënt omgaan met het gemeenschapsgeld dat zij krijgen op basis van overeenkomsten voor het leveren van zorg. Daarom is na uitgebreid gesprek in de gemeenteraad besloten om ten aanzien van aanbestedingen op de terreinen van zorg en welzijn per 1 januari 2015 als maximaal salaris voor bestuurders aan te sluiten bij de dan geldende WNT-norm van 100% van het ministersalaris. Tegelijkertijd realiseert beklagde zich dat het voor organisaties niet mogelijk is om bestaande salarisafspraken eenzijdig bij te stellen als daar geen wettelijke grond voor is vanwege het overgangsrecht.
- 4.4. In navolging van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector heeft beklagde in haar Verordening maatschappelijke ondersteuning 2015 in art. 37 daarom het volgende opgenomen):

'Artikel 37 Verhouding prijs en kwaliteit levering voorziening door aanbieders

1. Ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van een voorziening en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit van de voorziening, stelt het college redelijke budgetten beschikbaar voor de te leveren ondersteuning.
2. Bij de vaststelling van de budgetten voor dienstverlening houdt het college rekening met:
 - a. de personele kosten voor de inzet van voldoende geschoold en ervaren personeel in relatie tot de doelgroep aan wie de ondersteuning wordt geboden, waarbij sprake is van een reële mix van opleiding en ervaring;
 - b. een redelijk percentage voor overheadkosten;
 - c. een redelijke norm voor inzetbaarheid van personeel.
3. Het college kan de uiteindelijk over een kalenderjaar te betalen vergoeding aan een aanbieder van dienstverlening korten met maximaal het bedrag waarmee bezoldigingen en uitgekeerde ontslagvergoedingen aan al dan niet ingehuurde (deeltijd) medewerkers, bestuurders en toezichthouders over dat jaar (naar rato) meer bedragen dan de normen, zoals bedoeld in artikel 2.3 en 2.10 van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector.
4. Het college houdt bij het verlenen van de opdracht voor te leveren overige voorzieningen, rekening met:
 - a. de marktprijs van de voorziening;
 - b. de eventuele extra taken die in verband met de voorziening van de leverancier worden gevraagd, zoals:
 - 1°. aanmeten, levering en plaatsing van de voorziening;
 - 2°. instructie over het gebruik van de voorziening;
 - 3°. onderhoud van de voorziening.'

- 4.5. Klager heeft de rechtmatigheid van de Verordening maatschappelijke ondersteuning 2015 van beklagde niet ter discussie gesteld.
- 4.6. Beklaagde heeft in navolging van voornoemde wet- en regelgeving artikel 5.4 opgenomen in de bij de aanbestedingsdocumenten gevoegde (concept) 'Raamovereenkomst arrangementen lichamelijk beperkten' (zie 1.4 hiervoor).
- 4.7. Beklaagde waarborgt hiermee dat de beschikbare middelen primair worden ingezet ten bate van de aan de burgers te verlenen zorg. Bovendien geeft beklagde middels deze contractuele voorwaarden praktische invulling aan de aan haarzelf opgelegde verplichtingen volgende uit de verordening. Beklaagde sluit evenwel geen aanbieders uit wanneer zij een inkomen boven de vaste normen betalen en respecteert het overgangsrecht WNT.
- 4.8. Beklaagde hanteert een WNT-bepaling in een raamovereenkomst die tot stand komt na een aanbestedingsprocedure. Hier is sprake van een civielrechtelijke overeenkomst, waarbij een grote mate van contractvrijheid geldt. Het staat partijen bovendien vrij om wel of niet in te schrijven op de aanbesteding en daarmee akkoord te gaan met de gestelde voorwaarden. Dit is derhalve niet vergelijkbaar met regels die gelden in het geval van subsidieverlening.
- 4.9. De tarieven voor de onderhavige dienstverlening worden door beklagde vastgesteld op zodanige wijze dat sprake is van een goede prijs-kwaliteitverhouding. Bij de vaststelling van de budgetten wordt daarom niet alleen rekening gehouden met bijvoorbeeld de personele kosten en mate van inzetbaarheid (productiviteit), maar wordt ook gekeken naar bezoldigingen en ontslagvergoedingen van medewerkers, bestuurders en toezichthouders. Er bestaat daarmee voldoende verband tussen de opdracht en de contractuele bepaling met betrekking tot de WNT. Beklaagde merkt op dat de aanbestedingsregels ruimte laten voor een meer indirect verband tussen de opdracht en de voorwaarden die in een aanbestedingsprocedure worden gehanteerd. Ter illustratie verwijst beklagde naar een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem (Rb. Haarlem 27 februari 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA0356; Cendris/Noord-Holland). De WNT-bepaling uit de raamovereenkomst die beklagde wil afsluiten met gekwalificeerde zorgaanbieders is vergelijkbaar met de sociale eisen die werden gesteld in de aanbesteding van de provincie Noord-Holland.
- 4.10. De gunning van de raamovereenkomst voor (in dit geval) de arrangementen voor lichamelijk beperkten wordt door beklagde gedaan op basis van kwaliteit (productie 3: beschrijvend document). Dit betekent dat de aanbieders die zich hebben ingeschreven worden beoordeeld aan de hand van kwaliteitscriteria. Er wordt derhalve niet gegund op basis van (laagste) prijs; de prijs is namelijk een vastgesteld gegeven. Beklaagde kiest hiervoor om te voorkomen dat er aanbiedingen onder de kostprijs worden gedaan. Daarnaast zit er ook een sociaal- maatschappelijk aspect aan. De zorgafnemers moeten kunnen rekenen op kwalitatief goede ondersteuning van aanbieders die daarvoor een fatsoenlijk tarief krijgen. Beklaagde streeft naar een goede prijs-kwaliteitverhouding in relatie tot een Wmo-budget dat onder druk staat en heeft hiertoe normatieve kostprijzen voor de gevraagde dienstverlening bepaald.
- 4.11. De tarieven (de vergoedingen voor de aanbieders) worden door beklagde vooraf vastgesteld op basis van een systeem waarbij per gedifferentieerd tarief per cliënt wordt afgerekend. Daarin is een normatieve parameter meegenomen voor o.a. ziekteverzuim en inschaling van medewerkers, als ook voor overhead (zoals bestuurskosten), (productie 4: factsheet tarieven Wmo). Wanneer de bezoldiging van functionarissen werkzaam bij een gecontracteerde aanbieder boven de nor-

mering komt zoals bedoeld in de WNT, gaat dit ten koste van het voor de cliënt beschikbare deel van het tarief, en daarmee mogelijk van de kwaliteit van de te leveren zorg. Daarmee is de door de klager aangevoerde strijdigheid met het proportionaliteitsbeginsel ongegrond. Er is immers middels de tariefstelling wel degelijk een relatie tussen de te verlenen diensten en de inkomens van de bestuurders.

- 4.12. Bovendien wordt de korting die staat beschreven in de contractbepaling naar rato berekend door te bepalen wat het percentage is aan opbrengsten uit de betreffende raamovereenkomst ten opzichte van de totale bedrijfsopbrengsten van de betrokken gecontracteerde ondernemer. De eventuele korting bedraagt dan ook maximaal dit percentage van de overschrijding van de inkomensnorm. Hierdoor is sprake van een proportionele voorwaarde die verband houdt met de opdracht.
- 4.13. De WNT-bepaling is ook in de huidige overeenkomsten voor het leveren van Wmo-arrangementen opgenomen (looptijd 2015 tot en met 2017). Het is staand beleid van beklaagde. Klager heeft de bepaling toentertijd kennelijk niet bezwaarlijk geacht om een overeenkomst met beklaagde af te sluiten. Op de lopende aanbesteding voor het leveren van Wmo-arrangementen heeft klager zonder enig voorbehoud ingeschreven.
- 4.14. Naar het oordeel van beklaagde is de klacht ongegrond.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklaagde op 31 maart 2017 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor de levering van WMO-zorgdiensten. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de raamovereenkomst geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Allereerst zal de Commissie onderzoeken of klager zich voldoende proactief heeft opgesteld.
 - 5.2.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
 - 5.2.2. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 4.3.5 en 4.3.8 van het Beschrijvend Document (zie 1.3 hiervoor). Hierin is de verplichting voor de inschrijvers opgenomen uiterlijk 7 april 2017 en in voorkomend geval 4 mei 2017 vragen te stellen over onduidelijkheden, omissies en tegenstrijdigheden in het Beschrijvend Document. Indien een inschrijver bezwaren heeft tegen de inhoud van dit Beschrijvend Document of tegen onderdelen van de aanbestedingsprocedure, dient hij deze in een vroegtijdig stadium en in ieder geval vóór het indienen van een inschrijving eveneens op de in paragraaf 4.3.8 beschreven wijze naar voren te brengen.
 - 5.2.3. Door tijdig zowel tijdens de eerste als tweede vragenronde vragen te stellen en na ontvangst van de tweede Nota van Inlichtingen binnen twee dagen en een

week vóór inschrijving op 15 mei 2017 een klacht bij het klachtenmeldpunt van beklaagde in te dienen, heeft klager naar het oordeel van de Commissie voormelde verplichting nageleefd.

5.2.4. Met partijen (zie vraag 1027 en het antwoord daarop in de integrale Nota van Inlichtingen in 1.7.7 hiervoor) is de Commissie voorts van oordeel dat de enkele omstandigheid dat klager in de onderhavige aanbestedingsprocedure zonder voorbehoud een inschrijving heeft ingediend en daarmee zou hebben ingestemd met de voorwaarden van de aanbestedingsprocedure en de concept-raamovereenkomst (zie paragraaf 4.3.5 en 4.3.6 in 1.3 hiervoor), haar niet het recht ontnemt om ten aanzien van artikel 5.4 van de concept-raamovereenkomst een klacht in te dienen bij de Commissie. Klager heeft haar bezwaren immers reeds vóór inschrijving kenbaar gemaakt, terwijl inschrijving onder voorbehoud tot uitsluiting van haar inschrijving zou hebben geleid.

5.3. Alvorens tot een beoordeling van de klacht te komen, overweegt de Commissie nog het volgende over het toetsingskader.

5.3.1. Op grond van artikel 1.8 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen.

5.3.2. Artikel 1.9, lid 1, Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst transparant dient te handelen.

5.3.3. In considerans 104 van Richtlijn 2014/24/EU is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

'Contractvoorwaarden moeten (...) verband houden met het voorwerp van de opdracht (...)'.

5.3.4. Artikel 1.10, lid 1 en 2, Aw 2012 luidt, voor zover relevant, als volgt:

'1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...), voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

(...)

h. de voorwaarden van de overeenkomst.'

5.3.5. In artikelen 2.3 en 2.10 Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (hierna: Wet normering topinkomens) is bepaald:

'Artikel 2.3

1. De bezoldiging van een topfunctionaris bedraagt per kalenderjaar ten hoogste € 181.000,-.

2. Het bedrag, genoemd in het eerste lid, wordt telkens per 1 januari van elk jaar bij ministeriële regeling gewijzigd aan de ontwikkeling van de contractuele loonkosten voor de overheid zoals deze in het jaar van vaststellen van de ministeriële regeling voor het daaraan voorafgaande jaar door het Centraal Bureau voor de Statistiek is vastgesteld, en wordt naar boven afgerond op een duizendvoud in euro's.

3. Het bedrag, genoemd in het eerste lid, wordt niet op grond van het tweede lid gewijzigd, indien de toepassing van het tweede lid niet leidt tot een verhoging van het bedrag.

4. De ministeriële regeling, bedoeld in het tweede lid, wordt bekend gemaakt vóór 1 november voorafgaand aan het jaar waarop de wijziging betrekking heeft.

Artikel 2.10

1. Partijen komen geen uitkeringen overeen wegens beëindiging van het dienstverband, die gezamenlijk meer bedragen dan de som van de beloning en de voorzieningen ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn over de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van het dienstverband, tot ten hoogste € 75 000. In geval van een dienstverband met een kleinere omvang dan het bij de verantwoordelijke gebruikelijk voltijdse dienstverband bedragen de uitkeringen ten hoogste € 75 000, vermenigvuldigd met het aantal uren waarop het dienstverband betrekking heeft en gedeeld door het aantal uren van een voltijds dienstverband.
2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur op voordracht van Onze Minister kan het bedrag, genoemd in het eerste lid, worden gewijzigd, indien de loonontwikkeling hiertoe aanleiding geeft.
3. Voor de toepassing van deze wet wordt bezoldiging over een periode waarin de topfunctionaris vooruitlopend op de beëindiging van het dienstverband geen taken meer vervult, aangemerkt als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband en wordt de datum waarop de topfunctionaris de uitoefening van zijn taken beëindigt aangemerkt als datum waarop het dienstverband is geëindigd.
4. Het derde lid is niet van toepassing indien de topfunctionaris, in de periode vooruitlopend op de beëindiging van het dienstverband, geen taken meer vervult op grond van een algemene bepaling van een collectieve arbeidsovereenkomst, een van toepassing zijnde collectieve regeling die is overeengekomen met verenigingen van werknemers of ambtenaren die bevoegd zijn afspraken te maken over arbeidsvoorwaarden, of een wettelijk voorschrift.'

- 5.3.6. In de memorie van toelichting bij de Wet normering topinkomens is over zorgaanbieders bepaald (TK 2010-2011, 32600, nr. 3, p. 19):

'Ad Zorgaanbieders (...)

In principe heeft marktwerking, waarbij bekostiging uit private middelen plaatsvindt, haar intrede in deze sector gedaan. Vanwege het aanwezige publieke belang acht het kabinet het regime van de sectorale bezoldigingsnorm op zijn plaats. Dit geldt voor onderstaande deelsectoren:

– Zorgaanbieders (care en cure)
(...)'

- 5.3.7. Per 1 juni 2017 is het Besluit van 10 februari 2017 in werking getreden, houdende regels ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van een voorziening en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit van de voorziening en de continuïteit in de hulpverlening tussen de cliënt en de hulpverlener (Stb. 2017/55, p. 1). Op basis van deze algemene maatregel van bestuur is artikel 5.4 toegevoegd aan het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015:

- '1. De gemeenteraad regelt bij verordening als bedoeld in artikel 2.6.6, eerste lid, van de wet, in ieder geval dat het college, voor het leveren van een dienst door een derde als bedoeld in artikel 2.6.4 van de wet, vaststelt:
 - a. een vaste prijs, die geldt voor een inschrijving als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012 en het aangaan overeenkomst met de derde; of
 - b. een reële prijs die geldt als ondergrens voor:
 - 1°. een inschrijving en het aangaan overeenkomst met de derde, en

2°. de vaste prijs, bedoeld in onderdeel a.

2. Het college stelt de prijzen, bedoeld in het eerste lid, vast:
 - a. overeenkomstig de eisen aan de kwaliteit van die dienst, waaronder de eisen aan de deskundigheid van de beroepskracht, bedoeld in artikel 2.1.3, tweede lid, onderdeel c, van de wet; en
 - b. rekening houdend met de continuïteit in de hulpverlening, bedoeld in artikel 2.6.5, tweede lid, van de wet, tussen degenen aan wie de dienst wordt verstrekt en de betrokken hulpverleners.
3. Bij verordening als bedoeld in artikel 2.6.6, eerste lid, van de wet wordt geregeld dat de vaste prijs of de reële prijs voor een dienst ten minste is gebaseerd op de volgende kostprijs-elementen:
 - a. de kosten van de beroepskracht;
 - b. redelijke overheadkosten;
 - c. kosten voor niet productieve uren van de beroepskrachten als gevolg van verlof, ziekte, scholing, werkoverleg;
 - d. reis en opleidingskosten;
 - e. indexatie van de reële prijs voor het leveren van een dienst; en
 - f. overige kosten als gevolg van door de gemeente gestelde verplichtingen voor aanbieders waaronder rapportageverplichtingen en administratieve verplichtingen.
4. Het college kan het eerste lid, onderdeel b, buiten beschouwing laten indien bij de inschrijving aan de derde de eis wordt gesteld een prijs voor de dienst te hanteren die gebaseerd is op hetgeen gesteld is in het tweede en derde lid. Daarover legt het college verantwoording af aan de gemeenteraad.
5. Het college beslist met welke derde als bedoeld in het eerste lid hij een overeenkomst aangaat. Hieronder wordt verstaan een aanbieder, te weten een natuurlijke persoon of een rechtspersoon die jegens het college gehouden is een voorziening te leveren.'

5.3.8. In de Nota van Toelichting (Stb. 2017/55, p. 3 e.v.) is onder meer de volgende toelichting opgenomen:

'I Algemeen

1. Inleiding

(...) Deze nadere regels hebben tot doel dat een reële prijs wordt vastgesteld voor diensten die in opdracht van het college door derden worden verleend, zodat de kwaliteit en continuïteit van deze diensten kunnen worden gewaarborgd (...).

2. Hoofdpijnen van het besluit

(...)

2.1 Het college normeert de kostprijs-elementen

(...)

'Volledigheidshalve wordt benadrukt dat het college niet verplicht is aan iedere aanbieder de specifieke kostprijs van die onderneming te betalen. Het college neemt een besluit over een reële prijs aan de hand van de in artikel 5.4 genoemde kostprijs-elementen en de beschikbare kostprijsinformatie. De verantwoordelijkheid voor een gezonde bedrijfsvoering ligt bij de aanbieder en niet de gemeente.'

(...)

2.4 Verantwoordelijkheid aanbieders

Een zorgvuldig inkoopproces vraagt inzicht in de reële kosten [*noot 25, niet overgenomen, Commissie*] die aanbieders van maatschappelijke ondersteuning maken bij het verlenen van diensten die voldoen aan de gestelde eisen op het gebied van kwaliteit van de voorziening en de eisen aan de deskundigheid van de beroepskracht. [*noot 26, niet overgenomen, Commissie*] Van aanbieders wordt verwacht dat zij met een reële prijs inschrijven voor een opdracht en een kostprijs hanteren waarmee ze kwalitatief goede hulp kunnen bieden, rekening houden met de continuïteit van de ondersteuning, handelen in lijn met de uitgangspunten van goed werkgeverschap, de Wet werk en zekerheid, de Wet normering topinkomens en handelen naar de afspraken die zijn gemaakt in het sociaal akkoord tussen werkgevers, werknemers en de regering. [*noot 27, niet overgenomen, Commissie*] Aanbieders zijn tevens gehouden aan de regels van de Mededingingswet. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) controleert of aanbieders de concurrentie beperken. Bij overtreding kan de ACM een boete of andere straf opleggen.' [*onderstreping Commissie*]

- 5.4. De Commissie gaat nu over tot beoordeling van de klacht.
- 5.5. Bij de beoordeling moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen. De Commissie overweegt ten aanzien van die verplichting het volgende.
 - 5.5.1. De te beantwoorden vraag is – hoewel klager daarover niet heeft geklaagd – of beklagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij de contractvoorwaarde van artikel 5.4 van de raamovereenkomst in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze contractvoorwaarde op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van deze beperkende eis moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
 - 5.5.2. De bepaling van artikel 5.4 van de raamovereenkomst maakt niet duidelijk of en in welke gevallen beklagde over zal gaan tot het korten van de vergoeding en ook niet aan de hand van welke criteria beklagde dat zal bepalen. De Commissie is dan ook van oordeel dat deze bepaling onvoldoende transparant is en dat beklagde in zoverre heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 1.9, eerste lid, Aw 2012.
- 5.6. Hoewel artikel 5.4 van de raamovereenkomst naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant is, staat dat niet in de weg aan een beoordeling van de proportionaliteit van de algemeen geformuleerde bevoegdheid van beklagde de vergoeding van de opdrachtnemer op grond van deze bepaling te korten. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.
 - 5.6.1. Klager beroept zich ter onderbouwing van haar klacht op het proportionaliteitsbeginsel. De Commissie begrijpt de klacht aldus dat klager daarmee betoogt dat artikel 5.4 van de raamovereenkomst een contractvoorwaarde is die verband moet houden met (zie considerans 104 van Richtlijn 2014/24/EU en vergelijk

voor de zogenoemde bijzondere voorwaarden ook artikel 2.80 Aw 2012) en in een redelijke verhouding moet staan tot (zie artikel 1.10, eerste en tweede lid onder h, Aw 2012) het voorwerp van de opdracht.

- 5.6.2. De Commissie is van oordeel dat de contractvoorwaarde van artikel 5.4 onvoldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht. In dat kader stelt de Commissie voorop dat de topinkomens geen invloed hebben op de door de zorgaanbieders aangeboden prijs, aangezien de tarieven immers door beklagde zelf worden vastgesteld. Zoals blijkt uit het antwoord van beklagde op vraag 745 is de kortingsregeling ingesteld omdat beklagde niet wenst mee te betalen aan te hoge salarissen en ontslagvergoedingen (zie 1.5.2 hiervoor). Ook geeft beklagde aan met deze contractvoorwaarde te willen voorkomen dat betaling van topinkomens aan bestuurders van zorgaanbieders ten koste gaat van het voor de cliënt beschikbare budget en daarmee ten koste van de door een gecontracteerde zorgaanbieder geboden kwaliteit van de zorg (zie 4.11 hiervoor). Daarmee gaat beklagde er aan voorbij dat niet valt uit te sluiten dat de (hogere) beloning van een bestuurder, mede gelet op diens bestuurlijke kwaliteiten, juist een positief effect op de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht door de zorgaanbieder zou kunnen hebben.
- 5.6.3. Dat de contractvoorwaarde beklagde de ruimte biedt om óók over te gaan tot korting van de vergoeding in het geval dat een zorgaanbieder enerzijds de opdracht uitvoert conform de overeenkomst – en in dat kader goede kwaliteit levert – doch anderzijds haar bestuurders een topinkomen betaalt, bevestigt naar het oordeel van de Commissie eveneens dat de voorwaarde onvoldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht.
- 5.6.4. Nog daargelaten dat artikel 5.4 van de raamovereenkomst onvoldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht, beschikt beklagde ook overigens over alternatieve en meer proportionele mogelijkheden om in het inkoop- en aanbestedingsproces te sturen op de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht. Indien een zorgaanbieder niet de kwaliteit levert die hij met beklagde is overeengekomen, kan beklagde de gewone civielrechtelijke remedies instellen tegen die aanbieder. Indien de zorgaanbieder wel de overeengekomen kwaliteit levert, bestaat er geen reden om de vergoeding te korten.
- 5.6.5. Het rekenvoorbeeld van klager laat eveneens zien dat de regeling met betrekking tot de beloning van de bestuurders, toezichthouders en medewerkers onvoldoende verband houdt met de opdracht (zie 3.12 hiervoor). Het kan zijn dat een zorgaanbieder met een bestuurder met een – in de ogen van beklagde – te hoge vergoeding, in totaal minder kosten maakt voor het gehele bestuur dan een andere zorgaanbieder, die wel binnen de normen van beklagde blijft. Beklagde zou met de voorgestelde contractvoorwaarde de vergoeding van de eerste kunnen korten en van de tweede niet, zonder daarmee het doel te bereiken dat zij met de voorwaarde voor ogen heeft.
- 5.6.6. De Commissie merkt nog op dat aanbestedende diensten bij de aanbesteding van overheidsopdrachten in andere branches geen vergelijkbare contractvoorwaarden hanteren, terwijl ook in die gevallen opdrachtnemers hun bestuurders soms topinkomens betalen, niettegenstaande dat aanbestedende diensten wensen te sturen op levering van de beste kwaliteit en een doelmatige besteding van publieke middelen.

- 5.7. Ten overvloede overweegt de Commissie nog het volgende.
- 5.7.1. Beklaagde handelt met het van toepassing verklaren van artikel 5.4 van de raamovereenkomst in strijd met artikel 5.4 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 (zie 5.3.7 hiervoor). Hoewel dit besluit nog niet volledig op deze aanbesteding van toepassing was, heeft beklagde in paragraaf 1.10.4 van het Beschrijvend Document bepaald dat zij bij de vaststelling van de budgetten rekening heeft gehouden met de kostenelementen die in genoemde algemene maatregel van bestuur zijn opgenomen (zie 1.3 hiervoor). Daarmee heeft beklagde zich zonder voorbehoud vrijwillig aan de bepalingen van dit besluit gebonden. Uit de bijbehorende Nota van Toelichting op het Uitvoeringsbesluit volgt dat de beklagde rekening moet houden met de Wet normering topinkomens (zie 5.3.8 hiervoor). Dit brengt met zich mee dat beklagde ook rekening moet houden met de overgangsregeling bij die wet. Door in artikel 5.4 van de raamovereenkomst een regeling op te nemen om de vergoeding te korten bij overschrijding van enkele bepalingen van de Wet normering topinkomens, zonder daarbij rekening te houden met de toepasselijke overgangsregeling, handelt beklagde ook in strijd met artikel 5.4 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015.
- 5.7.2. De Commissie vraagt zich voorts af of beklagde met artikel 5.4 van de raamovereenkomst tevens in strijd handelt met het beginsel van gelijke behandeling. Allereerst doordat de verschillen in het aandeel van opdrachten voor beklagde in de omzet van zorginstellingen (sterk) kunnen variëren en deze regeling voor de ene zorgaanbieder zwaarder kan uitpakken dan voor een andere die dezelfde beloningssystematiek hanteert. Bovendien raakt artikel 5.4 van de raamovereenkomst naar verwachting met name inschrijvers die door hun omvang en de complexiteit van hun zorgaanbod bestuurders nodig zullen hebben met andere kwalificaties dan kleine gespecialiseerde zorgaanbieders.
- 5.7.3. De Commissie kan zich tot slot goed voorstellen dat de overheid het onwenselijk acht dat publieke middelen wegvloeien naar andere belangen dan het publieke belang, voorzover het dienen van die andere belangen niet meer in verhouding staat tot het beoogde publieke belang. De huidige kaders van de Aanbestedingswet laten aanbestedende diensten echter geen ruimte om de bestreden contractvoorwaarde te hanteren. Wanneer men het desalniettemin wenselijk acht in te grijpen in beloningssystemen in de zorg, vergt dat nadere (zelf)regulering.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door dhr. D. Sibma die als Branche-expert aan de Commissie is verbonden en door mr. drs. T.H.G. Robbe die ten behoeve van de behandeling van de onderhavige klacht als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 28 juli 2017

w.g.:

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter