

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 666 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese procedure voor sociale en andere specifieke diensten voor het sluiten van raamovereenkomsten met één of meer ondernemers voor begeleiding van inwoners in het kader van de Wmo.

Klachtonderdelen

De klacht van ondernemer bestaat uit vijf onderdelen. Ondernemer klaagt dat zijn inschrijving ten onrechte ongeldig zou zijn verklaard (klachtonderdeel 1). Ook klaagt ondernemer dat aanbesteder een te lange looptijd voor de raamovereenkomsten hanteert, zonder die lange looptijd deugdelijk te motiveren (klachtonderdeel 2). Klachtonderdeel 3 ziet op het handelen van aanbesteder in strijd met het clusterverbod althans de, volgens ondernemer, ondeugdelijke motivering voor de samenvoeging van zes gelijksoortige opdrachten van verschillende aanbesteders. Onder klachtonderdeel 4 stelt ondernemer dat verschillende geschiktheidseisen niet voldoen aan het bepaalde in de Aanbestedingswet 2012 en de voorschriften van de Gids Proportionaliteit. Onder klachtonderdeel 5 klaagt ondernemer dat aanbesteder disproportionele termijnen heeft gehanteerd.

Oordeel Commissie

De Commissie neemt klachtonderdeel 2 niet in behandeling, omdat ondernemer onvoldoende proactief heeft gehandeld door geen vraag over dat onderwerp te stellen gedurende de aanbestedingsprocedure.

De Commissie is van oordeel dat de inschrijvingen van ondernemer terecht ongeldig zijn verklaard omdat hij in feite geen referentie heeft opgegeven en dit niet alsnog kan worden toegestaan. Klachtonderdeel 1 is derhalve ongegrond.

Met de klachtonderdelen 4 en 5 miskent ondernemer dat de artikelen waarop hij zich beroept niet van rechtswege van toepassing zijn op de procedure voor sociale en andere specifieke diensten. Concrete bezwaren tegen het samenvoegen van opdrachten (klachtonderdeel 3) heeft ondernemer tijdens de inlichtingenronde niet naar voren gebracht. De Commissie verklaart ook de klachtonderdelen 3 tot en met 5 ongegrond.

Aanbeveling

In het licht van de op handen zijnde wettelijke verplichting voor aanbestedende diensten tot het instellen van een klachtenloket (Kamerstukken II, 2020/21, 34252, nr. 21), beveelt de Commissie aanbestedende diensten aan kennis te nemen van de Handreiking Klachtafhandeling bij aanbesteden van januari 2022 (Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, [Publicatie-nr. 1121-101](#), gepubliceerd 15 februari 2022). De Commissie raadt aanbestedende diensten nadrukkelijk af gebruik te maken van de regeling die in dit geval is gehanteerd, waarbij aanbesteder geen eigen klachtenmeldpunt heeft ingesteld en klagers rechtstreeks worden verwezen naar de Commissie. Aanbesteders missen door het instellen van een dergelijke regeling de mogelijkheid vroegtijdig te reageren op klachten en aanbestedingsstukken aan te passen naar aanleiding van geconstateerde omissies, gebreken en tegenstrijdigheden.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 666

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 3 oktober 2021, mede namens een aantal andere gemeenten, een Europese procedure voor sociale en andere specifieke diensten aangekondigd voor het sluiten van raamovereenkomsten met één of meer ondernemers voor begeleiding van inwoners in het kader van de Wmo. Percelen 1 en 1A betreffen individuele begeleiding en percelen 2 en 2A betreffen begeleiding van groepen.
- 1.2. Ondernemer heeft voor percelen 1 en 2 een inschrijving ingediend. Aanbesteder heeft vervolgens beide inschrijvingen ongeldig verklaard. De klacht die ondernemer bij de Commissie heeft ingediend, richt zich tegen de ongeldigverklaring van de inschrijving op perceel 2. Daarom zal eerst worden ingegaan op de aanbesteding voor perceel 2.
- 1.3. In de Aanbestedingsleidraad (Percelen 2 en 2A) van 1 oktober 2021 is, onder meer, het volgende bepaald:

'0.2 TENDER BEGELEIDING GROEP

Middels onderhavige leidraad wordt de dienstverlening begeleiding groep in twee opdrachten (percelen) aanbesteed.

Het betreft:

- Raamovereenkomst 2 voor de dienstverlening begeleiding groep voor inwoners van de gemeenten [1], [2], [3], [4], [5] en [6]: de gemeenten [naam] met het Negometrix aanbestedingsnummer [nummer];
- Raamovereenkomst 2A voor de dienstverlening begeleiding groep voor inwoners van de gemeenten [3], [4] en [6] met het Negometrix aanbestedingsnummer [nummer]; De gemeenten [3], [4] en [6] selecteren uit de gegunde partijen van perceel 2 (maximaal) drie aanbieders waarmee ze een strategische samenwerking beogen. Voor perceel 2A worden slechts partijen gecontracteerd die ook voor perceel 2 zijn gecontracteerd.

(...)

1.1.4 PROCEDURE

Aanbesteder kiest voor een Europese procedure voor sociale en andere specifieke diensten (SAS). De procedure verloopt in één ronde. De aanbesteding wordt algemeen bekend gemaakt. Iedere geïnteresseerde aanbieder kan inschrijven. De keuze voor de procedure voor sociale en andere specifieke diensten komt voort uit het feit dat onderhavige aanbesteding betrekking heeft op diensten in de maatschappelijke dienstverlening.

Daarnaast geeft de SAS-procedure meer ruimte dan reguliere aanbestedingsprocedures. Gemeenten kunnen de procedure voor een deel naar eigen inzicht vormgeven.

De aanbesteder beoordeelt de inschrijvingen aan de hand van de in dit document beschreven vormeisen, uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, minimumeisen en (sub)gunningscriteria.

(...)

1.1.6 CONTRACTDUUR

De raamovereenkomsten voor beide percelen hebben een looptijd van drie jaar (36 maanden).

Verlenging is twee keer mogelijk met telkens een verlengingsperiode van 3 jaren (36 maanden). Verlenging van de overeenkomst geschiedt op initiatief van opdrachtgevers. Opdrachtgevers stellen opdrachtnemer uiterlijk 6 maanden voor het verstrijken van de initiële/ dan geldende looptijd van de raamovereenkomst schriftelijk in kennis indien gebruik wordt gemaakt door opdrachtgever van de verlengingsoptie. Opdrachtnemer beslist de genoemde verlenging al dan niet te accepteren. Hij bevestigt deze beslissing schriftelijk binnen 1 maand na ontvangst van het verlengingsverzoek.

De overeenkomst eindigt zonder gebruik te maken van verlenging op 31 december 2024.

De overeenkomst eindigt, indien maximaal gebruik wordt gemaakt van verlengingsopties, uiterlijk op 31 december 2030.

De motivatie voor een langere duur van de raamovereenkomst dan 4 jaar komt voort uit het belang van continuïteit voor cliënten en begeleiders en dragen daarmee voor een belangrijk deel bij aan de door cliënten ervaren kwaliteit. Daarnaast biedt de stabiliteit van een langere contractperiode ruimte voor verdere inhoudelijke ontwikkeling mede in het kader van de transformatieopgave voor zorg en ondersteuning.

Met de keuze voor een lange contractperiode en de opties tot verlenging erkennen gemeenten het belang van een duurzaam partnerschap als basis voor kwalitatieve dienstverlening.

1.1.7 MOTIVERING CLUSTERING EN NIET OPDELEN IN MEER PERCELEN

Uit het bovenstaande blijkt dat bepaalde werkzaamheden geclusterd zijn, althans dat de aanbesteder ervoor gekozen heeft de opdracht in twee percelen op de markt te plaatsen.

Betrokken opdrachtgevers opereren in dezelfde regio, hebben vergelijkbare behoeften en wensen de mogelijkheid om de invulling van die behoeften in toenemende mate te integreren. Daarom achten zij het clusteren van deze opdrachten wenselijk en zijn zij van mening dat dit rechtens niet opweegt tegen eventuele nadelen voor de markt(structuur) ten gevolge van de clustering, althans de afwezigheid van meer percelen dan thans het geval is.

De aanbesteder stelt zich op het standpunt dat door het samenvoegen van de opdrachten de samenstelling van de markt niet verandert. Ook op dit moment wordt de dienstverlening begeleiding individueel regionaal aanbesteed.

Eventuele nadelen voor de marktstructuur ten gevolge van deze clustering, althans de afwezigheid van meer percelen dan thans het geval is, wegen naar het oordeel van aanbesteder rechtens niet op tegen de eerdergenoemde argumenten.

(...)

1.4 DEEL IV: GESCHIKTHEIDSEISEN

(...)

1.4.3 TECHNISCHE EN BEROEPSBEKWAAMHEID

De ondernemer beschikt voor de uitvoering van de raamovereenkomst over voldoende technische en beroepsbekwaamheid.

De minimumeisen luiden:

De ondernemer dient aan te tonen dat hij over voldoende technische en vakbekwaamheid beschikt door het indienen van een referentie (zoals bedoeld in artikel 2.93 lid 1, sub b Aanbestedingswet 2012).

Kerncompetentie: Ervaring met de uitvoering van de dienstverlening begeleiding groep (conform paragraaf 2.2) in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning waarbij de gemeente(n) optreden als opdrachtgever (zorg in natura).¹

De ingediende referentie dient cumulatief aan de volgende voorwaarden te voldoen:

- Aanbieder treedt op als werkgever en/of opdrachtgever van de uitvoerende medewerkers;
- Indien gebruik gemaakt wordt van een nog niet (geheel) afgeronde opdracht mag alleen het werkelijk gerealiseerde deel worden opgegeven;
- De ingediende referentie moet recent zijn. Concreet betekent dit dat de vereiste omvang van de referentieopdracht moet zijn gerealiseerd in een aaneengesloten periode van 12 maanden na 15 november 2018.
- De omvang van de referentieopdracht heeft betrekking op de omzet voor de levering van de dienstverlening begeleiding groep in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning en bedraagt minimaal:
 - o € 100.000,- voor inschrijving op perceel 2 en
 - o € 200.000 voor inschrijvers op perceel 2A

Als bewijs voor het beschikken over de geëiste ervaring dient inschrijver bijlage 2 in te vullen, te (laten) ondertekenen door (voormalig) opdrachtgever en bij inschrijving bij te voegen.

Het is toegestaan in aanvulling van bijlage 2 een separate brief/opdrachtgeversverklaring bij te voegen, getekend door vermelde contactpersoon van de referent, mits duidelijk uit dit schrijven blijkt dat voldaan is aan vereisten van de kerncompetentie.

Indien meer dan 1 referentieopdracht wordt opgegeven, zal slechts de grootste opgegeven referentieopdracht worden beoordeeld.

De aanbesteder behoudt zich het recht voor om zonder tussenkomst en/of toestemming van inschrijver contact op te nemen met de betreffende referent.

(...)

2.8 OMVANG VAN DE OPDRACHT

2.8.1 INDICATIE VAN HET AANTAL CLIENTEN EN OMZET OP JAARBASIS

¹ Met één opdrachtgever wordt tevens bedoeld een samenwerkingsverband tussen verschillende organisaties vergelijkbaar met onderhavige aanbesteding.

De indicatieve omvang van de dienstverlening begeleiding groep voor het totaal (raamovereenkomst 2 en 2A) wordt in onderstaande tabel per gemeente weer-gegeven in aantal cliënten en omzet per kalenderjaar.

BGG	[1]	[2]	[3]	[4]	[5]	[6]	Totaal
Cliënten	63	70	525	122	29	80	889
Omzet	€ 394.842	€ 426.232	€ 2.983.050	€ 563.671	€ 145.348	€ 363.730	€ 4.876.873

(...)

2.8.3 AANTAL TE GUNNEN AANBIEDERS

Voor perceel 2 worden maximaal vijftien leveranciers gecontracteerd. Indien er minder dan vijftien geldige inschrijvingen zijn, wordt gegund aan alle geldige inschrijvers.

Voor perceel 2A worden maximaal drie leveranciers gecontracteerd. Indien er minder dan drie geldige inschrijvingen zijn, wordt gegund aan alle geldige inschrijvers.

Voor perceel 2A worden slechts partijen gecontracteerd die ook voor perceel 2 zijn gecontracteerd. Inschrijver die in aanmerking wil komen voor perceel 2A moet bij de winnaars zitten van de aanbesteding van perceel 2.

(...)

2.8.5 MAXIMAAL LEVERINGSPERCENTAGE

Een inschrijver mag maximaal 50% van de omvang van het betreffende perceel (zie paragraaf 2.7.1) leveren.

Overschrijding van dit percentage is slechts mogelijk op verzoek van opdrachtnemer en nadat opdrachtgever hiermee akkoord gaat. Nadrukkelijk wordt aangegeven dat hiervoor geen instemming van de andere in dat perceel gegunde partijen nodig is.

(...)

3.2 SPELREGELS

- Het doen van een inschrijving houdt in dat u onvoorwaardelijk instemt met de bepalingen uit de Nota(s) van Inlichting(en), de aanbestedingsleidraad met bijlagen en de concept-(raam)raamovereenkomst met bijlagen;
- U dient de inschrijving in overeenstemming met deze aanbestedingsleidraad, bijlage(n), bijbehorende documenten en eventuele nota(s) van inlichtingen in te dienen en aan te leveren;

(...)

- Het risico van het ontbreken van informatie en/of antwoorden door onjuiste of onvolledige overname van overzichten, gegevens en verklaringen, berust bij de inschrijver;

(...)

- De aanbesteder stelt geen eigen klachtenmeldpunt in. Ondernemer die desondanks een klacht willen indienen, kunnen zich wenden tot de Nationale Commissie van Aanbestedingsexperts. De klachtenprocedure staat

nader uitgewerkt op de website van de Commissie van Aanbestedingsexperts (www.commissievanaanbestedingsexperts.nl).

(...)

3.5 INLICHTINGEN

(...)

Mocht een inschrijver in de (eventuele) beantwoording van vragen, de aanbestedingsleidraad, inclusief alle bijlagen en in de concept-raamraamovereenkomst inclusief alle bijlagen, los of in samenhang met elkaar, onduidelijkheden en/of onvolkomenheden en/of tegenstrijdigheden aantreffen, dan wel redelijkerwijs kunnen aantreffen, dan wel anderszins bezwaren hebben tegen de opdracht, de procedure, de bepalingen en/of de gestelde eisen, dan dient de inschrijver de aanbesteder daarvan op de hoogte stellen. Dit dient te gebeuren op de omschreven wijze voor vragen en uiterlijk op de bovengenoemde uiterste datum voor het indienen van de vragen.

Maakt de inschrijver van de geboden mogelijkheid geen gebruik, dan komt dit voor risico van de inschrijver. In dat geval mogen zowel de aanbesteder als de overige inschrijvers er van uitgaan dat de inschrijver tegen de procedure van de aanbesteding, de bepalingen, eisen en de overige inhoud van de aanbestedings- en contractdocumenten, geen bezwaar heeft. Door inschrijving doet de inschrijver nadrukkelijk en zonder voorbehoud afstand van een eventueel recht nog na inschrijving bezwaren te uiten tegen de procedure van de aanbesteding, de bepalingen, eisen en de overige inhoud van alle relevante aanbestedings- en contractdocumenten.

(...)

3.7 INDIENING VAN DE INSCHRIJVING

(...)

- Inschrijvingen dienen te voldoen aan de voorschriften, eisen en voorwaarden, zoals opgenomen in de aanbestedingsstukken. Inschrijvingen die niet voldoen aan de gestelde voorschriften, eisen en voorwaarden, zijn ongeldig;
- Behoudens plicht, om (nadere) informatie te vragen en een inschrijver in staat te stellen bepaalde tekortkomingen in zijn inschrijving te repareren, zullen inschrijvingen die niet voldoen aan de voorschriften, eisen en voorwaarden zoals opgenomen in de wet, aanbestedingsleidraad en bijlagen, ongeldig zijn.

Uw inschrijving dient de volgende stukken en onderdelen, in losse bestanden, te bevatten. De documenten kunt u uploaden onder de aangegeven vragenlijsten. Alle documenten dienen volledig te zijn ingevuld en rechtsgeldig te zijn ondertekend.

Bij inschrijving

(...)

3 Referentieprojecten, zie paragraaf 1.4.3 , conform bijlage 2

(...)

3.9 BEOORDELING

Tijdig ingediende inschrijvingen worden getoetst op compleetheid.

Niet complete inschrijvingen kunnen als ongeldig ter zijde gelegd worden. De aanbesteder kan gebruik maken van zijn recht een aanvulling op en/of verduidelijking van inschrijvers te verlangen of om toezending van bepaalde ontbrekende documenten/ bewijsstukken te vragen. De aanbesteder is hiertoe echter niet verplicht, mits door wetgeving toegestaan.

Daarna wordt op grond van artikel 2.101 van de Aanbestedingswet aan de hand van het UEA (bijlage 1) en het referentieformulier bijlage 2 beoordeeld of de inschrijver voldoet aan de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen.

3.10 MEDEDELING VAN DIRECTE UITSLUITING EN/OF AFWIJZING

Indien de in paragraaf 3.09 bedoelde beoordeling aanleiding geeft tot uitsluiting en/of afwijzing van één of meer inschrijvers, zal de aanbesteder hen dat volgens artikel 2.103 van de Aanbestedingswet schriftelijk mededelen. De aanbesteder kan die mededeling integreren in de gunningsbeslissing. Inschrijvers die zich niet met de directe uitsluiting en/of afwijzing of het gunningsvoornemen kunnen verenigen, kunnen tegen de uitsluiting, de afwijzing maar ook het gunningsvoornemen bezwaar aantekenen middels een kort geding, uiterlijk binnen de termijn aangegeven in de gunningsbeslissing.

(...)

3.13 MEDEDELING VAN DE GUNNINGSBESLISSING (VOORNEMEN TOT GUNNEN)

(...)

Door inschrijving aanvaarden inschrijvers een contractueel vervalbeding zijnde een vervaltermijn van 10 dagen voor vorderingen, samenhangend met de onderhavige aanbesteding. Ook aanvaarden zij niet-ontvankelijk te zijn in hun vorderingen, en deze verwerkt te hebben, indien het kort geding na voornoemde periode van 10 dagen, nog aanhangig zou worden gemaakt. De vervaltermijn waarborgt de voortvarendheid van de procedure en het beschermt de gerechtvaardigde belangen van onder andere de winnende inschrijver bij rechtszekerheid.

(...)'

- 1.4. De Aanbestedingsleidraad van Percelen 1 en 1A bevat nagenoeg dezelfde bepalingen als de Aanbestedingsleidraad van Percelen 2 en 2A. Alleen zijn de omzet-eisen € 200.000 voor perceel 1 en € 400.000 voor perceel 1A, terwijl voor perceel 1 maximaal twintig en perceel 1A maximaal vijf leveranciers worden gecontracteerd.
- 1.5. In de Nota van Inlichtingen van percelen 1 en 1A zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen (vragen 163 en 164 zijn door ondernemer gesteld):
 - 1.5.1. Vraag 2: 'Beste heer/mevrouw, Wij hebben het afgelopen jaar voldoende omzet gehad voor deze inschrijving (WMO begeleiding individueel 1). Onze omzet is bekend bij jullie ([gemeente]). Moeten we nu toch bij jullie als aanbesteder een referentie opvragen? Of is dit enkel als de omzet genoten is bij een andere gemeente?'

Antwoord op 8 oktober 2021: 'Inschrijver dient in alle gevallen een volledig gevulde en getekende bijlage 2 toe te voegen aan zijn inschrijving. Zie hiervoor ook paragraaf 1.4.3. en 3.7 van de aanbestedingsleidraad.'

- 1.5.2. Vraag 35: '1.4.3 Is de referentie gekoppeld aan het werkgebied [betrokken gemeenten]?'

Antwoord op 25 oktober 2021: 'Neen'

- 1.5.3. Vraag 38: 'Opdrachtgever kiest ervoor om een aanbestedingsprocedure uit te zetten in een zeer krap tijdsbestek. De tijd tussen publicatie en de mogelijkheid tot het stellen van vragen is kort, waardoor weinig tijd is om alle documenten goed te analyseren. Wil opdrachtgever overwegen om in vragenronde 2 ook nieuwe vragen te beantwoorden en niet alleen vragen m.b.t. de antwoorden uit NvI 1?'

Antwoord op 25 oktober 2021: 'Ja, dat is toegestaan'

- 1.5.4. Vraag 64: 'Er wordt van inschrijvers een plan van aanpak gevraagd. Twee weken na publicatie van de laatste Nota sluit de inschrijving. Deze doorlooptijd is gezien de uitvraag enorm krap. Wij willen u vragen deze deadline tot inschrijven te verruimen.'

Antwoord op 25 oktober 2021: 'Nee, dit is niet mogelijk'

- 1.5.5. Vraag 133: 'Zou u willen uitleggen waarom u de omzetgrens op € 100.000 (bij Groepsbegeleiding) en € 200.000 euro bij individuele begeleiding legt, met andere woorden waarom u een aanbieder die bijvoorbeeld respectievelijk € 90.000 euro (in een aaneengesloten periode van 12 maanden na 15 november 2018) voor groepsbegeleiding en € 150.000 voor individuele begeleiding heeft omgezet, niet competent/geschikt vindt?'

Antwoord op 25 oktober 2021: 'De grenzen die opdrachtgevers stellen ten aanzien van de referentie-eisen zijn proportioneel in relatie tot de omvang van de opdracht.'

- 1.5.6. Vraag 134: 'Is het toegestaan om meerdere referenties aan te leveren van een kleiner omzetvolume, waarmee we in zijn totaliteit aan uw omzeteis bij de referentie voldoen?'

Antwoord op 25 oktober 2021: 'Het optellen van referentiewaarde is hier niet toegestaan. Zoals beschreven bij 1.4.3. Indien meer dan 1 referentieopdracht wordt opgegeven, zal slechts de grootste opgegeven referentieopdracht worden beoordeeld.'

- 1.5.7. Vraag 163: '*Inschrijfperiode te kort om samenwerkingsverbanden aan te gaan* Op 1 oktober 2021 is het aanbestedingsdocument Begeleiding Individueel (percelen 1/1a) en Begeleiding Groep (percelen 2/2a) gepubliceerd op Negometrix. Op 4 oktober kregen wij hiervoor een uitnodiging van het inkoopteam van het Sociaal Domein [Gemeente]. De uiterste datum voor het stellen van vragen in 18 oktober en 29 oktober 2021, waarna een nota van inlichtingen gepubliceerd worden. Voor deze periode is in het eerste kwartaal van 2021 door het Sociaal Domein [Gemeente] aangekondigd dat de aanbestedingsvereisten zouden veranderen vanuit een vastgestelde visie en beleid. Hierin stond bezuinigen en resultaatgericht werken centraal met een nog onbekende financiering en resultaatssystematiek. De inhoudelijke en feitelijke veranderingen hiervan zijn niet meer voorgelegd aan de bestaande DVO-organisatie in een ontwikkeltafel of openbaar ge-

maakt voor zorgorganisaties. Waardoor de tijd om te anticiperen om veranderende vereisten te kort is, zoals het aangaan van een samenwerkingsverband met collegazorgorganisaties. Dit kan namelijk maar tot 15 november. Dit is de uiterste datum van inschrijven. Dit is in totaal zes weken waarbinnen meerdere organisaties tot overeenstemming moeten komen over hun werkwijze, die juridisch vastgelegd dient te worden en juridisch onderzocht door de betrokken organisaties. De vastgestelde periode staat niet in verhouding met de tijd die nodig is geweest voor het opstellen van het aanbestedingsdocument.

Is het mogelijk om ook een tweede inschrijfmoment vast te stellen of voor te leggen bij het inkoopteam of uitvoerende opdrachtgever namens het Sociaal Domein?'

Antwoord op 2 november 2021: 'Nee. De in de procedure gehanteerde termijnen worden niet aangepast. Om in combinatie in te schrijven is het oprichten van een aparte entiteit niet verplicht. Het toevoegen van een onderaannemer is daarentegen ook op een later moment mogelijk binnen de hiervoor in de raamovereenkomst opgenomen kaders.'

1.5.8. Vraag 164: 'Financiering systematiek sluit kleine zorgaanbieders (die samenwerken) uit. Wij vragen ons af of de werkwijze niet discrimineerd tussen zorginstelling. Daarom de onderstaande vragen over de volgende onderwerpen.

De € 200.000,00 (en zelfs € 400.000,00 om in aanmerking te komen als voorkeur zorgaanbieder) voor individuele begeleiding maakt dat kleine zorgorganisaties, die juist werkzaam zijn binnen de gemeente [namen] hier niet voor in aanmerking komen. Onze organisatie biedt nog niet lang individuele begeleiding, maar voldoet op deze eis na aan alle vereisten. De individuele begeleiding voor Wmo en Wlz is het afgelopen jaar bij ons gegroeid. Het is vreemd dat wij bij CZ Zorgkantoor aangemerkt worden als een belangrijke kleinschalige organisatie in de regio voor Wlzzorg en de gemeenten van het Sociaal Domein [Gemeenten] juist beleid voeren waarbij kleinschalige niet zelfstandig vanuit een gelijkwaardige positie kunnen onderhandelen met de gemeenten en/of samenwerkende zorgorganisatie voor aanbesteden. Voor de in te dienen ervaringsreferentie wordt enkel de grootste beoordeelt, die als bewijs aantoont dat een zorgorganisatie voldoet aan de kerncompetentie. Hierdoor kunnen kleine zorgorganisaties die samen 200.000 euro omzet hebben gehad voor individuele begeleiding binnen 12 aaneengesloten maanden (na 15 november 2018) niet in aanmerking komen. Alleen een zorgorganisatie boven de € 200.000 euro komt in aanmerking. Deze zorgorganisatie staat vrij om hierin samen te werken met andere zorgorganisaties, al dan niet in gelijkwaardige samenwerkingspartner of onderaannemer (wat kan zorgen voor een ongelijkwaardige positie ten aanzien van o.a. tarifiering). Met deze vereisten worden twee doelen beoogt: - een beheersbaar financiering systeem voor het tot stand komen van de arrangementen. - minder bureaucratie voor gemeenten, door minder zorgaanbieders. De vraag is echter of de huidige ontwikkelingen de enige oplossing is voor het behalen van de doelen minder bureaucratie en een beheersbaar financieringssysteem. De besluitvorming met onderzoek naar de oplossingsmogelijkheden is volgens ons niet openbaar gemaakt. Daarnaast benadeeld de huidige aanbesteding de bestaanspositie van kleine zorgorganisaties, mede ook omdat de PGB tarieven normaliter lager zijn. En in de aanbesteding de gemeenten cliënten adviseert bij zijn keuze voor een zorgaanbieder met een register van gecontracteerde grotere zorgaanbieders. Dit geeft belangenverstremgeling en beleid dat zelfs zorgkantoren niet nastreven bij de toewijzing van WLZ-zorg. Op basis van hetgeen beschreven is in deze alinea wil ik u het volgende vragen:

- Is het mogelijk voor de referentieopdracht een gezamenlijke referentieomzet op te geven van de samenwerkende zorgorganisaties en dit alsnog te wijzigen in het aanbestedingsdocument? Op deze manier wordt de positie voor kleine zelfstandige zorgorganisaties meer gelijkwaardig gesteld met de grote zorgorganisaties.

- Hoe voorkomt de gemeente(n) gezien de financieringssystematiek, de totstandkoming van de gunningscriteria en keuzevrijheid van de cliënt belangenverstrengeling en waarborgt het de gelijkwaardigheidspositie en rechten van de cliënt t.a.v. de gemeente, de zorgaanbieders onderling en t.a.v. de gemeente?

De kerncompetentie wordt in de eerste alinea als volgt omschreven: ervaring met de uitvoering van de dienstverlening begeleiding individueel (conform paragraaf 2.2) in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning waarbij de gemeente(n) optreden als opdrachtgever (zorg in natura). Paragraaf 2.2 refereert naar de mogelijke begeleidingsdoelen. De daaropvolgende alinea van paragraaf 1.4.3. gaat over voldoen aan financiële voorwaarden en samenwerkingsvoorwaarden tussen zorgorganisaties. Het beschrijft niet de technische en beroepsbekwaamheid binnen een zorgorganisatie, zoals de titel van de paragraaf doet vermoeden. Het gaat hierbij namelijk niet om de inhoudelijk technische kennis en vakbekwaamheid die nodig is om goede zorg te verlenen. De manier waarop de aanbesteding geschreven is doet hierbij geen eer aan hoe zorgorganisaties zich willen en kunnen inzetten om beroepsmedewerkers te scholen en bekwaam individueel passende zorg te verlenen. Het document beschrijft de financiële beheersbaarheid voor de gemeenten, maar gaat niet inhoudelijk in op de benodigde zorg of op het verschil tussen Wmo- en Wlz-zorg. Waar nog steeds veel overlapping in zit. Beschreven wordt dat resultaten behaald worden uit de effectiviteit van de dienstverlening oftewel een prestatiemeting waarbij de indicatoren zijn:

1. 75% van de cliënten met het doelperspectief ontwikkeling stroomt binnen 12 maanden uit of door naar een arrangement met een lagere intensiteit/zorgzwaarte.

2. 50% van de cliënten met het doelperspectief behoud stroomt binnen 12 maanden uit- of door naar een arrangement met een lagere intensiteit/zorgzwaarte.

3. Maximaal 10 % van de onderhanden cliënten ontwikkeling is er sprake van doorstroom naar een arrangement met een hogere intensiteit/zorgzwaarte.

Punt 2 suggereert dat cliënten waarbij zorg nodig blijft op termijn minder zorg nodig hebben. Of het suggereert dat cliënten overlijden. Deze manier van prestatiemeting is niet gelijkwaardig tussen zorgaanbieders, omdat er zorgaanbieders (zoals [Ondernemer]) zijn waarbij de meeste cliënten gaandeweg een zwaardere zorgvraag ontwikkelen, door achteruitgang van beperking(en). Bij [Ondernemer] is de afgelopen jaren de zorgzwaarte gestegen, doordat de gemeenten steeds beter voorliggende voorzieningen hebben en mensen met een lage zorgzwaarte niet meer zorg toewijzen. Het is vreemd dat consultants door een interpreteerbare zorgzwaarte en intensiteitsbeschrijving de indicatie licht kunnen toewijzen als er al sprake is van 24 uren zorg en een Wlz-indicatie beter aangevraagd kan worden. Dit bezorgt [Ondernemer] als organisatie steeds kortdurende financiële risico's. Zeker aangezien in het aanbestedingsdocument het volgende staat: "Het onderscheid in complexiteit heeft invloed op het tarievenniveau met aanbieders maar heeft geen invloed op de aanspraken van de cliënt. De aanbieders zijn in alle gevallen - ongeacht de indeling - verantwoordelijk voor het leveren van de ondersteuning die aansluit bij de behoefte van de cliënt."

Kunt u toelichten hoe en of de gemeenten dit soort situaties zoals hierboven toegelicht met het huidige aanbestedingsdocument kan voorkomen? De huidige financiële en resultaatsystematiek is niet geschikt voor kleinere zorgaanbieders door de arrangementen. Een gemiddelde berekening leidt tot uitschieters, omdat een zorgaanbieder onvoldoende cliënten heeft. Wij begrijpen dat dit niet/minder snel gebeurt als aanbieders een omzet van 200.000 of 400.000 hebben bij bijvoorbeeld begeleiding individueel. Wat wij niet begrijpen is waarom de gemeenten niet de financiering en zorgsystematiek kunnen aanhouden zoals zorgkantoren nu doen in de Wlz en recht doet aan de cliënt, zorgaanbieders en de overheid. De geleverde zorg wordt bekostigd. Niet meer en minder. De ZZZ, MPT of VPT van de cliënt kan gedeeld worden onder zorgaanbieders middels een reken-

model. Dit geeft de cliënt echt verantwoorde keuzevrijheid en stimuleert dat cliënten minder snel kiezen voor PGO.

Kunt u onderbouwd uitleggen waarom u als gemeente(n) niet kiest voor deze werkwijze?’

Antwoord op 2 november 2021: ‘1.De Combinatie is één Inschrijver en doet één Inschrijving. Van deze inschrijving zal de aangeleverde referentie beoordeeld worden zoals beschreven in de bijlage. Als de referent dezelfde is voor alle deelnemers van de combinatie, dan mag deze opgeteld worden. 2. Door toepassing van de werkwijze zoals beschreven in de aanbestedingsdocumenten borgt de gemeente de keuzevrijheid van de client en voorkomen we belangenverstrengeling.3. De werkwijze zal hierin niet verschillen t.o.v. de huidige contracten/werkwijze. 4. De keuze voor de te hanteren inkoopstrategie is aan opdrachtgevers en vloeit voort uit een integrale belangenafweging.’

1.6. In de Nota van Inlichtingen van percelen 2 en 2A zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.6.1. Vraag 28: ‘1.4.3 Is de referentie gekoppeld aan het werkgebied [betrokken gemeenten]?’

Antwoord op 25 okt 2021: ‘Nee.’

1.6.2. Vraag 40: ‘U geeft aan dat de omvang van de referentieopdracht betrekking heeft op de omzet voor de levering van de dienstverlening begeleiding groep in het kader van de WMO en minimaal € 100.000 bedraagt voor inschrijving op perceel 2. Wat betekent het wanneer op dit moment de totale omzet WMO niet de hoogte van € 100.000 bedraagt? Worden aanbidders dan al vanzelfsprekend uitgesloten van inschrijving? Graag uitleg welke procedure stappen dan het gevolg kunnen zijn.’

Antwoord op 25 okt 2021: ‘Dit staat beschreven in de leidraad 1.4.3. Dit is een minimum eis. Voldoet uw inschrijving hier niet aan, dan komt u niet voor gunning in aanmerking.’

1.6.3. Vraag 41: ‘Een referent dient volgens u namelijk te voldoen aan de voorwaarde als "aanbieder" op te treden als werkgever en/of opdrachtgever van de uitvoerende medewerkers. Als aanbidders ontvangen wij de opdrachten van u als gemeente en u bent geen "aanbieder". Hoe dient dit dan benaderd te worden? Wordt als referent dan toch de gemeente bedoeld en als contactpersoon de betreffende wmo consulent?’

Antwoord op 25 okt 2021: ‘Een opdrachtgever is een gemeente of een samenwerkingsverband van gemeenten. Zie ook paragraaf1.4.3 van de leidraad. Een contactpersoon bij een gemeente hoeft niet per se een Wmo consulent te zijn.’

1.6.4. Vraag 43: ‘Is het niet tegenstrijdig dat een gemeente als opdrachtgever ook als referentie kan worden voorgedragen in bijlage 2?’

Antwoord op 25 okt 2021: ‘Nee, dit is niet tegenstrijdig in dit geval.’

1.6.5. Vraag 54: ‘indien bij een indiening wordt gewerkt met een samenwerkingsverband met meerdere aanbidders die ook gebruik maken van onderaannemers. Welke partijen dienen dan de referentieopdracht te omschrijven en aan de voorwaarde voor omvang van de referentieopdracht te voldoen?’

Antwoord op 25 okt 2021: 'De combinatie moet voldoen aan de geschiktheidseisen. Teneinde hieraan te voldoen kan de combinatie zich beroepen op ervaring en financiële gegoedheid van een of meerdere leden van de combinatie en/of derden (onderaannemers).'

- 1.6.6. Vraag 63: 'Kunnen meerdere referentie opdrachten (uit verschillende regio's) in gebracht worden om de gevraagde referentie bedragen te halen?'

Antwoord op 25 okt 2021: 'Nee dit is niet mogelijk. Indien meer dan 1 referentieopdracht wordt opgegeven, zal slechts de grootste opgegeven referentieopdracht worden beoordeeld. Zie ook 1.4.3 van de leidraad.'

- 1.6.7. Vraag 64: 'Mag een cooperatie zich aansluiten bij een andere cooperatie?'

Antwoord op 25 okt 2021: 'Aanbieders mogen zich inschrijven zelfstandig, Hoofd en onderaanneming of in combinatie. Het is aan u op welke wijze u zich inschrijft.'

- 1.6.8. Vraag 66: 'Wanneer als referentie (voormalig opdrachtgever) een van de DVO's van de afgelopen jaren waarbij de 6 gemeenten [betrokken gemeenten] als opdrachtgever fungeerden wordt opgegeven als referent. Is het dan voldoende om enkel gemeente [3] deze referentie te laten ondertekenen, of dienen alle opdracht gevende gemeenten dan de referentie te ondertekenen?'

Antwoord op 25 okt 2021: 'Er hoeft maar 1 persoon te tekenen namens de door u aangeleverde referentie.'

- 1.6.9. Vraag 72: '2.8.5. Er staat een verwijzing naar 2.7.1. Er is echter geen artikel 2.7.1. Naar welk artikel wordt er dan wel verwezen?'

Antwoord op 25 okt 2021: 'Dit dient 2.8.1 te zijn.'

- 1.6.10. Vraag 89: 'In de aanbestedingsleidraad lezen we niet terug of u bij een consortium eist dat alle leden aan de referentie-eis moeten voldoen, of dat voldoende is dat de combinatie als geheel hieraan voldoet. Bijvoorbeeld 1 van de partners kan een referentie aanleveren die voldoet aan uw eisen hiervoor; of 2 partners voldoen elk voor de helft van het door u vereiste minimumbedrag.'

Wij gaan van dat laatste uit (dat een combinatie als geheel moet voldoen en niet elk van de leden afzonderlijk), zie ook de gids proportionaliteit 3.5.H ('de aanbestedende dienst stelt geen hogere eisen aan combinaties van inschrijvers (samenwerkingsverbanden) dan hij stelt aan een enkelvoudige inschrijver'. Klopt dit uitgangspunt zo nee, kunt u dan aangeven wat de extra eisen aan de combinatie zijn ten opzichte van een enkelvoudige inschrijver, en wilt u dan ook de objectieve gronden hiervoor, en de proportionaliteit hiervan aangeven?'

Antwoord op 25 okt 2021: 'Tenminste 1 van de combinanten dient te voldoen aan de gestelde referentie-eis of gezamenlijk dient men hieraan te voldoen. Het gezamenlijk voldoen (optellen van de deelnemende combinatie leden) dient vanuit de zelfde referent te zijn.'

- 1.6.11. Vraag 90: 'Zou u willen uitleggen waarom u de omzetgrens op € 100.000 (bij Groepsbegeleiding) en € 200.000 euro bij individuele begeleiding legt, met andere woorden waarom u een aanbieder die bijvoorbeeld respectievelijk € 90.000 euro (in een aaneengesloten periode van 12 maanden na 15 november 2018) voor groepsbegeleiding en € 150.000 voor individuele begeleiding heeft omgezet, niet competent/geschikt vindt?'

Antwoord op 25 oktober 2021: 'De grenzen die opdrachtgevers stellen ten aanzien van de referentie-eisen zijn proportioneel in relatie tot de omvang van de opdracht.'

- 1.6.12. Vraag 91: 'Is het toegestaan om meerdere referenties aan te leveren van een kleiner omzetvolume, waarmee we in zijn totaliteit aan uw omzeteis bij de referentie voldoen?'

Antwoord op 25 okt 2021: 'Het optellen van referentiewaarde is hier niet toegestaan. Zoals beschreven bij 1.4.3. Indien meer dan 1 referentieopdracht wordt opgegeven, zal slechts de grootste opgegeven referentieopdracht worden beoordeeld.'

- 1.6.13. Vraag 102: 'Dient bij de referentie het tendernummer van de vorige opdracht vermeld te worden? Dient de naam van de contactpersoon ten tijde van de opdracht vermeld te worden?'

Antwoord op 2 nov 2021: 'Als het maar duidelijk is over welke opdracht en opdrachtgever het gaat. Contactpersoon is de persoon waar de aanbestedingsdienst navraag kan doen.'

- 1.6.14. Vraag 103: 'Wat bedoelt u met omvang van de referentieopdracht?'

Antwoord op 2 nov 2021: 'De omvang van de referentieopdracht heeft betrekking op de omzet voor de levering van de dienstverlening begeleiding groep in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning.'

- 1.6.15. Vraag 104: 'De aaneengesloten periode van 12 maanden hoeft niet één kalenderjaar te zijn? Mag de periode ook een aaneengesloten periode van 12 maanden zijn?'

Antwoord op 2 nov 2021: 'De ingediende referentie moet recent zijn. Concreet betekent dit dat de vereiste omvang van de referentieopdracht moet zijn gerealiseerd in een aaneengesloten periode van 12 maanden na 15 november 2018.'

- 1.6.16. Vraag 109: 'In aanvulling op vraag 42. Begrijpen wij het goed dat het mogelijk is om in te schrijven als aanbieder met een omzet van bv. € 150.000,- bij 1 enkele gemeente (en geen of nauwelijks omzet bij andere gemeenten heeft). Omdat er voldaan kan worden aan de referentie opdracht bij de gemeente van €150.000,- omzet. En dat een aanbieder met een omzet van bv. € 50.000,- bij de ene gemeente en eenzelfde omzet bij de overige gemeenten, niet kan inschrijven, omdat daarmee niet voldaan kan worden aan de minimum-eis van referent voor min. €100.000,-. Dit terwijl de laatste aanbieder in totaal een hogere omzet heeft binnen perceel 2.'

Antwoord op 2 nov 2021: 'Met één opdrachtgever wordt tevens bedoeld een samenwerkingsverband tussen verschillende organisaties vergelijkbaar met onderhavige aanbesteding. Gemeente [betrokken gemeenten] is één opdrachtgever. De omzet in de verschillende deelnemende gemeenten binnen dit samenwerkingsverband kan worden opgeteld.'

- 1.7. Ondernemer heeft op Perceel 1 (Begeleiding individueel) en op Perceel 2 (Begeleiding groep) een inschrijving gedaan. Met berichten in Negometrix heeft aanbesteder op 29 november 2021 beide inschrijvingen ongeldig verklaard omdat de ingediende referenties niet voldoen aan de eisen van paragraaf 1.4.3 van de Aanbestedingsleidraad.

- 1.8. Op 1 december 2021 heeft de advocaat van ondernemer per brief bij aanbesteder bezwaar gemaakt tegen het ongeldig verklaren van de inschrijving van ondernemer op Perceel 2. Onder meer wijst hij erop dat ondernemer bij de diverse gemeenten bekend is omdat hij daar al jaren Wmo-zorg verleent. Verder wijst hij op de paragrafen 3.7 en 3.9 van de Aanbestedingsleidraad en op jurisprudentie waaruit hij concludeert dat herstel van een gebrek is toegestaan.
- 1.9. Op 3 december 2021 heeft aanbesteder per brief geantwoord dat geen gelegenheid tot herstel wordt geboden. In die brief wordt onder meer het volgende meegedeeld: 'Uit het ingediende formulier kan niet opgemaakt worden op welke ervaring bij welke referent de inschrijver zich beroept. De omvang van de referentie is niet aangegeven, de omschrijving van de referentie opdracht ontbreekt en de identiteit en hoedanigheid van de referent is onduidelijk.'
- 1.10. Op 3 januari 2022 heeft ondernemer per brief bij aanbesteder een vijftal klachten ingediend, naar aanleiding van de ongeldigverklaring van zijn inschrijvingen op beide percelen.
- 1.11. Per brief van 21 februari 2022 heeft aanbesteder alle klachten van ondernemer ongegrond verklaard.
- 1.12. Vervolgens heeft ondernemer op 28 maart 2022 een klacht bij de Commissie ingediend. Daarin beperkt ondernemer zich, wat de ongeldigverklaring van zijn inschrijvingen betreft, tot de inschrijving op Perceel 2 (zie paragraaf 2 hierna).
- 1.13. Aanbesteder heeft op 14 april 2022 een reactie ingediend (zie paragraaf 3 hierna).

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klachtonderdeel 1

- 2.1.1. Aanbesteder heeft ten onrechte de inschrijving van ondernemer op Perceel 2 ongeldig verklaard.
- 2.1.2. Ondernemer heeft Bijlage 2 (referentieopdracht) per abuis niet volledig ingevuld, maar is van mening dat aanbesteder hem de gelegenheid had moeten bieden om die omissie te herstellen. Dit temeer daar ondernemer al geruime tijd de desbetreffende diensten verricht bij aanbesteder en de andere betrokken gemeenten.
- 2.1.3. Aanbesteder had zonder dat daarvoor aanvullende informatie van ondernemer noodzakelijk was, kunnen vaststellen op basis van bij hem bekende gegevens dat ondernemer beschikte over een toereikende referentie.
- 2.1.4. Daarbij verwijst ondernemer naar paragrafen 3.7 en 3.9 van de Aanbestedingsleidraad, naar de arresten SAG (HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10) en Manova (HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12), naar de arresten Hof Leeuwarden 7 oktober 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG2102 en Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:304 en naar de adviezen 67, 184, 410 en 460 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

2.2. Klachtonderdeel 2

- 2.2.1. Aanbesteder hanteert een maximale looptijd van een raamovereenkomst van 9 jaar zonder deugdelijke motivering.

- 2.2.2. Artikel 2.140 lid 3 Aw 2012 bepaalt dat de looptijd van een raamovereenkomst niet langer dan vier jaar mag zijn, behalve in deugdelijk gemotiveerde uitzonderingsgevallen.
- 2.2.3. Daarbij geldt dat de eisen die aan de motivering gesteld worden strenger zijn naarmate de looptijd langer is, aldus de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet 2012 (Kamerstukken II, 2009-2010, 32440 nr. 3, p. 96).
- 2.2.4. Aanbesteder heeft niet toegelicht waarom de continuïteit, kwaliteit en ontwikkeling bij een kortere looptijd dan negen jaren in het gedrang zou kunnen komen.
- 2.3. Klachtonderdeel 3
- 2.3.1. Aanbesteder heeft zonder deugdelijke motivering opdrachten samengevoegd, althans niet in meer percelen gesplitst.
- 2.3.2. Aanbesteder heeft gelijksoortige opdrachten van zes verschillende aanbestedende diensten samengevoegd.
- 2.3.3. In zijn motivering van deze samenvoeging heeft aanbesteder alleen aan het eerste aspect dat in artikel 1.5 lid 1 genoemd wordt aandacht geschonken. Alleen al om die reden is de motivering niet deugdelijk.
- 2.4. Klachtonderdeel 4
- 2.4.1. Aanbesteder heeft gehandeld in strijd met Voorschriften 3.5F en 3.5G Gids Proportionaliteit alsmede met artikel 2.93 lid 3 Aw 2012.
- 2.4.2. Aanbesteder heeft geen kerncompetenties vastgesteld die overeenkomen met gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht, in strijd met Voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit.
- 2.4.3. Ook heeft aanbesteder gevraagd naar ervaring met *gelijke* opdrachten en niet met *vergelijkbare* opdrachten, in strijd met artikel 2.93 lid 3 Aw 2012.
- 2.4.4. Ten derde is de omvang van de gevraagde referentie groter dan op grond van Voorschrift 3.5G Gids Proportionaliteit is toegestaan.
- 2.5. Klachtonderdeel 5
- 2.5.1. Aanbesteder heeft disproportionele termijnen gehanteerd.
- 2.5.2. De periode tussen publicatie van de aanbesteding en sluiting van de inschrijvingstermijn bedraagt ca. 6 weken. Dat is een te korte termijn voor kleinere zorgaanbieders om een combinatie te kunnen vormen, wat in veel gevallen noodzakelijk is om aan de referentie-eis te kunnen voldoen.
- 2.5.3. Combinatievorming werd bovendien nog bemoeilijkt doordat alleen het vormen van een combinatie met een ondernemer die een referentie bij dezelfde opdrachtgever heeft zinvol is.
- 2.5.4. Daarbij komt dat de antwoorden in de Nota's van Inlichtingen die relevant zijn voor combinatievorming pas op 25 oktober 2021 zijn gegeven, waarna slechts drie weken resteerden om een combinatie te vormen.

3. Reactie aanbesteder

3.1. Klachtonderdeel 1

Ondernemer heeft na het ongegrond verklaren van het bezwaar tegen de ongeldigverklaring geen kort geding aanhangig gemaakt. Om die reden moet dit klachtonderdeel ongeldig verklaard worden.

3.2. Klachtonderdelen 2 tot en met 5

Onder verwijzing naar paragraaf 3.5 van de Aanbestedingsleidraden stelt aanbesteder dat ondernemer zijn recht om te klagen verwerkt heeft door deze klachten pas naar voren te brengen nadat zijn inschrijvingen ongeldig verklaard zijn.

4. **Beoordeling**

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 3 oktober 2021 een Europese openbare procedure voor sociale en andere specifieke diensten heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en enkele paragrafen van Deel 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (2^e herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

Toepassingsbereik Aanbestedingswet Sociale en andere specifieke diensten

- 4.2. De Commissie stelt het volgende voorop.

- 4.2.1. Ingevolge artikel 2.38 lid 2 Aw 2012 moet de procedure voor sociale en andere specifieke diensten worden toegepast voor overheidsopdrachten voor gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening zoals opgenomen in bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU, tenzij de aanbestedende dienst anders beslist. In dit geval gaat het om zulke diensten, terwijl tevens vaststaat dat de Europese drempelwaarde van € 750.000 wordt overschreden.

- 4.2.2. Op grond van artikel 2.39 Aw 2012 zijn op deze procedure van deel 2 enkel van toepassing de paragrafen 2.3.1.2, 2.3.2.1, 2.3.2.2 en 2.3.3.1 en paragraaf 2.3.8.9 van hoofdstuk 2.3.

- 4.2.3. Dit betekent dat, onder meer, de voorschriften over: termijnen (paragraaf 2.3.2.3), gebruik van de eigen verklaring (afdeling 2.3.4), geschiktheidseisen, waaronder artikel 2.93 over referenties en artikel 2.94 over beroep op de technische bekwaamheid van een derde (paragraaf 2.3.6.1), onderaanneming (paragraaf 2.3.3.2), opschortende termijn (paragraaf 2.3.8.8) en de voorschriften van hoofdstuk 2.4, waaronder artikel 2.140 lid 3 over de maximale looptijd van een raamovereenkomst, niet - van rechtswege - van toepassing zijn op de procedure voor sociale en andere specifieke diensten. Behalve de hiervoor onder 4.1.2 aangegeven delen van deel 2, is tevens deel 1 van de wet van toepassing, waaronder de artikelen 1.5 (over samenvoeging van opdrachten en opdeling in percelen), artikel 1.10 (over proportionele eisen en voorwaarden bij Europese aanbestedingsprocedures) en 1.10a (over beperking van de mededinging).

Rechtsverwerking?

- 4.3. Aanbesteder stelt dat ondernemer zijn recht heeft verwerkt te klagen vanwege onvoldoende proactief handelen (zie 3.1 en 3.2). De klacht zou daarom niet in behandeling mogen worden genomen. De Commissie oordeelt dat een beroep op die clausule niet volledig slaagt en neemt de klacht in behandeling.

Toelichting in behandeling nemen

- 4.4. In de aanbestedingsleidraad is bepaald (par. 3.5, zie 1.3) dat indien een ondernemer bezwaren heeft tegen de opdracht, de procedure, de bepalingen en/of de gestelde eisen, de inschrijver de aanbesteder daarvan op de hoogte dient te stellen. Dit dient te gebeuren op de omschreven wijze voor vragen en uiterlijk op de bovengenoemde uiterste datum voor het indienen van de vragen. Dit betreft, aldus de Commissie, bezwaren tegen het ontwerp van de aanbestedingsprocedure (zgn. ontwerpklachten ofwel designklachten). Indien een inschrijver geen gebruik maakt van de mogelijkheid om bezwaar te maken, dan doet de inschrijver nadrukkelijk en zonder voorbehoud afstand van een eventueel recht nog na inschrijving bezwaren te uiten tegen de procedure van de aanbesteding, de bepalingen, eisen en de overige inhoud van alle relevante aanbestedings- en contractdocumenten.
- 4.4.1. Tevens heeft aanbesteder in de aanbestedingsleidraad 'spelregels' opgenomen, waaronder de 'regel' dat aanbesteder geen eigen klachtenmeldpunt instelt. Een ondernemer die desgewenst een klacht wil indienen, kan zich in dat geval wenden tot de Commissie van Aanbestedingsexperts (par. 3.2, zie 1.3).
- 4.4.2. Tot slot heeft aanbesteder bepaald dat indien een inschrijver zich niet kan verenigen met een beslissing tot uitsluiten, afwijzen of gunning, hij bezwaar dient aan te tekenen middels een kort geding, uiterlijk binnen 10 dagen. De inschrijver is niet-ontvankelijk in zijn vorderingen en heeft zijn recht verwerkt indien het kort geding na voornoemde periode van 10 dagen nog aanhangig zou worden gemaakt (par. 3.13, zie 1.3).
- 4.4.3. De Commissie overweegt dat ondernemer tijdig bezwaar heeft gemaakt tegen het ongeldig verklaren van zijn inschrijving op Perceel 2. Uit de correspondentie met aanbesteder blijkt dat ondernemer ook bezwaar heeft gemaakt tegen de ongeldigverklaring van zijn inschrijving op Perceel 1. Aanbesteder heeft dat bezwaar ongegrond verklaard met dezelfde reden, namelijk dat niet is voldaan aan de in de leidraad aan een referentie gestelde eisen.
- 4.4.4. Dat ondernemer na het ongegrond verklaren van zijn bezwaren geen kort geding aanhangig heeft gemaakt, laat onverlet dat hij nog wel een klacht tegen dit handelen van aanbesteder bij de Commissie kan indienen (zie overweging 5.2.6 van Advies 418). Bovendien is de door aanbesteder in par. 3.2 van de leidraden opgenomen 'spelregel' dat hij geen eigen klachtenmeldpunt instelt en dat ondernemers rechtstreeks een klacht kunnen indienen bij de Commissie niet juist (zie artikel 9 lid 1 onder a Reglement van de Commissie) en tegenstrijdig met de rechtsverwerkingsclausule van par. 3.5 en 3.13 in die leidraden. Alvorens over te gaan tot inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 1, 3, 4 en 5, licht de Commissie onderstaand eerst het niet in behandeling nemen van klachtonderdeel 2 toe. Om praktische redenen beperkt de Commissie zich in haar bespreking bij alle klachtonderdelen telkens tot de percelen 2 en 2A. Voor de percelen 1 en 1A geldt namelijk - mutatis mutandis - hetzelfde.

Klachtonderdeel 2

Beknopt oordeel en toelichting

- 4.5. Met betrekking tot klachtonderdeel 2 is de Commissie met aanbesteder van mening dat ondernemer onvoldoende proactief is geweest door hierover in de inlichtingenronde geen vragen te stellen c.q. bezwaar te maken voorafgaand aan de datum van inschrijving. Dit klachtonderdeel kan daarom niet in behandeling worden genomen.

Klachtonderdelen 1, 3, 4 en 5

- 4.6. Met betrekking tot klachtonderdeel 3, 4 en 5 oordeelt de Commissie, zij het soms met enige goede wil, dat de ondernemer voldoende proactief is geweest door op die onderwerpen vragen te stellen in de inlichtingenronde. Deze klachtonderdelen kunnen daarom in behandeling worden genomen.

Beknopt oordeel

- 4.7. De Commissie is van oordeel dat de inschrijvingen van ondernemer terecht ongeldig zijn verklaard omdat hij in feite geen referentie heeft opgegeven en dit niet alsnog kan worden toegestaan. Klachtonderdeel 1 is derhalve **ongegrond**. Met de klachtonderdelen 4 en 5 miskent ondernemer dat de artikelen waarop hij zich beroept niet van rechtswege van toepassing zijn op de procedure voor sociale en andere specifieke diensten. Concrete bezwaren tegen het samenvoegen van opdrachten (klachtonderdeel 3) heeft ondernemer tijdens de inlichtingenronde niet naar voren gebracht. De Commissie verklaart ook de klachtonderdelen 3 tot en met 5 **ongegrond**.

Toelichting per klachtonderdeel

Klachtonderdeel 1

- 4.8. Ondernemer klaagt dat zijn inschrijving ten onrechte ongeldig is verklaard, omdat hij Bijlage 2 (referentieopdracht) per abuis niet volledig heeft ingevuld. Aanbesteder had gelegenheid tot herstel moeten bieden.
- 4.8.1. De Commissie overweegt dat aanbesteder een maximaal aantal leveranciers contracteert (zie 2.8.3. Aanbestedingsleidraad, weergegeven onder 1.3 bovenstaand) en dat daarom het in Advies 507 beschreven kader hier niet van toepassing is (dat kader geldt voor open toelatingsprocedures). Voor een nadere beschrijving van het hier relevante toetsingskader verwijst de Commissie naar overweging 5.4 van Advies 527. Wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, mag hij zijn inschrijving in beginsel niet meer aanpassen. Slechts in uitzonderlijke gevallen mag een inschrijver zijn inschrijving preciseren, verbeteren of aanvullen. Van eventueel alsnog aangeleverd bewijs, moet objectief vaststaan dat het dateert van vóór het einde van de inschrijvingstermijn.
- 4.8.2. Over de referentie voor perceel 2 zijn zeer veel vragen gesteld. Hoewel uit de antwoorden voor ondernemer duidelijk had moeten zijn wat er wordt bedoeld met een referent en hoe bijlage 2 had moeten worden ingevuld (zie met name de antwoorden op de vragen 41, 43, 66, 102 en 109 uit de Nota van Inlichtingen van percelen 2 en 2A hiervoor, zie 1.6) heeft ondernemer in bijlage 2 volstaan met vermelding van gegevens over zijn eigen onderneming.
- 4.8.3. Met aanbesteder is de Commissie van oordeel dat uit het ingediende formulier niet opgemaakt kan worden op welke ervaring, bij welke referent, ondernemer zich beroept. Bovendien ontbreken de omvang van de referentie en de omschrijving van de referentie-opdracht en zijn de identiteit en hoedanigheid van de referent onduidelijk.
- 4.8.4. Het gaat hier evident om essentiële gegevens over de referentie die ontbreken en waarvan niet objectief kan worden vastgesteld hoe zij wel zouden moeten luiden en dat zij dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn. De Commissie is dan ook van oordeel dat deze gebreken zich niet lenen voor eenvoudig herstel. Aanbesteder heeft de inschrijvingen van ondernemer terecht als ongeldig terzijde

gelegd zonder ondernemer in de gelegenheid te stellen de gebreken te herstellen. De Commissie verklaart de klacht op dit onderdeel **ongegrond**.

Klachtonderdeel 3

- 4.9. Ondernemer klaagt dat aanbesteder zonder deugdelijke motivering opdrachten samen heeft gevoegd, althans niet in meer percelen heeft gesplitst.
- 4.9.1. De Commissie overweegt dat ondernemer tijdens de inlichtingenronde voor de percelen 1 en 1A (zie 1.5 hiervoor) in vraag 164 bezwaren tegen onder meer de geëiste omvang van de referenties heeft geuit, die met enige goede wil ook gelezen zouden kunnen worden als bezwaren tegen het samenvoegen van opdrachten. Maar concluderen dat er in die vraag al concreet onderbouwd tegen die samenvoeging bezwaar gemaakt wordt, gaat de Commissie te ver. Om die reden moet ook dit klachtonderdeel **ongegrond** verklaard worden.

Klachtonderdeel 4

- 4.10. Ondernemer klaagt dat aanbesteder heeft gehandeld in strijd met Voorschriften 3.5F en 3.5G Gids Proportionaliteit alsmede met artikel 2.93 lid 3 Aw 2012.
- 4.10.1. De Commissie overweegt allereerst dat artikel 2.93 lid 3 Aw 2012 niet van rechtswege van toepassing is op opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten. Echter, nu aanbesteder in paragraaf 1.4.3 van de aanbestedingsleidraad (zie 1.3), daar waar het gaat over het indienen van een referentie, zelf verwijst naar artikel 2.93 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet, meent de Commissie dat inschrijvers ervan uit mochten gaan dat aanbesteder het betreffende artikel vrijwillig op de aanbesteding van toepassing heeft verklaard. Dat geldt ook voor de toepasselijkheid van de door aanbesteder aangehaalde bepalingen over het gebruik van de eigen verklaring, de inzet van onderaannemers en het beroep op een derde voor het voldoen aan de geschiktheidseisen.
- 4.10.2. De Commissie overweegt dat aanbesteder bij de kerncompetentie vraagt naar ervaring met begeleiding van groepen in het kader van de Wmo en dat hiermee niet in strijd met Voorschrift 3.5F is gehandeld.
- 4.10.3. Verder overweegt de Commissie dat uit het antwoord op vraag 35 (Nota van Inlichtingen Perceel 1/1A) en 109 (Nota van Inlichtingen Perceel 2/2A) blijkt dat – anders dan ondernemer veronderstelt – aanbesteder niet gevraagd heeft naar ervaring met *gelijke* opdrachten. Er is dan ook geen sprake van schending van artikel 2.93 lid 3 Aw 2012.
- 4.10.4. Wat betreft de omvang van de gevraagde referentie geldt dat de percelen 2 en 2A tezamen een waarde hebben van ongeveer € 5.000.000 per jaar. Zouden beide percelen even groot zijn, dan is de waarde per perceel per jaar ongeveer € 2.500.000. Aangezien maximaal 15 inschrijvers een raamovereenkomst in perceel 2 gegund wordt, is de gemiddelde waarde per inschrijver dus ca. € 165.000. De gemiddelde waarde van perceel 2A waarin aan 3 inschrijvers een raamovereenkomst wordt gegund, zou dan uitkomen op € 833.333. Ook een andere verhouding tussen de waarde van perceel 2 en 2A is denkbaar, waardoor de gemiddelde waarde per perceel per jaar per inschrijver anders kan uitvallen.
- 4.10.5. De Commissie is van oordeel dat Voorschrift 3.5G Gids Proportionaliteit in een geval als het onderhavige zo moet worden gelezen dat bij een raamovereenkomst met meerdere ondernemers de 60% norm niet geldt voor de totale waarde van de opdracht, maar voor de gemiddelde waarde per raamcontractant. Omdat bij de percelen 2 en 2A alleen de waarde van beide percelen tezamen bekend is,

kan de Commissie niet toetsen of aan de 60% norm voldaan is. Maar uit de berekeningen in punt 4.10.4 blijkt dat het niet onaannemelijk is dat voor perceel 2 aan die norm is voldaan. Dit betekent dat de Commissie onvoldoende feiten ter beschikking staan om dit klachtonderdeel gegrond te verklaren.

- 4.10.6. Uit het voorgaande volgt dat klachtonderdeel 4 **ongegrond** moet worden verklaard.

Klachtonderdeel 5

- 4.11. Ondernemer klaagt dat aanbesteder disproportionele termijnen heeft gehanteerd.
- 4.11.1. Ondernemer was van meet af aan bekend met de referentie-eisen en heeft dan ook vanaf 1 oktober 2021 moeite kunnen doen om een combinatie te vormen. De termijn voor inschrijving sloot op 15 november 2021. Uit door ondernemer bij de Commissie ingediende UEA's blijkt dat ondernemer per saldo niet in combinatie heeft ingeschreven.
- 4.11.2. De wet stelt geen minimumtermijnen voor de procedure voor sociale en andere specifieke diensten. De Commissie is van oordeel dat de door aanbesteder in dit geval gehanteerde termijnen niet disproportioneel zijn geweest. Dat in de Nota van Inlichtingen van 25 oktober 2021 en 2 november 2021 nog informatie over de gevraagde referentie en combinatievorming is verstrekt, maakte niet dat aanbesteder verplicht was de inschrijftermijn te verlengen.
- 4.11.3. Onder die omstandigheden verklaart de Commissie ook dit klachtonderdeel **ongegrond**.

5. **Advies**

De Commissie acht alle klachtonderdelen **ongegrond**.

6. **Aanbeveling**

In het licht van de op handen zijnde wettelijke verplichting voor aanbestedende diensten tot het instellen van een klachtenloket (Kamerstukken II, 2020/21, 34252, nr. 21), beveelt de Commissie aanbestedende diensten aan kennis te nemen van de Handreiking Klachtafhandeling bij aanbesteden van januari 2022 (Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, [Publicatie-nr. 1121-101](#), gepubliceerd 15 februari 2022). De Commissie raadt aanbestedende diensten nadrukkelijk af gebruik te maken van de regeling die in dit geval is gehanteerd, waarbij aanbesteders geen eigen klachtenmeldpunt heeft ingesteld en klagers rechtstreeks worden verwezen naar de Commissie. Aanbesteders missen door het instellen van een dergelijke regeling de mogelijkheid vroegtijdig te reageren op klachten en aanbestedingsstukken aan te passen naar aanleiding van geconstateerde omissies, gebreken en tegenstrijdigheden.

Den Haag, 20 mei 2022

Mr. A.C.M Fischer-Braams Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. drs. T.H. Chen

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid