

Advies 672 | Samenvatting

De klacht ziet op een open house-procedure voor jeugdhulpverlening.

Klacht

De klacht betreft de winstbepaling die is opgenomen in de te sluiten raamovereenkomst. Volgens de winstbepaling moeten opdrachtnemers winst die is behaald met de opdracht en die uitgaat boven 5%, herinvesteren in de opdracht. Ondernemer klaagt dat die bepaling in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel, het transparantiebeginsel en het recht op ongestoord genot van eigendom.

Oordeel Commissie

De Commissie **staakt** de behandeling van de klacht, omdat de klacht geen betrekking heeft op handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 (zie ook artikel 1 sub c Reglement van de Commissie).

Bevoegdheid Commissie inzake klachten toetredingsprocedures

Vanwege het leereffect ten aanzien van de bevoegdheid van de Commissie inzake klachten over toetredingsprocedure, is dit advies uitgebracht. In toekomstige klachten inzake toetredingsprocedures, waarvan de klacht niet valt onder de bevoegdheid van de Commissie, zal de klacht niet in behandeling worden genomen en komt het dan ook niet tot het uitbrengen van een advies.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 672

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft, mede namens andere aanbestedende diensten, op 5 april 2022 een open house-procedure georganiseerd voor de opdracht 'Specialistische Jeugdhulp in Friesland 2023 e.v.'. Aanbesteder is voornemens een raamovereenkomst te sluiten met alle jeugdhulpaanbieders die aan de gestelde minimum- en geschiktheidseisen voldoen. Ondernemer is één van de inschrijvers.
- 1.2. Aanbesteder heeft de procedure beschreven in een Beschrijvend Document en in een vragenlijst. In het Beschrijvend Document is, onder meer, het volgende bepaald:

'1.10 Raming waarde van de Opdracht

De totale uitgave voor de Specialistische Jeugdhulp van de [aanbestedende diensten] waarvoor de Inkopende dienst voornemens is de Raamovereenkomsten te sluiten, bedraagt naar schatting 102,5 miljoen euro per jaar. De duur van de Raamovereenkomsten betreft maximaal acht jaar, dus met een geraamd totaalbedrag voor alle Specialistische Jeugdhulp van circa 820 miljoen euro. Gelet op het arrest van het Hof van Justitie EU van 19 december 2018 (C-216/17, ECLI:EU:C:2018:1034) gaat de Opdrachtgever uit van een maximale waarde van 150% van de geraamde waarde zijnde een bedrag van € 1,2 miljard.'

- 1.3. In de vragenlijst is, onder meer, het volgende bepaald:

'Inlichtingen

2.1.6.

(...)

Uiterlijk tien dagen vóór de uiterste datum voor het indienen van de inschrijvingen stelt de Inkopende dienst de laatste Nota van inlichtingen via Negometrix beschikbaar met daarin alle gestelde vragen en gegeven antwoorden. Indien Inschrijvers zich niet met bepaalde antwoorden in deze Nota van Inlichtingen kunnen verenigen, dienen zij uiterlijk vijf dagen na de laatste Nota van Inlichtingen bezwaar te maken, op straffe van verval van recht om daarover in een later stadium nog te klagen.'

- 1.4. Als bijlage 2 bij het Beschrijvend Document heeft aanbestededer de (concept) raamovereenkomst gevoegd die aanbestededer voornemens is te sluiten met de inschrijvers die aan de eisen voldoen. In de raamovereenkomst is, onder meer, het volgende bepaald:

'Artikel 16 Normering winstuitkering en bezoldiging/beloning

16.1 Indien en voor zover Opdrachtnemer uit hoofde van de Raamovereenkomst Winst behaalt van meer dan vijf (5) procent per kalenderjaar dient Opdrachtnemer het meerdere gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst aantoonbaar te

investeren in de verbetering van Specialistische Jeugdhulp op het gebied van kwaliteit, capaciteit en efficiëntie.

16.2 De Winst van Opdrachtnemer wordt bepaald op basis van de resultante van het verschil tussen de netto omzet en de redelijke bedrijfskosten van Opdrachtnemer, vóór aftrek van rente en belasting. Bij de vaststelling van de redelijke bedrijfskosten van Opdrachtnemer wordt in ieder geval uitgegaan van zo laag mogelijke overheadkosten en wordt rekening gehouden met de rechtsvorm en de beloning van bestuurders.

16.3 Opdrachtgever behoudt zich het recht voor de naleving van dit artikel te controleren en in dat kader bij Opdrachtnemer onderliggende informatie op te vragen en/of deze informatie in te zien.

16.4 Opdrachtnemer is verplicht volledige medewerking te verlenen aan de in lid 3 bedoelde controle en de door Opdrachtgever verzochte informatie te verschaffen.

16.5 Opdrachtnemer is verplicht de bezoldiging en/of beloning van bestuurders, vennoten, maten en/of overige topfunctionarissen te maximeren conform de Wet Normering Topinkomens voor de sectoren Zorg en Jeugdhulp.'

1.5. Bijlage 5 bij het Beschrijvend Document is het Programma van Eisen, wat de volgende eis bevat:

'15. Opdrachtgever heeft de maatschappelijke en wettelijke verplichting om te zorgen dat geld voor de Jeugdzorg zo veel als mogelijk aan (de kwaliteit van dienstverlening aan) Jeugdigen wordt besteed. De staatssecretaris van VWS heeft, voortvloeiend op toekomstige wetgeving, geoordeeld dat de inkopende diensten beperkingen mogen opleggen om hoge winsten, dividenduitkeringen en onacceptabele beloningen van eigenaren, bestuurders, vennoten en/of aandeelhouders te voorkomen, voortvloeiende uit dienstverlening uit hoofde van onderhavige opdracht. In de Raamovereenkomst is nader beschreven hoe genoemde beperkingen vorm en inhoud hebben.'

1.6. Op 18 mei 2022 heeft aanbesteder de eerste Nota van Inlichtingen gepubliceerd en op 9 juni 2022 de tweede Nota van Inlichtingen. De volgende vragen en antwoorden zijn relevant voor de onderhavige klacht:

1.6.1. Vraag 615 (vraag en antwoord 616 zijn hieraan identiek): 'U geeft aan dat u uitgebreid kostprijsonderzoek heeft laten doen en dat bij het vaststellen van de tarieven rekening is gehouden met overheadkosten en andere aspecten, waardoor naar uw mening reële tarieven zijn vastgesteld. Deelt u onze mening dat het gelet daarop niet proportioneel is om te eisen dat jeugdhulpaanbieders hun winst boven 5% moeten investeren in de jeugdzorg? Als een jeugdhulpaanbieder ondanks reële tarieven meer dan 5% winst maakt, is dat enkel een teken van efficiëntie en door deze eis worden efficiënte organisaties benadeeld. De bepaling houdt bovendien onvoldoende verband met de opdracht en u heeft als aanbestedende dienst geen belang bij een dergelijke winstbestemmingsbepaling. Daar komt bij dat de bepaling in strijd is met artikel 1 van het eerste protocol van het EVRM, dat bepaalt dat iedere natuurlijke of rechtspersoon het ongestoord genot van zijn eigendom heeft. Jeugdhulpinstellingen worden daarin gestoord doordat zij eventuele winst uit hun onderneming niet naar eigen inzicht kunnen inzetten. Bent u bereid art. 16 van de Raamovereenkomst te schrappen? Zo nee, waarom niet?'

Antwoord: 'Hoewel dit een nieuwe vraag betreft, kiest de Inkopende dienst ervoor deze toch te beantwoorden omdat zij dat van belang acht voor alle inschrijvers. Nee, de Inkopende dienst is niet bereid artikel 16 van de Raamovereenkomst te

schrappen. Met dit artikel beoogt de Inkoopende dienst te bewerkstelligen dat maatschappelijk geld dat bedoeld is voor jeugdhulp ook daadwerkelijk aan jeugdhulp wordt besteed. Vanzelfsprekend mogen Jeugdhulpaanbieders winst maken, maar voorkomen moet worden dat sprake is van bovenmatige zelfverrijking van Jeugdhulpaanbieders en/of hun bestuurders en/of aandeelhouders. Daar is maatschappelijk geld niet voor bedoeld. De Inkoopende dienst geeft met het opnemen van een bepaling over winstmaximalisatie in de Raamovereenkomst gehoor aan de wens van de voormalig staatssecretaris van VWS om de winsten van Jeugdhulp aanbieders te begrenzen, net zoals verscheidende andere gemeenten inmiddels hebben gedaan. Overigens staat het de Inkoopende dienst op grond van haar contractvrijheid ook vrij een dergelijke bepaling op te nemen. Als Jeugdhulpaanbieders zich om hen moverende redenen niet in artikel 16 van de Raamovereenkomst kunnen vinden, kunnen zij ervoor kiezen niet op de inkoopprocedure in te schrijven.'

- 1.6.2. Vraag 621: 'Hoe verhoudt dit zich tot uw uitgangspunt dat bij bepaling van de winst de overhead kosten zo laag mogelijk moeten worden gehouden? (begrippenlijst)'

Antwoord: 'Het is aan Jeugdhulpaanbieders om zo efficiënt mogelijk om te gaan met alle overheadkosten, waaronder het inschakelen van een Onderaannemer.'

- 1.7. In een brief van 20 juni 2022 aan het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft ondernemer zijn bezwaren geuit tegen de winstbepaling (artikel 16 raamovereenkomst), met het verzoek die bepaling aan te passen of te schrappen.
- 1.8. Aanbesteder heeft op 21 juni 2022 gereageerd op de klacht van ondernemer. Het klachtenmeldpunt komt tot de conclusie dat het recht van ondernemer te klagen over een bepaling uit de raamovereenkomst is komen te vervallen op grond van het bepaalde in paragraaf 2.1.6 van de vragenlijst (zie 1.3 bovenstaand). Bovendien stelt het klachtenmeldpunt dat de winstbepaling proportioneel en voldoende duidelijk is.
- 1.9. Ondernemer heeft op 24 juni 2022 een inschrijving ingediend. Op diezelfde dag heeft ondernemer via de berichtenmodule aan aanbesteder meegedeeld zich te committeren aan de voorwaarden van de procedure, maar haar bezwaren tegen de winstbepaling uit de raamovereenkomst zal voorleggen aan de Commissie.
- 1.10. Vervolgens heeft ondernemer op 4 juli 2022 een klacht bij de Commissie ingediend. (zie onder 2 onderstaand).
- 1.11. Aanbesteder heeft op 14 juli 2022 een reactie ingediend (zie onder 3 onderstaand).
- 1.12. De Commissie heeft op 21 juli 2022 aan partijen laten weten de verdere behandeling van de klacht te staken en daarbij kort de motivatie aangegeven. Vanwege het leereffect ten aanzien van de bevoegdheid van de Commissie inzake klachten over toetredingsprocedure, is dit advies uitgebracht. In toekomstige klachten inzake toetredingsprocedures, waarvan de klacht niet valt onder de bevoegdheid van de Commissie, zal de klacht niet in behandeling worden genomen en komt het dan ook niet tot het uitbrengen van een advies.

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

Recht te klagen vervallen?

- 2.1. Ondernemer stelt dat de vervaltermijn uit 2.1.6 van de vragenlijst (zie 1.3 bovenstaand) niet aan hem kan worden tegengeworpen. (Mede) gelet op de korte gestelde klachtperiode (vijf dagen) en het gegeven dat de uiterste datum van

inschrijving op 14 juni 2022 nog niet was verlopen (en thans naar 21 juli a.s. is uitgesteld), acht ondernemer de vervaltermijn disproportioneel.

- 2.1.1. Daarnaast stelt ondernemer dat de vervaltermijn niet (tevens) in het Beschrijvend document was opgenomen.
- 2.1.2. Ondernemer verwijst naar een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland (25 maart 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:872, r.o. 6.36), waarin is geoordeeld over een vrijwel gelijklopende vervaltermijn. De voorzieningenrechter oordeelde in die zaak dat de vervaltermijn niet aan de klagende inschrijver kon worden tegengeworpen omdat de inschrijvingsfase van de aanbesteding nog niet was gestart en de aanbestedende diensten niet hadden gesteld dat zij enig concreet nadeel ondervonden van het moment waarop was geklaagd.

2.2. Klacht

Strijd met proportionaliteit?

- 2.3. Ondernemer klaagt dat de winstbepaling (artikel 16 raamovereenkomst) disproportioneel is en in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
 - 2.3.1. Ondernemer zet uiteen dat aanbesteder inhoudelijke eisen stelt aan de hulpverlening en de te declareren tarieven vaststelt. In de aanbestedingsstukken heeft aanbesteder toegelicht op welke wijze hij die tarieven heeft vastgesteld. Aanbesteder heeft een kostprijsonderzoek laten uitvoeren dat heeft geleid tot de tarieven die aanbesteder in het Administratieprotocol heeft vastgelegd. Die tarieven worden dwingend opgelegd aan jeugdhulpaanbieders die de opdracht uitvoeren. Aanbieders kunnen daarvan niet afwijken en zijn dus niet in staat om een hogere prijs te rekenen voor de gevraagde diensten. Bovendien is, volgens ondernemer, strak ingekaderd welke activiteiten kunnen worden gedeclareerd zodat geen risico bestaat dat jeugdhulpaanbieders onterecht declareren. De kostenefficiënte uitvoering van de opdracht zou daarmee reeds zijn gewaarborgd.
 - 2.3.2. Ondernemer stelt dat de beperking van de besteding van de winst daaraan niets toevoegt. Als een jeugdhulpinstelling tegen de achtergrond van de inhoudelijke en financiële kaders erin slaagt om méér dan vijf procent winst te behalen, dan zegt dat enkel iets over haar interne organisatie en efficiëntie en niets over de uitvoering van de opdracht. Feitelijk worden efficiënte organisaties benadeeld, terwijl inefficiënte organisaties die minder winst maken, worden beloond. Ondernemer klaagt daarom dat de winstbepaling geen verband houdt met de opdracht en disproportioneel is.

Strijd met transparantie?

- 2.4. Ondernemer stelt bovendien dat de winstbepaling strijd oplevert met het transparantiebeginsel, omdat bij toepassing ervan een groot risico op willekeur bestaat.
 - 2.4.1. Voor de bepaling van de winst gaat aanbesteder uit van 'redelijke bedrijfskosten'. Voor het bepalen van die 'redelijke bedrijfskosten' is de opdrachtnemer, wat ondernemer betreft, overgeleverd aan het oordeel van aanbesteder. Hij acht totaal onduidelijk hoe aanbesteder de 'redelijke bedrijfskosten' vaststelt, anders dan dat aanbesteder uitgaat van zo laag mogelijke overheadkosten en rekening houdt met de rechtsvorm en beloning van bestuurders. In plaats van aansluiting te zoeken bij een economische definitie van 'winst' baseert aanbesteder zijn oordeel op een fictieve winst, waarbij aanbesteder onder meer vaststelt wat voor de betreffende opdrachtnemer 'zo laag mogelijke overheadkosten' zijn. Ondernemer stelt dat dit onafhankelijk is van de werkelijke door opdrachtnemer gemaakte kosten. Ten

aanzien van deze overheadkosten heeft aanbesteder enkel in de Nota van Inlichtingen geantwoord dat het 'aan Jeugdhulpaanbieders is om zo efficiënt mogelijk om te gaan met alle overheadkosten, waaronder het inschakelen van een Onderaannemer' (zie vraag 621 onder 0 bovenstaand). Aanbesteder zal dus uiteindelijk bepalen of een aanbieder efficiënt is omgegaan met overheadkosten, zonder daarvoor duidelijke richtlijnen te schetsen.

- 2.4.2. Opdrachtnemers kunnen hun bedrijfsvoering niet inrichten op de onduidelijke en fictieve winst (gebaseerd op 'redelijke bedrijfskosten' en 'efficiënt omgaan met overheadkosten') waarvan aanbesteder uitgaat, die niet gelijk staat aan de werkelijke winst van een onderneming, wat het risico op willekeur groot maakt. Dat is niet alleen bedrijfsmatig onwenselijk maar zorgt ook voor een minder efficiënte uitvoering van de jeugdhulpverlening. Door onzekerheid over het fictieve bedrijfsresultaat kunnen investeringen in de jeugdhulp juist worden afgeremd. Ook acht ondernemer het onduidelijk of bij de toepassing van de winstbepaling rekening wordt gehouden met specifieke omstandigheden van individuele jeugdhulpaanbieders. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat een jeugdhulpaanbieder in een bepaalde periode te maken heeft gehad met incidentele kosten die de winst drukken. Ook dat maakt, volgens ondernemer, dat geen sprake is van een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige bepaling en dat de winstbepaling in strijd is met het transparantiebeginsel.

Beperking eigendom zorginstellingen?

- 2.5. Ondernemer stelt voorts dat winst die een zorginstelling maakt, moet worden gezien als haar eigendom. Op grond van artikel 1 Eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EP EVRM) hebben natuurlijke- en rechtspersonen in beginsel recht op het ongestoorde genot van hun eigendom. Op basis van rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) meent ondernemer dat een maatregel het ongestoorde genot van de eigendom van een zorginstelling alleen kan beperken als de maatregel aan drie voorwaarden voldoet.

Eerste voorwaarde: wettelijke grondslag

- 2.5.1. Ten eerste moet de maatregel berusten op een wettelijke grondslag die toegankelijk, voldoende precies en voorzienbaar is (EHRM 9 november 1999, 26449/95 (Špaček, s.r.o./Tsjechië), ECLI:CE:ECHR:1999:1109JUD002644995, par. 54; EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (Beyeler/Italië), ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296, par. 109; Zie voor een voorbeeld van een art. 1 EP-zaak waarin niet aan dit vereiste werd voldaan: EHRM 24 november 2005, 49429/99 (Capital Bank AD/Bulgarije), ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD004942999.).

Tweede voorwaarde: algemeen belang

- 2.5.2. Ten tweede verlangt het EVRM dat de maatregel een legitiem doel dient in het algemeen belang (Zie art. 1 P1 zelf ('in overeenstemming met het algemeen belang'), maar ook art. 18 EVRM ('Inperking van de toepassing van beperkingen op rechten')).

Derde voorwaarde: fair balance

- 2.5.3. Ten derde moet de maatregel proportioneel zijn in die zin dat er een redelijke verhouding (fair balance) bestaat tussen het betrokken belang en het aangetaste recht van het individu (of de rechtspersoon) (EHRM 16 november 2010, 24768/06

(Perdigão/Portugal), ECLI:CE:ECHR:2010:1116JUD002476806, par. 63). Aan deze drie voorwaarden wordt niet voldaan, aldus ondernemer.

Contractsvrijheid begrensd?

- 2.6. Een beroep op de contractsvrijheid kan aanbesteder niet baten, volgens ondernemer, omdat de contractsvrijheid niet zo ver gaat dat bepalingen kunnen worden opgenomen die in strijd zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid en de algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen van proportionaliteit, gelijkheid en transparantie.

3. Reactie aanbesteder

Recht te klagen vervallen?

- 3.1. Aanbesteder wijst erop dat ondernemer twee (verval)termijnen zou hebben laten verstrijken. Pas in de tweede nota van inlichtingen heeft ondernemer voor het eerst een vraag gesteld over de winstbepaling. Dat acht aanbesteder te laat. Vervolgens heeft ondernemer pas ruimschoots (zes dagen) na het verstrijken van de in paragraaf 2.1.6. van de vragenlijst gestelde termijn van vijf dagen kenbaar gemaakt dat hij bezwaar heeft tegen het door aanbesteder gegeven antwoord. Ondernemer hoefde binnen die termijn alleen maar kenbaar te maken dat hij bezwaar had tegen het antwoord. Voor deze mededeling was de termijn van vijf dagen ruimschoots voldoende. De nadere onderbouwing van zijn bezwaar had ondernemer naderhand kunnen indienen.
- 3.2. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat de ongegrondheid van de klacht van ondernemer op grond van rechtsverwerking, niet kan worden gezuiverd vanwege een vermeend fundamenteel gebrek in de inkoopprocedure.

3.3. Klacht

Strijd met proportionaliteit?

- 3.4. Aanbesteder stelt dat de jeugdhulpaanbieder die in een bepaald jaar meer dan 5% winst behaalt uit de uitvoering van de raamovereenkomst, op grond van de winstbepaling, de aanbieder die winst gedurende de looptijd van de raamovereenkomst aantoonbaar moet investeren in de verbetering van Specialistische Jeugdhulp op het gebied van kwaliteit, capaciteit en efficiëntie (en niet in zaken die geen verband houden met de opdracht). Het verband met de opdracht voor Specialistische Jeugdhulp acht aanbesteder daarmee gegeven. Aanbesteder meent dat niet valt in te zien waarom het onredelijk zou zijn dat overheidsgeld dat is verkregen uit de raamovereenkomst en bedoeld is voor jeugdhulp, geherinvesteerd moet worden in de zorg waarop de raamovereenkomst ziet.
- 3.4.1. Aanbesteder voegt daaraan toe dat het door hem ingeschakelde kostprijsbureau bij de vaststelling van de reële tarieven ervan is uitgegaan dat de jeugdhulpaanbieders bovenop de kostprijs gemiddeld 2 tot 3 % winst moeten kunnen behalen. Uit verschillende onderzoeken zou blijken dat winstpercentages tussen 2% en 3% in de jeugdhulp gebruikelijk zijn. Het door aanbesteder gehanteerde winstpercentage van 5% zit daar ruim boven.

Strijd met transparantie?

- 3.5. Aanbesteder heeft op basis van een marktconsultatie en een kostprijsonderzoek door een gespecialiseerd kostprijsbureau, naar eigen zeggen, reële tarieven vastgesteld. Bij de vaststelling van deze reële tarieven is conform de vaste

jurisprudentie rekening gehouden met de kostprijs van een 'redelijk efficiënt functionerend' jeugdhulpaanbieder en de sectorale uitvoeringswerkelijkheid. Bij het opstellen van de winstbepaling heeft aanbesteder aansluiting gezocht bij deze jurisprudentie en bij artikel 18 van de Verordening Jeugdhulp 2022 [aanbesteder], waarin (naar analogie van de tekst van de AMvB reële prijs Wmo 2015) wordt gesproken over redelijke overheadkosten.

- 3.5.1. In de jurisprudentie over reële tarieven is, volgens aanbesteder, uitgemaakt wat onder een redelijk efficiënt functionerend jeugdhulpaanbieder en redelijke overheadkosten moet worden verstaan. Een in beton gegoten definitie valt echter niet te geven, omdat dit per jeugdhulpaanbieder (aanzienlijk) kan verschillen. De grote verscheidenheid aan jeugdhulpaanbieders die in aanmerking komen voor de opdracht voor Specialistische Jeugdhulp, brengt ook mee dat sommige jeugdhulpaanbieders uit de raamovereenkomst meer winst zullen kunnen behalen dan anderen.
- 3.5.2. Aanbesteder is gelet op het voorgaande van oordeel dat artikel 16 van de raamovereenkomst voldoende duidelijk is geformuleerd.

Beperking eigendom zorginstellingen?

- 3.6. Aanbesteder wijst erop dat de bepaling over winstregulering geen ontneming van winsten inhoudt en evenmin een verbod van een winstoogmerk. De bepaling heeft, volgens aanbesteder, 'slechts' een regulerende werking (doelbestemming) voor winsten boven de maatschappelijk aanvaardbaar geachte grens van 5%. De winst tot 5% valt daarmee niet onder de regulerende werking van artikel 16 van de raamovereenkomst en eis 15 van het programma van eisen. Aanbesteder meent met deze bepalingen een alleszins redelijke en zorgvuldige invulling te hebben gegeven aan de opdracht van de Staatssecretaris en daarbij nadrukkelijk ook rekening te hebben gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de jeugdhulpaanbieders. Bovendien stond het ondernemer vrij niet in te schrijven op de opdracht.
- 3.6.1. Verder stelt aanbesteder dat winst alleen is aan te merken als eigendom, indien en voor zover sprake is van een *enforcable claim* (EHRM 26 september 2002, ECLI:CE:ECHR:2000:0926DEC003766097 (Denimark Limited e.a./Verenigd Koninkrijk)). Omdat de winst die ondernemer in de toekomst verwacht te behalen te onzeker is, kan een beroep op artikel 1 EP EVRM volgens aanbesteder niet slagen.
- 3.6.2. Ook zou een beroep op artikel 1 EP EVRM niet kunnen slagen, omdat geen sprake is van een ontneming dan wel regulering van eigendom op basis van publiekrechtelijke bevoegdheden. De inkoopprocedure betreft een invulling van het contractuele principe van aanbod en aanvaarding. Zonder inschrijving komt geen overeenkomst tot stand en zal hoe dan ook van enige regulering van winst geen sprake zijn. Het stond ondernemer vrij de voorwaarden niet te accepteren en niet in te schrijven.

Eerste voorwaarde: wettelijke grondslag

- 3.6.3. Voorts meent aanbesteder dat de winstbepaling een wettelijke grondslag kent, uitgaand van de ruimere uitleg van het begrip 'wet', zoals gehanteerd door het EHRM. In de rechtspraak zou algemeen zijn aanvaard dat aanbestedende diensten zoals hier aan de orde in het kader van hun systeemverantwoordelijkheid op basis van contractuele afspraken kunnen sturen op kwaliteit en continuïteit van de jeugdhulp (Zie bijvoorbeeld: Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSE:2018:4534, r.o. 6.13; Hof Den Haag 7 juli 2020,

ECLI:NL:GHDHA:2020:1120). Deze ruimte voor sturing op basis van contractuele afspraken vindt haar grondslag in (onder meer) artikelen 2.11 en 2.12 van de Jeugdwet. Naar het oordeel van aanbesteder is het bepaalde in artikel 16 van de raamovereenkomst en eis 15 van het programma van eisen een vorm van sturing op de kwaliteit en continuïteit van de jeugdhulp, omdat eventuele overwinsten door jeugdhulpaanbieders moeten worden gebruikt om de kwaliteit, capaciteit en efficiëntie te verbeteren.

Tweede voorwaarde: algemeen belang

- 3.6.4. Bovendien acht aanbesteder de tweede voorwaarde (algemeen belang) vervuld, omdat uit jurisprudentie van het EHRM volgt dat de goede organisatie van de gezondheidszorg kan worden aangemerkt als een algemeen belang (EHRM 6 oktober 2005, 11810/03 (Maurice/Frankrijk), ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD001181003, par. 86). De winstbepaling is daarvoor bedoeld.

Derde voorwaarde: fair balance

- 3.6.5. Daarnaast wijst aanbesteder erop dat geen sprake is van ontneming van winst maar van een regulering. De overwinst wordt immers niet teruggevraagd, maar aan de besteding daarvan wordt contractueel een doelbestemming gegeven. Gelet op het algemeen maatschappelijk belang dat wordt gediend met artikel 16 van de raamovereenkomst en het gegeven dat de jeugdhulpaanbieders vrij beschikking hebben over de winst uit de raamovereenkomst tot 5%, is naar het oordeel van aanbesteder sprake van een 'fair balance' tussen de gerechtvaardigde belangen van de jeugdhulpaanbieders en het algemeen maatschappelijk belang. Ook vanuit dat perspectief is, volgens aanbesteder, geen sprake van strijdigheid met artikel 1 EP EVRM.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 5 april 2022 een toetredingsprocedure heeft gevolgd, welke door aanbesteder als 'open house-procedure' is betiteld.
- 4.2. Alvorens de klacht verder in behandeling te kunnen nemen, zal de Commissie eerst ingaan op de vraag of ze daartoe bevoegd is.

Toetsingskader bevoegdheid Commissie in toelatingsprocedure

- 4.3. In artikel 4.27 Aw 2012 is bepaald dat de Minister de instelling van een commissie bevordert die tot doel heeft onafhankelijk advies te geven over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures (inmiddels: de Commissie van Aanbestedingsexperts). De Commissie leidt af uit de Nota van Wijziging bij het wetsvoorstel bij de Aanbestedingswet 2012 (Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 11, p.22, onderdeel YY) dat het woord 'aanbestedingsprocedure' in dit verband ruim moet worden uitgelegd: 'De hoofdlijnen van dit artikel zijn in paragraaf 3 al toegelicht. Daaraan wordt nog toegevoegd dat ook hier (evenals in artikel 1.3a) het begrip aanbestedingsprocedure ruim moet worden uitgelegd. Met andere woorden: het werkterrein van de commissie zal zich kunnen uitstrekken over alle situaties waarbij een opdracht in de markt wordt gezet'.
- 4.4. Zoals eerder al overwogen in Advies 507 (ov. 5.2.11) betwijfelt de Commissie of het de bedoeling van de wetgever is geweest om afdeling 1.2.3 Aw 2012 (uitgangspunten bij nationale aanbestedingen) van toepassing te laten zijn op toelatingsprocedures als de onderhavige die geen aanbestedingsprocedures zijn. De Commissie betwijfelt eveneens of het de bedoeling is, indien sprake zou zijn van een

duidelijk grensoverschrijdend belang, dat afdeling 1.2.2 Aw 2012 (beginselen bij Europese aanbestedingen) van toepassing is op toelatingsprocedures als de onderhavige. In Advies 507 heeft de Commissie de wetgever aanbevolen de wet op dit punt te verduidelijken. Die verduidelijking heeft nog niet plaatsgevonden. Recent heeft de Commissie dit standpunt opnieuw naar voren gebracht in Advies 662, overwegingen 4.3 tot en met 4.3.5.

- 4.5. Omdat zogenaamde 'toelatingsprocedures' bij de behandeling van bovengenoemd wetsvoorstel niet aan de orde waren, gaat de Commissie niet uit van de veronderstelling dat de wetgever heeft bedoeld toelatingsprocedures binnen het werkterrein van de Commissie te brengen.
- 4.6. Bij een toelatingsprocedure zoals in het onderhavige geval kan de Commissie de klacht derhalve enkel in behandeling nemen, voor zover de klacht betrekking heeft op (vermeende) schending van één of meer artikelen uit de afdeling 1.2.1 Aw 2012. Het werkterrein van de Commissie blijft zo beperkt tot handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet valt.

Commissie niet bevoegd te adviseren in onderhavige klacht

- 4.7. De Commissie overweegt dat de onderhavige procedure weliswaar als een inkoopprocedure kan worden gekwalificeerd, maar niet als een aanbestedingsprocedure (vgl. HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399, Falk Pharma, r.o. 40-42). Daarmee zijn Richtlijn 2014/24/EU en Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet op deze inkoopprocedure van toepassing. Dat de Richtlijn niet van toepassing is op toelatingsprocedures, is onlangs nog bevestigd in HvJ EU 14 juli 2022, zaak C-436/20 ECLI:EU:C:2022:559, (ASADE).
- 4.8. Afdeling 1.2.1 Aw 2012 is wel van toepassing op inkoopprocedures als de onderhavige (zie ov. 4.3.5 van Advies 662 en ov. 5.2.9 van Advies 507), maar onderhavige klacht heeft geen betrekking op vermeende schending van één of meer van de artikelen uit die afdeling. Dat betekent dat de Commissie niet bevoegd is om de klacht verder in behandeling te nemen.
- 4.9. De Commissie **staakt** de behandeling van de klacht, omdat de klacht geen betrekking heeft op handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 (zie ook artikel 1 sub c Reglement van de Commissie).

5. **Advies**

De Commissie heeft de behandeling van de klacht **gestaakt**.

Den Haag, 21 juli 2022

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp
Voorzitter

Mr. M.C. Pinto
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid