

Advies 662 | Samenvatting

De klacht ziet op een inkoopprocedure voor het sociaal domein, te weten op het gebied van Jeugdhulp, Wmo en Beschermd Wonen.

Klacht

De klacht betreft de kwalificatie - en daarmee de van toepassing zijnde rechtsregels - van de inkoopprocedure. Ondernemer klaagt dat aanbesteder in naam een toelatingsprocedure heeft georganiseerd, maar dat het in feite een aanbestedingsprocedure betreft.

Oordeel Commissie

De Commissie overweegt dat de vrijheid die aanbesteder zich heeft voorbehouden de inkoopprocedure tijdelijk stop te zetten, dan wel geen nieuwe afspraken te maken met bestaande dienstverleners, neerkomt op de vrijheid tot keuze van de begunstigde. Deze keuzevrijheid maakt dat de onderhavige inkoopprocedure niet kan worden gezien als toelatingsprocedure, maar moet worden gezien als aanbestedingsprocedure. Ondernemer heeft bij aanvang van de inkoopprocedure in 2017, met het sluiten van de overeenkomst met aanbesteder, ingestemd met het keuzelement dat besloten ligt in de mogelijke stopzetting. Daarom kan ondernemer niet meer klagen over het feit dat aanbesteder uitvoering geeft aan dat onderdeel van de overeenkomst. De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Advies 662

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 15 september 2017 op Teneder.nl een openbare aankondiging gedaan voor de inkoop van diensten voor het sociaal domein, te weten op het gebied van Jeugdhulp, Wmo en Beschermd Wonen. Aanbesteder hanteert een toelatingsprocedure waarbij alle zorgaanbieders die voldoen aan de inschrijvingsvereisten een overeenkomst kunnen sluiten met aanbesteder. De uitgangspunten voor de inkoop van deze diensten zijn opgenomen in een inkoopkader.

In het inkoopkader staat opgenomen:

'Toetreding van nieuwe zorgaanbieders blijft mogelijk zoals beschreven in de basisovereenkomst en de deeloovereenkomst.'

In de deeloovereenkomst staat opgenomen:

'8.4 [Aanbesteder] kan besluiten tijdelijk geen nieuwe Dienstverleners toe te laten dan wel tijdelijk geen nieuwe contractuele afspraken te maken over de levering van diensten met bestaande Dienstverleners.'

- 1.2. Met de zorgaanbieders worden drie overeenkomsten gesloten:

- a. een basisovereenkomst Wmo, Jeugdhulp, en/of Beschermd Wonen met de spelregels binnen het netwerk van dienstverleners en gemeenten;
- b. (een) deeloovereenkomst(en) Jeugdhulp, Begeleiding, Hulp bij Huishouden en/of Beschermd Wonen met de spelregels voor bepaalde typen diensten; en
- c. de individuele bijlage II Jeugdhulp, Bijlage II Begeleiding, Bijlage II Hulp bij Huishouden en Bijlage II Beschermd Wonen met de door u te leveren diensten en specifieke spelregels.

De basisovereenkomsten lopen tot en met 31 december 2024. De deeloovereenkomsten lopen tot en met 31 december 2022. De deeloovereenkomsten kunnen optioneel worden verlengd met 2 jaar, tot en met 31 december 2024.

- 1.3. Ondernemer heeft een overeenkomst gesloten met aanbesteder voor het leveren van de volgende diensten:

- 51A00-Generalistische Basis – GGZ Kort
- 51A01-Generalistische Basis – GGZ Middel
- 51A03-Generalistische Basis – GGZ Intensief
- 51A04-Generalistische Basis – GGZ Onvolledig Behandeltraject
- 51D04-Jeugd GGZ Diagnostiek EED
- 51D02-Jeugd GGZ Behandeling EED

- 1.4. Op 30 augustus 2021 verzoekt ondernemer aan aanbesteder om de overeenkomst uit te breiden met de producten 54002-Behandeling Specialistisch en 54004-Diagnostiek.

- 1.5. Op 1 september 2021 meldt aanbesteder aan ondernemer dat de toetreding van zowel nieuwe aanbieders, als het toetreden tot nieuwe diensten, gesloten is.

Aanbesteder maakt hierbij de volgende uitzondering:

'Het besluit is daarom om ingaande 1 april 2021 toetreding alleen mogelijk te maken in die gevallen dat aanbieders een evidente meerwaarde voor het zorglandschap leveren. Om te bepalen of daar bij uw dienstverlening sprake van is, vragen we u om als eerste stap te mailen voor welke producten, voor welke doelgroep en op welke locatie u diensten wil verlenen.'

Op verzoek van aanbesteder dient ondernemer op 7 september 2021 een motivatie in voor de toetreding tot de diensten.

Op 18 oktober 2021 geeft aanbesteder de volgende reactie:

'Zoals eerder vermeld is het inschrijven op deze diensten niet mogelijk. Ook met de toegestuurde motivatie is het niet mogelijk om het contract uit te breiden.'

Op 25 oktober 2021 meldt aanbesteder aanvullend:

'De redenen hiervoor zijn:

- Er zijn momenteel 229 aanbieders gecontracteerd voor Jeugd, Wmo en Beschermd Wonen. Circa 50 zorgaanbieders verzorgen 80% van de totale omzet.
- De afgelopen jaren was elk jaar een substantieel deel van de (kleinere) zorgaanbieders zelfs geheel verstoken van omzet in onze regio.
- Het aantal aanbieders loopt te hoog op en het zorgaanbod raakt te versplinterd om adequaat contractmanagement te voeren en om de aanbieders goed te kunnen monitoren.
- De keuzevrijheid voor inwoners zal niet in het geding komen aangezien er ruim voldoende aanbod beschikbaar is.

(...)

Uitbreiding van het contract is daardoor niet mogelijk.'

- 1.6. Bij mail van 30 november 2021 geeft ondernemer het volgende aan: 'Nu [aanbesteder] gekozen heeft voor Open House kan de toetreding van nieuwe zorgaanbieders namelijk niet zomaar gesloten worden.'
- 1.7. Op 8 februari 2022 dient ondernemer een klacht in bij de aanbesteder. Aanbesteder blijft bij berichtgeving van 16 februari 2022 bij haar standpunt om 'geen aanvullende afspraken maken op het huidige contract'.
- 1.8. Ondernemer heeft op 24 februari 2022 een klacht ingediend bij de Commissie. Samengevat meent ondernemer dat aanbesteder de toetreding van nieuwe zorgaanbieder niet had mogen sluiten en dat ondernemer alsnog dient te worden toegelaten.
- 1.9. Aanbesteder heeft op 14 maart 2022 een reactie ingediend (zie paragraaf 4 hierna).

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

Klacht

- 2.1. Ondernemer klaagt dat aanbesteder – door geen nieuwe toetreders dan wel geen toetreden tot nieuwe diensten toelaat – feitelijk exclusief heeft gegund aan de al gecontracteerde aanbieders in de regio. Er heeft een selectie plaatsgevonden, zonder dat er een aanbesteding in de zin van de Aanbestedingswet 2012 heeft plaatsgevonden.
- 2.2. Een en ander is tevens in strijd met het door aanbesteder openbaar gepubliceerde inkoopkader waarin de uitgangspunten voor de toelatingsprocedure en de

contracten zijn opgenomen. Daarnaast schendt aanbesteder hiermee het gelijkheidsbeginsel van artikel 1.8 Aw 2012.

3. Reactie aanbesteder

In behandeling nemen

- 3.1. Aanbesteder meent dat de klacht van ondernemer niet binnen het werkveld van de Commissie van Aanbestedingsexperts valt, omdat het niet voldoet aan de definitie van klacht in het reglement van de Commissie: '*(...) voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.*' De toelatingsprocedure die door aanbesteder is toegepast, kwalificeert niet als een aanbestedingsprocedure, en valt niet binnen de werkingssfeer van de Aw 2012. Aanbesteder verwijst hierbij ook naar de arresten Falk Pharma en Tirkkonen van het Europese Hof. Omdat de procedure niet als een aanbestedingsprocedure kwalificeert, zijn Richtlijn 2014/24/EU en Deel 2 van de Aanbestedingswet niet van toepassing.

Klacht

- 3.2. Aanbesteder merkt op dat ondernemer niet kwalificeert als 'nieuwe toetreders'. Omdat ondernemer al een overeenkomst met aanbesteder heeft afgesloten, gaat het om een uitbreiding van de bestaande overeenkomst. Aanbesteder heeft op grond van de overeenkomst (artikel 8.4 van de Deelovereenkomst) het recht om tijdelijk geen nieuwe contractuele afspraken te maken over de levering van diensten met bestaande dienstverleners. Hier is geen sprake van selectie. Aanbesteder meent ook dat er geen sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel van artikel 1.8 Aw 2012.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 15 oktober 2017 een aankondiging heeft gedaan van een inkoopprocedure voor diensten ten behoeve van het sociaal domein.

In behandeling nemen

- 4.2. De Commissie constateert dat de kwalificatie van de hier gevolgde procedure partijen verdeeld houdt: ondernemer stelt dat aanbesteder weliswaar in naam een toelatingsprocedure heeft georganiseerd, maar dat het in feite een aanbestedingsprocedure betreft. Zijn klacht ziet erop dat die handelwijze strijdig is met het door aanbesteder gepubliceerde inkoopkader. Aanbesteder verweert zich juist met de stelling dat de Commissie niet bevoegd is om de klacht in behandeling te nemen, omdat de onderhavige procedure een toelatingsprocedure is, waarop de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is. De Commissie behandelt daarom eerst de vraag of, naar haar oordeel, sprake is van een toelatingsprocedure of een aanbestedingsprocedure.

Klacht

Beknopt oordeel

De Commissie overweegt dat de vrijheid die aanbesteder zich heeft voorbehouden de inkoopprocedure tijdelijk stop te zetten, dan wel geen nieuwe afspraken te maken met bestaande dienstverleners, neerkomt op de vrijheid tot keuze van de

begunstigde. Deze keuzevrijheid maakt dat de onderhavige inkoopprocedure niet kan worden gezien als toelatingsprocedure, maar moet worden gezien als aanbestedingsprocedure. In zoverre is de Commissie het dan ook eens met de stelling van ondernemer. Ondernemer heeft echter bij aanvang van de inkoopprocedure in 2017, met het sluiten van de overeenkomst met aanbesteder, ingestemd met het keuze-element dat besloten ligt in de mogelijke stopzetting. Daarom kan ondernemer niet meer klagen over het feit dat aanbesteder uitvoering geeft aan dat onderdeel van de overeenkomst. De Commissie acht de klacht daarom ongegrond.

Toelichting

Toetsingskader bevoegdheid Commissie in toelatingsprocedures

- 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 voor 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 werkkterrein van de commissie zal zich kunnen uitstrekken over alle situaties waarbij een opdracht in de markt wordt gezet.'
- 4.3.1. Zoals de Commissie heeft overwogen in ov. 4.3.1 van Advies 661, begrijpt zij dat de bedoeling van de wetgever was het werkkterrein van de Commissie zich ook te laten uitstrekken over situaties waarbij een aanbestedende dienst, bijvoorbeeld, in het geheel geen aanbestedingsprocedure heeft gevolgd, of een overheidsopdracht ten onrechte enkel heeft aangemerkt als 'subsidie'. In artikel 9 lid 1 sub g van het Reglement van de Commissie is een 'klacht' daarom gekoppeld aan een 'handelen of nalaten dat binnen de werkkingsfeer van de Aanbestedingswet valt'.
- 4.3.2. Omdat zogenaamde 'toelatingsprocedures' (zie 4.4 onderstaand e.v.) 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 werkkterrein van de Commissie te brengen.
- 4.3.3. Onder verwijzing naar overweging 5.2.5 van Advies 507 overweegt de Commissie dat indien de onderhavige procedure moet worden beschouwd als toelatingsprocedure, Richtlijn 2014/24/EU en Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet op deze inkoopprocedure van toepassing zijn. 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).
- 4.3.4. Zoals 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 die geen aanbestedingsprocedures zijn en daarmee of de Commissie bevoegd is te adviseren over dergelijke procedures. In Advies 507 heeft de Commissie de wetgever aanbevolen de Aanbestedingswet ten aanzien van toelatingsprocedures te verduidelijken. Die verduidelijking heeft nog niet plaatsgevonden. Ook zonder die aanpassing van de wet is evenwel duidelijk dat Afdeling 1.2.1 Aw 2012 van toepassing is op toelatingsprocedures, omdat die afdeling ziet op alle situaties waarin aanbestedende diensten een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel sluiten (zie ov. 5.2.9 van Advies 507).

- 4.3.5. Is sprake van een toelatingsprocedure, dan kan de Commissie de klacht enkel in behandeling nemen, voor zover de klacht betrekking heeft op (vermeende) schending van één of meer van de artikelen uit afdeling 1.2.1 Aw 2012. Het werkterrein van de Commissie blijft dan beperkt tot handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet valt.

Toetsingskader toelatingsprocedure

- 4.4. Voor de kwalificatie van een inkoopprocedure als toelatingsprocedure zijn van belang de arresten van het HvJ EU van 14 juli 2022, zaak C-436/20 ECLI:EU:C:2022:559, (ASADE), HvJ EU van 2 juni 2016, zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (Falk Pharma) en HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (Tirkkonen) en de laatste alinea van randnummer 114 van de considerans in relatie tot artikel 74 van Richtlijn 2014/24/EU (hierna: de Richtlijn, vgl. ook o.a. Advies 441 en 507).
- 4.4.1. Onder randnummer 114 van de considerans bij de Richtlijn wordt de vrijheid van de aanbestedende dienst benadrukt om sociale diensten zo te organiseren dat er geen openbare aanbesteding hoeft plaats te vinden. Alle ondernemers die beantwoorden aan de vooraf door de aanbestedende dienst vastgestelde voorwaarden, zonder beperkingen of quota, dienen te kunnen participeren. Voorwaarde is daarbij wel dat het gekozen systeem voldoende publiciteit waarborgt en aan het transparantiebeginsel en discriminatieverbod voldoet.
- 4.4.2. Uit de in 4.6 genoemde arresten en randnummer 114 van de considerans, leidt de Commissie af dat een definiërend kenmerk van de toelatingsprocedure is dat de aanbestedende dienst geen ondernemer mag aanwijzen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund. De keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, is een element dat intrinsiek is verbonden met aanbestedingsprocedures (zie de conclusie van A-G Medina in zaak C-436/20 (ASADE), randnummer 67).
- 4.4.3. Wel lijkt het te zijn toegestaan dat tussentijdse toelating tot een toelatingsprocedure mag worden beperkt. Een tussentijdse toetreding tot een toelatingsprocedure, ook wel aangemerkt als een 'open-houseprocedure', mag worden beperkt tot een bepaalde periode of moment in tijd of tot bepaalde vooraf bekendgemaakte gevallen, mits dit op voorhand duidelijk in de aanbestedingsstukken is vermeld. Dit wordt ook wel aangemerkt als 'semi open house-procedure' (vgl. Rb Midden Nederland 16 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5829, r.o. 2.2).

Sprake van toelatingsprocedure of van aanbestedingsprocedure?

- 4.5. De Commissie stelt vast dat de door aanbesteder aangekondigde inkoopprocedure eruit bestaat dat hij diensten inkoopt door schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel te sluiten met een iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken diensten te leveren op basis van vooraf vastgelegde voorwaarden. In de Deelovereenkomst die onderdeel uitmaakt van de inkoopprocedure – en die kenmerkend onderdeel uitmaakte van de oorspronkelijke publicatie in 2017 – heeft aanbesteder opgenomen dat hij het recht heeft de toelating van nieuwe dienstverleners, dan wel het toetreden tot nieuwe diensten door bestaande aanbieders, tijdelijk stop te zetten (zie onder 1.1 bovenstaand).
- 4.5.1. Aanbesteder heeft die mogelijkheid tot tijdelijke stopzetting niet ingeperkt door bekend te maken onder welke voorwaarden of op welk moment deze stopzetting kan plaatsvinden. Dat heeft tot gevolg dat aanbesteder in beginsel het recht heeft voorbehouden op elk moment, zonder motivatie, de inkoopprocedure stop te zetten. Die mogelijkheid geeft aanbesteder keuzevrijheid. Aanbesteder kan immers de procedure tijdelijk stopzetten op het moment dat een partij zich aanmeldt die

hij niet wenst toe te laten, of hij geen nieuwe diensten wenst te gunnen aan een bestaande aanbieder en de procedure opnieuw openstellen op het moment dat zich een partij aanmeldt die hij wel wenst toe te laten of hij wel nieuwe diensten wenst te gunnen aan een zekere aanbieder. Deze keuzevrijheid maakt dat de onderhavige inkoopprocedure niet kan worden gezien als toelatingsprocedure, maar moet worden gezien als aanbestedingsprocedure.

- 4.5.2. Voorgaande conclusie wordt bevestigd doordat aanbesteder op 1 april 2021 kenmerkend het besluit genomen heeft dat, ingeval een ondernemer evidente meerwaarde kan leveren aan het zorglandschap, ter bepaling door aanbesteder, die ondernemer ondanks de stopzetting toch kan worden toegelaten. Uitsluitend aanbesteder bepaalt dan of en in hoeverre sprake is van 'evidente meerwaarde', waardoor de procedure voor sommige ondernemers wel open staat en voor andere ondernemers niet. De keuze voor een begunstigde ligt in die situatie bij de aanbestede dienst en niet bij, bijvoorbeeld, uiteindelijke afnemers van de te leveren diensten. Deel 1 en deel 2 van de Aanbestedingswet zijn dan ook van toepassing op de door aanbesteder gevolgde inkoopprocedure. Bijgevolg is de Commissie bevoegd kennis te nemen van de onderhavige klacht.

Sprake van aanbestedingsprocedure, maar klacht toch ongegrond

- 4.6. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer, bij het aangaan van de deelovereenkomst in 2017, ingestemd met de (onbeperkte) mogelijkheid voor aanbesteder tot tijdelijke stopzetting van de inkoopprocedure op willekeurige momenten. Het moet ondernemer in ieder geval voldoende duidelijk zijn geweest dat, gedurende de looptijd, aanbesteder toelating (tot nieuwe of aanvullende dienstverlening) tijdelijk zou kunnen stopzetten. Naar het oordeel van de Commissie staat die omstandigheid aan gegrondverklaring van zijn klacht in de weg. Hoewel ondernemer terecht erop wijst dat aanbesteder in feite een aanbestedingsprocedure in de markt heeft gezet en niet een toelatingsprocedure, kan ondernemer daar niet over klagen, omdat hij door het aangaan van de Deelovereenkomst in 2017 heeft ingestemd met het hiervoor besproken keuze-element dat besloten ligt in de mogelijke stopzetting en aanbesteder. Door de procedure tijdelijk stop te zetten en met het op 1 april 2021 genomen besluit, geeft aanbesteder uitvoering aan de overeenkomst. De Commissie verklaart de klacht daarom **ongegrond**.

Ten overvloede: verplicht hanteren gunningscriterium art. 2.11 Jeugdwet (oud)

- 4.7. Ten overvloede wijst de Commissie op de jurisprudentie over inkoopprocedures onder de Jeugdwet zoals deze luidde tot 1 juli 2022 (zie onder meer Voorzieningenrechter rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht, 4 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7530, r.o. 4.9 e.v. en Voorzieningenrechter rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden, 15 september 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:3943, r.o. 5.5 tot en met 5.8). In die jurisprudentie is uitgemerkt dat een gunningscriterium moet worden gehanteerd op grond van artikel 2.11 Jeugdwet (oud) in inkoopprocedures die zijn gepubliceerd tot 1 juli 2022. Aanbesteder heeft zich in dit geval weliswaar keuzevrijheid voorbehouden bij overeenkomst, maar heeft geen gunningscriterium gehanteerd. Omdat ondernemer daarover niet heeft geklaagd, valt dit aspect evenwel buiten het bereik van de klacht.

5. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 26 oktober 2022

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter