

### Advies 552| Samenvatting

De gemeente heeft in 2016 een inkoopprocedure gehouden voor het sluiten van raamovereenkomsten met meerdere ondernemers voor opdrachten tot het verlenen van ondersteuning op het gebied van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo). Deze inkoopprocedure kwalificeert niet als een aanbestedingsprocedure, zodat Richtlijn 2014/24/EU niet op deze inkoopprocedure van toepassing was. Wel waren destijds de fundamentele regels van het VWEU alsmede enkele bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 op de inkoopprocedure van toepassing.

De gemeente heeft in het kader van de inkoopprocedure raamovereenkomsten met betrekking tot perceel 1 (Ambulante ondersteuning) gesloten met een aantal ondernemers. Bij de totstandkoming van de raamovereenkomsten zijn niet alle tijdens de inkoopprocedure door de ondernemingen ingediende tarieven (volledig) gehonoreerd. In het Inkoopdocument is onder andere bepaald dat tijdens de uitvoering van de raamovereenkomsten financiële herschikkingen zullen plaatsvinden, waarbij onbenutte middelen worden herverdeeld over de ondernemingen met wie de gemeente de raamovereenkomsten sluit.

De klacht heeft geen betrekking op de inkoopprocedure, maar op de uitvoering door de gemeente van de raamovereenkomsten. Meer in het bijzonder ziet de klacht op de uitvoering van de in het Inkoopdocument voorziene financiële herschikkingen. De gemeente heeft in dat kader het budget van een aantal ondernemers verhoogd, maar niet het budget van de ondernemer die klaagt. De ondernemer meent dat ook hij aanspraak kan maken op verhoging van het budget. De gemeente stelt zich echter op het standpunt dat de ondernemer daar geen aanspraak op kan maken op grond van de in het Inkoopdocument opgenomen herschikkingsregels.

De ondernemer klaagt er met het eerste klachtonderdeel over dat de gemeente met de wijze waarop zij de herschikkingen heeft uitgevoerd de raamovereenkomsten wezenlijk heeft gewijzigd, zonder de opdracht opnieuw aan te besteden.

Alvorens het eerste klachtonderdeel te beoordelen overweegt de Commissie dat – hoewel de tussen de gemeente en de ondernemers gesloten raamovereenkomsten niet voorzien in de gunning van nadere opdrachten – er bij de uitvoering van die overeenkomsten onbenutte middelen worden herverdeeld over de ondernemingen met wie de gemeente de raamovereenkomsten heeft gesloten. Die onbenutte middelen zijn kennelijk schaars. De verdeling van de onbenutte middelen vindt mede plaats op basis van een beoordeling en vergelijking van de tarieven en prestaties van de raamcontractanten ten opzichte van elkaar. In zoverre vertoont de verdelingsprocedure volgens de Commissie gelijkenis met de gunning van nadere opdrachten onder een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen en de gunning van overheidsopdrachten in het kader van een DAS.

De Commissie is daarom van oordeel dat de gemeente bij de uitvoering van de in de raamovereenkomsten voorziene verdeling van schaarse, onbenutte middelen de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht moet nemen. De Commissie ziet vervolgens een analogie met de transparantieverplichting van aanbestedende diensten zoals die met betrekking tot kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie is geconcretiseerd. Dat betekent

voor het onderhavige geval dat de gemeente in het kader van de verdeling van de onbenutte middelen (i) zodanige criteria moet formuleren dat het voor een onderneming volstrekt duidelijk is aan welke eisen hij moet voldoen, (ii) de tarieven en prestaties van een onderneming aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de gemeente het resultaat van de verdeling motiveert op een wijze die het voor een onderneming mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de verdeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling het resultaat van de verdeling rechtvaardigt. De gemeente is gehouden om de tarieven en prestaties overeenkomstig de door haar gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die zij niet vooraf ter kennis van de ondernemingen heeft gebracht, omdat anders in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie zou worden gehandeld.

De Commissie ziet verder nog een analogie met de motiveringsplicht van artikel 2.130 Aw 2012 die in het verlengde ligt van de transparantieverplichting. Dat betekent voor een geval als het onderhavige dat de gemeente niet kan volstaan met het bekendmaken van het resultaat van de verdeling van de onbenutte middelen, zonder enige toelichting op de wijze waarop dat resultaat tot stand is gekomen. De gemeente zal in dat kader duidelijk moeten maken wat de kenmerken en voordelen zijn van de prestaties en tarieven van de ondernemingen die in de verdelingsprocedure zijn betrokken en hoe een en ander door haar is vertaald naar het resultaat van de verdeling. Immers, zonder deze informatie kan een ondernemer niet beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure tegen de beslissing van de gemeente om aan hem – en/of aan een of meer van de andere ondernemers – een bepaald deel van de onbenutte middelen al dan niet toe te wijzen, zinnig is.

De Commissie komt tot het oordeel dat het eerste klachtonderdeel ongegrond is. Anders dan de ondernemer lijkt te veronderstellen, is in het onderhavige geval namelijk geen sprake van een "wijziging van de opdracht". Naar het oordeel van de Commissie miskent de ondernemer met deze stelling dat de verdeling van onbenutte middelen van meet af aan – via de bepalingen van het Inkoopdocument – in de raamovereenkomsten is voorzien. Dat geldt ook voor de verplichting van de ondernemingen om in geval van toekenning van onbenutte middelen in ruil daarvoor diensten te leveren.

De Commissie gaat vervolgens in een aantal overwegingen ten overvloede nog in op de vraag – hoewel de ondernemer daar dus niet over heeft geklaagd – of de gemeente in het kader van de verdeling van de onbenutte middelen heeft voldaan aan haar eerder genoemde transparantieverplichting. De Commissie beantwoordt deze vraag deels bevestigend en deels ontkennend.

Met zijn tweede klachtonderdeel klaagt de ondernemer er over dat de gemeente handelt in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door geen inzicht te verschaffen in de uitkomst van de beschikkingen.

De Commissie stelt vast dat tussen partijen niet ter discussie staat dat de gemeente de ondernemer enkel heeft laten weten dat zijn verzoek tot ophoging van het maximumbudget is afgewezen en dat het maximumbudget van diverse andere ondernemingen met wie de gemeente vergelijkbare raamovereenkomsten heeft gesloten is opgehoogd, zonder verdere toelichting te geven op de wijze waarop dat resultaat tot stand is gekomen. De Commissie is van oordeel dat de gemeente daarmee niet heeft voldaan aan haar eerder genoemde motiveringsplicht en acht het tweede klachtonderdeel daarmee gegrond.

## Advies 552

### 1. Feiten

- 1.1. Gemeente A heeft op 10 oktober 2016 een inkoopprocedure aangekondigd voor het sluiten van raamovereenkomsten met meerdere ondernemers voor opdrachten tot het verlenen van ondersteuning op het gebied van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo). De opdracht is verdeeld in vijf percelen:  
Perceel 1: Ambulante ondersteuning;  
Perceel 2: Dagbesteding;  
Perceel 3: Kortdurend verblijf;  
Perceel 4: Hulp bij het huishouden (inclusief pilot Ondersteuning bij het huishouden);  
Perceel 5: Trekker Alliantie.
- 1.2. De onderhavige klacht heeft enkel betrekking op Perceel 1.
- 1.3. In het Inkoopdocument van 10 oktober 2016 is, onder meer, het volgende bepaald:

(...)

### 1 WMO ondersteuning in [het gebied van Aanbesteder]

#### 1.1 Transformatie en uitgangspunten

(...)

#### 1.8 Ontwikkelplan

In de ontwikkelopdracht om tot verbetering van kwaliteit van de toegang en de vraagverhelderingsgesprekken te komen, zit besloten dat zorgaanbieders zich inspannen om de deskundigheid van hun medewerkers te vergroten. Enerzijds door hier zelf actief mee aan de slag te gaan (eigen trainingen, ontwikkel en leerruimte voor professionals, feedback, etc.) en anderzijds door gebruik te maken van de leerlijn en trainingen waar [Aanbesteder] in faciliteert. (...)

Aan alle aanbieders wordt gevraagd om in een Ontwikkelplan inzichtelijk te maken hoe zij zich binnen de eigen organisatie inspannen voor de verbetering van de kwaliteit van de toegang en de vraagverhelderingsgesprekken, zoals in 1.2.1 beschreven. (...)

De opdracht voor het Ontwikkelplan, de twee samenhangende ontwikkelopdrachten: 1. De verbetering van de kwaliteit van de toegang en de vraagverhelderingsgesprekken en 2. Het resultaat gericht werken, is bijgevoegd (zie bijlage 15).

(...)

### 2 De Opdracht

#### 2.1 Doelstelling, omschrijving en context van de inkoopprocedure

(...)

### **2.1.2. Opdracht in de vorm van een raamovereenkomst zonder omzetgarantie**

[Gemeente A] is voornemens om voor deze Opdracht een Raamovereenkomst (bijlage 1) te sluiten met Opdrachtnemer. Na het sluiten van de Raamovereenkomst kan [Gemeente A] Nadere Opdrachten bij Opdrachtnemer plaatsen onder de in de raamovereenkomst genoemde voorwaarden.

(...)

### **2.1.4 Duur raamovereenkomst**

[Gemeente A] is voornemens de raamovereenkomst voor de duur van één jaar en zeven maanden te sluiten met een optie op verlenging van maximaal twee maal één jaar. De raamovereenkomst gaat in op 1 juni 2017. [Gemeente A] streeft naar deze startdatum, zoals deze in de Planning is aangegeven. Uiterlijk drie maanden voor het aflopen van de eerste contracttermijn van de raamovereenkomst zal [Gemeente A] aan de Opdrachtnemer mededelen of zij tot verlenging van de raamovereenkomst overgaat:

- Aan de hand van de uitkomsten van de evaluatie, als bedoeld in paragraaf 2.2.5 van dit inkoopdocument en artikel 17 van de raamovereenkomst.
- Indien met het oog op de vereiste kwaliteitseisen in de uitvoering van de opdracht de daartoe strekkende minimaal aantal cliënten is behaald conform paragraaf 6.1 van dit inkoopdocument.

### **2.1.5 Raming waarde van de Opdracht**

Per jaar worden er financiële afspraken per aanbieder gemaakt binnen de (...) beschikbaar gestelde inkoopbudgetten. In de onderstaande tabel staat een overzicht van de omvang van de beschikbare middelen voor 1 juni 2017 t/m 31 december 2018 (...).

<b>Percelen</b>	<b>Omvang</b>
Perceel 1 Ambulante ondersteuning	48,6 miljoen euro
(...)	(...)

Voorafgaand aan de contractjaren 2019 en 2020 kan [Gemeente A] met de Opdrachtnemer nieuwe afspraken maken over onder andere budget, volume, tarieven en ontwikkelopgave. Nieuwe afspraken kunnen noodzakelijk zijn door gewijzigde budgetten, gecombineerde uitvoering van meerdere Wmo-producten, (markt)ontwikkelingen, wet en regelgeving en gemeentelijk beleid.

De raamovereenkomst biedt geen omzetgarantie voor Opdrachtnemers. Cliënten hebben keuzevrijheid en kiezen zelf voor een aanbieder, afname hangt af van de keuze van de cliënten. [Gemeente A] speelt hierin geen rol.

### **2.1.6 Budgettair kader**

[Gemeente A] heeft een budgettair kader waarmee professionele ondersteuning moet worden ingekocht [zijn inwoners] in de periode van 1 juni 2017 t/m 31 december 2018. In deze periode is er een taakstelling vanuit het rijk. In de eerste financiële afspraak die via de raamovereenkomst van 1 juni 2017 wordt gemaakt, is deze taakstelling nog niet verwerkt. Wel hebben aanbieders de opdracht om doelmatige ondersteuning te bieden, onder meer door een goede verbinding met informele zorg te maken en professionele zorg alleen daar wordt ingezet waar die zorg echt noodzakelijk is. Het aantal cliënten zal in 2017 en 2018 naar verwachting toenemen. (...) [Gemeente A] wil er de komende jaren voor zorgen dat meer [inwoners] mee kunnen doen in [het gebied van Gemeente A]. Het gaat daarbij

vooral om [inwoners] die het niet lukt om op eigen kracht te participeren en voor wie een betaalde baan (nog) een brug te ver is.

In het herijkte coalitietakkoord (...) worden voorstellen gedaan om extra middelen beschikbaar te stellen voor Ambulante ondersteuning en Dagbesteding. (...) Pas eind 2016 is het duidelijk hoeveel middelen over zijn in het Fonds. De financiële kaders zullen dan aangepast worden. (...)

Aanbieders staan desondanks in 2017 opnieuw voor een uitdaging in lijn met de ontwikkelopdracht ondersteuning te bieden aan [de inwoners van Gemeente A]. Een doelmatige inzet van professionele ondersteuning is nodig om te zorgen dat de [inwoner] die dat nodig hebben ondersteuning blijven houden.  
(...)

#### **2.1.6.1. Percelen Ambulante Ondersteuning en Dagbesteding**

*De percelen Ambulante ondersteuning en Dagbesteding hebben een maximum budget per aanbieder.* [Gemeente A] maakt met aanbieders voor de afzonderlijke percelen Ambulante ondersteuning en Dagbesteding een afspraak waarvoor een maximum budget geldt. Binnen dit maximum budget krijgen aanbieders ruimte om de noodzakelijke ondersteuning in te zetten waarmee de resultaten die zijn vastgelegd in de individuele ondersteuningsplannen kunnen worden bereikt. Het maximum budget geldt voor de periode van 1 juni 2017 t/m 31 december 2018.

Bij de start van de overeenkomst zal een initieel maximumbudget worden vastgesteld, na de herschikking(en) zal een definitief maximumbudget worden vastgesteld.

*Hoogte van het initieel maximum budget Ambulante ondersteuning en Dagbesteding.* Cliënten kiezen zelf een aanbieder uit het aanbod gecontracteerde aanbieders. De verdeling van cliënten over gecontracteerde aanbieders hangt dus af van de vrije keuze van cliënten. (...) Cliënten die al Ambulante ondersteuning of Dagbesteding ontvangen blijven bij hun huidige aanbieder als deze is gecontracteerd, tenzij ze zelf uit eigen overweging kiezen om te wisselen van aanbieder.

De hoogte van het initieel maximum budget wordt, met het oog op de gewenste zorgcontinuïteit, bij aanbieders die in 2016 al cliënten ondersteunen bepaald door het budget van de afspraak 2016 na de herschikking 2016 te corrigeren voor de langere duur van de raamovereenkomst en daarna te vermenigvuldigen met 90%. De ingehouden 10% wordt gebruikt voor het initieel maximum budget van toetreders, de financiering van de Allianties en de herschikking. Toetreders krijgen een initieel maximumbudget tot een hoogte van € 100.000,-. Het maximumbudget dat wordt afgesproken is een reservering, de feitelijke betaling vindt plaats op basis van facturatie van de geleverde ondersteuning.

#### *Herschikking*

Voor alle aanbieders bestaat in de herschikking de mogelijkheid om, op basis van het aantal ondersteunde cliënten in de eerste 6 perioden van de raamovereenkomst een hoger maximumbudget af te spreken. De afspraak kan ook neerwaarts bijgesteld worden in geval de aanbieder minder cliënten heeft geholpen dan eerder was afgesproken. Bij de herschikking gebeurt dit door de afspraak van alle aanbieders te houden tegen de gefactureerde productie. Rekening houdend met mogelijke knelpunten die hierbij zichtbaar worden, zullen onbenutte middelen ingezet worden bij aanbieders.

Dit resulteert in een herschikkingsvoorstel in januari 2018 en een definitief maximumbudget voor 2018. Wanneer de ontwikkeling van de afspraak en realisatie bij aanbieders daar, na deze herschikking, aanleiding toe geeft zal [Ge-

meente A] besluiten een tweede herschikkingsronde organiseren voor alle aanbieders. Het definitief maximumbudget 2018 kan daardoor nog aangepast worden. Dit besluit wordt medio 2018 genomen.

Mocht de gemeente gebruik maken van de optie jaren dan geldt voor die jaren tevens de systematiek van herschikken zoals bovenstaand beschreven.

(...)

*Op de percelen Ambulante Ondersteuning en Dagbesteding dienen aanbieders tenminste het afgesproken aantal cliënten ondersteuning te geven in lijn met de vastgelegde resultaten in het ondersteuningsplan*

De gemeente verwacht geen afname van het aantal cliënten dat ondersteuning nodig heeft. Aanbieders dienen daarom minimaal hetzelfde aantal cliënten ondersteuning te geven. Dit dwingt de aanbieder op deze percelen professionele ondersteuning effectief in te zetten. En in samenspraak met cliënten zoveel mogelijk informele zorg in te zetten.

*Vaststelling van het minimum aantal cliënten Ambulante ondersteuning en Dagbesteding*

Met aanbieders die in 2016 al cliënten ondersteunen wordt een minimum aantal unieke cliënten afgesproken in overeenstemming met het aantal afgesproken cliënten in de afspraak 2016 na herschikking. Daarvoor wordt het minimum aantal cliënten van de afspraak na herschikking 2016 opgehoogd voor de aangepaste duur van de afspraak. De ophoging wordt bepaald door de gemiddelde instroom van unieke cliënt in periode 2 t/m 9 van 2016 te vermenigvuldigen met 7. De afgesproken minimum aantallen worden neerwaarts bijgesteld voor de ingehouden 10% bij het maken van de afspraak. Ook bij de herschikking van de afspraak worden de aantallen aangepast met eventuele budget bijstellingen. Bij toetreders wordt op basis van de ingevulde bijlage 4 het minimum aantal cliënten bepaald door [Gemeente A] in combinatie met het initiële maximum budget van € 100.000.

Bij de eindafrekening wordt vastgesteld of de aanbieder het minimum aantal cliënten in de afspraak heeft ondersteund. Voor het bepalen van het aantal unieke cliënten dient de definitie in paragraaf 7.2. te worden gebruikt.

*Er is substitutie mogelijk tussen de percelen Ambulante ondersteuning en Dagbesteding bij aanbieders met een budget op beide percelen.*

Aanbieders kunnen door diverse oorzaken minder ondersteuning leveren op het ene perceel en meer op het andere perceel. Aanbieders kunnen, in overleg met de gemeente, het ontstane onbenutte budget substitueren tussen percelen. E zijn twee substitutie momenten bij de herschikking (eind 2017/begin 2018) en bij de eindafrekening (na 31 december 2018).

*Tarief en facturatie Ambulante Ondersteuning en Dagbesteding*

Aanbieders kunnen iedere periode een factuur indienen voor cliënten die zij ondersteuning hebben gegeven. De aanbieder hanteert daarbij het afgesproken tarief per cliënt per periode. Bij de facturatie wordt de grens van het maximale budget door [Gemeente A] bewaakt. Aan de hand van de facturatie monitort [Gemeente A] de benutting van het afgesproken budget per perceel. Om zicht te houden op het afgesproken minimum aantal cliënten per perceel vraagt [Gemeente A] aanbieders om een gemiddeld aantal unieke cliënten in zorg per periode op te geven dat hierbij aansluit. Deze aantallen zijn één van de indicatoren voor de gemeente die richtinggevend zijn bij de voortgangsgesprekken en herschikking van de afspraak.

### *Ontwikkeling resultaatsturing meerjaren perspectief*

De gemeente wil toe naar het sturen op resultaten vanuit het perspectief van cliënten. Een eerste stap is om de bekostiging te baseren op basis van de gemiddelde levering per cliënt per periode voor de Wmo-voorzieningen Ambulante ondersteuning en Dagbesteding. Tegelijkertijd worden er voor deze voorzieningen in 2017 gestart met resultaatgerichte beschrijvingen. (...)

Met de aanbieders en cliënten(vertegenwoordiging) wordt onderzocht wat nuttige resultaatindicatoren zijn om de toekomstige sturing door de gemeente vorm te geven. In partnerschap met aanbieders richt de gemeente een zorgvuldig traject in. Voor het traject wordt de volledige looptijd van de raamovereenkomst benut, te weten 3 jaar en 7 maanden. Eventuele aanpassingen van de afspraak 2018, 2019 en/of 2020 zullen pas worden doorgevoerd na aanvullende besluitvorming door het college van burgemeester en wethouders.

(...)

### *Opgave tarief 2017 Ambulante Ondersteuning en Dagbesteding*

Aanbieders geven in hun inschrijving 2017 één tarief per cliënt per product per periode op. Het is de weergave van de gemiddelde verwachte kosten per cliënt per periode. [Gemeente A] vraagt een onderbouwing van dit tarief door het invullen van bijlage 4.

Het tarief dat wordt ingediend mag niet hoger zijn dan de vergoeding per cliënt in 2016. De opdracht is namelijk om gemiddeld minder professionele ondersteuning per cliënt in te zetten door meer gebruik te maken van het informele netwerk en de basisvoorzieningen. De gemeente maakt na inschrijving een analyse van de ingediende tarieven op grond van in te zetten directe uren [Noot 2: *niet overgenomen, Commissie*] per cliënt en de hoogte van het tarief. De gemeente vraagt deze parameters aan te leveren met bijlage 4. Uitschieters, met een tarief van meer dan 10% hoger dan het gewogen gemiddelde tarief, worden op deze manier in kaart gebracht. De hoogte van de tarieven kunnen aanleiding zijn om in de verificatiegesprekken in gesprek te gaan over het ingediende tarief. Aanbieders krijgen daarbij de mogelijkheid het tarief neerwaarts aan te passen. Bij deerschikking kunnen aanbieders met een laag of gemiddeld tarief voorrang hebben bij de verdeling van de nog niet bestemde middelen in het budgettair kader.

### *Verantwoording en Eindafrekening 2017 Ambulante ondersteuning en Dagbesteding*

De facturatie per periode vormt de basis van de verantwoording en eindafrekening van de afspraak. Aanbieders krijgen hun gerealiseerde productie afgerekend tot maximaal het niveau van het afgesproken maximum budget.

(...)

## **3 De procedure**

### **3.1 Inkoopprocedure en Planning**

#### **3.1.1 Inleiding**

Deze inkoopprocedure wordt gehouden conform de procedure voor sociale en andere specifieke diensten (als bedoeld in bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU). Voor alle percelen geldt dat [Gemeente A] opdrachten gunt aan aanbieders met de Economisch Meest Voordelige Inschrijvingen (EMVI) op basis van de Beste Prijs Kwaliteitverhouding met wegingsfactor van 100% voor kwaliteit. Voor perceel 1 Ambulante ondersteuning en perceel 2 Dagbesteding dienen Inschrijvers middels het volledig invullen van bijlage 4 wel tarieven in te dienen, maar deze

hebben geen invloed op het gunningscriterium (wegingsfactor van 0% voor prijs). Tarieven zijn contractbepalingen en kunnen tijdens de uitvoering ook een rol spelen bij bijvoorbeeld herschikkingen (zie paragraaf 2.1.6.1).

(...)

### **3.1.2 Inschrijvers perceel 1 Ambulante ondersteuning (...)**

[Gemeente A] wil zorgcontinuïteit bieden voor [de inwoners van Gemeente A] en tegelijk ruimte maken om zorgaanbieders te laten toetreden. Met name met deze toetreders verwacht [Gemeente A] het zorgaanbod verder te kunnen innoveren en de keuzevrijheid voor [de inwoners van Gemeente A] te stimuleren.

(...)

#### **Samenvattend**

[Gemeente A] gaat een raamovereenkomst met zorgaanbieders aan als:

- de Inschrijver voldoet aan de selectiecriteria, onder te verdelen in uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen (hoofdstuk 5);
- het aanbod van de Inschrijver voldoet aan alle punten genoemd in het programma van eisen (hoofdstuk 7).

(...)

## **3.8 Beoordelingsproces Inschrijving**

(...)

### **3.8.2 Beoordeling op Selectiecriteria (Uitsluitingsgronden en Geschiktheidseisen)**

(...). [Gemeente A] controleert in het kader van artikel 2.101 en 2.102 van de Aanbestedingswet en aan de hand van het door de Inschrijver ingediende Uniform Europees Aanbestedingsreglement (UEA), de juistheid van de verstrekte gegevens en gevraagde andere bewijsstukken.

(...)

#### **3.8.3.2 Gunningsbeslissing**

[Gemeente A] deelt de Gunningsbeslissing mede aan alle Inschrijvers en neemt een opschortende termijn als bedoeld in artikel 2.127 van de Aanbestedingswet van 20 dagen in acht. Indien tijdens de opschortende termijn Inschrijvers geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om tegen de Gunningsbeslissing de voorgeschreven rechtsmaatregelen in te stellen, kan [Gemeente A] overgaan tot het sluiten van de Overeenkomst met de gegunde Inschrijvers.

(...)

#### **3.8.5 Stopzetten inkoopprocedure**

(...). [Gemeente A] gerechtigd om volgens artikel 2.30 en 2.32 van de Aanbestedingswet, de procedure te beëindigen zonder de Opdracht te gunnen. (...).

(...)



## 5.1 Uitsluitingsgronden

Voor deze inkoopprocedure hanteert [Gemeente A] de verplichte uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 2.86 van de Aanbestedingswet en de facultatieve uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 2.87 van de Aanbestedingswet. Om het gemeentelijk integriteitsbeleid als bedoeld in paragraaf 2.9.2 in de praktijk vorm te kunnen geven, past [Gemeente A] alle facultatieve uitsluitingsgronden toe op deze inkoopprocedure.

(...)

## 7.1 Overkoepelende eisen perceel 1 Ambulante ondersteuning (...)

### Minimale omvang per aanbieder

In de visie van [Gemeente A] is de toegang niet slechts een eenmalig moment waarbij gekeken wordt wat er aan ondersteuning nodig is. Het vraagt continue aandacht én sturing door professionals om gedurende de zorglevering aan cliënten in te blijven zetten op kanteling en het gebruiken van het informele netwerk in de gebieden. Om te waarborgen dat aanbieders voldoende routine ontwikkelen en [Gemeente A] daarmee voldoende kwaliteit kan garanderen bij uitvoering van de toegang worden eisen aan de minimale omvang per aanbieder gesteld. Bij het niet halen van deze aantallen wordt de overeenkomst niet verlengd. Aanbieders moeten in staat zijn om het minimum binnen een jaar te bereiken. Door de herstelling kunnen aanbieders groeien als zij voldoende cliënten aan zich weten te binden. Cliënten kunnen zelf kiezen van welke aanbieder zij ondersteuning willen ontvangen, cliënten hebben ook de mogelijkheid om van aanbieder te wisselen. Om te kunnen garanderen dat [Gemeente A] voldoende aanbod voor specifieke doelgroepen contracteert is een uitzonderingsbepaling opgesteld. Het minimum aantal cliënten is gebaseerd op 1% van het totaal aantal unieke cliënten per perceel per jaar.

(...)

Medio 2019 wordt op basis van de regel "minimaal 1% van het aantal unieke cliënten per product per jaar" de minimale omvang opnieuw vastgesteld (...).'

1.4. In de Nota van Inlichtingen zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.4.1. Vraag 153: 'voor bestaande aanbieders geldt dat het aan te bieden tarief niet hoger mag zijn dan de vergoeding per cliënt in 2016. Daarnaast geeft u aan dat het in het geval het aangeboden tarief meer dan 10% ligt boven het gewogen gemiddelde tarief de aanbieder de mogelijkheid krijgt om het tarief neerwaarts aan te passen. Geldt dit laatste zowel voor bestaande als voor nieuwe aanbieders? Is de geboden "mogelijkheid" een keuze waarvan een aanbieder al dan niet gebruik kan maken, of is het een verplichting? Wat gebeurt er indien een aanbieder niet bereik blijkt te zijn om van de mogelijkheid tot een neerwaartse aanpassing gebruik te maken? (...).'

Antwoord: 'Ja, de vraag om aanpassing van de tarieven op basis van de analyse kan zowel aan bestaande als aan nieuwe aanbieders gesteld worden. Wij nodigen aanbieders uit om in gesprek te gaan wanneer de tarieven na analyse meer dan 10% afwijken. Het is geen verplichting om de tarieven op basis van het gesprek bij te stellen maar zoals aangegeven kunnen aanbieders met een laag of gemiddeld tarief voorrang krijgen in de herschikkingsrondes. (...).'

- 1.4.2. Vraag 162: Indien een aanbieder, zoals voorgesteld in paragraaf 7.1, een aandeel in het aantal cliënten van 1% moet kunnen bereiken binnen een jaar na de start van de opdracht dient het initieel budget adequate ruimte te bieden om deze taakstelling inderdaad te bereiken? Immers, indien dit niet het geval zou zijn, wordt de nieuwe aanbieder geplaatst voor een op voorhand onuitvoerbare, en daarmee disproportionele, eis. Het vooralsnog opgenomen initieel maximumbudget is echter niet voor alle percelen voldoende om te taakstelling te kunnen bereiken.

We lichten dit als volgt toe aan de hand van perceel 1. (...). Kunt u aangeven of dit een juiste inschatting is, dan wel gemotiveerd en onderbouwd aangeven waarom deze inschatting uw visie niet juist is?

Op basis van een gelijke berekening kan worden vastgesteld dat het benodigde budget (...) voor het bereiken van een aandeel van 1% van het aantal cliënten binnen 1 jaar worden berekend voor de andere percelen. Dit geeft de volgende uitkomst: Perceel 1: € 147.789, (...). Met uitzondering van perceel 3 is het vooralsnog opgenomen initieel maximumbudget van € 100.000 dus aanzienlijk lager dan het voor het bereiken van een aandeel van 1% van het cliëntenbestand minimaal benodigde budget. Daarmee moet de 1% uitvoeringsvoorwaarde, in samenhang met het vooralsnog opgenomen initieel maximumbudget als disproportioneel worden gekenmerkt. Bent u bereid om het aan nieuwe aanbieders toe te kennen initieel maximumbudget per perceel zo aan te passen dat dit minimaal voldoende is om aan de uitvoeringsvoorwaarde van 1% aandeel in het cliëntenbestand binnen 1 jaar te kunnen voldoen?'

Antwoord: 'In de beschreven situatie wordt gesteld dat alle aanbieders rekendkundig een financieel knelpunt ervaren bij een initieel maximum budget van € 100.000,- en de te behalen minimum cliënten omvang. Dit is niet zo, om te voorkomen dat het toegekende initiële budget een knelpunt vormt voor het behalen van de minimale cliënten omvang is er een herschikking. Hierbij kunnen de initiële maximum budgetten worden aangepast. Dit gebeurt op basis van de monitoring van de afspraak. [Gemeente A] zegt toe dat het behalen van de 1%-eis niet op financiële grenzen zal stuiten. Er is verder onvoldoende inzicht in uw aannames om uw berekening juist of onjuist te bestempelen. (...).'

- 1.4.3. Vraag 166: 'U geeft aan dat een herschikking kan plaatsvinden op basis van de inzet van "onbenutte middelen". Is het juist om hieruit de conclusie te trekken dat er geen herschikking zal plaatsvinden indien er geen onbenutte middelen zijn. Wat gebeurt er indien de aanvragen voor herschikking, met name van nieuwe aanbieders, in totaliteit groter zijn dan de beschikbare onbenutte middelen?'

Antwoord: 'Bij een tekort aan middelen wordt via het herschikkingsbeleid bepaald hoe de beschikbare middelen worden verdeeld. (...) [Gemeente A] geeft partijen die de 1% grens niet kunnen realiseren in hun initiële maximum budget voorrang bij de herschikking (...).'

- 1.5. Bij brief van 2 februari 2017 vraagt aanbesteder aan ondernemer om een toelichting/aanpassing van de inschrijving van ondernemer.

'(...)

In deze procedure heeft uw organisatie ingeschreven voor het volgende perceel:

Perceel	Ingeschreven Tarief
<b>Ambulante Ondersteuning</b>	€ 1.440,00
<b>(...)</b>	(...)

(...)

#### Hogere vergoeding dan 2016

Op basis van de opgegeven tarieven in bijlage 4 hebben wij geconcludeerd dat uw organisatie een hogere vergoeding per cliënt vraagt dan in 2016. Deze tarieven zijn in strijd met onze inkoopprocedure (...). [Gemeente A] stelt voor om uw tarief bij te stellen naar:

Perceel	Ingeschreven Tarief
<b>Ambulante Ondersteuning</b>	€ 630,43
<b>(...)</b>	(...)

(...)

(...) In lijn met het inkoopdocument, paragraaf 1.1.6.1 nodigen wij u om deze reden uit voor een verificatiegesprek. U krijgt daarbij de mogelijkheid om de tarieven bij te stellen. (...)'

- 1.6. Op 6 februari 2017 heeft aanbesteder een raamovereenkomst aan ondernemer gegund.
- 1.7. Op 22 mei 2017 respectievelijk 25 mei 2017 hebben aanbesteder en ondernemer de raamovereenkomst getekend. Ingevolge artikel 1 van deze raamovereenkomst wordt aan ondernemer opdracht verleend om de maatschappelijke ondersteuning als bedoeld in Perceel 1 'Ambulante Ondersteuning' en in Perceel 4 'Hulp bij het Huishouden' uit te voeren. In artikelen 9, 10, en 14 van de raamovereenkomst is het volgende bepaald:

## **'PARAGRAAF 2 ONTWIKKELOPDRACHT**

### **ARTIKEL 9 DOELSTELLINGEN**

1. Contractant voert de overeenkomst uitdrukkelijk uit met inachtneming van de in het Inkoopdocument uitgeschreven ontwikkelopgave in het algemeen en de ontwikkelopgave voor het toepasselijk perceel in het bijzonder.
2. Contractant zoekt bij de uitvoering van zijn ontwikkelvisie nadrukkelijk de samenwerking met [Aanbesteder] en streeft ernaar gedurende de looptijd van deze overeenkomst deze nader met [Aanbesteder] af te stemmen visie in zijn dienstverlening te implementeren, waarbij het belang van de burger en het gezamenlijk belang van partijen uitgangspunt is.

### **ARTIKEL 10 UITVOERING DOELSTELLINGEN ONTWIKKELOPDRACHT**

1. [Aanbesteder] betreft Contractant actief bij de verdere ontwikkeling van de in artikel 9, eerste lid, bedoelde doelstellingen.
2. Contractant zal [Aanbesteder] desgevraagd vanuit zijn kennis en ervaring adviseren en meedenken in de plannen die hieromtrent worden ontwikkeld. Ten minste twee keer per jaar zullen partijen daarvoor bij elkaar komen. Hiervoor kan Contractant geen kosten in rekening brengen.

### **ARTIKEL 14 WIJZIGING**

1. Als gevolg van veranderde omstandigheden en in het belang van de Cliënt, gekoppeld aan de ontwikkelopdracht, kunnen partijen wijzigingen in de Opdracht en de Overeenkomst aanbrengen.

2. Wijzigingen zullen eerst in werking treden na schriftelijke vastlegging en ac-  
cordering daarvan van beide partijen.'
- 1.8. In de 'Bijlage Financiële Kaders 2017, 1 juni 2017 t/m 31 december 2018', beho-  
rende bij de raamovereenkomst (zie 1.7 hiervoor) is opgenomen dat het initieel  
maximum budget van ondernemer is bepaald op € 297.804 op basis van 28  
unieke cliënten en een tarief per cliënt van € 956.
- 1.9. In januari 2018 heeft een eerste herschikkingsronde plaatsgevonden. Zorgaan-  
bieders zijn bij brief van 7 november 2017 door aanbesteder uitgenodigd om in-  
formatie ten behoeve van deze herschikking aan te leveren.

'(...)

*Wat is het doel van de herschikking*

In de herschikking stellen wij op basis van het werkelijk aantal ondersteunde cli-  
enten de afspraak bij. Dit betekent dat de budgetten van aanbieders met onder-  
benutting zullen worden ingezet bij aanbieders met tekorten op hun budgetten.  
Op deze wijze kunnen wij de financiële middelen van [Gemeente A] optimaal be-  
nutten. Hierbij zullen wij zowel het afgesproken minimum aantal unieke cliënten  
en het maximum budget per perceel aanpassen.

*Relatie met Ontwikkelplan*

In het beleid van de herschikking zullen wij de kwalitatieve ontwikkeling van de  
Wmo blijven stimuleren. (...) Wij vragen u daarom bij deze herschikking naar de  
vorderingen met het ontwikkelplan. In de toekenning van aanvullend budget zul-  
len wij dit meewegen. In deze herschikkingsronde beoordelen wij bij het wegen  
met name de inspanningen die voortvloeien uit het ontwikkelplan. Wij belonen zo  
een actieve invulling van het ontwikkelplan.

*Tarief Harmonisatie*

Zoals aangegeven in het inkoopdocument krijgen aanbieders met een laag of  
gemiddeld tarief voorrang bij de verdeling van nog niet bestemde middelen. Wij  
hebben aanbieders met een nadelig tarief tijdens de inkoopprocedure geïnfor-  
meerd en hen in de gelegenheid gesteld hun tarief aan te passen. Heeft u bewust  
gekozen voor een afwijkend tarief, dan zullen wij beperkt aanvullend budget toe-  
kennen.

(...)'

- 1.10. Bij brief van 19 januari 2018 is ondernemer geïnformeerd over de uitkomst van  
de herschikking van de initiële afspraak op het perceel Ambulante Ondersteuning  
voor de periode 1 juni 2017 t/m 31 december 2018.

'(...)

*Beoordeling Actieve invulling ontwikkelplan*

(...)

Wij hebben de inzet en voortgang van uw organisatie op het ontwikkelplan be-  
oordeeld als onvoldoende. (...) Daarnaast hebben wij in deze herschikking een  
nadelige financiële consequenties verbonden aan dit oordeel voor verbetering,  
door een eventuele aanvulling op het budget te maximaliseren op 90%.

*De tarief harmonisatie*

Uw organisatie heeft tijdens de inkoopprocedure niet van de gelegenheid gebruik  
gemaakt om het afwijkende tarief aan te passen. Dit leidt tot een korting op het  
aangevraagde budget bij een eventuele aanvulling.

(...)'

- 1.11. In de bijlage 'Financiële Kaders Ambulante Ondersteuning en Dagbesteding na herschikking 2017-2018, 1 juni 2017 t/m 31 december 2018' behorende bij de brief van 19 januari 2018 (zie 1.10 hiervoor) zijn de tarieven en budgetten vastgelegd voor Ambulante Ondersteuning na de herschikking die heeft plaatsgevonden in november 2017 en december 2017. Het 'Totaal Afgesproken maximum budget' voor ondernemer wordt vastgesteld op € 307.406 op basis van het totaal afgesproken minimum aantal unieke cliënten van 63 en een tarief per 1 januari 2018 van € 993,65.'
- 1.12. Per e-mail van 31 juli 2018 informeert ondernemer gemeente A dat niet alle cliënten meer gedeclareerd konden worden vanwege het feit dat er geen budget voor Ambulante Ondersteuning meer over is.
- 1.13. Bij e-mail van 2 augustus 2018 reageert gemeente A op de e-mail van ondernemer.
- 'Ik zie het inderdaad. Helaas speelt het tekort dus al, maar zoals je weet, is er in september weer een herschikking. Op dit moment kan ik daar niets aan doen en zal het tot september moeten wachten.'
- 1.14. Bij brief van 14 september 2018 nodigt gemeente A de zorgaanbieders wederom uit om voor de herschikkingronde informatie aan te leveren.

'(...)

*Beperkt budget voor knelpunten*

Voor het oplossen van knelpunten is beperkt budget beschikbaar. Daarom zullen we eventueel aanvullend budget voor aanbieders aan de hand van criteria toekennen en hierin prioriteiten aanbrengen.

*Het toekennen van aanvullend budget voor knelpunten*

Wij kennen aanvullend budget toe voor knelpunten die voldoen aan de volgende criteria:

- Er meer cliënten ondersteuning wordt geboden waardoor het maximum budget ontoereikend is.
- Er zijn geen twijfels over de kwaliteit van de geleverde ondersteuning.
- De inzet en resultaten ten aanzien van het ontwikkelplan voldoende tot goed zijn.

Daarbij dient te worden voldaan aan de volgende voorwaarden:

- Er is tijdig en volledig gefactureerd.
- Knelpunten zijn goed onderbouwd en sluiten aan bij de goedgekeurde facturatie.
- Tarieven bevinden zich binnen de aanvaardbare grenzen van de tarief harmonisatie.
- Er is voldaan aan de eisen voor contract verlenging in 2019.

(...)'

- 1.15. Bij brief van 15 november 2018 wordt ondernemer door gemeente A geïnformeerd over de uitkomst van de herschikking van de afspraken op het perceel Ambulante Ondersteuning voor de periode 1 juni 2017 t/m 31 december 2018. Het aangevraagde aanvullend budget wordt afgewezen.
- 1.16. In de bijlage 'Financiële Kaders Ambulante Ondersteuning en Dagbesteding na herschikking 2017-2018, 1 juni 2017 t/m 31 december 2018' behorende bij de

brief van 15 november 2018 (zie 1.15 hiervoor) zijn de tarieven en budgetten vastgelegd voor Ambulante Ondersteuning na deerschikking die heeft plaatsgevonden in september 2018. Het 'Totaal Afgesproken maximum budget', het 'Totaal Afgesproken minimum aantal unieke cliënten' en het 'Tarief per 1-1-2018' zijn ongewijzigd gebleven.

'(...)

#### *Beoordeling ontwikkelplan*

Wij hebben in het herschikkingsbeleid de kwalitatieve ontwikkeling van de Wmo meegewogen in deerschikking van uw afspraak door de toekenning afhankelijk te maken van de inzet en het resultaat op het ontwikkelplan. (...) Wij hebben de inzet en de prestatie van uw organisatie op het ontwikkelplan beoordeeld als onvoldoende. In deze herschikking heeft dit een nadelig effect op de prioriteit van een eventuele aanvullende toekenning van uw knelpunt.

(...)

**Toelichting:** De afspraak met [Ondernemer] komt niet voor herschikking in aanmerking omdat het tarief zich niet bevindt binnen de aanvaardbare grenzen.

(...)'

- 1.17. Ondernemer maakt bij brief van 11 december 2018 bij gemeente A bezwaar tegen deerschikking van de afspraken voor het perceel Ambulante Ondersteuning voor de periode 1 juni 2017 t/m 31 december 2018.

'Bij brief d.d. 15 november 2018 heeft [Gemeente A] ons geïnformeerd dat de afspraak met [Ondernemer] niet in aanmerking komt voor herschikking, omdat het tarief van [Ondernemer] zich niet "binnen de aanvaardbare grenzen" zou bevinden. Opmerkelijk, gezien het feit dat de afwijzingsgrond – het tarief in deze – überhaupt geen fundament kent in de stukken van de aanbestedingsprocedure. Kort en goed, de motivering kan de beslissing van [Gemeente A] niet dragen. [Gemeente A] heeft niet van tevoren aangegeven binnen welke grenzen afspraken in aanmerking komen voor herschikking. Alleen al om deze reden kan de beslissing van [Gemeente A] geen stand houden.

Voorts heeft [Gemeente A] in de nota van inlichtingen toegezegd dat het behalen van de in paragraaf 7.1 van het inkoopdocument bedoelde 1%-eis "niet op financiële grenzen zal stuiten" (...). Het aan [Ondernemer] toegekende budget dient dus in elk geval te worden verhoogd voor zover dit budget ontoereikend is voor het verlenen van ondersteuning aan het vereiste minimumaantal cliënten.

(...)

Voorts is in paragraaf 2.1.6.1. van het inkoopdocument bepaald dat elke aanbieder bij herschikking in aanmerking komt voor verhoging van zijn maximumbudget. Afgezien van de hiervoor genoemde toezegging met betrekking tot de 1%-eis ontbreken duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige clausules voor de verdeling van financiële middelen bij herschikking. Het is [Gemeente A] als aanbestedende dienst niet toegestaan dergelijke clausules achteraf, na gunning, te introduceren. [Gemeente A] is gehouden het budget van elke aanbieder die meer ondersteuning verleent dan overeengekomen in gelijke mate te verhogen. Alleen op deze wijze is de gelijke behandeling van aanbieders gewaarborgd. (...)

Gelet op het voorgaande verzoek ik [Gemeente A] een nieuwe, gemotiveerde positieve beslissing over deerschikking te nemen, en derhalve het budget van [Ondernemer] te verhogen. (...)'

- 1.18. Bij brief van 15 februari 2019 reageert gemeente A op de brief van ondernemer van 11 december 2018 (zie 1.17 hiervoor).

'(...)

Zoals in het Inkoopdocument (...) is vermeld (...) bestaat voor alle aanbieders de mogelijkheid om op basis van de gefactureerde productie een hoger budget af te spreken of een neerwaartse bijstelling te krijgen. Bij het inzetten van onbenutte middelen zal rekening worden gehouden met mogelijke knelpunten. Dit alles leidt tot een herschikkingsvoorstel en een definitief maximumbudget per ronde. Voorts is in het inkoopdocument vermeld dat het gemiddeld aantal unieke cliënten per zorgperiode één van de richtinggevende indicatoren is voor de voortgangsgesprekken en de herschikking. (...) Daarnaast is (...) aangegeven dat aanbieders met een laag of gemiddeld tarief voorrang kunnen hebben bij de herschikking. (...) Duidelijk was voor elke oplettende Inschrijver dan ook dat er geen vanzelfsprekend recht van elke gecontracteerde aanbieder was op een positieve uitkomst van de herschikkingsronde(s). (...) Naar ons oordeel is de procedure conform de aanbestedingsdocumenten en ook conform de beginselen van gelijke behandeling en transparantie uitgevoerd.'

- 1.19. Bij brief van 6 maart 2019 stuurt ondernemer aan gemeente A een brief als reactie op de brief van de gemeente van 15 februari 2019 (zie 1.18 hiervoor).

'(...)

Verder verwijst u naar passages in het inkoopdocument waarin de herschikkingsronden zijn beschreven. Deze passages zijn onmogelijk als duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules aan te merken en kunnen daarom niet als basis dienen voor herschikking. De criteria zijn vaag en leiden tot willekeur. (...) Op een punt heeft [Gemeente A] in de aanbestedingsstukken wel een duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig criterium geformuleerd voor herschikking. [Gemeente A] heeft in de nota van inlichtingen toegezegd dat "het behalen van de zogenaamde 1%-eis niet op financiële grenzen zou stuiten". (...) Dit criterium is echter niet toegepast in de herschikkingsronde (...).

Gelet op het voorgaande is [Ondernemer] er allerminst van overtuigd dat de herschikking met inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie heeft plaatsgevonden. Namens [Ondernemer] verzoek ik u:

- Het aan cliënte toegekende maximumbudget te verhogen met ten minste € (...)
- De door [Ondernemer] in zijn brief van 11 december jl. gestelde vragen te beantwoorden.'

- 1.20. Bij brief van 28 maart 2019, beantwoordt gemeente A de brief van 6 maart 2019 (zie 1.19 hiervoor).

'(...)

*Toezegging ontleent aan NVI 162 en 165*

Het criterium dat u als herschikkingscriterium aanvoert, betreffende de 1% grens, heeft enkel betrekking op het zogenoemde *initieel* budget. De overkoepelende perceel eis houdt voor [Ondernemer] in dat [Ondernemer] op 1 juni 2016 tenminste een minimale omvang van 146 unieke cliënten moest hebben op de percelen Ambulante Ondersteuning en Hulp bij het Huishouden tezamen (...). Toegezegd is dat als het initieel budget voor het behalen van de omvang-eis een probleem zou zijn, er een herschikking zou plaatsvinden tot het daarvoor benodigde budget.

[Ondernemer] heeft voldaan aan de 1% grens uit het Inkoopdocument. Er was dus geen aanleiding om de toezegging toe te passen. (...)

[Gemeente A] heeft geen reden zijn besluit te herzien. Wij zullen het maximum budget voor het perceel Ambulante Ondersteuning dan ook niet verhogen.'

1.21. Bij brief van 25 april 2019 reageert ondernemer op de brief van gemeente A van 28 maart 2019 (zie 1.20 hiervoor) en dient daarbij op grond van de Wet openbaarheid van bestuur een verzoek in tot openbaarmaking van alle documenten die betrekking hebben op deerschikking van het maximumbudget voor Ambulante Ondersteuning van aanbieders die een raamovereenkomst met gemeente A hebben gesloten.

1.22. Op 1 juli 2019 dient ondernemer een klacht in bij gemeente A gericht tegen deerschikking van november 2018 en de weigering van gemeente A om het initieel maximumbudget te verhogen.

'(...)

[Ondernemer] meent dat [Gemeente A] in strijd handelt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door (i) het verzoek van [Ondernemer] tot verhoging van het initieel maximumbudget te weigeren en het initieel maximumbudget van andere zorgaanbieders wel te verhogen en (ii) door geen openheid van zaken te geven over de verhoging van het initieel maximumbudget van andere zorgaanbieders. (...)

1.23. Bij brief van 8 juli 2019 informeert gemeente A de zorgaanbieders over deerschikkingsronde in juli 2019 en verzoekt hen gegevens aan te leveren.

'(...)

### *3) Afwijkend tarief*

Zoals aangegeven in het inkoopdocument krijgen aanbieders met een tarief binnen de bandbreedte voorrang bij de verdeling van onbenutte middelen. Wij hebben aanbieders met een nadelig tarief tijdens de inkoopprocedure geïnformeerd en hen in de gelegenheid gesteld hun tarief aan te passen. (...)

1.24. Bij brief van 1 augustus 2019 wordt ondernemer door gemeente A geïnformeerd over de uitkomst van deerschikkingsronde in juli 2019.

'(...)

In deze brief koppelen wij de uitkomst van deerschikking terug. Daarmee wijzigt het initieel budget 2019 in een definitief budget voor het gehele jaar 2019.'

1.25. In de bijlage 'Initieel Budget Ambulante Ondersteuning en Dagbesteding 2019, 1 januari 2019 t/m 31 december 2019' behorende bij de brief van 1 augustus 2019 (zie 1.24 hiervoor) zijn de tarieven en budgetten vastgelegd voor Ambulante Ondersteuning na deerschikking die heeft plaatsgevonden in september 2018. Het 'Totaal Afsproken maximum budget' is voor ondernemer vastgesteld op € 381.265 op basis van een 'Totaal Initieel afgesproken minimum aantal unieke cliënten' van 94 en een tarief per 1-1-2019 van € 1.021,47.

'(...)

### **Toelichting perceel Ambulante Ondersteuning:**

- in deerschikkingsronde is de hoogte van het budget ongewijzigd. Er zijn geen middelen om uw afspraak teerschikking door een lage prioriteit als gevolg van uw afwijkende tarief. (...)



- 1.26. Op 5 augustus 2019 maakt ondernemer bezwaar, gericht tegen de uitkomst van de herschikkingsronde, zoals aan hem medegedeeld bij brief van 1 augustus 2019 (zie 1.24 en 1.25 hiervoor).
- 1.27. Bij brief van 23 augustus 2019 wijst gemeente A de door ondernemer op 1 juli 2019 (zie 1.22 hiervoor) ingediende klacht af.

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

Ondernemer is van mening dat gemeente A in strijd handelt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door zijn verzoek tot verhoging van het maximumbudget voor het perceel Ambulante Ondersteuning bij de herschikkingsronden af te wijzen en het maximumbudget van andere zorgaanbieders wel te verhogen. Hierdoor is de opdracht wezenlijk gewijzigd, terwijl de opdracht niet opnieuw is aanbesteed.

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

Gemeente A handelt in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door geen inzicht te verschaffen in de uitkomst van de herschikkingsronden.

## **3. Onderbouwing klacht**

### **3.1. Klachtonderdeel 1**

- 3.1.1. Ondernemer voert in het kader van klachtonderdeel 1 het volgende aan. Gemeente A heeft in de antwoorden op de vragen 162 en 165 in de Nota van Inlichtingen toegezegd dat "het behalen van de zogenaamde 1%-eis niet op financiële grenzen zal stuiten". Voor zover het maximumbudget van een zorgaanbieder ontoereikend is om te voldoen aan de in paragraaf 7.1 van het Inkoopdocument neergelegde eis dat de zorgaanbieder aan ten minste 1% van het totaal aantal unieke cliënten per perceel per jaar ondersteuning moet verlenen om in aanmerking te komen voor contractverlenging, heeft een zorgaanbieder in elk geval recht op verhoging van het maximumbudget. Het budget van ondernemer was ontoereikend om aan de 1%-eis te voldoen en hij heeft dus volgens de toezegging in de Nota van Inlichtingen recht op een maximumbudget dat toereikend is om ondersteuning te verlenen aan 1% van alle cliënten.
- 3.1.2. De criteria voor herschikking die gemeente A voorafgaande aan elke herschikkingsronde kenbaar heeft gemaakt kunnen niet doorgaan voor duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules en wijken af van de in de aanbestedingsstukken genoemde criteria en zijn bovendien niet tijdens de aanbestedingsprocedure kenbaar gemaakt. Door gedurende de uitvoering van de opdracht de criteria voor herschikking toe te passen zijn de raamovereenkomsten met de betrokken aanbieders wezenlijk gewijzigd, wat in strijd is met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Door aan bepaalde zorgaanbieders wel aanvullend budget toe te kennen en aan andere niet wordt volgens ondernemer de opdracht in belangrijke mate uitgebreid met diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen en wijzigt bovendien het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van die zorgaanbieders.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

Ondernemer stelt zich op het standpunt dat gemeente A in strijd handelt met het transparantiebeginsel zoals neergelegd in artikel 1.9 Aw 2012. Ondernemer stelt dat ieder inzicht in de beslissingen van gemeente A met betrekking tot de herschikking ontbreekt. Gemeente A beroept zich ten onrechte op de vertrouwelijkheid van door andere zorgaanbieders verstrekte informatie. De geheimhoudingsplicht ontslaat haar niet van de verplichting transparant te handelen en om haar beslissingen te motiveren, zodat deze controleerbaar zijn.

## **4. Reactie Gemeente A**

4.1. Gemeente A is van mening dat er geen sprake is van een klacht in de zin van het Reglement van de Commissie van Aanbestedingsexperts omdat het niet betreft een klacht over een handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012. Aanbesteder stelt in dit verband dat het geschil tussen gemeente A en ondernemer is ontstaan tijdens de looptijd van het contract, dat na afronding van de aanbesteding in 2016 tot stand is gekomen. Het geschil betreft de uitvoering van onderdelen van de uitvoeringsvoorwaarden.

### 4.2. Klachtonderdeel 1

4.2.1. Gemeente A voert aan de 1%-eis enkel gesteld te hebben om te bepalen met welke aanbieders hij de overeenkomst na het eerste anderhalf jaar ging verlenen. De toezegging in de Nota van Inlichtingen heeft uitsluitend betrekking op aanbieders die door een ontoereikend initieel budget niet aan het verplicht gestelde minimumaantal cliënten zorg konden bieden en daardoor niet voor verlenging van de overeenkomst in aanmerking konden komen. Gemeente A stelt te hebben gemerkt dat deze situatie knelt en heeft daarom, enkel in het kader van de voorwaarden voor verlenging van de overeenkomst, de beschreven toezegging in de Nota van Inlichtingen gedaan.

4.2.2. Nu de beslissing over verlenging van de overeenkomsten genomen is, is de toezegging in de Nota van Inlichtingen volgens gemeente A niet meer aan de orde. Gemeente A ziet niet hoe de aanbestedingsdocumenten aanleiding kunnen geven om daarover anders te denken. Volgens gemeente A maakt ondernemer in zijn klacht niet duidelijk waar precies in de stukken van de gemeente die suggestie gewekt zou worden.

4.2.3. Voor ondernemer was er geen reden om bij de eerste herschikking, aangekondigd in de brief van 7 november 2017, de toezegging toe te passen. Ondernemer heeft een benodigd budget van € 300.000 ingediend. Gemeente A heeft een budget van € 307.406 aan ondernemer toegekend. Bij wijziging van het initieel maximumbudget naar een definitief maximumbudget was er voor ondernemer geen knelpunt aan de orde dat maakte dat de toezegging uit de Nota van Inlichtingen op ondernemer toegepast had moeten worden. Gemeente A stelt voorts dat ondernemer geen bezwaar heeft gemaakt of op andere wijze kenbaar heeft gemaakt dat het toegekende definitieve budget na deze herschikking ontoereikend is voor het behalen van de 1%-eis.

4.2.4. Naar het oordeel van gemeente A is geen sprake van een wezenlijke wijziging van de raamovereenkomst met betrekking tot de herschikking van budgetten. De regels voor herschikking staan in de aanbestedingsdocumenten. Door het toepassen van deze regels geeft gemeente A uitvoering aan de door haar gestelde voorwaarden. Het herschikken van budgetten is geen herziening of wijziging van

de spelregels, gemeente A past enkel de door haar vooraf beschreven spelregels toe. De opdracht is niet gewijzigd.

#### 4.3. Klachtonderdeel 2

Gemeente A is van oordeel dat de door ondernemer gevraagde informatie inzake de uitkomst van de herschikkingsronden voor andere aanbieders, op grond van de Aanbestedingswet en de Wet openbaarheid van bestuur niet zonder meer geopenbaard kan worden. Gemeente A stelt ondernemer herhaaldelijk aangeboden te hebben om in gesprek te gaan en daarin de wijze van de herschikking toe te lichten en te bekijken of de mening van ondernemer dat gemeente A niet transparant is, weggenomen kan worden. Ondernemer is op dit aanbod niet ingegaan.

### 5. **Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat gemeente A op 10 oktober 2016 een inkoopprocedure op TenderNed heeft aangekondigd voor het sluiten van raamovereenkomsten met meerdere ondernemers voor opdrachten tot het verlenen van ondersteuning op het gebied van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo).
- 5.2. De onderhavige klacht heeft geen betrekking op de hiervoor bedoelde inkoopprocedure. Zij heeft alleen betrekking op de uitvoering van de raamovereenkomsten die in het kader van die inkoopprocedure tussen gemeente A en de ondernemers tot stand is gekomen met betrekking tot Perceel 1.
- 5.3. Dat de klacht geen betrekking heeft op de in 5.1 bedoelde inkoopprocedure, laat onverlet dat de Commissie het van belang vindt, alvorens tot behandeling van de klacht over te gaan, eerst in 5.4 tot en met 5.6 hierna in te gaan op de vraag of – en zo ja: welke – regels van Europees en nationaal aanbestedingsrecht in 2016 op die procedure van toepassing waren. De beantwoording van die vraag fungeert namelijk als kader voor de beantwoording in 5.7 tot en met 5.10 hierna van de vervolgvraag welke regels van aanbestedingsrecht van toepassing zijn op de uitvoering van de raamovereenkomsten die in het kader van de inkoopprocedure tussen gemeente A en de ondernemers met betrekking tot Perceel 1 tot stand is gekomen.
- 5.4. Voor wat betreft de vraag welke regels van aanbestedingsrecht in 2016 op de inkoopprocedure van toepassing waren, moet voor het Europees aanbestedingsrecht allereerst worden nagegaan hoe het door gemeente A opgezette systeem van inkoop voor wat betreft Perceel 1 – zoals dat in het Inkoopdocument is uiteengezet – binnen het Europees aanbestedingsrecht moet worden geduid.
  - 5.4.1. In dat kader zijn de arresten van het HvJ EU van 2 juni 2016, zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (Falk Pharma) en 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (Tirkkonen) en de laatste alinea van overweging 114 van de considerans in relatie tot artikel 74 van Richtlijn 2014/24/EU van belang (vgl. ook Adviezen 349 en 350, 441, 507 en 529).
  - 5.4.2. De Commissie stelt allereerst vast dat het door gemeente A opgezette systeem voor wat betreft Perceel 1 er uit bestaat dat zij diensten op de markt inkoop door schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel te sluiten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken diensten te leveren op basis van vooraf vastgestelde voorwaarden (vgl. de laatste alinea van overweging 114 van de considerans in relatie tot artikel 74 van Richtlijn 2014/24/EU, het arrest Falk Pharma, r.o. 36-40 en het arrest Tirkkonen, r.o. 29-31).

- 5.4.3. De Commissie stelt voorts vast dat het, voor wat betreft Perceel 1, géén eigenschap is van het door gemeente A opgezette systeem dat zij haar beslissing om met een individuele ondernemer een overeenkomst te sluiten baseert op een selectie onder de belangstellende ondernemingen die leidt tot exclusiviteit voor de uitgekozen ondernemingen. In zoverre beantwoorden de hiervoor bedoelde overeenkomsten niet aan de definitie van het begrip overheidsopdracht (of raamovereenkomst, vgl. arrest Falk Pharma, r.o. 38 en arrest Tirkkonen, r.o. 30).
- 5.4.4. In de zaak Falk Pharma konden belangstellende ondernemers gedurende de looptijd van de overeenkomst toetreden tot het systeem (zie r.o. 41). De Commissie heeft uit het Inkoopdocument niet kunnen afleiden dat belangstellende ondernemers gedurende de looptijd van de raamovereenkomsten kunnen toetreden in het kader van de ambulante ondersteuning van Perceel 1. Dit element is echter niet relevant voor de vraag of sprake is van een overheidsopdracht (of raamovereenkomst) in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen of de Aanbestedingswet 2012 (zie arrest Tirkkonen, r.o. 35).
- 5.4.5. Naar het oordeel van de Commissie kan de procedure voor wat betreft Perceel 1 weliswaar als een inkoopprocedure worden gekwalificeerd, maar niet als een aanbestedingsprocedure (vgl. het arrest Falk Pharma, r.o. 40-42). Daarmee is Richtlijn 2014/24/EU niet op deze inkoopprocedure van toepassing.
- 5.4.6. Dat Richtlijn 2014/24/EU niet van toepassing is, betekent niet dat de vrijheid van gemeente A onbeperkt is. Indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, zal gemeente A immers wel de fundamentele regels van het VWEU in acht moeten nemen, in het bijzonder de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie (zie het arrest Falk Pharma, r.o. 44 en ook overweging 114 van de considerans bij Richtlijn 2014/24/EU). Op basis van het transparantiebeginsel zal de inkoopprocedure in dat geval door middel van een aankondiging bekend moeten worden gemaakt, zodat belangstellende ondernemers van het verloop en de wezenlijke kenmerken van de toelatingsprocedure kennis kunnen nemen (zie het arrest Falk Pharma, r.o. 45 en vgl. ook Advies 507, overweging 5.2.6).
- 5.4.7. De Commissie stelt vast dat gemeente A heeft voldaan aan haar hiervoor bedoelde verplichting tot aankondiging van de inkoopprocedure. Gezien de door gemeente A geraamde waarde van Perceel 1 van 48,6 miljoen euro voor de periode van 1 juni 2017 tot en met 31 december 2018 (zie 1.3 hiervoor) gaat de Commissie er overigens veronderstellenderwijs van uit dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.
- 5.4.8. Het voorgaande betekent dat gemeente A ten tijde van de uitvoering van de inkoopprocedure in 2016 in ieder geval gebonden was aan de fundamentele regels van het VWEU en dat zij in dat kader verplicht was de inkoopprocedure door middel van een aankondiging op zodanige wijze bekend te maken dat belangstellende ondernemers van het verloop en de wezenlijke kenmerken van de toelatingsprocedure kennis konden nemen.
- 5.5. Daarmee komt de Commissie toe aan de vraag of – en zo ja: welke – regels van nationaal aanbestedingsrecht in 2016 op de inkoopprocedure van toepassing waren.
- 5.5.1. De Commissie heeft hiervoor overwogen (zie 5.4.5) dat Richtlijn 2014/24/EU in 2016 niet op de inkoopprocedure van toepassing was. Daarmee was Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 destijds evenmin van toepassing, behoudens hetgeen de Commissie hierna nog zal overwegen (in 5.5.3 t/m 5.5.5).

- 5.5.2. De vraag of en in hoeverre de bepalingen van Deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 op een inkoopprocedure als de onderhavige van toepassing zijn, heeft de Commissie reeds beantwoord in haar Advies 507 (overwegingen 5.2.8 t/m 5.2.12). In dat kader heeft de Commissie overwogen dat de bepalingen van Afdeling 1.2.1 van Aw 2012 van toepassing zijn indien een aanbestedende dienst het voornemen heeft een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van (onder meer) diensten te sluiten. Daarvan is in het onderhavige geval sprake geweest. De Commissie heeft tevens overwogen dat zij betwijfelt of het de bedoeling van de wetgever is geweest om ook de bepalingen van afdeling 1.2.3 Aw 2012 van toepassing te laten zijn op toelatingsprocedures als de onderhavige. Dat betekent dat de Commissie ervan uitgaat dat afdeling 1.2.3 Aw 2012 in 2016 niet op de inkoopprocedure van de gemeente van toepassing was.
- 5.5.3. De Commissie maakt uit het Inkoopdocument op aan welke aanbestedingsrechtelijke regels gemeente A zichzelf verder nog gebonden achtte, in aanvulling op de in 5.4.8 en 5.5.2 hiervoor bedoelde regels. In paragraaf 3.1.1 van het Inkoopdocument heeft de gemeente namelijk bepaald dat '[d]eze inkoopprocedure wordt gehouden conform de procedure voor sociale en specifieke diensten (als bedoeld in bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU)' (zie 1.3 hiervoor). De Commissie gaat er van uit dat gemeente A daarmee de bedoeling heeft gehad zichzelf te binden aan de bepalingen van paragraaf 2.2.1.8 Aw 2012, aangezien in artikel 2.38, lid 1, Aw 2012 is bepaald:
- 'De aanbestedende dienst kan voor sociale en andere specifieke diensten als bedoeld in bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU de procedure voor sociale en andere specifieke diensten toepassen.'
- 5.5.4. Uit artikel 2.39, lid 2 Aw 2012, volgt aan welke bepalingen van Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 gemeente A zichzelf heeft gebonden met haar keuze voor de procedure voor sociale en andere specifieke diensten:
- 'Bij toepassing van de procedure voor sociale en andere specifieke diensten zijn uitsluitend de paragrafen 2.3.1.2, 2.3.2.1, 2.3.2.2 en 2.3.3.1, afdeling 2.3.4 en paragraaf 2.3.8.9 van hoofdstuk 2.3 van toepassing.'
- 5.5.5. In aanvulling op de hiervoor genoemde paragrafen van Deel 2 van de Aw 2012 heeft gemeente A, blijkens de paragrafen 3.8.2, 3.8.3.2, 3.8.5 en 5.1 van het Inkoopdocument (zie 1.3 hiervoor), ook nog de artikelen 2.30, 2.32, 2.86, 2.87, 2.101, 2.102 en 2.127 Aw 2012 op de inkoopprocedure van toepassing verklaard.
- 5.6. De Commissie is samenvattend van oordeel dat de volgende regels van Europees en nationaal aanbestedingsrecht in 2016 op de inkoopprocedure van toepassing waren:
- de fundamentele regels van het VWEU;
  - afdeling 1.2.1 Aw 2012;
  - paragraaf 2.2.1.8 Aw 2012;
  - paragrafen 2.3.1.2, 2.3.2.1, 2.3.2.2, 2.3.3.1, afdeling 2.3.4 en paragraaf 2.3.8.9 Aw 2012; en
  - artikelen 2.30, 2.32, 2.86, 2.87, 2.101, 2.102 en 2.127 Aw 2012.
- 5.7. Daarmee komt de Commissie toe aan de vraag welke regels van aanbestedingsrecht vervolgens van toepassing zijn op de uitvoering van de raamovereenkomsten die in het kader van de inkoopprocedure tussen gemeente A en de ondernemers met betrekking tot Perceel 1 tot stand is gekomen. De klacht ziet, zoals gezegd, immers niet op de in 2016 door gemeente A gevolgde inkoopprocedure, maar op de uitvoering van de tussen de gemeente en de ondernemers gesloten

raamovereenkomsten die het resultaat zijn van die inkoopprocedure (zie 5.2 hiervoor).

- 5.8. Voor de beantwoording van de voorgaande vraag moet het volgende worden vooropgesteld. Er kunnen twee gevaltypen worden onderscheiden waarin de uitvoering van een overeenkomst, die tot stand is gekomen op basis van een inkoopprocedure waarop beginselen en regels van aanbestedingsrecht van toepassing waren, aanbestedingsrechtelijk problematisch kan zijn.
  - 5.8.1. In de eerste plaats kan een derde, die zelf geen partij is bij een overeenkomst zoals hiervoor bedoeld, de uitvoering daarvan problematiseren in het geval dat die uitvoering een wijziging van de overeenkomst tot gevolg heeft die in strijd is met de beginselen en regels van aanbestedingsrecht die van toepassing waren op de voorafgaande inkoopprocedure (zie bijvoorbeeld de zaken die onderwerp zijn van de Adviezen 323, 344, 382, 400, 426-I, 436, 451, 469 en 513). Een dergelijk geval doet zich naar het oordeel van de Commissie hier echter niet voor. Het is immers niet een derde die klaagt over de mogelijk aanbestedingsrechtelijk onrechtmatige uitvoering van een na een inkoopprocedure tot stand gekomen overeenkomst: het is de ondernemer die zelf partij is bij die overeenkomst, die daarover klaagt.
  - 5.8.2. Dat brengt de Commissie bij het tweede gevaltype. Een ondernemer, die zelf partij is bij een overeenkomst die tot stand is gekomen na een inkoopprocedure, waarop beginselen en regels van aanbestedingsrecht van toepassing zijn, kan de uitvoering van die overeenkomst aanbestedingsrechtelijk ter discussie stellen in het geval de overeenkomst mede voorziet in de verdeling van schaarse rechten onder een aantal ondernemers met wie vergelijkbare overeenkomsten zijn gesloten. Te denken valt bijvoorbeeld aan de gunning van nadere opdrachten onder een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen en de gunning van overheidsopdrachten in het kader van een dynamisch aankoopstelsel (DAS).
- 5.9. De Commissie is van oordeel dat – hoewel de tussen gemeente A en de ondernemers gesloten raamovereenkomsten niet voorzien in de gunning van nadere opdrachten – de uitvoering van die overeenkomsten tot het tweede hiervoor genoemde gevaltype behoort (zie 5.8.2 hiervoor). De Commissie overweegt in dit verband het volgende. Bij de totstandkoming van de raamovereenkomsten zijn niet alle tijdens de inkoopprocedure door de ondernemingen ingediende tarieven (volledig) gehonoreerd. Tijdens de uitvoering van de raamovereenkomsten vinden vervolgens herschikkingen plaats waarbij onbenutte middelen worden herverdeeld over de ondernemingen met wie gemeente A de raamovereenkomsten voor perceel 1 heeft gesloten (zie paragraaf 2.1.6.1. “Percelen Ambulante Ondersteuning en Dagbesteding” in 1.3 hiervoor). Die ondernemingen moeten in ruil daarvoor diensten leveren. Die onbenutte middelen zijn kennelijk schaars. De verdeling van de onbenutte middelen vindt mede plaats op basis van een beoordeling en vergelijking van de tarieven en prestaties van de raamcontractanten ten opzichte van elkaar (zie paragraaf 2.1.6.1 van het Inkoopdocument (zie 1.3 hiervoor) en de beantwoording door gemeente A van vraag 153 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.4.1 hiervoor)). In zoverre vertoont de verdelingsprocedure gelijkenis met de gunning van nadere opdrachten onder een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen en de gunning van overheidsopdrachten in het kader van een DAS.
- 5.10. Het voorgaande betekent dat de vraag welke regels van aanbestedingsrecht van toepassing zijn op de uitvoering van de raamovereenkomsten die in het kader van de inkoopprocedure van 2016 tussen gemeente A en de ondernemingen tot stand zijn gekomen, als volgt moet worden beantwoord.

- 5.10.1. De Commissie is van oordeel dat gemeente A bij de uitvoering van de in de raamovereenkomsten voorziene verdeling van schaarse, onbenutte middelen in de eerste plaats de bepalingen van die overeenkomsten – met inbegrip van de documenten waarnaar in die overeenkomsten wordt verwezen, zoals het Inkoopdocument – moet naleven. Voor zover onderdelen van de verdelingsprocedure in de raamovereenkomsten ongeregeld zijn gelaten, moet de gemeente bij de voorbereiding en uitvoering van die onderdelen van de procedure in ieder geval de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht nemen (vgl. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 31 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6984, r.o. 4.3).
- 5.10.2. De Commissie ziet een analogie met de transparantieverplichting van aanbestedende diensten zoals die met betrekking tot kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie is geconcretiseerd (zie onder meer Advies 564, overweging 5.2.3 en Advies 448, overweging 5.2.3 en de aldaar aangehaalde adviezen en jurisprudentie). Dat betekent voor het onderhavige geval dat gemeente A in het kader van de verdeling van de onbenutte middelen (i) zodanige criteria moet formuleren dat het voor een onderneming volstrekt duidelijk is aan welke eisen hij moet voldoen, (ii) de tarieven en prestaties van een onderneming aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) gemeente A het resultaat van de verdeling motiveert op een wijze die het voor een onderneming mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de verdeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling het resultaat van de verdeling rechtvaardigt. Gemeente A is gehouden om de tarieven en prestaties overeenkomstig de door haar gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die zij niet vooraf ter kennis van de ondernemingen heeft gebracht, omdat anders in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie zou worden gehandeld.
- 5.10.3. De Commissie ziet verder nog een analogie met de motiveringsplicht van artikel 2.130 Aw 2012 (zie Advies 564, overweging 5.2.5 en Advies 389, overwegingen 5.4.5 en 5.4.6 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie en adviezen) die in het verlengde ligt van de in 5.10.1 hiervoor bedoelde transparantieverplichting. Dat betekent voor een geval als het onderhavige dat gemeente A niet kan volstaan met het bekendmaken van het resultaat van de verdeling van de onbenutte middelen, zonder enige toelichting op de wijze waarop dat resultaat tot stand is gekomen. Gemeente A zal in dat kader duidelijk moeten maken wat de kenmerken en voordelen zijn van de prestaties en tarieven van de ondernemingen die in de verdelingsprocedure zijn betrokken en hoe een en ander door haar is vertaald naar het resultaat van de verdeling. Immers, zonder deze informatie kan een ondernemer niet beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure tegen de beslissing van gemeente A om aan hem – en/of aan een of meer van de andere ondernemers – een bepaald deel van de onbenutte middelen al dan niet toe te wijzen, zinvol is.
- 5.11. Daarmee komt de Commissie toe aan de behandeling van de klachtonderdelen.
- 5.12. Klachtonderdeel 1
- 5.12.1. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat gemeente A in strijd handelt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door het verzoek van ondernemer tot verhoging van het maximumbudget voor het perceel Ambulante Ondersteuning bij de herschikkingsronden af te wijzen en het maximumbudget van andere ondernemers wel te verhogen. Hierdoor is de opdracht volgens ondernemer wezenlijk gewijzigd, terwijl de opdracht niet opnieuw is aanbesteed.

- 5.12.2. De Commissie is van oordeel dat de feiten van het onderhavige geval – anders dan ondernemer lijkt te veronderstellen – niet aansluiten bij het in 5.8.1 hiervoor genoemde eerste gevaltype. Kenmerkend voor de gevallen die tot dat type behoren is dat een derde, die zelf geen partij is bij een overeenkomst, de uitvoering van die overeenkomst ter discussie stelt omdat die uitvoering tot een wijziging van de overeenkomst leidt die in strijd is met de beginselen en regels van aanbestedingsrecht die van toepassing waren op de aan de totstandkoming van de overeenkomst voorafgaande inkoopprocedure. Een dergelijk geval doet zich zoals gezegd hier echter niet voor. Het is immers niet een derde die klaagt over de mogelijk aanbestedingsrechtelijk onrechtmatige uitvoering van een na een inkoopprocedure tot stand gekomen overeenkomst: het is ondernemer zelf, die partij is bij die overeenkomst, die daarover klaagt.
- 5.12.3. Afgezien van het voorgaande is de Commissie ook overigens van oordeel dat van een “wijziging van de opdracht” in het onderhavige geval geen sprake is. In dit verband merkt de Commissie op dat ondernemer het klachtonderdeel onder andere onderbouwt met de stelling dat gemeente A de opdracht in belangrijke mate zou hebben uitgebreid met diensten die oorspronkelijk niet in de opdracht waren opgenomen. Gemeente A zou dat volgens ondernemer hebben gedaan door aan bepaalde ondernemingen wel aanvullend budget toe te kennen en aan andere niet (zie 3.1.2 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie miskent ondernemer met deze stelling echter dat de verdeling van onbenutte middelen van meet af aan – via de bepalingen van het Inkoopdocument – in de raamovereenkomsten is voorzien (zie ook de reactie van gemeente A in 4.2.4 hiervoor). Dat geldt ook voor de verplichting van de ondernemingen om in geval van toekenning van onbenutte middelen in ruil daarvoor diensten te leveren (zie 5.9 hiervoor).
- 5.12.4. Het voorgaande betekent dat de Commissie klachtonderdeel 1 ongegrond acht.
- 5.12.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.
- 5.12.6. Het voorgaande oordeel laat onverlet dat de Commissie hierboven heeft overwogen dat de feiten van het onderhavige geval aansluiten bij het in 5.8.2 genoemde tweede gevaltype (zie 5.9 hiervoor). Zij is daarom nagegaan – hoewel ondernemer daar niet over heeft geklaagd – of gemeente A in het kader van de verdeling van de onbenutte middelen heeft voldaan aan de op haar rustende transparantieplichting zoals bedoeld in 5.10.2 hiervoor. De Commissie beantwoordt die vraag deels bevestigend en deels ontkennend en overweegt daartoe het volgende.
- 5.12.7. In paragraaf 7.1 van het Inkoopdocument is bepaald dat de met een ondernemer te sluiten raamovereenkomst niet zal worden verlengd indien die ondernemer er niet in slaagt om binnen een jaar een minimum aantal cliënten te bereiken. Het minimum aantal cliënten is gebaseerd op 1% van het totaal aantal unieke cliënten voor perceel 1 per jaar (zie 1.3 hiervoor). Om te voorkomen dat het bij de totstandkoming van de raamovereenkomst toegekende initiële budget van maximaal € 100.000,- een knelpunt vormt voor het behalen van de 1%-eis, heeft gemeente A in antwoord op vraag 162 in de Nota van Inlichtingen toegezegd dat de initiële maximum budgetten in het kader van de verdeling van de onbenutte middelen kunnen worden aangepast (zie 1.4.2 hiervoor). Gemeente A heeft in het kader van die beantwoording opgemerkt: “[Gemeente A] zegt toe dat het behalen van de 1%-eis niet op financiële grenzen zal stuiten”. De Commissie gaat ervan uit dat gemeente A, gelet op de verdere inhoud en context van vraag 162 en de beantwoording daarvan, hier bedoeld heeft te schrijven: “[Gemeente A] zegt toe dat het niet behalen van de 1%-eis niet op financiële grenzen zal stuiten”. Ook het antwoord dat gemeente A in de Nota van Inlichtingen op vraag 166 heeft gegeven (zie 1.4.3 hiervoor) biedt steun voor die veronderstelling. Anders



dan ondernemer lijkt te veronderstellen (zie 1.17, 1.19 en 3.1.1 hiervoor), heeft gemeente A met het voorgaande dan ook niet toegezegd dat een ondernemer óók in aanmerking komt voor verhoging van het initiële maximum budget indien dat budget ontoereikend blijkt te zijn voor het verlenen van ondersteuning aan het vereiste minimumaantal cliënten, in het geval dat die ondernemer wél aan de 1%-eis voldoet. De Commissie volgt in zoverre het betoog van gemeente A (zie 1.20 en 4.2.1 hiervoor). Het voorgaande betekent dat de Commissie van oordeel is dat gemeente A in het kader van de verdeling een conforme toepassing heeft gegeven aan een vooraf bekend gemaakte regel. In zoverre heeft gemeente A dan ook niet in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld.

5.12.8. De Commissie stelt verder vast dat gemeente A na de totstandkoming van de raamovereenkomsten de ondernemers erover heeft geïnformeerd dat zij voornemens was de inspanningen van de ondernemers, die voortvloeien uit de zogenoemde ontwikkelplannen, mee te wegen in het kader van de verdeling van onbenutte middelen teneinde een actieve invulling van het ontwikkelplan te kunnen belonen (zie 1.9 en 1.14 hiervoor). Gemeente A heeft ondernemer vervolgens laten weten dat zij de inzet en voortgang van de organisatie van ondernemer op het ontwikkelplan als onvoldoende heeft beoordeeld en dat zij aan dat oordeel nadelige financiële consequenties heeft verbonden (zie 1.10 en 1.16 hiervoor). De Commissie is van oordeel dat gemeente A hiermee een nieuw beoordelingsaspect heeft toegevoegd dat zij niet vooraf aan de ondernemers ter kennis heeft gebracht. De Commissie heeft althans nóch in het Inkoopdocument (zie 1.3 hiervoor) nóch in de met ondernemer gesloten raamovereenkomst (zie 1.7 hiervoor) aanknopingspunten gevonden voor de mogelijkheid voor gemeente A om bij de verdeling van de middelen mee te wegen hoe ondernemer invulling heeft gegeven aan het ontwikkelplan. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat gemeente A in zoverre in strijd met het transparantiebeginsel heeft gehandeld.

5.12.9. De Commissie stelt tot slot vast dat gemeente A in paragraaf 2.1.6.1 van het Inkoopdocument heeft bepaald dat ondernemers met een laag of gemiddeld tarief voorrang hebben bij de verdeling van onbenutte middelen (zie 1.3 hiervoor). Zij heeft dat nog eens bevestigd in haar beantwoording van vraag 153 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.4.1 hiervoor). Gemeente A beroept zich in haar reactie op de klacht er onder andere op dat zij deze vooraf door haar gecommuniceerde regel conform heeft toegepast in het kader van de verdeling (zie 1.18 en 4.2.4 hiervoor). De Commissie vraagt zich echter af of de inhoud en strekking van deze regel op basis van het Inkoopdocument voor alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige ondernemers voldoende duidelijk zal zijn geweest.

## 5.13. Klachtonderdeel 2

5.13.1. De Commissie stelt vast dat tussen partijen niet ter discussie staat dat gemeente A ondernemer enkel heeft laten weten dat zijn verzoek tot ophoging van het maximumbudget is afgewezen en dat het maximumbudget van diverse andere ondernemingen met wie gemeente A vergelijkbare raamovereenkomsten heeft gesloten is opgehoogd, zonder verdere toelichting te geven op de wijze waarop dat resultaat tot stand is gekomen (zie 4.3 hiervoor). De Commissie is van oordeel dat gemeente A daarmee niet aan haar motiveringsplicht als bedoeld in 5.10.3 heeft voldaan.

5.13.2. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 2 gegrond.

## 6. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **ongegrond** en klachtonderdeel 2 **gegrond**.

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

Den Haag, 10 augustus 2020

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

Mr. A.C.M Fischer-Braams  
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid