

# Zorgen voor de dag van morgen

Een onderzoek naar de rechtmatigheid van de inkoop van zorg via de methodiek 'bestuurlijk aanbesteden' binnen de gemeente Geldrop-Mierlo.

*Scriptie ter afronding van de opleiding HBO-Rechten aan de  
Juridische Hogeschool Avans-Fontys,  
geschreven in opdracht van de gemeente Geldrop-Mierlo.*

**Afstudeermentor:** de heer mr. H.T.J. Keijsers  
**Eerste afstudeerdocent:** de heer mr. W.J.H. Struijlaart  
**Tweede afstudeerdocent:** de heer mr. T.J.W. Quispel

**Naam:** mevrouw A.C.W.M. van Schijndel  
**Studentnummer:** 2069503

**Geldrop, mei 2017**



Geldrop-Mierlo

# Zorgen voor de dag van morgen

Een onderzoek naar de rechtmatigheid van de inkoop van zorg via de methodiek 'bestuurlijk aanbesteden' binnen de gemeente Geldrop-Mierlo.

**Opdrachtgever:** de heer mr. H.T.J. Keijsers

**Opdrachtgever:** mevrouw P.B.S. van Riemsdijk, MSc

*-Vertrouwelijk-*

*Scriptie ter afronding van de opleiding HBO-Rechten aan de  
Juridische Hogeschool Avans-Fontys,  
geschreven in opdracht van de gemeente Geldrop-Mierlo.*

**Afstudeermentor:** de heer mr. H.T.J. Keijsers

**Eerste afstudeerdocent:** de heer mr. W.J.H. Struijlaart

**Tweede afstudeerdocent:** de heer mr. T.J.W. Quispel

**Naam:** mevrouw A.C.W.M. van Schijndel

**Studentnummer:** 2069503

**Geldrop, mei 2017**



Geldrop-Mierlo

## Voorwoord

Bestuurlijk aanbesteden? Daar had ik nog niet zo heel lang geleden echt nog nooit van gehoord. Toch was ik meteen enthousiast toen ik de vraag voorgelegd kreeg of ik het proces van het bestuurlijk aanbesteden binnen de gemeente Geldrop-Mierlo eens onder de loep wilde nemen. En toen bleek dat er op landelijk niveau ook nog eens een discussie gaande was over de rechtmatigheid van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden onder de in 2016 gewijzigde Aanbestedingswet 2012, wist ik zeker dat ik de uitdaging wilde aangaan. Die scriptie, die ging er komen.

Nu leg ik nu de laatste hand aan dit inmiddels tamelijk lijvige document, waarin zo'n beetje elk aspect van het bestuurlijk aanbesteden aan de orde komt. De afgelopen maanden waren niet te vergelijken met enige andere periode in mijn leven. Ik heb genoten van mijn afstuderen en ik heb het verafschuwd. Ik heb vaardigheden ontwikkeld, mensen leren kennen, angsten overwonnen en heel veel kennis opgedaan. En ik heb stress gehad, weinig geslapen, contacten verwaarloosd en minder beweging gekregen dan de gemiddelde 90-plusser. En nu ben ik vooral TROTS: trots dat ik, ondanks alles, na vijf jaar studeren op het punt sta om mijn hbo-diploma te halen. En trots dat ik de afgelopen periode heb gedaan wat ik moest doen. En dat op niet-onverdienstelijke wijze, al zeg ik het zelf.

Zonder hulp was ik niet gekomen waar ik nu ben. Ik wil dan ook een aantal mensen bedanken voor hun inzet en ondersteuning in de afgelopen periode. Allereerst zijn dat Henk Keijsers en mijn andere collega's bij de gemeente Geldrop-Mierlo, die altijd voor me klaar stonden als ik ze nodig had en die mijn stage bij de gemeente tot een heel fijne ervaring hebben gemaakt. Ik voel me thuis bij jullie! Ook mijn afstudeerdocenten Wim Struijlaart en Tim Quispel wil ik bedanken voor de tijd en moeite die zij hebben genomen om mijn teksten door te ploegen en mij te voorzien van feedback en mooie complimenten. Ten slotte een woord van dank aan alle geïnterviewden. Ik heb genoten van jullie enthousiasme voor jullie werk en ik ben jullie erkentelijk voor de tijd die jullie voor me hebben genomen en voor alle kennis die ik dankzij jullie heb opgedaan.

Dan nog een woord van dank aan diegenen die er in voor- en tegenspoed voor mij waren de afgelopen jaren en mij met vereende krachten door mijn studie heen hebben gesleept. Allereerst zijn dat mijn ouders. Dank jullie wel voor al jullie emotionele en praktische steun. Ik hou van jullie en ik zou niet weten wat ik zonder jullie moest doen. Dan Henk en Anita. Wat jullie voor mij hebben gedaan is niet in woorden uit te drukken. Jullie verdienen een stukje van mijn diploma. I couldn't have done it without you. En Sophia, die door mij haar afstudeertrauma nog een keer mocht herleven. Sorry daarvoor ;). En dank je wel voor het aanbrengen van structuur in de chaos van mijn leven. Ik waardeer het heel erg.

Aan alle andere mensen die er op wat voor manier dan ook voor mij zijn of in het verleden zijn geweest: dank jullie wel! Jullie zijn met te velen om jullie allemaal bij naam te noemen, maar ik hoop dat degenen van jullie die dit lezen zich aangesproken voelen. Weet dat jullie belangrijk voor mij zijn en dat ik nooit zal vergeten wat jullie voor me hebben betekend.

Ten slotte wil ik mijn mentor Thea van Lent bedanken, die er helaas niet bij kon zijn de afgelopen tijd, maar die mij heel wat jaren heeft bijgestaan en gemotiveerd om door te zetten. Thea, bedankt voor alles. Oh, en ik ga denk ik toch maar niet stoppen met m'n studie.

Anne van Schijndel

Geldrop, mei 2017

# Inhoudsopgave

## Samenvatting

## Lijst van afkortingen en andere begrippen

|                                                                 |        |
|-----------------------------------------------------------------|--------|
| <b>HOOFDSTUK 1 INLEIDING</b>                                    | 9      |
| <b>1.1 Achtergrond onderzoek</b>                                | 9      |
| <b>1.2 Probleembeschrijving</b>                                 | 9      |
| 1.2.1 De inkoop van zorg binnen de gemeente Geldrop-Mierlo      | 9      |
| 1.2.2 Bestuurlijk aanbesteden en het aanbestedingsrecht         | 10     |
| <b>1.3 Vraagstelling en doelstelling</b>                        | 11     |
| <b>1.4 Deelvragen en leeswijzer</b>                             | 11     |
| <b>1.5 Verantwoording van bronnen en methoden</b>               | 12     |
| 1.5.1 Onderzoek van het recht                                   | 12     |
| 1.5.2 Onderzoek van de praktijk                                 | 12     |
| <br><b>HOOFDSTUK 2 BESTUURLIJK AANBESTEDEN</b>                  | <br>14 |
| <b>2.1 Achtergrond bestuurlijk aanbesteden</b>                  | 14     |
| 2.1.1 Bestuurlijk aanbesteden: wat is het nu eigenlijk?         | 14     |
| 2.1.2 Bestuurlijk aanbesteden en de inkoop van zorg             | 15     |
| <b>2.2 Bestuurlijk aanbesteden Dommelvallei+</b>                | 16     |
| 2.2.1 Contractsluiting                                          | 17     |
| 2.2.2 Overlegtafels                                             | 18     |
| 2.2.2.1 Fysieke overlegtafel                                    | 18     |
| 2.2.2.2 Digitale overlegtafel                                   | 18     |
| 2.2.2.3 Besluitvorming                                          | 19     |
| 2.2.3 De uitvoering: de toeleiding naar zorg                    | 19     |
| <b>2.3 Ontwikkelingen bestuurlijk aanbesteden Dommelvallei+</b> | 20     |
| <b>2.4 Tussenconclusie hoofdstuk 2</b>                          | 20     |
| <br><b>HOOFDSTUK 3 JURIDISCH TOETSINGSKADER</b>                 | <br>21 |
| <b>3.1 Inleiding aanbestedingsrecht</b>                         | 21     |
| 3.1.1 Rechtsbronnen aanbestedingsrecht                          | 21     |
| 3.1.1.1 <i>Het Europese Unierecht</i>                           | 21     |
| 3.1.1.2 <i>Nationale rechtsbronnen</i>                          | 22     |
| 3.1.1.3 <i>Beleidsregels</i>                                    | 23     |
| 3.1.1.4 <i>Jurisprudentie en adviezen</i>                       | 23     |
| 3.1.1.5 <i>Algemene beginselen van het aanbestedingsrecht</i>   | 23     |
| <b>3.2 Inleiding overeenkomstenrecht</b>                        | 24     |
| 3.2.1 Rechtsbronnen overeenkomstenrecht                         | 25     |
| <b>3.3 De gemeente als contractspartij</b>                      | 25     |
| 3.3.1 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur                | 26     |
| 3.3.2 De interne organisatie van de gemeente                    | 26     |
| 3.3.2.1 <i>Het sluiten van de overeenkomst</i>                  | 26     |
| 3.3.2.2 <i>Bevoegdheidsgebreken</i>                             | 27     |
| <b>3.4 Onrechtmatig handelen gemeente</b>                       | 28     |
| 3.4.1 Onrechtmatig handelen bij sluiten overeenkomst            | 28     |
| 3.4.2 Onrechtmatig handelen gedurende looptijd overeenkomst     | 28     |
| <b>3.5 Tussenconclusie hoofdstuk 3</b>                          | 29     |

|                                                                              |    |
|------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>HOOFDSTUK 4 RICHTLIJN 2014/24/EU EN BESTUURLIJK AANBESTEDEN</b>           | 30 |
| <b>4.1 Van Richtlijn 2004/18/EG naar Richtlijn 2014/24/EU</b>                | 30 |
| 4.1.1 Richtlijn 2004/18/EG en 2B-diensten                                    | 30 |
| 4.1.2 De introductie van Richtlijn 2014/24/EU                                | 31 |
| 4.1.3 De implementatie van Richtlijn 2014/24/EU                              | 32 |
| 4.1.4 Nieuwe verplichtingen onder Richtlijn 2014/24/EU                       | 32 |
| <b>4.2 Bestuurlijk aanbesteden en het aanbestedingsrecht</b>                 | 33 |
| 4.2.1 Bestuurlijk aanbesteden is geen aanbesteden                            | 33 |
| 4.2.2 Bestuurlijk aanbesteden is wel aanbesteden                             | 34 |
| <b>4.3 Bestuurlijk aanbesteden onder Richtlijn 2014/24/EU</b>                | 35 |
| 4.3.1 De nieuwe aankondigingsverplichting                                    | 35 |
| 4.3.1.1 <i>Verplichte elementen aankondigingsverplichting</i>                | 35 |
| 4.3.1.2 <i>Hernieuwde aankondigingsverplichting bij wezenlijke wijziging</i> | 36 |
| 4.3.2 Toetreding nieuwe aanbieders                                           | 37 |
| 4.3.3 Verlaging administratieve lasten                                       | 37 |
| <b>4.4 Tussenconclusie hoofdstuk 4</b>                                       | 38 |
| <br><b>HOOFDSTUK 5 RECHTMATIGHEID BESTUURLIJK AANBESTEDEN GEMEENTE</b>       |    |
| <b>GELDROP-MIERLO</b>                                                        | 39 |
| <b>5.1 De keuze voor bestuurlijk aanbesteden</b>                             | 39 |
| 5.1.1 Doelstellingen                                                         | 39 |
| 5.1.2 Beoordeling keuze voor bestuurlijk aanbesteden                         | 39 |
| <b>5.2 Totstandkoming overeenkomsten</b>                                     | 40 |
| 5.2.1 Collegebesluiten en betrokkenheid gemeenteraad                         | 40 |
| 5.2.2 Ondertekening overeenkomsten en addenda                                | 40 |
| 5.2.3 Beoordeling totstandkoming overeenkomsten                              | 41 |
| <b>5.3 Contact met zorgaanbieders</b>                                        | 41 |
| 5.3.1 De fysieke overlegtafel als marktconsultatie                           | 41 |
| 5.3.2 Juridische eisen marktconsultatie                                      | 42 |
| 5.3.3 Beoordeling contact met zorgaanbieders                                 | 42 |
| <b>5.4 Kwaliteit van aanbieders en zorg</b>                                  | 43 |
| 5.4.1 Kwaliteitstoets bij aanvang procedure                                  | 43 |
| 5.4.2 Beoordeling kwaliteitstoets bij aanvang procedure                      | 44 |
| 5.4.3 Monitoring en verantwoording                                           | 45 |
| 5.4.4 Beoordeling monitoring en verantwoording                               | 46 |
| <b>5.5 Toepassing gunningscriterium ‘de cliënt kiest’</b>                    | 46 |
| 5.5.1 Toeleiding Team Jeugd                                                  | 46 |
| 5.5.2 Toeleiding Team Zorg                                                   | 47 |
| 5.5.3 Beoordeling toepassing gunningscriterium ‘de cliënt kiest’             | 47 |
| <b>5.6 Wijzigingen</b>                                                       | 48 |
| 5.6.1 Wijzigingsbeding deelovereenkomsten                                    | 48 |
| 5.6.2 Beoordeling wijzigingsbeding deelovereenkomsten                        | 48 |
| 5.6.2 Transformatiepartnerschap Dommelvallei+                                | 50 |
| 5.6.3 Beoordeling Transformatiepartnerschap Dommelvallei+                    | 50 |
| 5.6.4 De nieuwe overeenkomsten                                               | 50 |
| <b>5.7 Nadere beoordeling bestuurlijk aanbesteden</b>                        | 51 |
| 5.7.1 Bezwaren bestuurlijk aanbesteden                                       | 51 |
| 5.7.2 Meerwaarde bestuurlijk aanbesteden                                     | 51 |
| <b>5.8 Tussenconclusie hoofdstuk 5</b>                                       | 52 |

|                                                                         |        |
|-------------------------------------------------------------------------|--------|
| <b>HOOFDSTUK 6 AANPASSINGEN EN ALTERNATIEVEN</b>                        | 53     |
| <b>6.1 Dynamisch aankoopstelsel</b>                                     | 53     |
| 6.1.1 Dynamisch aankoopstelsel en sociale diensten                      | 54     |
| 6.1.2 Dynamisch selectiesysteem                                         | 54     |
| 6.1.3 Beoordeling dynamisch aankoopstelsel                              | 55     |
| <b>6.2 Online kwaliteitssysteem: 'Zoover voor de jeugdhulp'</b>         | 55     |
| <b>6.3 Competitief inkopen</b>                                          | 56     |
| <b>6.4 Tussenconclusie hoofdstuk 6</b>                                  | 57     |
| <br><b>HOOFDSTUK 7 CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN</b>                       | <br>58 |
| <b>7.1 Conclusie</b>                                                    | 58     |
| 7.1.1 Bestuurlijk aanbesteden in het kort                               | 58     |
| 7.1.2 Rechtmatigheid bestuurlijk aanbesteden onder Richtlijn 2014/24/EU | 58     |
| 7.1.3 Rechtmatigheid bestuurlijk aanbesteden in de praktijk             | 59     |
| 7.1.4 Eindadvies aan de gemeente Geldrop-Mierlo                         | 60     |
| <b>7.2 Aanbevelingen</b>                                                | 61     |
| 7.2.1 Aanbevelingen voor de komende periode                             | 61     |
| 7.2.1.1 <i>Nieuwe overeenkomsten</i>                                    | 61     |
| 7.2.1.2 <i>Wijzigen afspraken</i>                                       | 61     |
| 7.2.1.3 <i>Onderling overleg</i>                                        | 62     |
| 7.2.1.4 <i>De keuze van de cliënt</i>                                   | 62     |
| 7.2.1.5 <i>Monitoring en verantwoording</i>                             | 62     |
| 7.2.2 Aanbevelingen voor de toekomst                                    | 63     |
| <br><b>Bronnen</b>                                                      | <br>64 |
| <br><b>Bijlagen (apart ingebonden)</b>                                  | <br>70 |

## Samenvatting

In dit onderzoek stond de volgende vraag centraal: *Welke aanpassingen aan de wijze waarop de gemeente Geldrop-Mierlo zorg inkoopt in het kader van de Wmo en de Jeugdwet zijn, mede in het licht van de op 1 juli 2016 gewijzigde Aanbestedingswet, vanuit het oogpunt van rechtmatigheid wenselijk dan wel noodzakelijk?* Om te komen tot een antwoord op deze vraag is onderzocht welke rechtsregels van toepassing zijn op de gemeentelijke inkoop van zorg, hoe de gemeente Geldrop-Mierlo de inkoop van zorg op dit moment vormgeeft en welke alternatieven er zijn. Voor het onderzoek van het recht zijn er rechtsbronnen bestudeerd en is er vakliteratuur geraadpleegd. Het onderzoek van de praktijk bestond met name uit het analyseren van documenten en media en het afnemen van interviews.

De gemeente Geldrop-Mierlo koopt zorg in het kader van de Jeugdwet en de Wmo in via de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden. Kenmerkend voor deze methodiek is dat het de cliënt is die kiest van welke gecontracteerde aanbieder hij zorg wil ontvangen. De cliënt heeft veel keuze, want aanbieders sluiten relatief eenvoudig een overeenkomst met de gemeente. Een ander kenmerk van de methodiek is haar flexibiliteit. Er vindt continu overleg plaats tussen de gemeente en de aanbieders over de inhoud van de overeenkomsten en nieuwe aanbieders kunnen tussentijds toetreden. Deze flexibiliteit helpt de gemeente omgaan met de complexiteit en onvoorspelbaarheid van het sociaal domein.

Bestuurlijk aanbesteden valt onder de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht. Op 1 juli 2016 is de gewijzigde Aanbestedingswet 2012 in werking getreden. Vóór 18 april 2016 aangevallen procedures worden afgehandeld overeenkomstig het oude recht. In de Aanbestedingswet wordt de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Indien en voor zover een gemeente de dwingende beginselen en semi-dwingende uitgangspunten van het aanbestedingsrecht in acht neemt, zijn de meeste elementen en activiteiten van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden in theorie rechtmatig onder de gewijzigde Aanbestedingswet. Tussentijdse toetreding van aanbieders tot de overeenkomsten is evenwel niet mogelijk in procedures die van start zijn gegaan op of na 18 april 2016.

In de praktijk slaagt de gemeente Geldrop-Mierlo er op verschillende punten niet in om het proces van het bestuurlijk aanbesteden op rechtmatige wijze te doorlopen. Het op geheel rechtmatige wijze toepassen van de methodiek vraagt dan ook een vrijwel onmogelijke inspanning van de gemeente. Met name – maar niet uitsluitend – de aanbestedingsrechtelijke beginselen en uitgangspunten stellen hoge eisen aan de wijze waarop de gemeente het proces vormgeeft. Ook de doelmatigheid van de methodiek laat op enkele punten te wensen over. De administratieve lasten zijn hoog. Nu de gemeente haar nieuwe taken alweer enige tijd uitvoert, ligt het voor de hand dat zij op termijn kiest voor een procedure die minder rechtmatigheids- en doelmatigheidsproblemen met zich meebrengt.

Het advies aan de gemeente is om de bestuurlijke aanbesteding te continueren, maar om de overeenkomsten die zij per 1 januari 2018 wil sluiten ter vervanging van de huidige overeenkomsten, aan te gaan voor een beperkte duur van een of twee jaar. Hierna stapt zij bij voorkeur over op een vorm van competitieve inkoop, zodat zij een betere verhouding bereikt tussen de belangen van de cliënt en haar eigen belangen. De keuzevrijheid van de cliënt is zodanig cruciaal dat deze moet blijven bestaan.

Indien er op 1 januari 2018 een wezenlijke wijziging van de overeenkomsten plaatsvindt, dan vallen de overeenkomsten onder het nieuwe aanbestedingsrecht. De gemeente is in dat geval verplicht om een openbare aankondiging te doen van het voornemen om tot opdrachtverlening over te gaan en kan aanbieders niet meer tussentijds laten toetreden tot de overeenkomsten zonder wederom een nieuwe procedure te starten. De tussentijdse toetreding van aanbieders blijft mogelijk door de bestuurlijke aanbesteding om te vormen in een dynamisch aankoopstelsel. Het gebruik van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument is verplicht onder de herziene Aanbestedingswet. De komende periode dient de gemeente maatregelen te nemen om de juridische en praktische bezwaren die kleven aan de toepassing van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden zoveel mogelijk op te heffen.

## **Lijst van afkortingen en andere begrippen**

### **Aw 2012 of Aanbestedingswet**

Aanbestedingswet 2012

### **Awb**

Algemene wet bestuursrecht

### **Basisovereenkomst**

Basisovereenkomst Inkoopnetwerk WMO 2015 en Jeugd Dommelvallei+

### **Bizob**

Bureau Inkoop en Aanbestedingen Zuidoost-Brabant

### **CMD**

Centrum voor Maatschappelijke Deelname van de gemeente Geldrop-Mierlo

### **Deelovereenkomst Ambulante jeugdhulp**

Deelovereenkomst voor het leveren van Individuele voorziening ambulante Jeugdhulp overgangs- en nieuwe cliënten Dommelvallei+

### **Deelovereenkomst Individuele begeleiding Jeugd en Wmo**

Deelovereenkomst voor het leveren van Individuele voorziening Begeleiding Jeugdhulp -9 maanden tot achttien jaar en Maatwerkvoorziening Begeleiding Wmo 2015 nieuwe cliënten Dommelvallei+

### **Deelovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling**

Deelovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling Dommelvallei+

### **FOT**

fysieke overlegtafel

### **PDC**

producten- en dienstencatalogus

### **Richtlijn 2004/18/EG**

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*PbEU* 2004, L 134/114).

### **Richtlijn 2014/24/EU**

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (*PbEU* 2014, L 94/65).

### **UEA**

Uniform Europees Aanbestedingsdocument

### **VEU**

Verdrag betreffende de Europese Unie

### **VWEU**

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

### **Wmo**

Wet maatschappelijke ondersteuning 2015

## Hoofdstuk 1 Inleiding

In hoofdstuk 1 wordt het onderzoek dat ten grondslag ligt aan dit rapport geïntroduceerd. In paragraaf 1.1 wordt in het kort iets gezegd over de gemeente Geldrop-Mierlo en de opdrachtgevers. De probleembeschrijving is te vinden in paragraaf 1.2. In paragraaf 1.3 zijn de centrale vraag en de doelstelling beschreven. Een opsomming van de deelvragen, die tevens fungeert als leeswijzer, staat in paragraaf 1.5. Het hoofdstuk wordt afgesloten met de methodische verantwoording (paragraaf 1.6).

### 1.1 Achtergrond onderzoek

Dit onderzoek wordt uitgevoerd namens en binnen de gemeente Geldrop-Mierlo. De gemeente Geldrop-Mierlo, gelegen in Zuidoost-Brabant, is ontstaan op 1 januari 2004 door een fusie van de buurgemeenten Geldrop en Mierlo. De gemeente heeft iets meer dan 39.000 inwoners. Circa driekwart van hen is woonachtig in Geldrop.<sup>1</sup> De ambtelijke organisatie van de gemeente Geldrop-Mierlo bestaat uit vijf afdelingen en een griffie. Er werken ongeveer 240 mensen. Aan het hoofd van de organisatie staat de gemeentesecretaris. Samen met de vijf afdelingshoofden vormt hij het managementteam. In bijlage 1 wordt het organogram van de organisatie weergegeven.

Dit onderzoek wordt uitgevoerd in opdracht van de senior van het cluster Welzijn en Sport van de afdeling Maatschappelijk Ontwikkeling, tevens lid van het zorginkoopteam, Pleun van Riemsdijk, en van de senior van het cluster Juridische Zaken en Kabinet van de afdeling Ondersteuning, Henk Keijzers.

### 1.2 Probleembeschrijving

Op 1 januari 2015 is een groot aantal verantwoordelijkheden van de Rijksoverheid gedecentraliseerd naar de gemeenten. Twee wetten die belangrijke rol spelen bij de decentralisaties zijn de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (hierna: Wmo) en de Jeugdwet. Door de invoering van de nieuwe Wmo zijn gemeenten nu verantwoordelijk voor alle vormen van ondersteuning en begeleiding van thuiswonende langdurig zieke en oudere inwoners.<sup>2</sup> Op grond van de Jeugdwet (voorheen: Wet op de Jeugdzorg) worden gemeenten geacht zorg te dragen voor alle vormen van jeugdzorg.<sup>3</sup>

#### 1.2.1 De inkoop van zorg binnen de gemeente Geldrop-Mierlo

Een groot deel van zorginkoopprocedures komt sinds 2015 voor rekening van de gemeenten. Binnen de gemeente Geldrop-Mierlo verzorgt het inkoopteam van de afdeling Maatschappelijke Ontwikkeling de inkoop van Wmo-begeleiding, ambulante jeugdhulp en jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling. De gemeente werkt bij de inkoop van deze diensten intensief samen met de gemeenten Nuenen, Son en Breugel en Waalre onder de naam Dommelvallei+.<sup>4</sup> Zij krijgt hierbij ondersteuning van Bureau Inkoop en Aanbestedingen Zuidoost-Brabant (hierna: Bizob), een stichting die in 2003 werd opgericht door een aantal gemeenten in Zuidoost-Brabant met als doel de gemeentelijke inkoop te professionaliseren.<sup>5</sup>

De gemeente Geldrop-Mierlo koopt diensten in het kader van de Wmo en de Jeugdwet, anders dan (andere) diensten, werken en leveringen, in via de methodiek 'bestuurlijk aanbesteden'. Bestuurlijk aanbesteden is geen formele aanbestedingsvorm, maar een in 2009 door advocaat en bestuurskundige Tim Robbe geïntroduceerde term voor de inkoop van zorg- en welzijnsdiensten met gebruikmaking van het lichte aanbestedingsregime voor zogenaamde 2B-diensten.<sup>6</sup> Bij een bestuurlijke aanbesteding worden overeenkomsten niet op de klassieke wijze aanbesteed, maar komen zij tot stand in overleg

---

<sup>1</sup> statline.cbs.nl (zoek op *geldrop* > Bevolkingsontwikkeling; regio per maand).

<sup>2</sup> Zie art. 1.2.1 aanhef en onder a Wmo.

<sup>3</sup> Zie hoofdstuk 2 en in het bijzonder art. 2.6 lid 1 aanhef en onder a Jeugdwet.

<sup>4</sup> Vanwege onder andere de geringe vraag per gemeente is deze samenwerking noodzakelijk. Twee of meer aanbestedende diensten kunnen een aanbestedingsprocedure gezamenlijk uitvoeren op grond van art. 2.11a lid 1 Aw 2012.

<sup>5</sup> De gemeente Geldrop-Mierlo is toegetreden op 1 juli 2010, zie bizob.nl (Home > Over Bizob > Deelnemers).

<sup>6</sup> In hoofdstuk 4 wordt hierop nader ingegaan.

tussen de gemeente en de zorgaanbieders.<sup>7</sup> De flexibele aard van de methodiek helpt gemeenten om te gaan met de onvoorspelbaarheid van het sociaal domein.<sup>8</sup>

### 1.2.2 Bestuurlijk aanbesteden en het aanbestedingsrecht

Wanneer een gemeente een opdracht plaatst tot het verrichten van (zorg)diensten, dient zij de regels van het aanbestedingsrecht in acht te nemen. Dit is niet anders wanneer zij gebruikmaakt van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden.<sup>9</sup> De Europese aanbestedingsrichtlijnen vormen de belangrijkste bron van het aanbestedingsrecht. De aanbestedingsrichtlijnen zijn voor Nederland geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aanbestedingswet).

Ten tijde van de introductie van het bestuurlijk aanbesteden in 2009 waren gemeenten bij hun aanbestedingen van diensten gebonden aan Richtlijn 2004/18/EG.<sup>10</sup> In Richtlijn 2004/18/EG en de Aanbestedingswet werd onderscheid gemaakt tussen zogenoemde 2A- en 2B-diensten. Op 2A-diensten was het volledige aanbestedingsregime van toepassing. Voor 2B-diensten, waaronder jeugdhulp en begeleiding vanuit de Wmo en de Jeugdwet, gold een verlicht aanbestedingsregime. Het organiseren van een klassieke aanbestedingsprocedure was voor deze diensten niet nodig. Gemeenten hadden grote vrijheid om de inkoopprocedure voor 2B-diensten naar eigen inzicht vorm te geven.<sup>11</sup> De 2B-uitzondering in de Aanbestedingswet van vóór 1 juli 2016 lag aan de basis van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden.

Op 28 maart 2014 werd de nieuwe aanbestedingsrichtlijn voor het plaatsen van overheidsopdrachten, Richtlijn 2014/24/EU, gepubliceerd.<sup>12</sup> De voor de implementatie benodigde wijzigingen van de Aanbestedingswet vonden plaats op 1 juli 2016.<sup>13</sup> In de nieuwe richtlijn is het onderscheid tussen 2A- en 2B-diensten komen te vervallen. Voor overheidsopdrachten voor zogenoemde 'sociale en andere specifieke diensten', waaronder diensten in het kader van de Wmo en de Jeugdwet, geldt een nieuwe vereenvoudigde procedure. De belangrijkste (nieuwe) verplichting die geldt voor deze diensten betreft de (voor)aankondiging van het voornemen op tot opdrachtverlening over te gaan.<sup>14</sup>

Met het verdwijnen van de 2B-uitzondering uit de Aanbestedingswet is de voormalige basis voor het bestuurlijk aanbesteden komen te vervallen. Er bestaat verdeeldheid over de vraag of ook de herziene Aanbestedingswet een basis biedt voor het bestuurlijk aanbesteden in zijn huidige vorm. Impliciet gaan er door de in Richtlijn 2014/24/EU geïntroduceerde voorafgaande aankondigingsverplichting voor sociale en andere specifieke diensten namelijk een aantal bijkomende verplichtingen gelden. Verschillende aanbestedingsexperts zijn van mening dat de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden ten gevolge van deze bijkomende verplichtingen in ieder geval enkele aanpassingen zal moeten ondergaan om te passen binnen de nieuwe regelgeving.<sup>15</sup> Zij zijn het echter oneens over welke

---

<sup>7</sup> Zeelenberg, *Hekkelman advocaten / notarissen* 1 juli 2016.

<sup>8</sup> Robbe, *Aboukir en Robbe Advocaten* maart 2016, p. 2.

<sup>9</sup> Deze opvatting is algemeen aanvaard. Tim Robbe, de ontwikkelaar van het bestuurlijk aanbesteden, ontkent echter (bijvoorbeeld in Robbe, *Aboukir en Robbe Advocaten* 28 januari 2016) dat op 'zijn' methodiek de aanbestedingsregels van toepassing zijn. Zie hierover ook paragraaf 4.2.

<sup>10</sup> Het gaat hier om Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*PbEU* 2004, L 134/114).

<sup>11</sup> Uenk, Telgen & Robbe, *Sociaal Bestek* juni/juli 2016, p. 6.

<sup>12</sup> Het gaat hier om Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (*PbEU* 2014, L 94/65).

<sup>13</sup> De wijzigingen waren het gevolg van de invoering van de Wet van 22 juni 2016 tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, *Stb.* 2016, 241.

<sup>14</sup> De (voor)aankondiging is geregeld in art. 75 lid 1 jo. art. 51 jo. deel H en I van bijlage V bij Richtlijn 2014/24/EU en art. 2.39 lid 1, aanhef en onder a jo. art. 2.58 e.v. Aw 2012.

<sup>15</sup> Hiermee is zelfs Robbe het eens, zie Robbe, *Aboukir en Robbe Advocaten* 28 januari 2016.

aanpassingen dit zijn. Sommige deskundigen stellen zich op het standpunt dat bestuurlijk aanbesteden onder de herziene Aanbestedingswet helemaal niet meer toegestaan is.<sup>16</sup>

### 1.3 Vraagstelling en doelstelling

De gemeente Geldrop-Mierlo wil graag een antwoord op de vraag in hoeverre bestuurlijk aanbesteden mogelijk is onder de herziene Aanbestedingswet. Het belang van dit antwoord schuilt in het feit dat de Dommelvallei+-gemeenten per 1 januari 2018 nieuwe overeenkomsten willen sluiten met de zorgaanbieders en eventueel onrechtmatig handelen in het slechtste geval zou kunnen leiden tot vernietiging van de overeenkomsten en/of financiële schade voor de gemeente.<sup>17</sup> Ook voor andere gemeenten is deze rechtmatigheidsvraag relevant. Inmiddels maakt namelijk meer dan de helft van de Nederlandse gemeenten gebruik van bestuurlijk aanbesteden bij de inkoop van zorg.<sup>18</sup> De bedragen die hiermee gemoeid zijn, zijn enorm.<sup>19</sup> Veel van de in 2014 gesloten overeenkomsten lopen in 2017 af.

Er bestaat binnen de gemeente Geldrop-Mierlo daarnaast behoefte aan duidelijkheid over de vraag in hoeverre de *specifieke wijze* waarop de gemeente de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden toepast, rechtmatig is. Hoewel het binnen de gemeente gebruikelijk is dat het cluster Juridische Zaken en Kabinet wordt geraadpleegd bij grootschalige inkoop- en aanbestedingsprocedures, zijn bij de inkoop van zorg in het kader van de Wmo en de Jeugdwet via de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden namelijk in het geheel geen juristen vanuit de gemeente betrokken.

De twee bovenstaande vraagstukken leiden tot de volgende centrale vraag: *Welke aanpassingen aan de wijze waarop de gemeente Geldrop-Mierlo zorg inkoopt in het kader van de Wmo en de Jeugdwet zijn, mede in het licht van de op 1 juli 2016 gewijzigde Aanbestedingswet, vanuit het oogpunt van rechtmatigheid wenselijk dan wel noodzakelijk?*

Het doel is om uiterlijk op 29 mei 2017 een onderzoeksrapport op te leveren waarin de rechtmatigheid wordt beoordeeld van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden en de specifieke wijze waarop de gemeente Geldrop-Mierlo de elementen en activiteiten van deze methodiek vormgeeft bij de inkoop van zorg in het kader van de Wmo en de Jeugdwet, om uiteindelijk te komen tot een advies aan de gemeente met betrekking tot de inkoop van deze zorgdiensten na 31 december 2017, de dag waarop de huidige overeenkomsten met zorgaanbieders aflopen.

### 1.4 Deelvragen en leeswijzer

Voor de kennis die nodig is voor het beantwoorden van de centrale vraag, worden in de volgende hoofdstukken zes deelvragen beantwoord. In elk hoofdstuk komt één deelvraag aan bod.

In hoofdstuk 2 wordt de vraag *‘Uit welke elementen en activiteiten bestaat de methodiek ‘bestuurlijk aanbesteden’ en op welke wijze geeft de gemeente Geldrop-Mierlo vorm aan de methodiek ‘bestuurlijk aanbesteden’ bij inkoop van zorg in het kader van de Wmo en de Jeugdwet?’* beantwoord.

Centraal in hoofdstuk 3 staat de vraag: *‘Welke rechtsbronnen vormen het juridisch toetsingskader voor de methodiek ‘bestuurlijk aanbesteden’ en wat zijn de mogelijke juridische gevolgen van een onrechtmatige gemeentelijke aanbesteding?’*

De vraag waarop in hoofdstuk 4 een antwoord wordt gegeven, luidt: *‘Wat zijn de voor de methodiek ‘bestuurlijk aanbesteden’ relevante wijzigingen van de Aanbestedingswet in verband met de*

---

<sup>16</sup> Zie bijvoorbeeld Van Nouhuys, TA 2016/2.

<sup>17</sup> Zie hierover paragraaf 3.4.

<sup>18</sup> Robbe, *Aboukir en Robbe Advocaten* 28 januari 2016, p. 1.

<sup>19</sup> Het gaat volgens Robbe (bron: interview Robbe) om miljarden euro's, zie ook hoofdstuk 2.

*implementatie van EU-Richtlijn 2014/24/EU en tot welk oordeel leidt de toets van de methodiek ‘bestuurlijk aanbesteden’ aan Richtlijn 2014/24/EU en de herziene Aanbestedingswet?’*

De vraag ‘Tot welk oordeel leidt de toets van de specifieke wijze waarop de gemeente Geldrop-Mierlo zorg inkoop in het kader van de Wmo en de Jeugdwet met toepassing van de methodiek ‘bestuurlijk aanbesteden’ aan de in hoofdstuk 3 genoemde rechtsbronnen?’ wordt beantwoord in hoofdstuk 5.

Hoofdstuk 6 gaat over de vraag: ‘Welke aanpassingen kan de gemeente Geldrop-Mierlo doen aan de wijze waarop zij de methodiek ‘bestuurlijk aanbesteden’ vormgeeft en welke alternatieven zijn er voor de inkoop van zorg in het kader van de Wmo en de Jeugdwet?’.

In hoofdstuk 7 wordt ten slotte de zesde en laatste deelvraag beantwoord: ‘Tot welk advies aan de gemeente Geldrop-Mierlo leiden de conclusies ten aanzien van de in de hoofdstukken 2 tot en met 6 besproken deelvragen?’

## **1.5 Verantwoording van bronnen en methoden**

Zoals gebruikelijk bestaat dit praktijkgerichte onderzoek uit een onderzoek van het recht en een onderzoek van de praktijk.

### **1.5.1 Onderzoek van het recht**

Het onderzoek van het recht speelt een belangrijke rol bij de beantwoording van de vraag die centraal staat in dit onderzoek. Om een oordeel te kunnen vormen over de rechtmatigheid van de toepassing van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden en een advies te kunnen geven over de toekomstige inkoop van zorg, is het opstellen van een juridisch kader immers noodzakelijk. Voor het onderzoek van het recht zijn rechtsbronnen, vakliteratuur en andere documenten geraadpleegd. De resultaten van het onderzoek van het recht zijn in alle hoofdstukken van dit onderzoeksrapport verwerkt.

Rechtsbronnen zijn de wet, verdragen en jurisprudentie.<sup>20</sup> De normen in rechtsbronnen ontleen hun gezag aan de autoriteit die de norm heeft gesteld.<sup>21</sup> Voor dit onderzoek is gebruikgemaakt van zowel Europese als nationale jurisprudentie. Relevante jurisprudentie over (een) element(en) of activiteit(en) van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden is op dit moment echter niet beschikbaar.<sup>22</sup>

Het gezag van vakliteratuur en andere stukken is niet vanzelfsprekend. Er is daarom zoveel mogelijk gebruikgemaakt van handboeken van toonaangevende auteurs en andere betrouwbare en controleerbare bronnen van kennis. Omdat de herziene Aanbestedingswet in werking trad in 2016 en veel boeken over het aanbestedingsrecht nog niet geactualiseerd zijn, is noodgedwongen ook aanbestedingsrechtelijke literatuur gebruikt die niet op alle gebieden up-to-date is. Omdat bestuurlijk aanbesteden geen wettelijke aanbestedingsvorm is, was voor het onderzoek bovendien slechts een beperkte hoeveelheid juridische literatuur beschikbaar waarin het bestuurlijk aanbesteden op een of andere wijze aan bod komt.

### **1.5.2 Onderzoek van de praktijk**

Voor het oplossen van een handelingsprobleem zoals dat aan een praktijkgericht onderzoek ten grondslag ligt, is naast een onderzoek van het recht een gedegen analyse van de praktijk noodzakelijk. Bij deze analyse is in dit onderzoek gebruikgemaakt van tijdschriftartikelen en andere documenten, waaronder binnen de onderzochte bestuurlijke aanbesteding geproduceerde stukken, maar ook van enkele (betrouwbare) elektronische bronnen en van de kennis van verschillende personen. Ook de

---

<sup>20</sup> Van Schaaijk 2011, p. 83.

<sup>21</sup> Van Schaaijk 2011, p. 83.

<sup>22</sup> Vandaar ook dit onderzoek.

resultaten van het onderzoek van de praktijk zijn verwerkt in elk van de zeven hoofdstukken van dit rapport. De uit interviews verkregen informatie is echter enkel verwerkt in de hoofdstukken 2, 5, 6 en 7.

Omdat de uitvoerder van dit onderzoek nooit heeft deelgenomen aan of op andere wijze te maken heeft gehad met een gemeentelijke inkoopprocedure, was het stellen van vragen aan personen die wel op enigerlei wijze zijn betrokken bij de inkoop van zorg door een gemeente voor dit onderzoek uitermate belangrijk. In totaal is hiertoe een elftal interviews afgenomen. Het merendeel van deze interviews had een semigestructureerd karakter. De voor dit onderzoek relevante delen van de interviews zijn getranscribeerd en opgenomen in bijlage 2 bij dit rapport.<sup>23</sup>

Om meer te weten te komen over de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden, is allereerst telefonisch een interview afgenomen met Tim Robbe, de bedenker van het bestuurlijk aanbesteden. Pleun van Riemsdijk, beleidsmedewerker en lid van het zorginkoopteam voor de gemeente Geldrop-Mierlo, en Klaas Gomes, inkoper en contractmanager bij Bizob, zijn geïnterviewd over de specifieke wijze waarop de gemeente Geldrop-Mierlo en de overige gemeenten van de subregio Dommelvallei+ de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden toepassen.

De laatste schakel in het proces van het bestuurlijk aanbesteden is de toewijzing van zorg aan de cliënt. De toeleiding van cliënten naar zorg wordt binnen de gemeente Geldrop-Mierlo verzorgd door het Centrum voor Maatschappelijke Deelname (hierna: CMD). Twee medewerkers van de eerste lijn/Team Jeugd, een medewerker van de eerste lijn/Team Zorg en een medewerker van de tweede lijn van het CMD zijn geïnterviewd over de wijze waarop de keuze van 'de cliënt' voor een specifieke zorgverlener tot stand komt. De vier interviews hadden vanwege de specifieke vraagstelling een wat meer gestructureerd karakter. Vanwege de beperkingen die voortvloeien uit de privacywetgeving is er noodgedwongen voor gekozen om interviews met cliënten achterwege te laten.

Om enig inzicht te krijgen in de ervaringen van zorgaanbieders met het werken met de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden is er een interview afgenomen met een medewerker van een kleine zorgorganisatie die zorg levert aan onder meer inwoners van de gemeente Geldrop-Mierlo.<sup>24</sup> De geïnterviewde, werkzaam als begeleidster bij de betreffende zorgorganisatie, is in 2015 en 2016 gedurende enkele maanden betrokken geweest bij de bestuurlijke aanbesteding in de Dommelvallei+-subregio. Door tijdgebrek was het afnemen van meerdere interviews met zorgverleners niet mogelijk.

Aan Karen Impens, als inkoopadviseur en contractmanager bij Inkoopbureau West-Brabant betrokken bij bestuurlijke aanbestedingen in de Dongemondregio, de D6-regio en de Hoeksche Waard, en aan Minke van de Zande, als strategisch juridisch adviseur Sociaal Domein bij de gemeente Houten betrokken bij de inkoop van zorg via de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden binnen de Lekstroomregio, zijn vragen gesteld over de wijze waarop 'hun' gemeenten de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden toepassen en wat hun ervaringen zijn met deze werkwijzen.<sup>25</sup>

Johan van Loenhout, ontwikkelaar van het dynamisch selectiesysteem, is ten slotte geïnterviewd over de werking van het dynamisch selectiesysteem en de wijze waarop het zich verhoudt tot de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden. Vanwege de beperkte voorkennis is er in dit geval gekozen voor een relatief open interview.

---

<sup>23</sup> De opnamen van de interviews zijn in het bezit van de onderzoekster.

<sup>24</sup> Het gaat om een organisatie met ongeveer 30 fte.

<sup>25</sup> De Dongemondregio bestaat uit de gemeenten Aalburg, Drimmelen, Geertruidenberg, Oosterhout, Werkendam en Woudrichem. De gemeenten Rucphen, Halderberge, Etten-Leur, Moerdijk, Zundert, Roosendaal vormen samen de D6-regio. De regio Hoeksche Waard wordt gevormd door de gemeenten Cromstrijen, Binnenmaas, Oud-Beijerland, Strijen en Korendijk. De regio Lekstroom ten slotte bestaat uit de gemeenten Houten, Lopik, Nieuwegein, IJsselstein en Vianen.

## Hoofdstuk 2 Bestuurlijk aanbesteden

In hoofdstuk 2 staat de vraag centraal uit welke elementen en activiteiten de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden bestaat, en op welke wijze de gemeente Geldrop-Mierlo de methodiek toepast bij de inkoop van zorg in het kader van de Wmo en de Jeugdwet. Het hoofdstuk begint met een algemene beschrijving van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden (paragraaf 2.1). Vervolgens wordt beschreven hoe de subregio Dommelvallei+ in het algemeen en de gemeente Geldrop-Mierlo in het bijzonder invulling geven aan het bestuurlijk aanbesteden (paragraaf 2.2). Ten slotte komt het doel van de Dommelvallei+-gemeenten om per 1 januari 2018 nieuwe overeenkomsten te sluiten kort ter sprake (paragraaf 2.3). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie (paragraaf 2.4).

### 2.1 Achtergrond bestuurlijk aanbesteden

Onzekerheid en complexiteit zijn binnen het sociaal domein altijd aanwezig.<sup>26</sup> Onzekerheid was er zeker in 2014, toen gemeenten druk doende waren met de voorbereidingen op de komende decentralisaties. Veel informatie hadden zij op dat moment nog niet tot hun beschikking. Het was onduidelijk wat precies de nieuwe taken zouden zijn, hoe groot de groep betrokken inwoners was, met welke partijen samengewerkt zou gaan worden en hoeveel geld er beschikbaar zou komen. Daarnaast was het nog onbekend hoe de doelgroep waarvoor zij verantwoordelijk zouden worden, er eigenlijk uitzag.<sup>27</sup> Ook zorgaanbieders hadden veel vragen. Ondanks de onduidelijkheden, moesten de gemeenten aan de slag met de inkoop van de zorgdiensten waarvoor zij vanaf 1 januari 2015 verantwoordelijk zouden zijn.

Bij klassieke manieren van aanbesteden gelden strakke regels. Onderhandelen is niet toegestaan en het gesloten contract mag gedurende de looptijd niet worden aangepast.<sup>28</sup> Veel gemeenten achtten de reguliere aanbestedingsprocedures ongeschikt voor de inkoop van de nieuwe zorgdiensten. Zij wilden met zorgaanbieders in gesprek kunnen gaan. Alleen in onderling overleg leek het mogelijk om de onvoorspelbaarheid van de situatie het hoofd te bieden en de zorgcontinuïteit en daarmee de kwaliteit van de zorg te waarborgen. Een aantal jaren eerder, in 2009, had advocaat en bestuurskundige Tim Robbe de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden ontwikkeld. Vanwege zijn flexibele aard paste dit informele model uitstekend bij de wens van veel gemeenten om de inkoop van zorg vorm te geven in dialoog met de zorgaanbieders. De methodiek werd dan ook massaal omarmd.

Volgens onderzoek heeft inmiddels 53 procent van de Nederlandse gemeenten gekozen voor bestuurlijk aanbesteden – ook wel dialooggericht aanbesteden genoemd – of een variant daarop bij de inkoop van zorgdiensten in het kader van de Wmo, de Jeugdwet of beide.<sup>29</sup> Ongeveer 135 keer, ofwel in een kwart van de gevallen, was Robbe zelf betrokken bij het sluiten van de contracten.<sup>30</sup> Het systeem past volgens Robbe uitstekend bij de uitgangspunten van de decentralisaties: meer eigen regie bij inwoners, meer innovatie en meer ondernemerschap.<sup>31</sup> Het systeem wordt in ieder geval intensief gebruikt: jaarlijks wordt ongeveer zes miljard euro op deze manier besteed.<sup>32</sup>

#### 2.1.1 Bestuurlijk aanbesteden: wat is het nu eigenlijk?

De methodiek van het bestuurlijk aanbesteden bestaat uit vier fasen: de voorbereiding, het overleg, de contractsluiting en de uitvoering. Het proces kan zich in meerdere fasen tegelijk bevinden.

In de voorbereidende fase van het inkoopproces stelt de gemeente conceptovereenkomsten op.<sup>33</sup> Aansluitend worden de belangrijkste bestaande aanbieders uitgenodigd om met de gemeente in

---

<sup>26</sup> Robbe beschrijft deze onzekerheid en complexiteit in Robbe 2013, p. 3-4.

<sup>27</sup> Bron: interview Van Riemsdijk.

<sup>28</sup> [piano.nl/sites/default/files/documents/documents/bestuurlijkaanbesteden.pdf](http://piano.nl/sites/default/files/documents/documents/bestuurlijkaanbesteden.pdf) (niet vindbaar via de zoekfunctie).

<sup>29</sup> Bron: interview Robbe.

<sup>30</sup> Aldus Robbe in Jansen, *Binnenlands Bestuur* 23 oktober 2015.

<sup>31</sup> Robbe, *Aboukir en Robbe Advocaten* 28 januari 2016(2).

<sup>32</sup> Aldus Robbe in Sandee, *SC Online* 14 september 2016.

<sup>33</sup> Robbe 2013, p. 9.

gesprek te gaan. Het plenaire overleg met deze zorgaanbieders dat vervolgens plaatsvindt, leidt tot een langdurige, flexibele basisovereenkomst met daarin afspraken over communicatie, overleg en besluitvorming.<sup>34</sup> Daarnaast stelt de gemeente in overleg een of meer deellovereenkomsten vast, met daarin afspraken over de te leveren diensten, de prijsstelling en andere contractuele voorwaarden.<sup>35</sup> Er is sprake van een vaste prijs voor de te leveren zorg. Ook deellovereenkomsten kennen meestal een lange looptijd. Dit waarborgt de continuïteit van de dienstverlening.

Een vastgestelde deellovereenkomst wordt gepubliceerd op een daartoe bestemde website. Elke zorgaanbieder die deelneemt aan de basisovereenkomst en tevens voldoet aan de voorwaarden in de deellovereenkomst, kan de deellovereenkomst tekenen en krijgt daarmee het recht om diensten te leveren aan de inwoners van de gemeente. Gedurende de looptijd van de overeenkomsten kunnen zorgaanbieders die voldoen aan de gestelde voorwaarden toetreden tot de basisovereenkomst en een overeenkomst met de gemeente sluiten. Bestaande aanbieders kunnen onder voorwaarden uittreden.

Gedurende de uitvoeringsfase gaat het overleg tussen de gemeente en de zorgaanbieders over de inhoudelijke afspraken in de deellovereenkomst onverminderd door. Dit gebeurt volgens de bepalingen in de basisovereenkomst. De overleggen vinden plaats aan zowel een fysieke als aan een digitale (virtuele) overlegtafel. De fysieke overlegtafel wordt periodiek georganiseerd en haar samenstelling wordt door de gemeente bepaald. De gemeente selecteert deelnemers op basis van objectieve criteria. Indien gewenst kunnen naast zorgaanbieders ook andere belanghebbenden, zoals cliëntvertegenwoordigers, worden uitgenodigd. Van elke fysieke overlegtafel wordt een verslag gemaakt en online gepubliceerd. Ook andere relevante documenten worden op de website geplaatst.

Omdat aan een bestuurlijke aanbesteding vaak veel zorgaanbieders deelnemen, is het voor gemeenten praktisch onmogelijk om met alle aanbieders fysiek het gesprek aan te gaan. Aanbieders die geen uitnodiging krijgen voor de fysieke overlegtafel kunnen het proces via de digitale weg volgen en per e-mail hun mening geven over de deellovereenkomst en andere zaken die besproken worden aan de fysieke overlegtafel. Ook kunnen er nieuwe ideeën en voorstellen of andere opmerkingen worden aangedragen.<sup>36</sup> Op basis van ervaringen, ideeën en signalen van zowel de fysieke als de virtuele overlegtafel kan de deellovereenkomst worden gewijzigd.<sup>37</sup> In de basisovereenkomst wordt bepaald op welke wijze wijzigingen tot stand (kunnen) komen.

### **2.1.2 Bestuurlijk aanbesteden en inkoop van zorg**

De methodiek van het bestuurlijk aanbesteden heeft een aantal kenmerken die ervoor zorgen dat de methode geschikt is voor de inkoop van zorg. Het eerste kenmerk is flexibiliteit. Het proces van het bestuurlijk aanbesteden is incrementeel.<sup>38</sup> Dit betekent dat, anders dan bij een klassieke aanbesteding, de overeenkomsten die worden gesloten dynamische documenten zijn. Hun inhoud kan gedurende de looptijd op voorstel van en in overleg tussen de deelnemende partijen verder worden ontwikkeld en herzien. Hierbij speelt de opbouw van een vertrouwensrelatie tussen de partijen een belangrijke rol. Ook het feit dat nieuwe aanbieders tussentijds tot de overeenkomsten kunnen toetreden, maakt de methodiek geschikt voor de omgang met de onvoorspelbaarheid van het sociaal domein.

Het tweede wezenskenmerk van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden is het feit dat de cliënt centraal staat. De cliënt die een maatwerkvoorziening in natura krijgt toegewezen, maakt in principe zelf een keuze voor een van de gecontracteerde zorgaanbieders. De cliënt heeft hierbij onbeperkte keuzevrijheid, die alleen wordt beperkt door kwalitatieve randvoorwaarden aan dienstverleners en

---

<sup>34</sup> piano.nl (Home > Praktijk & tools > Methodieken > Bestuurlijk aanbesteden).

<sup>35</sup> piano.nl (Home > Praktijk & tools > Methodieken > Bestuurlijk aanbesteden).

<sup>36</sup> bizob.nl (Home > Contractering Sociaal Domein: Dommelvallei plus > Begeleiding Jeugd en WMO > Inschrijven).

<sup>37</sup> Saric & Van Laerhoven, *Bizob* 13 april 2016.

<sup>38</sup> Bron: interview Robbe.

dienstverlening.<sup>39</sup> Het gunningcriterium 'de cliënt kiest' wordt opgenomen in de deelopereenkomst. De keuzevrijheid van cliënten sluit aan bij het belang dat de wetgever hecht aan de vrijheid van de burger aan wie een maatwerkvoorziening wordt toegekend om een bij zijn voorkeuren passende aanbieder te mogen kiezen.<sup>40</sup> Doordat de cliënt kiest van welke aanbieder hij zorg wil ontvangen, leidt het ondertekenen van een deelopereenkomst niet per definitie tot opdrachtverlening.

## 2.2 Bestuurlijk aanbesteden Dommelvallei+

Anticiperend op de komende decentralisaties besloten de gemeenten Geldrop-Mierlo, Nuenen, Son en Breugel en Waalre in 2012 de samenwerking op te zoeken en zich te verenigen onder de naam Dommelvallei+. Op landelijk niveau werd op dat moment sterk gestuurd op samenwerking, maar ook vanuit het oogpunt van kostenbesparing zagen de vier gemeenten de noodzaak om de transities in het sociaal domein gezamenlijk vorm te geven.<sup>41</sup> Samen stelden zij de visienota Persoonlijk & Dichtbij op, die niet alleen de basis vormde voor de onderlinge samenwerking, maar waarin ook kaders werden neergelegd waarbinnen de transitieprocessen vorm moesten gaan krijgen.<sup>42</sup> Het totale verzorgingsgebied bestond op dat moment uit 92.775 inwoners.<sup>43</sup> Inmiddels zijn dit er 95.465.<sup>44</sup>

Net als veel andere gemeenten meenden ook de vier Dommelvallei+-gemeenten in 2014 dat het gezien de vele onzekerheden omtrent hun nieuwe verantwoordelijkheden noodzakelijk was om het gesprek aan te gaan met zorgaanbieders. Dit maakte dat zij kozen voor bestuurlijk aanbesteden voor de inkoop van zorgdiensten. Met ondersteuning van inkoopbureau Bizob startten zij in april 2014 met het overleg dat uiteindelijk zou leiden tot de gezamenlijke inkoop van begeleiding voor alle leeftijdscategorieën en ambulante jeugdhulp vanaf 1 januari 2015.<sup>45</sup> Eind 2015 besloten de Dommelvallei+-gemeenten om jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling, die tot dat moment voor de vier gemeenten werd ingekocht door de gemeente Eindhoven, toe te voegen aan de eigen bestuurlijke aanbesteding.<sup>46</sup> De contracten gingen in op 1 januari 2016.

De Dommelvallei+-gemeenten kopen niet alle vormen van zorg zelf in. Sommige diensten worden ingekocht op regionaal of zelfs (sub)landelijk niveau. Voor de continuïteit en kwaliteit van specialistische vormen van zorg is volume immers noodzakelijk. De Dommelvallei+-gemeenten vormen samen een subregio binnen de samenwerking van zes subregio's en 21 gemeenten in Zuidoost-Brabant. De gemeente Eindhoven verzorgt voor deze 21 gemeenten de inkoop een aantal vormen van jeugdhulp, zoals Veilig Thuis, jeugdbescherming en jeugdreclassering en spoedeisende zorg. JeugdzorgPlus wordt ingekocht op het niveau van Landsdeel Zuid. De inkoop van de meest specialistische vormen van jeugdhulp vindt op landelijk niveau plaats.<sup>47</sup>

In 2015 en 2016 heeft de gemeente Geldrop-Mierlo met toepassing van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden voor ongeveer zes miljoen euro jeugdhulp ingekocht bij gecontracteerde

---

<sup>39</sup> Bron: interview Robbe.

<sup>40</sup> Zie de toelichting bij art. 2.1.2 lid 4 Wmo 2015 in *Kamerstukken II 2013/14*, 33841, 3, p. 133 (MvT). Overigens geeft de wetgever ook aan dat niet uit het oog mag worden verloren dat de gemeente uit het oogpunt van kostenbeheersing de mogelijkheid moet hebben slechts aanbieders te contracteren die zo doelmatig mogelijk werken.

<sup>41</sup> *Persoonlijk & Dichtbij* 2012, p. 13.

<sup>42</sup> *Persoonlijk & Dichtbij* 2012, p. 3.

<sup>43</sup> *Persoonlijk & Dichtbij* 2012, p. 14.

<sup>44</sup> Waalre: 16.898, Son en Breugel: 16.628, Nuenen: 22.869, Geldrop-Mierlo: 39.070. Bron: statline.cbs.nl (Home > zoek op [naam gemeente] > Bevolkingsontwikkeling; regio per maand). Cijfers januari 2017.

<sup>45</sup> Meer informatie over Bizob is te vinden op bizob.nl. Bizob ondersteunt de Dommelvallei+-gemeenten bij het opstellen van contracten, het contractbeheer en -management en het leveranciersmanagement.

<sup>46</sup> Zie voor de gemeente Geldrop-Mierlo het besluit van het college van burgemeester en wethouders d.d. 23 november 2015. Alle collegebesluiten van de gemeente Geldrop-Mierlo zijn te vinden op geldrop-mierlo.nl (Home > Politiek en organisatie: Besluiten > historie).

<sup>47</sup> *Plan van Aanpak* 2016, p. 5.

zorgaanbieders. De zorgdiensten die gerelateerd waren aan de nieuwe verplichtingen in de Wmo kostten haar meer dan twee miljoen euro jaar.<sup>48</sup>

### 2.2.1 Contractsluiting

Op dit moment zijn in de subregio Dommelvallei+ drie deellovereenkomsten van kracht: de Deellovereenkomst Individuele begeleiding Jeugd en Wmo, de Deellovereenkomst Ambulante jeugdhulp en de Deellovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling.<sup>49</sup> Daarnaast werken de vier gemeenten met een Basisovereenkomst voor alle soorten zorg.<sup>50</sup> In 2015 schreven 149 zorgaanbieders zich in om begeleiding of ambulante jeugdhulp te mogen leveren binnen een of meer Dommelvallei+-gemeenten.<sup>51</sup> Van deze aanbieders sloten er 78 een overeenkomst met de gemeente Geldrop-Mierlo. Inmiddels telt de Basisovereenkomst 261 deelnemers.<sup>52</sup> De drie deellovereenkomsten zijn door 108 (Individuele begeleiding Jeugd en Wmo), 125 (Ambulante jeugdhulp) en 32 (Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling) zorgaanbieders getekend.<sup>53</sup>

Zorgaanbieders hebben te allen tijde de mogelijkheid om aan te sluiten in het proces door het ondertekenen van de Basisovereenkomst en een of meer deellovereenkomsten. Voorwaarde is wel dat op hen geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn en dat zij voldoen aan de geschiktheidscriteria als genoemd in de Basisovereenkomst.<sup>54</sup> Aanbieders laten zien dat dit het geval is door het invullen van de Eigen verklaring Aanbesteden. Met de Gedragsverklaring Aanbesteden tonen zij aan dat de uitsluitingsgronden die betrekking hebben op onherroepelijke veroordelingen of beschikkingen wegens overtreding van de mededingingsregels op hen niet van toepassing zijn.<sup>55</sup> Alle partijen die de Basisovereenkomst sluiten, worden lid van het inkoopnetwerk en kunnen een deellovereenkomst sluiten met een of meer gemeenten. Aanbieders bepalen zelf welke gemeenten dit zijn.

De Basisovereenkomst werd afgesloten op 1 juli 2014 en is aangegaan voor onbepaalde tijd.<sup>56</sup> De Deellovereenkomsten Ambulante jeugdhulp en Individuele begeleiding Jeugd en Wmo, die van kracht zijn sinds 1 januari 2015, zijn elk voor vijf jaar aangegaan.<sup>57</sup> Ook de later tot stand gekomen Deellovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling eindigt op 31 december 2019.<sup>58</sup> De deellovereenkomsten behandelen grofweg vier onderwerpen: prestaties, toeleiding, monitoring en bekostiging.<sup>59</sup> Zij beschrijven het proces van klantvraag tot en met levering. Inmiddels zijn er drie addenda vastgesteld.<sup>60</sup> Deze documenten zijn deel gaan uitmaken van de in 2015 gesloten

<sup>48</sup> De bron van deze bedragen is de *Rapportage Informatie Sociaal Domein* 2016. Het gaat hier om zorg in natura.

<sup>49</sup> De overeenkomsten heten voluit: 'Deellovereenkomst voor het leveren van Individuele voorziening ambulante Jeugdhulp overgangs- en nieuwe cliënten', 'Deellovereenkomst voor het leveren van Individuele voorziening Begeleiding Jeugdhulp -9 maanden tot achttien jaar en Maatwerkvoorziening Begeleiding Wmo 2015 nieuwe cliënten' en 'Deellovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling Dommelvallei+'.

<sup>50</sup> Dit is de 'Basisovereenkomst Inkoopnetwerk WMO 2015 en Jeugd Dommelvallei+'. Alle overeenkomsten zijn te vinden op [bizob.nl](http://bizob.nl) (Home > Contractering Sociaal Domein: Dommelvallei plus > Begeleiding Jeugd en WMO > Overeenkomsten).

<sup>51</sup> Dit blijkt uit de aankondigingen van de gegunde opdrachten op [tendered.nl](http://tendered.nl) (Home > Aankondigingen > Publicatiedatum: Anders, namelijk: van 01-01-2014 > zoek op *Dommelvallei jeugdzorg* of op *Dommelvallei maatwerkvoorziening*).

<sup>52</sup> Bron: e-mail Klaas Gomes van 28 maart 2017 (in bezit onderzoekster).

<sup>53</sup> Bron: e-mail Klaas Gomes van 28 maart 2017 (in bezit onderzoekster).

<sup>54</sup> Zie art. 5 van de Basisovereenkomst. Zie hierover ook paragraaf 5.4.

<sup>55</sup> Een Gedragsverklaring aanbesteden (GVA) is een verklaring van de minister van Veiligheid en Justitie. Zie [pianoo.nl](http://pianoo.nl) (Home > Regelgeving > Aanbestedingswet > Gedragsverklaring).

<sup>56</sup> Zie art. 3 van de Basisovereenkomst.

<sup>57</sup> Zie art. 4 lid 1 van de Deellovereenkomst Ambulante jeugdhulp en art. 4 lid 1 van de Deellovereenkomst Individuele begeleiding Jeugd en Wmo.

<sup>58</sup> Zie art. 3 lid 1 van de Deellovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling.

<sup>59</sup> Zie het verslag van de FOT van 26 mei 2014 op [bizob.nl](http://bizob.nl) (Home > Contractering Sociaal Domein: Dommelvallei plus > Begeleiding Jeugd en WMO > Fysieke Overlegtafel > FOT's 2014).

<sup>60</sup> Het college van de gemeente Geldrop-Mierlo heeft op 24 februari 2015 ingestemd met de addenda inclusief bijlagen behorende bij de Deellovereenkomsten Wmo en Jeugdhulp en deze vastgesteld. Daarnaast is ingestemd met het mandateren van het hoofd van de afdeling Maatschappelijke Ontwikkeling tot vaststelling en ondertekening van toekomstige addenda (zie hierover ook hoofdstuk 5).

deelovereenkomsten. Het derde addendum is ook van toepassing op de derde Deelovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling.

### **2.2.2 Overlegtafels**

Alle binnen de bestuurlijke aanbesteding gemaakte afspraken zijn tot stand gekomen in onderling overleg tussen de vier gemeenten en de zorgaanbieders. Het overleg vindt plaats aan de fysieke en de digitale overlegtafel.

#### **2.2.2.1 Fysieke overlegtafel**

In 2014 was het voor de Dommelvallei+-gemeenten nog deels onduidelijk met welke zorgaanbieders zij in 2015 te maken zouden krijgen. Van het zorgkantoor hadden zij al wel namen gekregen van organisaties die in de jaren daarvoor bepaalde vormen van zorg hadden geleverd.<sup>61</sup> Op basis van een aantal selectiecriteria selecteerden de vier gemeenten uit deze groep aanbieders de deelnemers aan de oorspronkelijke fysieke overlegtafel (hierna: FOT).<sup>62</sup> Naast zorgaanbieders werden ook andere partijen uitgenodigd voor de FOT, waaronder grondlegger van het bestuurlijk aanbesteden, Tim Robbe. Gezamenlijk gingen de partijen het gesprek aan over de vast te stellen overeenkomsten.

De Dommelvallei+-gemeenten organiseren sinds 2014 gemiddeld vijf tot zes keer per jaar een FOT. De samenstelling van de FOT varieert, maar bij het overleg zijn altijd diverse zorgaanbieders aanwezig.<sup>63</sup> Ook neemt steeds een delegatie van de vier deelnemende gemeenten deel aan het overleg en is er een medewerker van Bizob aanwezig. Omdat aan de FOT kwesties over zowel Wmo-begeleiding als jeugdhulp aan de orde komen, wordt de agenda doorgaans zo opgesteld dat het voor deelnemers mogelijk is om bij een gedeelte van het overleg aan te sluiten.<sup>64</sup> Actieve deelname aan een FOT vergt een zekere tijdsinvestering. De ervaring is dat dit voor de grote aanbieders geen probleem is, maar dat vooral de kleinere zorgaanbieders het lastig vinden om altijd aanwezig te zijn. Verschillende aanbieders hebben zich daarom verenigd en zorgen elke FOT voor een afvaardiging.<sup>65</sup>

Omdat sommige onderwerpen zich er vanwege hun omvang en complexiteit niet voor lenen om binnen het bestek van de FOT uitputtend behandeld te worden, is er een viertal werkgroepen in het leven geroepen. Het gaat om de Werkgroep Producten- en dienstencatalogus, de Werkgroep Tariefstelling, de Werkgroep Administratieve processen en de Werkgroep Monitoring en verantwoording. In de werkgroepen participeren aanbieders, leden van de gemeentelijke inkoopteams en andere betrokkenen, zoals leden van de toegangsteams. De werkgroepen leveren input aan de FOT. Ook over de inhoud van de werkgroepen wordt door aanbieders onderling gecommuniceerd. Omdat het onmogelijk is om alle aanbieders te laten deelnemen aan de werkgroepen, wordt dit onderling overleg door de gemeenten gestimuleerd.<sup>66</sup>

#### **2.2.2.2 Digitale overlegtafel**

Aanbieders die niet deelnemen aan de FOT kunnen het proces digitaal volgen. Iedere partij die de Basisovereenkomst heeft ondertekend kan digitaal opmerkingen maken of vragen stellen.<sup>67</sup> Alle vragen worden periodiek beantwoord in een zogenaamde nota van inlichtingen. Sinds 2015 verloopt de communicatie met aanbieders grotendeels via Negometrix.<sup>68</sup> Namens de gemeenten publiceert Bizob

---

<sup>61</sup> Voor informatie over zorgkantoren zie [regelhulp.nl](http://regelhulp.nl) (Home > zoek op *zorgkantoor*).

<sup>62</sup> Zie bijlage 4 bij de Basisovereenkomst. Via art. 9.2 in samenhang met bijlage 4 bij de Basisovereenkomst committeren alle gecontracteerde zorgaanbieders – ook nieuwe – zich aan selectie voor de fysieke overlegtafel.

<sup>63</sup> Zie de notulen van de fysieke overlegtafels op [bizob.nl](http://bizob.nl) (Home > Contractering Sociaal Domein: Dommelvallei plus > Begeleiding Jeugd en WMO > Fysieke Overlegtafel).

<sup>64</sup> Zie het verslag van de FOT van 31 maart 2016 op [bizob.nl](http://bizob.nl) (Home > Contractering Sociaal Domein: Dommelvallei plus > Begeleiding Jeugd en WMO > Fysieke Overlegtafel > FOT's 2016).

<sup>65</sup> Bron: interview Van Riemsdijk.

<sup>66</sup> Bron: interview Van Riemsdijk.

<sup>67</sup> Zie in dit kader ook art. 7 van de Basisovereenkomst.

<sup>68</sup> Zie [negometrix.nl](http://negometrix.nl).

alle relevante stukken op dit voor alle betrokken aanbieders toegankelijke inkoopplatform. Aanbieders kunnen op hun beurt documenten aanleveren via Negometrix en ook de aanmelding van aanbieders die willen toetreden tot de bestuurlijke aanbesteding verloopt via deze weg. Iedere geïnteresseerde kan de voortgang en relevante documenten, waaronder de notulen van de FOT, terugvinden op [bizob.nl](http://bizob.nl).<sup>69</sup> Deze openbaarheid moet de transparantie van het proces borgen.

### **2.2.2.3 Besluitvorming**

De overeenkomsten zijn zoals gezegd dynamische documenten, die op voorstel van de deelnemende partijen kunnen worden gewijzigd. Bovendien bestaat de mogelijkheid om deellovereenkomsten toe te voegen. De wijze waarop wijzigingen tot stand komen staat beschreven in de Basisovereenkomst en de drie deellovereenkomsten.<sup>70</sup> In de Basisovereenkomst is bovendien schematisch weergegeven op welke wijze de besluitvorming plaatsvindt.<sup>71</sup>

Alle partijen in het inkoopnetwerk kunnen concrete voorstellen doen voor aanpassing of verwijdering van (delen van) de Basisovereenkomst of een deellovereenkomst. Partijen kunnen ook voorstellen doen voor een nieuwe deellovereenkomst. De voorstellen worden behandeld aan de FOT en vervolgens op de website gepubliceerd. De partijen in het inkoopnetwerk krijgen twee weken de tijd om te reageren op een voorstel, dat op basis van deze reacties verder uitgewerkt wordt. Indien de gemeenten het eens zijn met het uitgewerkte voorstel, vindt er een stemming plaats aan de FOT. Hierbij wordt gestreefd naar unanimiteit. Ook bij afwezigheid van unanimiteit of een meerderheid van stemmen kunnen de gemeenten echter beargumenteerd besluiten een voorstel aan te nemen en ter besluitvorming voor te leggen aan de colleges.<sup>72</sup>

Eenmaal vastgesteld wordt de wijziging in de vorm van een addendum op de deellovereenkomst gepubliceerd op Negometrix en kan deze door de zorgaanbieders ondertekend worden. Addenda herroepen de artikelen die vermeld staan, en maken in plaats daarvan integraal onderdeel uit van de betreffende overeenkomst.<sup>73</sup> Wanneer aanbieders niet akkoord gaan met de wijziging, zeggen zij de deellovereenkomst op conform de opzeggingsbepaling in de deellovereenkomst.<sup>74</sup>

### **2.2.3 De uitvoering: de toeleiding naar zorg**

Binnen de gemeente Geldrop-Mierlo verzorgt het Centrum voor Maatschappelijke Deelname (hierna: CMD) de beoordeling van de hulpvraag van cliënten die een beroep doen op ondersteuning vanuit de Wmo of de Jeugdwet.<sup>75</sup> Indien het CMD een voorziening in natura toekent, dan kiest de cliënt van welke van de via de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden gecontracteerde zorgaanbieders hij zorg wil ontvangen.<sup>76</sup> Vervolgens stuurt de gemeenten hem een beschikking. Gelijktijdig wordt een individuele opdrachtverstrekking verstrekt aan de zorgaanbieder, waarin de keuze van de cliënt voor deze specifieke zorgaanbieder kenbaar wordt gemaakt. Elk kwartaal zijn er binnen de gemeente gemiddeld ongeveer 370 inwoners met een Maatwerkvoorziening begeleiding en 740 inwoners met een Individuele voorziening jeugdhulp.<sup>77</sup>

---

<sup>69</sup> Dit is geregeld in art. 8 van de Basisovereenkomst.

<sup>70</sup> Zie art. 7 en 10 van de Basisovereenkomst, art. 10 van de Deellovereenkomsten Individuele begeleiding Jeugd en Wmo en Ambulante jeugdhulp en art. 17 van de Deellovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling.

<sup>71</sup> Zie bijlage 5 bij de Basisovereenkomst.

<sup>72</sup> Zie hierover ook paragraaf 5.6.

<sup>73</sup> Zie het verslag van de FOT van 26 januari 2015 op [bizob.nl](http://bizob.nl) (Home > Contractering Sociaal Domein: Dommelvallei plus > Begeleiding Jeugd en WMO > Fysieke Overlegtafel > FOT's 2015).

<sup>74</sup> Zie art. 10 lid 3 Basisovereenkomst.

<sup>75</sup> De precieze wijze waarop een individuele opdracht voor de levering van een zorgdienst tot stand komt, is geregeld in hoofdstuk 2 van bijlage 2 bij de Deellovereenkomsten Individuele begeleiding Jeugd en Wmo en Ambulante jeugdhulp en in art. 4 van de Deellovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling.

<sup>76</sup> Zie over de wijze waarop deze keuze tot stand komt ook paragraaf 5.5.

<sup>77</sup> *Rapportage Informatie Sociaal Domein* 2016. De aantallen betreffen uitsluitend zorg in natura.

De gemeente is ervoor verantwoordelijk dat voor elke inwoner die zich meldt met een ondersteuningsvraag een onafhankelijke cliëntondersteuner beschikbaar is.<sup>78</sup> Deze verantwoordelijkheid is verankerd in de Wmo 2015, maar heeft een reikwijdte die het gehele sociale domein beslaat.<sup>79</sup> De cliëntondersteuner kan de cliënt indien gewenst bijstaan in zijn keuze voor een zorgaanbieder. Jeugdigen kunnen ook een beroep kunnen doen op een vertrouwenspersoon.<sup>80</sup>

### **2.3 Ontwikkelingen bestuurlijk aanbesteden Dommelvallei+**

Tijdens de FOT van 31 maart 2016 hebben de Dommelvallei+-gemeenten en de aanbieders de conceptversie van Plan van Aanpak voor de komende periode doorgesproken. De gemeenten willen per 1 januari 2018 gaan werken met nieuwe overeenkomsten. Vanuit het streven naar een verlaging van de administratieve lasten, zullen er maximaal twee deeloovereenkomsten worden vastgesteld.<sup>81</sup> De gemeenten zijn voornemens bij het opstellen van de nieuwe overeenkomsten ook cliënten te betrekken. De cliëntenraden van de aanbieders zullen hierin wellicht een rol kunnen spelen.<sup>82</sup>

De voornaamste reden voor het opstellen van nieuwe contracten is de ontwikkeling en inrichting van een nieuwe producten- en dienstencatalogus (PDC) voor Jeugdhulp en Wmo-begeleiding. De huidige PDC is onoverzichtelijk geworden, waardoor het voor zowel aanbieders als de toegangsteams lastig is geworden om de best passende zorg te vinden voor een cliënt. In de huidige inrichting van de PDC zijn de inhoud, de kwaliteit en de kosten van de zorg weinig transparant.<sup>83</sup> Op 1 december 2016 is aan de FOT de Sturingsvisie inkoop Jeugdhulp en Wmo-begeleiding gepresenteerd. Het model voor de nieuwe PDC moet voldoen aan de uitgangspunten van deze visie. Onder de nieuwe PDC zullen objectieve tarieven liggen.<sup>84</sup> Op dit moment wordt gewerkt met de tarieven van de Nederlandse Zorgautoriteit uit 2012 waarop een korting is toegepast.

### **2.4 Tussenconclusie hoofdstuk 2**

De methodiek van het bestuurlijk aanbesteden is een model voor de inkoop van zorg dat zich kenmerkt door zijn flexibele aard en de onbeperkte keuzevrijheid voor de cliënt die zorg krijgt toegewezen. Centraal in de methodiek staat het voortdurende overleg tussen de gemeente en de aanbieders, dat zowel op fysiek als op digitaal niveau plaatsvindt aan de hand van de afspraken in de basisovereenkomst. In de deeloovereenkomst(en) worden de afspraken over de te leveren zorg opgenomen. Nieuwe aanbieders kunnen gedurende de looptijd toetreden tot de overeenkomsten. De contractuele afspraken kunnen tussentijds worden gewijzigd. Omdat de cliënt kiest van wie hij zorg wil ontvangen, leidt het ondertekenen van een deeloovereenkomst niet per definitie tot opdrachtverlening.

De gemeente Geldrop-Mierlo werkt bij de inkoop van zorg samen met de gemeenten Nuenen, Son en Breugel en Waalre onder de naam Dommelvallei+. Zij krijgen ondersteuning van inkoopbureau Bizob. De gemeenten hebben drie deeloovereenkomsten afgesloten: de Deeloovereenkomst Individuele begeleiding Jeugd en Wmo, de Deeloovereenkomst Ambulante jeugdhulp en de Deeloovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling. Vanaf 1 januari 2018 willen de gemeenten in het verband met de ontwikkeling van een nieuwe producten- en dienstencatalogus voor Jeugdhulp en Wmo-begeleiding gaan werken met nieuwe overeenkomsten. Binnen de gemeente Geldrop-Mierlo verzorgt het Centrum voor Maatschappelijke Deelname de toeleiding van cliënten naar zorg.

---

<sup>78</sup> Dit is geregeld in art. 2.2.4 lid 1 aanhef en onder a Wmo 2015.

<sup>79</sup> Zie het besluit van het college van de gemeente Geldrop-Mierlo d.d. 31 maart 2015.

<sup>80</sup> Zie art. 2.6 lid 1 aanhef en onder f Jeugdwet.

<sup>81</sup> *Plan van aanpak* 2016, p. 4.

<sup>82</sup> Bron: interview Van Riemsdijk.

<sup>83</sup> Zie het verslag van de FOT van 1 december 2016 op bizob.nl (Home > Contractering Sociaal Domein: Dommelvallei plus > Begeleiding Jeugd en WMO > Fysieke Overlegtafel > FOT's 2016).

<sup>84</sup> Bron: interview Van Riemsdijk.

## Hoofdstuk 3 Juridisch toetsingskader

In hoofdstuk 3 wordt beschreven welke rechtsbronnen het toetsingskader vormen voor de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden en wat de mogelijke gevolgen zijn van een onrechtmatige gemeentelijke aanbesteding. In paragraaf 3.1 wordt allereerst het aanbestedingsrecht besproken. Omdat de gunningsbeslissing in een aanbesteding normaliter leidt tot het sluiten van een overeenkomst, hebben gemeenten bij hun inkoop ook met het overeenkomstenrecht te maken (paragraaf 3.2). In paragraaf 3.3 wordt beschreven welke regels er gelden voor de gemeente als contractspartij in het privaatrecht, waarna de mogelijke gevolgen van onrechtmatig handelen door de gemeente geschetst worden (paragraaf 3.4). Ter afsluiting volgt een tussenconclusie (paragraaf 3.5).

### 3.1 Inleiding aanbestedingsrecht

Anders dan een private partij heeft een gemeente bij haar inkoop geen volledige keuzevrijheid ten aanzien van de aanbieder(s) met wie zij zaken wil doen. Een gemeente kan als zogenaamde aanbestedende dienst namelijk tot aanbesteden verplicht zijn.<sup>85</sup> Aanbesteden is 'de aankoop door middel van een overheidsopdracht van (...) diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers (...)'.<sup>86</sup> Een overheidsopdracht is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten is gesloten en betrekking heeft op (...) de verlening van diensten.<sup>87</sup> Aanbesteden kenmerkt zich door het gelijktijdig, onder dezelfde condities, voorwaarden en procedureregels in concurrentie op de markt brengen van de opdracht.<sup>88</sup>

Het aanbestedingsrecht is het geheel van rechtsregels dat het gedrag van de aanbestedende dienst gedurende alle fasen van de aanbesteding normeert.<sup>89</sup> Omdat het aanbestedingsrecht de markten voor overheidsbestedingen reguleert, valt het aanbestedingsrecht onder het publiekrecht.<sup>90</sup> Op grond van het aanbestedingsrecht zijn aanbestedende diensten verplicht om opdrachten met een waarde boven een bepaalde waarde middels een aanbestedingsprocedure in de markt zetten.<sup>91</sup> Om de waarde van de opdracht te bepalen, moet de aanbestedende dienst in een raming de waarde van de opdracht vaststellen.<sup>92</sup> De gevolgen van het niet naleven van het aanbestedingsrecht worden bepaald door het burgerlijk recht.<sup>93</sup>

#### 3.1.1 Rechtsbronnen aanbestedingsrecht

Het aanbestedingsrecht heeft verschillende bronnen. Hieronder worden de belangrijkste besproken.

##### 3.1.1.1 Het Europese Unierecht

De verdragen van de Europese Unie vormen het primaire recht van de Europese Unie (hierna: EU). De EU hecht grote waarde aan een goed functionerende interne markt. In het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) zijn daarom bepalingen opgenomen die het belemmeren van het vrije verkeer verbieden.<sup>94</sup> De overheidsinstellingen van de lidstaten zijn gehouden deze beginselen bij het gunnen van overheidsopdrachten te eerbiedigen, met name de beginselen van het vrije verkeer

---

<sup>85</sup> Zie ook paragraaf 3.1. Dat een gemeente een aanbestedende dienst is, blijkt uit art. 2 lid 1 aanhef en nr. 1 Richtlijn 2014/24/EU en art. 1.1 Aw 2012. Er gaan overigens stemmen op die menen dat bestuurlijk aanbesteden ten onrechte aangemerkt wordt als aanbesteden en dat de regels van het aanbestedingsrecht dus niet van toepassing zijn op de methodiek. In paragraaf 4.2 wordt toegelicht waarom bestuurlijk aanbesteden binnen de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht valt.

<sup>86</sup> Zie voor deze definitie art. 1 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>87</sup> Zie art. 2 lid 1 aanhef en nr. 5 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>88</sup> *Gids Proportionaliteit* 2016, p. 10.

<sup>89</sup> Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 1.

<sup>90</sup> Kuypers 2014, p. 9.

<sup>91</sup> Langbroek & Scheltema 2016, p. 10.

<sup>92</sup> [piano.nl](http://piano.nl) (Home > Praktijk & tools > Handreikingen & voorbeelddocumenten > Economische afwegingen > Ramen van een opdracht). Art. 5 Richtlijn 2014/24/EU en afd. 2.1.1. Aw 2012 bevatten bepalingen voor de raming van de waarde.

<sup>93</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 48 (MvT). Zie hierover ook paragraaf 3.6.

<sup>94</sup> [europadecentraal.nl](http://europadecentraal.nl) (Home > Onderwerpen > Vrij verkeer).

van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening.<sup>95</sup> Volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie zijn de vrijverkeersbepalingen niet van toepassing op zuiver interne situaties binnen een lidstaat.<sup>96</sup>

Europese richtlijnen zijn wetgevende instrumenten van de Europese Unie.<sup>97</sup> Zij vormen een bijzondere toepassing van de vrijverkeersbepalingen van het VWEU en behoren tot het secundaire Unierecht. Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor de lidstaten. Aan nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten om vorm en middelen te kiezen voor de implementatie in de nationale regelgeving.<sup>98</sup> Het is aan de nationale wetgever om Europese richtlijnen correct en tijdig om te zetten in nationale wetgeving.<sup>99</sup> Een richtlijn heeft voornamelijk tot doel uiteenlopende wetgevingen op elkaar af te stemmen.<sup>100</sup> Een richtlijn die niet correct geïmplementeerd is in nationaal dwingend recht, heeft mogelijk (deels) rechtstreekse werking.<sup>101</sup>

Regels ten aanzien van aanbestedingen zijn opgenomen in vier Europese aanbestedingsrichtlijnen. Deze richtlijnen zijn in de aanbestedingspraktijk van aanzienlijk groter belang dan de Verdragsbepalingen.<sup>102</sup> Het primaire EU-recht heeft met name een aanvullende werking in gevallen die niet door de aanbestedingsrichtlijnen zijn geregeld.<sup>103</sup> Bij het plaatsen van overheidsopdrachten binnen de klassieke sectoren – werken, leveringen en diensten – hebben overheidsinstanties zoals gemeenten te maken met Richtlijn 2014/24/EU. In hoofdstuk 4 wordt nader ingegaan op de inhoud van deze richtlijn.

### **3.1.1.2 Nationale rechtsbronnen**

De huidige Nederlandse aanbestedingswetgeving strekt (uitsluitend) ter implementatie van de Europese Aanbestedingsrichtlijnen.<sup>104</sup> Nederland heeft de richtlijnen geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012. Daarnaast is op een aantal punten in de wet aanvullende regelgeving opgenomen.<sup>105</sup> De voor de implementatie van de huidige aanbestedingsrichtlijnen benodigde wijzigingen van de wet vonden plaats op 1 juli 2016. De Aanbestedingswet bevat zowel regels voor aanbestedingen boven de Europese drempelbedragen, als daaronder.<sup>106</sup>

Een aantal bepalingen uit de Aanbestedingswet is nader uitgewerkt in een algemene maatregel van bestuur, het Aanbestedingsbesluit<sup>107</sup>. Onderdeel van dit besluit zijn onder andere het model Uniform Europees Aanbestedingsdocument en de Gids Proportionaliteit.

De Gids Proportionaliteit geeft invulling aan het beginsel van proportionaliteit dat aanbestedende diensten bij het aanbesteden in acht moeten nemen.<sup>108</sup> In het Aanbestedingsbesluit is de Gids

---

<sup>95</sup> Zie overweging 1 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>96</sup> Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 16. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161.

<sup>97</sup> Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen (zie art. 288 VWEU).

<sup>98</sup> Zie art. 288 derde alinea VWEU.

<sup>99</sup> europadecentraal.nl (Home > Onderwerpen > Europees recht en beleid decentraal > Inleiding Europees recht en beleid > Rechtstreekse werking EU recht en beleid).

<sup>100</sup> minbuza.nl/ecer (Home > EU-essentieel > Soorten besluiten).

<sup>101</sup> europadecentraal.nl (Home > zoek op *rechtstreekse werking* > Hoe werkt de rechtstreekse werking van Europese richtlijnen?).

<sup>102</sup> Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 18.

<sup>103</sup> Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 14.

<sup>104</sup> Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 24.

<sup>105</sup> pianoo.nl (Home > Inkoopproces > Fase 1 Voorbereiden > Aanbestedingsregels).

<sup>106</sup> pianoo.nl (Home > Regelgeving > Aanbestedingswet).

<sup>107</sup> Dit is het Besluit van 11 februari 2013, houdende de regeling van enkele onderwerpen van de Aanbestedingswet (...), *Stb.* 2013, 58.

<sup>108</sup> *Gids Proportionaliteit* 2016, p. 9.

Proportionaliteit als verplicht te volgen richtsnoer aangewezen.<sup>109</sup> De herziene Gids Proportionaliteit is op 1 juli 2016 in werking getreden.<sup>110</sup> Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) is een Europees standaardformulier waarmee ondernemers een aanbestedende dienst inzicht kunnen verschaffen over hun financiële toestand, hun bekwaamheden en hun geschiktheid.<sup>111</sup> Het UEA dient als voorlopig bewijs van de opgegeven informatie en vervangt in Nederland sinds 1 juli 2016 het model Eigen verklaring.<sup>112</sup>

Bij aanbestedingen kunnen ook sectorspecifieke wetten een rol spelen. Zo hebben gemeenten bij de inkoop van diensten in het kader van de Wmo en de Jeugdwet te maken met een aantal bepalingen in deze wetten die van invloed kunnen zijn op de aanbestedingsprocedure. Zo schrijven deze wetten voor dat gemeenten verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit en continuïteit van de geleverde zorg en dat overheidsopdrachten gegund moeten worden op basis van het criterium 'economisch meest voordelige inschrijving' (ook wel: EMVI). Hierbij moet altijd een rol weggelegd zijn voor de kwaliteit van de aangeboden dienst.<sup>113</sup>

### **3.1.1.3 Beleidsregels**

Gemeenten kunnen over de wijze waarop zij opdrachten in de markt plaatsen binnen de juridische kaders van het Europese recht en de Aanbestedingswet zelf tot op zekere hoogte keuzes maken door de vaststelling van een inkoop- en aanbestedingsbeleid.<sup>114</sup> Met de vaststelling van een dergelijk beleid kan de gemeente zichzelf verplichten tot het doorlopen van een bepaalde procedure.<sup>115</sup> De gemeente Geldrop-Mierlo heeft haar inkoop- en aanbestedingsbeleid neergelegd in de Kadernota inkoop, het Inkoophandboek, de Nota maatschappelijk inkopen en de Uitvoeringsregels maatschappelijk inkopen. Ook heeft de gemeente algemene inkoopvoorwaarden vastgesteld.

### **3.1.1.4 Jurisprudentie en adviezen**

Het Hof van Justitie van de Europese Unie ziet erop toe dat de Uniewetgeving in alle landen van de Europese Unie op dezelfde wijze wordt geïnterpreteerd en toegepast.<sup>116</sup> De aanbestedingsregels worden verduidelijkt door uitspraken van het Hof van Justitie, de Hoge Raad en ook lagere rechters. Ook de niet-bindende adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts zijn bruikbaar bij de interpretatie van het aanbestedingsrecht. Deze onafhankelijke en onpartijdige commissie is ingesteld door de minister van Economische Zaken om de kwaliteit van het plaatsen van overheidsopdrachten in Nederland te verbeteren.<sup>117</sup>

### **3.1.1.5 Algemene beginselen van het aanbestedingsrecht**

Bij de rechterlijke toetsing van het optreden van aanbestedende diensten binnen aanbestedingsprocedures spelen de dwingende algemene beginstelen van het aanbestedingsrecht een belangrijke rol.<sup>118</sup> Aanbestedende diensten dienen de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht

<sup>109</sup> Zie art. 10 lid 1 Aanbestedingsbesluit. Het karakter van de Gids Proportionaliteit is verschoven van handreiking naar verplicht te volgen richtsnoer als gevolg van het amendement Schouten/Ziengs, *Kamerstukken II* 2011/12, 32440, 50.

<sup>110</sup> *Stc.* 2016, 32830.

<sup>111</sup> [pianoo.nl](http://pianoo.nl) (Home > Regelgeving > Aanbestedingswet > Uniform Europees Aanbestedingsdocument). Zie ook art. 59 Richtlijn 2014/24/EU en art. 2.84 en 2.85 Aanbestedingswet.

<sup>112</sup> [pianoo.nl](http://pianoo.nl) (Home > Regelgeving > Aanbestedingswet > Uniform Europees Aanbestedingsdocument).

<sup>113</sup> Kwaliteit voorzieningen: art. 2.1.1 Wmo en art. 2.6 Jeugdwet; continuïteit zorg: art. 2.1.1 Wmo en art. 12.4 Jeugdwet, EMVI: art. 2.6.4 Wmo en art. 2.11 Jeugdwet.

<sup>114</sup> Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013, p. 94. Onder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan (zie art. 1:3 Awb).

<sup>115</sup> Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013, p. 100. Art. 4:84 Awb zegt: Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

<sup>116</sup> [europa.eu](http://europa.eu) (Home > Nederlands > Over de EU > EU-instellingen en -organen > Hof van Justitie van de Europese Unie).

<sup>117</sup> [commissievanaanbestedingsexperts.nl](http://commissievanaanbestedingsexperts.nl) (Home > Over ons).

<sup>118</sup> Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 29.

voor, gedurende en na afloop van de aanbestedingsprocedure na te leven.<sup>119</sup> De algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zijn ontwikkeld in de Europese rechtspraak en liggen in het verlengde van de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer.<sup>120</sup> De Europese wetgever heeft het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel in de aanbestedingsrichtlijnen gecodificeerd.<sup>121</sup>

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moet het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers als het basisbeginsel bij uitstek van het aanbestedingsrecht worden aangemerkt.<sup>122</sup> Het beginsel van gelijke behandeling beoogt volgens het Hof van Justitie de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een aanbesteding deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun voorstel dezelfde kansen krijgen.<sup>123</sup> Het transparantiebeginsel is het andere centrale beginsel van het aanbestedingsrecht.<sup>124</sup> Het transparantiebeginsel strekt ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen.<sup>125</sup> Het proportionaliteitsbeginsel ten slotte houdt in dat de keuzes die een aanbestedende dienst maakt en de eisen en voorwaarden die hij stelt bij een aanbesteding, in redelijke verhouding staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht.<sup>126</sup>

De Aanbestedingswet noemt nog verschillende andere aanbestedingsrechtelijke beginselen. Het belangrijkste hiervan is het objectiviteitsbeginsel, wat inhoudt dat aanbestedende diensten de keuze voor een procedure en de keuze voor de ondernemer(s) op basis van objectieve criteria dienen te bepalen.<sup>127</sup> Naast de dwingende beginselen van het aanbestedingsrecht noemt de wet drie algemene semi-dwingende uitgangspunten voor het aanbesteden.<sup>128</sup> Aanbestedende diensten dienen op grond van deze uitgangspunten zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te leveren voor de publieke middelen, opdrachten niet onnodig samen te voegen en zorg te dragen voor een zo groot mogelijke beperking van de administratieve lasten.<sup>129</sup>

### 3.2 Inleiding overeenkomstenrecht

Het overeenkomstenrecht is in tegenstelling tot het aanbestedingsrecht civielrechtelijk van aard.<sup>130</sup> Net zoals dat voor alle andere privaatrechtelijke overeenkomsten geldt, komen ook de overeenkomsten in een aanbestedingsprocedure tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan.<sup>131</sup> De inschrijving van de winnende inschrijver wordt in de context van een aanbesteding gezien als het aanbod.<sup>132</sup> Deze

---

<sup>119</sup> Kuypers 2014, p. 36.

<sup>120</sup> europadecentraal.nl (Home > Onderwerpen > Aanbestedingen > Verdragsbeginselen), zie ook overweging 1 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>121</sup> Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 31. Zie bijvoorbeeld art. 18 Richtlijn 2014/24/EU. Zie ook hoofdstuk 1.2 Aw 2012.

<sup>122</sup> Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 29. Zie ook HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257 (*Storebaelt*).

<sup>123</sup> HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:2004:236 (*Succhi di Frutta*).

<sup>124</sup> Zie HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:2004:236 (*Succhi di Frutta*) en HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806 (*Van der Stroom/Staat*).

<sup>125</sup> HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:2004:236 (*Succhi di Frutta*). Het Hof heeft aangegeven dat aanbestedende diensten alleen een passende mate van openbaarheid in acht moeten nemen bij opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Zie HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102 (*Commissie/Italië*), bevestigd voor 2B-diensten in HvJ EG 29 november 2007, C-119/06, ECLI:EU:C:2007:729 (*Ambulancevervoer*) en HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*). In paragraaf 4.1.1 wordt ingegaan op het begrip 'grensoverschrijdend belang'.

<sup>126</sup> Het proportionaliteitsbeginsel is onder andere te vinden in art. 1.10 Aw 2012.

<sup>127</sup> Zie art. 1.4 lid 1 Aw 2012.

<sup>128</sup> Kuypers 2014, p. 62.

<sup>129</sup> Zie art. 1.6, art. 1.5 en art. 1.4 lid 2 Aw 2012.

<sup>130</sup> In de praktijk wordt als synoniem van overeenkomst vaak de term contract gebruikt. In de deze scriptie worden beide termen door elkaar gebruikt.

<sup>131</sup> Zie art. 6:217 lid 1 BW. Dit betekent dat tussen partijen wilsovereenstemming moet bestaan (art. 3:32 en 3:33 BW).

<sup>132</sup> Jansen & Prent, *MvV* 2013, p. 219.

inschrijving moet zodanig zijn bepaald, dat door de aanvaarding ervan door de aanbestedende dienst onmiddellijk een overeenkomst ontstaat.<sup>133</sup>

Drie belangrijke beginselen die gelden in het overeenkomstenrecht zijn contractsvrijheid, consensualisme (vormvrijheid) en verbindende kracht.<sup>134</sup> Deze beginselen impliceren dat partijen in beginsel vrij zijn om te beslissen of, met wie, onder welke voorwaarden en op welke wijze zij een overeenkomst willen aangaan en dat zij verplicht zijn om de gemaakte afspraken na te komen.<sup>135</sup> De contractsvrijheid kent haar grens in de openbare orde, de goede zeden en het dwingende recht.<sup>136</sup>

### 3.2.1 Rechtsbronnen overeenkomstenrecht

De belangrijkste regels van het overeenkomstenrecht zijn opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (BW). In het bijzonder zijn van belang de bepalingen over rechtshandelingen, de algemene bepalingen over verbintenissen, de bepalingen over overeenkomsten in het algemeen en de bepalingen over wederkerige overeenkomsten.<sup>137</sup>

Aan het sluiten van een overeenkomst gaan vaak onderhandelingen of andere gesprekken vooraf. De onderhandelingsfase wordt ook wel precontractuele fase genoemd. De rechtsverhouding tussen een aanbestedende dienst en de aanbieder(s) tijdens deze fase is primair aanbestedingsrechtelijk van aard, maar ook de in de rechtspraak ontwikkelde civielrechtelijke normen met betrekking tot precontractuele goede trouw kunnen een rol spelen.<sup>138</sup> Uitgangspunt hiervan is dat de partijen verplicht zijn om hun gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de ander.<sup>139</sup> Deze verplichting vloeit voort uit het beginsel van redelijkheid en billijkheid.<sup>140</sup>

Ook gedurende de uitvoering van een overeenkomst vormt het beginsel van redelijkheid en billijkheid een belangrijke privaatrechtelijke maatstaf.<sup>141</sup> De voor de praktijk belangrijkste onderdelen van de redelijkheid en billijkheid zijn de zogenaamde aanvullende en beperkende werking ervan. Voor zover ze niet zien op wezenlijke verplichtingen van partijen, kunnen lacunes in een overeenkomst met een beroep op de redelijkheid en billijkheid wordt aangevuld.<sup>142</sup> Een appel op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan ertoe leiden dat op een contractuele bepaling in de gegeven omstandigheden geen beroep (meer) kan worden gedaan.<sup>143</sup>

### 3.3 De gemeente als contractspartij

Het privaatrecht kan op verschillende manieren een rol spelen in de verhouding tussen gemeente en burger, bijvoorbeeld bij het gebruik van overeenkomsten.<sup>144</sup> De positie van de gemeente als contractspartij is echter een wezenlijk andere dan die van een private partij.<sup>145</sup> Dit heeft te maken met haar rol en met haar organisatie.

<sup>133</sup> Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013, p. 21. Zie ook art. 6:227 BW.

<sup>134</sup> Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013, p. 17.

<sup>135</sup> Krol 2005, p. 384. Art. 6:249 lid 1 BW stelt bij de vaststelling van de rechtsgevolgen van een overeenkomst de afspraken tussen de partijen voorop.

<sup>136</sup> Zie art. 3:40 BW. Partijen doen er goed aan om bij het maken van de afspraken steeds na te gaan welke regels in het BW van dwingend recht zijn en welke van regelend recht (Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013, p. 158).

<sup>137</sup> Het gaat om art. 3:32 tot en met 3:59 BW, art. 6:1 tot en met 6:141 BW, art. 6:213 tot en met 6:260 BW en art. 6:261 tot en met 6:279 BW).

<sup>138</sup> Jansen, TA 2008, p. 527. De precontractuele fase kent geen regeling in het Burgerlijk Wetboek.

<sup>139</sup> HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*).

<sup>140</sup> Art. 3:12 BW vult deze norm nader in.

<sup>141</sup> Dit blijkt onder andere uit art. 6:2 en 6:248 BW. Zie ook weer art. 3:12 BW voor een nadere invulling.

<sup>142</sup> Zie art. 6:248 lid 1 BW en bijvoorbeeld HR 16 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6137 (*Ziekenfonds*).

<sup>143</sup> Ruygvoorn 2013, p. 170. Zie ook bijvoorbeeld HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745 (*Saladin/HBU*).

<sup>144</sup> Scheltema en Scheltema, p. 2.

<sup>145</sup> Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013, p. 73.

### 3.3.1 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Binnen de context van een aanbestedingsprocedure is de gemeente in haar rol als behartiger van het algemeen belang gebonden aan verschillende publiekrechtelijke normen die haar inzet van het privaatrecht begrenzen.<sup>146</sup> Het gaat hierbij onder meer om de regels van het aanbestedingsrecht, die reeds ter sprake kwamen in paragraaf 3.1.

Bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten moet de gemeente daarnaast de in de rechtspraak ontwikkelde algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen.<sup>147</sup> Deze beginselen kunnen ook in de precontractuele fase al van invloed zijn.<sup>148</sup> De toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is terug te voeren op een aantal schakelbepalingen in de Algemene wet bestuursrecht en het Burgerlijk Wetboek.<sup>149</sup> De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn voor een deel gecodificeerd. De gemeente dient zowel de materiële als de formele beginselen na te leven.<sup>150</sup> Binnen het bestek van een aanbestedingsprocedure zijn vooral het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel van belang. Het gelijkheidsbeginsel legt het meeste gewicht in de schaal.<sup>151</sup>

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur normeren het optreden van de overheid en geven dus invulling aan de privaatrechtelijke norm van de redelijkheid en billijkheid.<sup>152</sup> Het is de vraag in hoeverre naast de doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrechtelijk handelen van publiekrechtelijke rechtspersonen ruimte bestaat voor de toepassing van het privaatrechtelijke beginsel van redelijkheid en billijkheid.<sup>153</sup> In de literatuur bestaan hierover twee opvattingen. Sommigen betogen dat met de toepassing van de redelijkheid en billijkheid geen wezenlijk ander resultaat kan worden bereikt dan met het gebruik van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Anderen achten de grootheden onvergelijkbaar, omdat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur uitdrukkelijker dan de redelijkheid en billijkheid in verschillende soorten zijn te onderscheiden en daardoor een meer gedifferentieerde benadering mogelijk maken.<sup>154</sup>

### 3.3.2 De interne organisatie van de gemeente

Een tweede reden waarom de gemeente een bijzondere contractspartij is, is haar interne organisatie. Bij het sluiten van een overeenkomst zijn twee verschillende rechtsmomenten van belang: de beslissing tot aangaan van de overeenkomst en het ondertekenen van de overeenkomst. In beide situaties kan er sprake zijn van een onbevoegd handelende persoon.

#### 3.3.2.1 Het sluiten van de overeenkomst

Wanneer een gemeente een privaatrechtelijke rechtshandeling verricht zoals het sluiten van een overeenkomst, gaat hier altijd een besluit door een bestuursorgaan aan vooraf.<sup>155</sup> De bevoegdheid om te besluiten tot het aangaan van een overeenkomst ligt bij het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college).<sup>156</sup> Het besluit tot aangaan van een overeenkomst is een besluit in de

<sup>146</sup> Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013, p. 17. Zie ook Scheltema & Scheltema 2013, p. 235.

<sup>147</sup> Zie bijvoorbeeld HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:AG5565 (*Amsterdam/Ikon*).

<sup>148</sup> Dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook in de precontractuele fase al van toepassing zijn heeft de Hoge Raad bepaald in HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582 (*Zeeland/Hoondert*).

<sup>149</sup> Het gaat om art. 3:1 lid 2 Awb en art. 3:14 BW. Met de zinsnede 'andere handelingen dan besluiten' in art. 3:1 lid 2 BW worden ook privaatrechtelijke rechtshandelingen bedoeld (Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013, p. 88).

<sup>150</sup> Dit blijkt uit de woorden 'of ongeschreven regels van publiekrecht' in art. 3:14 BW. Zie bijvoorbeeld ook HR 9 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AN6199 (*Coevorden/Gasfabriek*).

<sup>151</sup> Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 33.

<sup>152</sup> Scheltema en Scheltema 2013, p. 301.

<sup>153</sup> Woodward, *Vennootschap & Onderneming* 2012, p. 150.

<sup>154</sup> Van Rossum, *Contracteren* 2005, p. 92.

<sup>155</sup> Het sluiten van een overeenkomst is een privaatrechtelijke rechtshandeling.

<sup>156</sup> Zie art. 160 lid 1 aanhef en onder e Gemeentewet.

zin van de Algemene wet bestuursrecht.<sup>157</sup> Wanneer het college voornemens is om te besluiten tot een privaatrechtelijke rechtshandeling, moet de raad hierover worden ingelicht als deze hierom vraagt, of als de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente. In dat geval stelt het college de raad in de gelegenheid zijn wensen en bedenkingen kenbaar te maken.<sup>158</sup> Het nalaten hiervan heeft geen juridische consequenties, maar kan wel politieke consequenties hebben.

In het privaatrecht zijn alleen natuurlijke personen en rechtspersonen dragers van rechten en verplichtingen. De gemeente is een publiekrechtelijke rechtspersoon. Haar organisatie en inrichting worden namelijk door het publiekrecht beheerst.<sup>159</sup> Omdat publiekrechtelijke rechtspersonen voor wat betreft het vermogensrecht met natuurlijke personen worden gelijkgesteld, kan de gemeente de contractspartner van privaatrechtelijke rechtspersonen zijn.<sup>160</sup>

De gemeente kan echter zelf fysiek niet handelen. Om een overeenkomst te kunnen aangaan, moet zij vertegenwoordigd worden. Het is de burgemeester die hiertoe bevoegd is.<sup>161</sup> Hij ondertekent de overeenkomst. De literatuur is verdeeld over het moment dat de overeenkomst daadwerkelijk tot stand komt. Enerzijds wordt aangenomen dat de overeenkomst reeds tot stand komt op het moment dat het besluit van het college tot aangaan van de overeenkomst aan de wederpartij ter kennis is gebracht.<sup>162</sup> De rol van de burgemeester is in deze opvatting vooral ceremonieel. Anderen zijn van mening dat de overeenkomst pas tot stand komt op het moment dat de burgemeester deze ondertekent.<sup>163</sup>

In de praktijk ligt niet aan iedere overeenkomst een specifiek besluit van het college ten grondslag. Het college kan zijn bevoegdheid om te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten namelijk overdragen aan een wethouder, de burgemeester of een ambtenaar.<sup>164</sup> Er is dan sprake van mandaat.<sup>165</sup> De burgemeester kan een ander, bijvoorbeeld een ambtenaar, opdragen om in zijn plaats een overeenkomst te tekenen. Er is dan sprake van een verplichting tot handelen. In de praktijk wordt er een volmacht verleend.<sup>166</sup> De volmacht is een privaatrechtelijke figuur, maar in de Algemene wet bestuursrecht is bepaald dat de bestuursrechtelijke bepalingen over mandaat van overeenkomstige toepassing zijn als een bestuursorgaan een volmacht verleent.<sup>167</sup>

### **3.3.2.2 Bevoegdheidsgebreken**

Bij het nemen van een besluit tot aangaan van een overeenkomst en bij de ondertekening van een overeenkomst kan er namens het college respectievelijk de burgemeester opgetreden worden door een daartoe onbevoegde persoon. Een onbevoegd verrichte handeling brengt in beginsel geen gebondenheid van de gemeente met zich mee.<sup>168</sup> Het bevoegde orgaan kan de overeenkomst echter alsnog tot stand brengen door de onbevoegde handeling – al dan niet stilzwijgend – te bekrachtigen.<sup>169</sup> Ook wanneer de gemeente de schijn heeft gewekt van adequate mandatering of volmachtverlening is zij gebonden.<sup>170</sup> Het bestaan van een schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid zal echter zelden

---

<sup>157</sup> Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling (zie art. 1:3 lid 1 Awb).

<sup>158</sup> Zie art. 169 lid 4 Gemeentewet.

<sup>159</sup> Met publiekrecht wordt hier de Gemeentewet bedoeld. Gemeenten bezitten rechtspersoonlijkheid o.g.v. art. 2:1 lid BW.

<sup>160</sup> Art. 2:5 BW bepaalt dat een rechtspersoon wat het vermogensrecht betreft gelijk staat met een natuurlijk persoon.

<sup>161</sup> Op grond van art. 171 Gemeentewet vertegenwoordigt de burgemeester de gemeente in en buiten rechte.

<sup>162</sup> Krol 2005, p. 381. Het besluit van het college drukt immers de volgens art. 3:33 BW vereiste wil van de gemeente uit om de overeenkomst tot stand te laten komen. Zie ook o.m. Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013, p. 23-24.

<sup>163</sup> Zie bijvoorbeeld Scheltema en Scheltema 2013, p. 164

<sup>164</sup> Zie voor de mogelijkheid om de bevoegdheid over te dragen art. 168 lid 1 Gemeentewet.

<sup>165</sup> Mandaat is geregeld in art. 10:1 Awb.

<sup>166</sup> Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013, p. 131. De volmacht is opgenomen in de art. 3:60 tot en met 3:79 BW.

<sup>167</sup> Zie art. 10:12 Awb.

<sup>168</sup> Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013, p. 134.

<sup>169</sup> Bekrachtiging is mogelijk op grond van art. 3:69 BW. De Hoge Raad liet zich in HR 13 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2839 (*Vianen/Nieman*) uit over het stilzwijgend bekrachtigen van een overeenkomst.

<sup>170</sup> Scheltema en Scheltema 2013, p. 168.

worden aangenomen, aangezien een besluit om een vertegenwoordigingsbevoegdheid toe te kennen over het algemeen eenvoudig terug te vinden is.<sup>171</sup>

### **3.4 Onrechtmatig handelen gemeente**

In hoofdstuk 1 kwam al ter sprake dat juridische stappen tegen onrechtmatig handelen door de gemeente kunnen leiden tot vernietiging van de overeenkomst en/of financiële schade voor de gemeente. Zowel direct na het sluiten van een overeenkomst uit aanbesteding als gedurende de looptijd van de overeenkomst kan de gemeente geconfronteerd worden met een juridische procedure.

#### **3.4.1 Onrechtmatig handelen bij sluiten overeenkomst**

Een aanbieder die zich door een gunningsbeslissing van de gemeente benadeeld acht, kan bij de civiele rechter een geding aanhangig maken tegen de als het resultaat van de gunningsbeslissing gesloten overeenkomst.<sup>172</sup> De overeenkomst uit aanbesteding is in drie gevallen aantastbaar.<sup>173</sup> De rechter kan haar allereerst vernietigen op een van de limitatieve gronden in de Aanbestedingswet, waaronder het sluiten van de overeenkomst zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht.<sup>174</sup> Ook wanneer bij het aangaan van de overeenkomst sprake was van een wilsgebrek, is de overeenkomst vernietigbaar.<sup>175</sup>

Ten slotte kan het feit dat haar inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde of met een dwingende wetsbepaling een reden zijn voor nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst.<sup>176</sup> De zinsnede 'goede zeden of de openbare orde' verwijst naar de normen van ongeschreven recht die in de samenleving als fundamenteel worden ervaren, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>177</sup> Een overeenkomst die gesloten is in strijd met het aanbestedingsrecht levert in beginsel geen met de wet strijdige strekking op.<sup>178</sup>

#### **3.4.2 Onrechtmatig handelen gedurende looptijd overeenkomst**

Gedurende de looptijd van de overeenkomst kan een aanbieder die schade lijdt als gevolg van een doen of nalaten van de gemeente, bij de civiele rechter een vordering tot schadevergoeding instellen op grond van wanprestatie of een onrechtmatige daad.

Van wanprestatie is sprake indien de gemeente tekortschiet in de nakoming van haar verbintenis.<sup>179</sup> De tekortkoming kan bestaan uit het niet of niet geheel, het niet tijdig of het niet behoorlijk nakomen van de contractuele afspraken of hetgeen anderszins tussen de partijen geldt. Van niet-behoorlijke nakoming is niet alleen sprake als de prestatie van de gemeente niet voldoet aan de afspraken, maar ook als haar prestatie of daarmee samenhangende gedragingen op de een of andere manier schade toebrengen aan de aanbieder.<sup>180</sup> De gemeente pleegt een onrechtmatige daad jegens een aanbieder wanneer zij een inbreuk maakt op een recht van de aanbieder, of wanneer zij handelt of juist niet

---

<sup>171</sup> Langbroek & Scheltema 2016, p. 17.

<sup>172</sup> Zie afd. 4.3.1 Aw 2012.

<sup>173</sup> De Hoge Raad noemt deze gevallen in HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638.

<sup>174</sup> Zie art. 4.15 Aw 2012.

<sup>175</sup> In geval van een wilsgebrek is de overeenkomst tot stand gekomen als gevolg van bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden of dwaling (zie art. 3:44 BW en art. 6:228 BW).

<sup>176</sup> Zie art. 3:40 BW.

<sup>177</sup> Hijma, in: *T&C Burgerlijk Wetboek Boeken 3, 4, 5 en 6* 2015, art. 3:40 BW, aant. 2. Vgl. o.m. HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655 (*Alkemade/Hornkamp*).

<sup>178</sup> Zie HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826 (*Uneto/De Vliert*) en HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806 (*Van der Stroom/Staat*).

<sup>179</sup> Wanprestatie is geregeld in art. 6:74 BW.

<sup>180</sup> Olthof, in: *T&C Burgerlijk Wetboek Boeken 3, 4, 5 en 6* 2015, art. 6:74 BW, aant. 2a.

handelt in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer passend is.<sup>181</sup>

Wanneer de gemeente wanprestatie pleegt, pleegt zij daarmee op zich nog geen onrechtmatige daad. Als haar gedrag ook los van de schending van de contractuele verplichtingen een onrechtmatige daad oplevert, dan kan de aanbieder die schade lijdt de gemeente zowel aansprakelijk stellen op grond van wanprestatie als op grond van een onrechtmatige daad. In beide gevallen zal hij hetzelfde resultaat bereiken.<sup>182</sup>

### 3.6 Tussenconclusie hoofdstuk 3

Bij de inkoop van zorg dient de gemeente het aanbestedingsrecht in acht te nemen. De voornaamste bronnen van het aanbestedingsrecht zijn Richtlijn 2014/24/EU en de Aanbestedingswet. In Richtlijn 2014/24/EU zijn ook de belangrijkste beginselen van het aanbestedingsrecht gecodificeerd. Gemeenten hebben bij bestuurlijk aanbesteden ook met het overeenkomstenrecht te maken, dat grotendeels te vinden is in het Burgerlijk Wetboek. De gemeente is ten slotte gebonden aan de voor een deel gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De beslissing tot aangaan van een overeenkomst wordt genomen door het college van burgemeester en wethouders. De burgemeester ondertekent de overeenkomst. Zowel het college als de burgemeester kan desgewenst zijn bevoegdheid overdragen. Een als het resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst is in bepaalde gevallen vernietigbaar of nietig. Wanneer de gemeente gedurende de looptijd van de overeenkomst wanprestatie of een onrechtmatige daad pleegt, kan zij veroordeeld worden tot het vergoeden van de geleden schade.

---

<sup>181</sup> De onrechtmatige daad is geregeld in art. 6:162 BW. Er gelden nog enkele nadere eisen, waaronder het feit dat de daad aan de gemeente toerekenbaar moet zijn en dat er geen sprake mag zijn van een rechtvaardigingsgrond. Ook is het bestaan van schade een voorwaarde voor het aannemen van een onrechtmatige daad.

<sup>182</sup> Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:74 BW, aant. 57.6 (online, bijgewerkt op 1 januari 2011). Als standaardarrest geldt HR 9 december 1955, NJ 1956/57 (*Boogaard/Vesta*).

## Hoofdstuk 4 Richtlijn 2014/24/EU en bestuurlijk aanbesteden

Hoofdstuk 4 gaat over de voor de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden relevante wijzigingen van de Aanbestedingswet in verband met de implementatie van Richtlijn 2014/24/EU en de gevolgen hiervan voor de rechtmatigheid van de methodiek in haar huidige vorm. Het hoofdstuk begint met een uiteenzetting van de gevolgen van de implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn voor de inkoop van zorgdiensten (paragraaf 4.1). Vervolgens wordt toegelicht waarom bestuurlijk aanbesteden – in tegenstelling tot wat ook wel wordt beweerd – valt onder de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht (paragraaf 4.2). In paragraaf 4.3 wordt beoordeeld welke wijzigingen de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden moet ondergaan opdat zij beantwoordt aan de nieuwe wet- en regelgeving. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie (paragraaf 4.4).

### 4.1 Van Richtlijn 2004/18/EG naar Richtlijn 2014/24/EU

Ten tijde van de decentralisaties waren gemeenten bij de inkoop van zorg in het kader van de Wmo en de Jeugdwet gebonden aan aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG. Op dit moment is Richtlijn 2014/24/EU van toepassing op overheidsopdrachten. Net als haar voorganger is Richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012.

#### 4.1.1 Richtlijn 2004/18/EG en 2B-diensten

In Richtlijn 2004/18/EG wordt onderscheid gemaakt tussen zogenaamde 2A- en 2B-diensten.<sup>183</sup> Op 2A-diensten is het volledige aanbestedingsregime van toepassing. 2B-diensten vallen weliswaar binnen de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht, maar omdat de grensoverschrijdende relevantie van deze diensten in veel gevallen beperkt is omdat zij naar hun aard sterk cultureel bepaald zijn en de invulling per lidstaat verschilt, geldt voor deze diensten een verlicht aanbestedingsregime.<sup>184</sup> Bij de inkoop van diensten voor gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening onder Richtlijn 2004/18/EG is toepassing van de vereenvoudigde procedure het uitgangspunt.<sup>185</sup>

Omdat op de inkoop van diensten in het kader van de Jeugdwet en de Wmo het verlichte regime van toepassing was, hadden gemeenten onder Richtlijn 2004/18/EG veel vrijheid om hun inkoopprocedures naar eigen inzicht vorm te geven. Zij hoefden slechts de wettelijke voorschriften betreffende technische specificaties na te leven en de Europese Commissie achteraf op de hoogte te stellen van de resultaten van de gunning.<sup>186</sup> Daarnaast waren zij verplicht om de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht te nemen.<sup>187</sup> Gemeenten hoefden echter slechts een ‘passende mate van openbaarheid’ te betrachten wanneer zij het 2B-regime niet konden toepassen en dus verplicht waren een reguliere procedure te volgen.<sup>188</sup> Dit was het geval wanneer een opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang had.<sup>189</sup>

---

<sup>183</sup> Zie voor deze indeling overweging 18 considerans Richtlijn 2004/18/EG. De diensten dankten hun naam aan hun vermelding in bijlage 2A respectievelijk 2B bij Richtlijn 2014/18/EG.

<sup>184</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 11 (MvT). De werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG was beperkt tot 2B-diensten met een waarde van 249.000 euro of meer (zie art. 7 aanhef en derde alinea Richtlijn 2004/18/EG). Het verlichte regime was geregeld in art. 2.38 en art. 2.39 van de toenmalige Aanbestedingswet (hierna genoemd: Aw 2012 (oud)). Deze artikelen vormden de implementatie van art. 21 Richtlijn 2004/18/EG.

<sup>185</sup> Zie art. 2.38 lid 3 Aw 2012 (oud).

<sup>186</sup> Jeugdhulp en Wmo-begeleiding vielen in de categorie ‘gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening’. Zie voor de voorschriften ten aanzien van het verlichte regime art. 21 jo. art. 23 en art. 35 lid 4 Richtlijn 2004/18/EG en art. 2.38 jo. art. 2.39 lid 1 Aw 2012 (oud). Er bestond geen verplichting om in te stemmen met een algemene publicatie van de mededeling van gunning, zie art. 2.39 lid 1 aanhef en onder d jo. art. 2.137 Aw 2012 (oud) en Pinto, in: *T&C Aanbestedingsrecht* 2013, art. 2.38 Aw 2012, aant. 2.

<sup>187</sup> Zie o.m. *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 48 (MvT) en Pinto, in: *T&C Aanbestedingsrecht* 2013, art. 2.38 Aw 2012, aant. 2. Zie ook art. 1.7 aanhef en onder a jo. art. 2.2 lid 3 jo. afd. 1.2.2. Aw 2012 (oud).

<sup>188</sup> Zie art. 1.9 lid 3 aanhef en onder b jo. art. 1.9 lid 2 Aw 2012 (oud).

<sup>189</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 48 (MvT).

Van een grensoverschrijdend belang is sprake wanneer de opdracht van belang is voor ondernemers in andere lidstaten.<sup>190</sup> Volgens rechtspraak van het Hof van Justitie dient het vaststellen van een grensoverschrijdend belang te geschieden aan de hand van de waarde van de opdracht, de aard van de opdracht en de plaats van uitvoering van de opdracht.<sup>191</sup> Een voor ondernemers uit andere lidstaten interessante opdracht valt binnen de werkingssfeer van VWEU.<sup>192</sup> Dit heeft tot gevolg dat de aanbestedende dienst de Verdragsbeginselen in acht moet nemen.<sup>193</sup> Uit de bepalingen van het VWEU inzake het vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van vestiging blijkt dat er in dat geval een transparantieplichting geldt, die uitgelegd dient te worden als een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, zodat elke geïnteresseerde onderneming kan meedingen naar de opdracht.<sup>194</sup>

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat voor overheidsopdrachten die betrekking hebben op 2B-diensten het vermoeden geldt dat naar hun aard geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.<sup>195</sup> Het is aan de partij die zich beroept op het niet naleven van de transparantieplichting om de aanwezigheid van een (duidelijk) grensoverschrijdend belang te stellen en zo nodig te bewijzen.<sup>196</sup> Een eventuele beoordeling van de relevantie van een opdracht voor de interne markt vindt plaats in het licht van de individuele omstandigheden van het geval.<sup>197</sup> Voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang is het niet vereist dat een ondernemer uit een andere lidstaat belangstelling heeft geuit.<sup>198</sup>

#### 4.1.2 De introductie van Richtlijn 2014/24/EU

Op 28 maart 2014 werd de nieuwe richtlijn voor het gunnen van overheidsopdrachten, Richtlijn 2014/24/EU, gepubliceerd. Deze richtlijn diende ter vervanging van Richtlijn 2004/18/EG. In Richtlijn 2014/24/EU is het onderscheid tussen 2A- en 2B-diensten komen te vervallen. Uit een evaluatie van de Europese Commissie was namelijk gebleken dat de volledige toepassing van de richtlijn voor het plaatsen van overheidsopdrachten tot een aantal diensten uitgebreid moest worden.<sup>199</sup> Bepaalde categorieën van diensten, met name diensten aan personen, hebben vanwege hun aard echter nog steeds een beperkte grensoverschrijdende dimensie.<sup>200</sup> Deze diensten worden verstrekt binnen een bijzondere context die sterk varieert per lidstaat als gevolg van de verschillende culturele tradities.<sup>201</sup>

Voor overheidsopdrachten voor deze 'sociale en andere specifieke diensten' (hierna afgekort tot 'sociale diensten') met een waarde van meer dan 750.000 euro is een nieuwe vereenvoudigde procedure geïntroduceerd.<sup>202</sup> De wetgever gaat ervan uit dat dienstverleners uit andere lidstaten over het algemeen weinig belangstelling zullen hebben voor diensten aan personen met een waarde onder

---

<sup>190</sup> Dit blijkt o.m. uit HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*).

<sup>191</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 50 (MvT). Zie bijvoorbeeld HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277 (*SECAP*).

<sup>192</sup> Uit het arrest van HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*) blijkt dat een opdracht een grensoverschrijdend belang heeft, wanneer het van belang is voor ondernemers in andere landen van de Europese Unie (toen nog Europese Economische Ruimte).

<sup>193</sup> Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 168.

<sup>194</sup> Pinto, in: *T&C Aanbestedingsrecht* 2013, art. 2.38 Aw 2012, aant. 3. De wetgever heeft beoogd hieraan uitwerking te geven met art. 1.9 lid 3 jo. art. 2.39 Aw 2012 (oud). Zie over de transparantieplichting ook HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 (*Coname*) en HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*).

<sup>195</sup> Zie o.m. HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1/Maastricht en Q-Park*).

<sup>196</sup> Pinto, in: *T&C Aanbestedingsrecht* 2013, art. 2.38 Aw 2012, aant. 3.

<sup>197</sup> Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (*PbEU* 2006, C 179/3).

<sup>198</sup> HvJ EU 14 november 2013, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*).

<sup>199</sup> Overweging 113 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>200</sup> Overweging 114 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>201</sup> Overweging 114 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>202</sup> Art. 4 aanhef en onder d Richtlijn 2014/24/EU verklaart de richtlijn van toepassing op overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten met een waarde van ten minste 750.000 euro. De procedure voor deze opdrachten is opgenomen in art. 74, 75 en 76 Richtlijn 2014/24/EU.

deze drempel.<sup>203</sup> Boven de drempel wordt een (beperkt) grensoverschrijdend belang in beginsel geacht aanwezig te zijn.<sup>204</sup> Het verlichte regime is van toepassing op overheidsopdrachten voor gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening.<sup>205</sup> Dit betekent dat gemeenten bij de inkoop van diensten in het kader van de Wmo en de Jeugdwet te maken hebben met dit regime, mits de opdracht de drempelwaarde overstijgt.<sup>206</sup> Dit zal vrijwel altijd het geval zijn, aangezien de waarde van een opdracht gedurende de looptijd van de overeenkomst in zijn geheel moet worden berekend.<sup>207</sup>

#### **4.1.3 De implementatie van Richtlijn 2014/24/EU**

In verband met de implementatie van Richtlijn 2014/24/EU trad op 1 juli 2016 de gewijzigde Aanbestedingswet in werking.<sup>208</sup> Lidstaten hadden tot uiterlijk 18 april 2016 de tijd gekregen om de richtlijn te implementeren.<sup>209</sup> Er moest dus er een oplossing komen voor het verstrekken van sociale diensten boven het drempelbedrag van 750.000 euro tussen 18 april 2016 en 1 juli 2016. Via een nota van wijziging werd daarom geregeld dat aanbestedende diensten het verlichte regime voor deze diensten vanwege de rechtstreekse werking van de betreffende bepalingen uit Richtlijn 2014/24/EU vanaf 18 april 2016 moesten toepassen.<sup>210</sup> Vóór 18 april 2016 aangevallen aanbestedingsprocedures worden afgehandeld in overeenstemming met de bepalingen in de oude richtlijn.

Wegens het belang van de culturele context en het gevoelige karakter van sociale diensten hebben lidstaten wederom veel vrijheid gekregen om de aanbestedingsprocedures voor deze diensten in te vullen op een wijze die hun het meest geschikt voorkomt.<sup>211</sup> Wel zijn zij verplicht om procedurevoorschriften op te stellen om de basisbeginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers te waarborgen.<sup>212</sup> Omdat deze beginselen al van toepassing waren bij de procedure voor 2B-diensten en gelet op de specifieke aard van deze diensten, heeft de nationale wetgever ervoor gekozen om zelf geen nadere procedure uit te werken, maar de regels die golden voor 2B-diensten te handhaven en alleen uit te breiden met de verplichtingen die uit Richtlijn 2014/24/EU voortvloeien.<sup>213</sup>

Het uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst het regime voor sociale diensten toepast bij de inkoop van zorg, ondersteuning en/of begeleiding, maar een keuze voor een van de andere procedures beschreven in de Aanbestedingswet is ook mogelijk.<sup>214</sup> Een aanbestedende dienst is bij de toepassing van het vereenvoudigde regime voor opdrachten boven de drempelwaarde onderworpen aan alle beginselen en uitgangspunten van het aanbestedingsrecht.<sup>215</sup>

#### **4.1.4 Nieuwe verplichtingen onder Richtlijn 2014/24/EU**

De belangrijkste (nieuwe) procedurele verplichting die geldt voor sociale diensten met een waarde van ten minste 750.000 euro betreft de aankondiging van het voornemen om tot opdrachtverlening over te gaan.<sup>216</sup> De bekendmaking van de aankondiging geschiedt langs elektronische weg met gebruikmaking

---

<sup>203</sup> Zie overweging 114 considerans Richtlijn 2014/24/EU. Diensten boven de drempel worden geacht een beperkte grensoverschrijdende dimensie te hebben.

<sup>204</sup> Meesters, JAAN 2016/283.

<sup>205</sup> In bijlage XIV bij Richtlijn 2014/24/EU staat een opsomming van diensten waarop het verlichte regime van toepassing is.

<sup>206</sup> Zij horen bij 'Gezondheidszorg, maatschappelijke en aanverwante dienstverlening' in bijlage XIV bij Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>207</sup> Voor de wijze waarop overheidsopdrachten worden geraamd zie art. 5 Richtlijn 2014/24/EU en art. 2.13 e.v. Aw 2012.

<sup>208</sup> Deze wijziging kwam tot stand door de invoering van de Wet van 22 juni 2016 tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, *Stb.* 2016, 241.

<sup>209</sup> Zie art. 90 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>210</sup> Zie de Vierde nota van wijziging omtrent de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijn (...) 2014/24/EU (...), *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 31, p. 2.

<sup>211</sup> Zie overweging 114 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>212</sup> Zie overweging 114 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>213</sup> Dit blijkt uit *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 11 (MvT). De voorschriften die gelden voor overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten met een waarde van ten minste 750.000 euro staan in art. 2.38 en 2.39 Aw 2012.

<sup>214</sup> Zie art. 2.38 lid 2 Aw 2012.

<sup>215</sup> Zie art. 18 en 76 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU, art. 2.6a jo. art. 1.7 jo. afd. 1.2.2 en afd. 1.2.1 Aw 2012.

<sup>216</sup> Deze verplichting staat in art. 75 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU en in art. 2.39 lid 1 aanhef en onder a jo. art. 2.58 e.v. Aw 2012.

van TenderNed, het online marktplaats voor aanbestedingen van de Nederlandse overheid.<sup>217</sup> Anders dan voorheen wordt er ook altijd een aankondiging van de gegunde opdracht gedaan. Ook dit geschiedt langs elektronische weg.<sup>218</sup> Indien gewenst kan de aanbestedende dienst de resultaten van de procedures voor sociale diensten per kwartaal bundelen.<sup>219</sup>

Op de procedure voor 2B-diensten was slechts een klein gedeelte van hoofdstuk 2.3 van de Aanbestedingswet van toepassing. In de herziene Aanbestedingswet is bepaald dat aanbestedende diensten bij het toepassen van de procedure voor sociale diensten niet meer alleen gebonden zijn aan de bepalingen die betrekking hebben op technische specificaties en verslaglegging en bekendmaking, maar dat zij ook de regels over communicatie en inlichtingen, (voor)aankondigingen en het gebruik van de Eigen verklaring in acht moeten nemen.<sup>220</sup>

## **4.2 Bestuurlijk aanbesteden en het aanbestedingsrecht**

Alvorens over te gaan op de beantwoording van de vraag of en zo ja, op welke wijze bestuurlijk aanbesteden mogelijk is onder Richtlijn 2014/24/EU, zal eerst worden toegelicht waarom bestuurlijk aanbesteden binnen de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht valt. Er gaan namelijk stemmen op die menen dat bestuurlijk aanbesteden ten onrechte aangemerkt wordt als aanbesteden en dat de regels van het aanbestedingsrecht dus niet van toepassing zijn op de methodiek.

### **4.2.1 Bestuurlijk aanbesteden is geen aanbesteden**

Aanhangers van de opvatting dat er bij bestuurlijk aanbesteden geen sprake is van een daadwerkelijke aanbesteding in de zin van het aanbestedingsrecht, beroepen zich op het in 2016 door het Hof van Justitie gewezen arrest *Falk Pharma*.<sup>221</sup> In geschil in deze zaak is de vraag of de toepassing van een toelatingsprocedure een aanbestedende dienst kan ontslaan van haar aanbestedingsplicht. Centraal in het arrest staat de vraag of een *keuze* door de aanbestedende dienst voor een aanbieder, waardoor deze exclusiviteit verkrijgt, een wezenlijk kenmerk is van een overheidsopdracht.<sup>222</sup>

Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend. De definitie van het begrip overheidsopdracht moet volgens het Hof worden uitgelegd in het licht van de doelstelling van Richtlijn 2004/18/EG, namelijk het uitsluiten van het risico dat aanbestedende diensten nationale inschrijvers begunstigen.<sup>223</sup> Wanneer het voor iedere ondernemer die voldoet aan de gestelde voorwaarden juridisch en feitelijk mogelijk is om een overeenkomst te sluiten met de aanbestedende dienst, is er geen sprake van een selectie door de aanbestedende dienst en is eventuele bevoordeling van nationale ondernemers niet aan de orde. Het handelen van een aanbestedende dienst die gebruikmaakt van een dergelijke zogenaamde zuivere toelatingsprocedure valt derhalve niet onder het recht inzake overheidsopdrachten.<sup>224</sup>

Het Hof vindt steun voor de opvatting dat een keuze door de aanbestedende dienst een wezenlijk kenmerk is van een overheidsopdracht in de definitie van het begrip 'aanbesteding' in Richtlijn 2014/24/EU, waarin expliciet wordt gemaakt dat het bij een aanbesteding gaat om door de

---

<sup>217</sup> Zie art. 2.59 lid 1 (vooraankondiging) en art. 2.62 lid 2 (aankondiging) Aw 2012 jo. art. 4.13 e.v. Aw 2012. TenderNed is onderdeel van PIANOo, het Expertisecentrum Aanbesteden van het ministerie van Economische Zaken. Zie [tenderned.nl](http://tenderned.nl).

<sup>218</sup> Zie art. 75 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU en art. 2.39 lid 1 aanhef en onder e jo. art. 2.134 lid 1 Aw 2012.

<sup>219</sup> Zie art. 2.134 lid 3 Aw 2012.

<sup>220</sup> Zie art. 2.39 lid 2 Aw 2012.

<sup>221</sup> HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14 (*Falk Pharma*). Aanhangers van dit standpunt zijn onder meer Robbe, die dit standpunt heeft verwoord in Robbe, *Aboukir en Robbe Advocaten* 28 januari 2016, p. 13-14 en nog eens heeft herhaald in het interview dat met hem is afgenomen, en Mel (zie Mel, *Zorgvisie* 2016, afl. 12, p. 15).

<sup>222</sup> Zie rechtsoverweging 9 van het fiche in de zaak C-410/14. Het begrip overheidsopdracht was gedefinieerd in art. 2 lid 1 onder a Richtlijn 2004/18/EG.

<sup>223</sup> Bouman, *JAAN* 2016/907. Zie ook fiche C-410/14, r.o. 11. Het Hof leidt deze doelstelling af uit overweging 2 considerans en art. 2 Richtlijn 2004/18/EG.

<sup>224</sup> Fiche C-410/14, r.o. 13.

aanbestedende dienst *gekozen* ondernemers.<sup>225</sup> Ook verwijst het Hof naar de mogelijkheid die Richtlijn 2014/24/EU ondernemers biedt om in bepaalde gevallen gebruik te maken van een vergunningsregeling.<sup>226</sup> In dat geval is er nadrukkelijk géén sprake van een aanbesteding.<sup>227</sup> Door de verwijzing naar Richtlijn 2014/24/EU heeft de uitspraak van het Hof ook gelding na 18 april 2016.

Op het eerste gezicht is er bij bestuurlijk aanbesteden sprake van een gelijksoortige inkoopprocedure als die in het Falk-arrest wordt toegepast. Alle aanbieders die voldoen aan de criteria kunnen een overeenkomst sluiten met de aanbestedende dienst (de gemeente). Bovendien maakt niet de gemeente een keuze voor een specifieke aanbieder, maar is het in principe de eindgebruiker, de cliënt, die kiest van welke zorgorganisatie hij zorg wil ontvangen. De conclusie dat er bij bestuurlijk aanbesteden sprake is van een zuivere toelatingsprocedure die de gemeente ontslaat van de plicht om een aanbestedingsprocedure te voeren, ligt dan ook voor de hand. Nadere bestudering van het Falk-arrest leidt echter tot het oordeel dat deze conclusie niet terecht is.

#### 4.2.2 Bestuurlijk aanbesteden is wel aanbesteden

Een toelatingsprocedure die niet is onderworpen aan de aanbestedingsregelgeving, is volgens het Hof enkel toelaatbaar wanneer de beginselen van non-discriminatie, transparantie en gelijke behandeling in acht genomen worden.<sup>228</sup> De toepassing van deze beginselen wordt immers door het VWEU verplicht gesteld, ook wanneer de regels van het aanbestedingsrecht niet van toepassing zijn.<sup>229</sup> Slechts wanneer aan geen enkele ondernemer een concurrentievoordeel van enige aard wordt verleend, voldoet de toelatingsprocedure aan de Verdragsbeginselen en is er van een keuze of selectie door de aanbestedende dienst geen sprake.<sup>230</sup> Alleen in dat geval kan er gesproken worden van een zuivere toelatingsprocedure, waarop het aanbestedingsrecht niet van toepassing is.

Uit het Falk-arrest vloeit een aantal strikte voorwaarden voort die gelden voor zuivere toelatingsprocedures.<sup>231</sup> Bij bestuurlijk aanbesteden wordt aan in ieder geval een van deze voorwaarden niet voldaan.<sup>232</sup> De aanbestedende dienst is in een zuivere toelatingsprocedure namelijk verplicht de voorwaarden van de overeenkomst vooraf zodanig vast te leggen, dat ondernemers geen invloed kunnen uitoefenen op de inhoud van de overeenkomst.<sup>233</sup> Een van de wezenlijke kenmerken van bestuurlijk aanbesteden is echter het – zowel vooraf als tussentijds – overleggen over de contractuele afspraken. Dit heeft niet alleen tot gevolg dat de inhoud van een overeenkomst in een bestuurlijke aanbesteding niet (enkel) door de aanbestedende dienst wordt bepaald, maar ook dat deze overeenkomst zelden *vooraf* wordt vastgelegd.<sup>234</sup>

<sup>225</sup> Bouman, JAAN 2016/907, voetnoot 15. Zie ook fiche C-410/14, r.o. 12. De definitie van het begrip aanbesteding is te vinden in art. 1 lid 2 jo. art. 2 lid 1 onder 5 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>226</sup> Fiche C-410/14, r.o. 13. De mogelijkheid een vergunningsregeling toe te passen is opgenomen in overweging 4 en 114 considerans Richtlijn 2014/24/EU. De verwijzing naar een vergunningensysteem is opmerkelijk, want wanneer aan een vergunning een uitvoeringsverplichting wordt gekoppeld, zoals in deze zaak het geval is, is er sprake van een bezwarende titel en dus van een overheidsopdracht (en niet van een vergunning). Zie Bouman, JAAN 2016/907, voetnoot 4.

<sup>227</sup> Zie overweging 4 considerans 2014/24/EU.

<sup>228</sup> Dit is enkel het geval indien er sprake is van een grensoverschrijdend belang. Zoals eerder vermeld wordt bij opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten met een waarde van ten minste 750.000 euro een grensoverschrijdend belang geacht aanwezig te zijn.

<sup>229</sup> De fundamentele Verdragsbeginselen vloeien voort uit het doel om een interne markt tot stand te brengen. Zie ook art. 3 lid 3 VEU en art. 114 jo. art. 26 VWEU.

<sup>230</sup> Fiche C-410/14, r.o. 15.

<sup>231</sup> Bouman, JAAN 2016/907.

<sup>232</sup> Dit geldt in ieder geval voor het bestuurlijk aanbesteden zoals dat in veruit de meeste gevallen (waaronder door de subregio Dommelvallei+) wordt toegepast. Gemeenten kunnen echter hun eigen invulling geven aan de methodiek.

<sup>233</sup> Deze voorwaarde blijkt uit het Falk Pharma-arrest, gelezen in samenhang met overweging 114 considerans Richtlijn 2014/24/EU en het Werkdocument van de diensten van de Commissie, Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang, SWD(2013)53, p. 113.

<sup>234</sup> Zie ook Bouman, JAAN 2016/907.

De methodiek van het bestuurlijk aanbesteden voldoet in haar huidige vorm dus niet aan alle eisen die gelden voor zuivere toelatingsprocedures. Omdat discriminatie en ongelijke behandeling van aanbieders niet per definitie volledig zijn uitgesloten, is formeel sprake van een keuze door de aanbestedende dienst. Dit betekent dat de methodiek wel degelijk een vorm van aanbesteden is en derhalve valt onder de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht.<sup>235</sup>

#### **4.3 Bestuurlijk aanbesteden onder Richtlijn 2014/24/EU**

Met het verdwijnen van de 2B-uitzondering uit de Aanbestedingswet is de voormalige basis voor het bestuurlijk aanbesteden komen te vervallen. Met de introductie van het regime voor sociale diensten lijkt een nieuwe basis gecreëerd. Omdat de Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen om geen nadere procedure uit te werken voor sociale diensten, is het echter niet geheel duidelijk welke eisen gelden voor procedures die worden vormgegeven onder het nieuwe verlichte regime. Dit heeft geleid tot discussie over de vraag of de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden in ongewijzigde vorm mogelijk is onder de nieuwe regelgeving.

##### **4.3.1 De nieuwe aankondigingsverplichting**

Een aanbestedingsprocedure voor zorg, ondersteuning en/of begeleiding vereist na 18 april 2016 een openbare aankondiging van de opdracht.<sup>236</sup> Deze aankondiging heeft als doel om op te roepen tot concurrentie.<sup>237</sup> Gemeenten moeten onder het nieuwe regime dus niet alleen de huidige, maar alle ondernemers een kans geven om hun interesse kenbaar te maken. Richtlijn 2014/24/EU schrijft een verplicht format voor ten aanzien van de aankondiging.<sup>238</sup> Dat ook bij een bestuurlijke aanbesteding een voorafgaande aankondiging van de opdracht voortaan verplicht is, lijkt geen twijfel. Over de gevolgen hiervan voor het voortbestaan van methodiek zijn de deskundigen het echter oneens.

##### **4.3.1.1 Verplichte elementen aankondigingsverplichting**

Van Nouhuys, coauteur van het toonaangevende Handboek Aanbestedingsrecht, legt in 'Het abrupte einde van 'bestuurlijk aanbesteden'' uit waarom hij van mening is dat de inhoud van het verplichte aankondigingsformat voor opdrachten voor sociale diensten leidt tot het einde van bestuurlijk aanbesteden.<sup>239</sup> Dit format schrijft voor dat de belangrijkste elementen van de gunningsprocedure moeten worden vermeld.<sup>240</sup> Dit betekent volgens hem dat aanbestedende diensten uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria in de aankondiging moeten opnemen, om deze vervolgens objectief en transparant toe te passen.<sup>241</sup> Dit vloeit zijns inziens voort uit de beginselen van het aanbestedingsrecht.<sup>242</sup> Bij bestuurlijk aanbesteden zouden deze elementen ontbreken.<sup>243</sup>

In 'Het abrupte einde van "bestuurlijk aanbesteden"? Ben je mal!' reageert Robbe op het artikel van Van Nouhuys.<sup>244</sup> Robbe is van mening dat bestuurlijk aanbesteden prima past binnen de nieuwe richtlijn

---

<sup>235</sup> In paragraaf 5.5 wordt duidelijk dat de gemeente Geldrop-Mierlo bij de toeleiding van de cliënt naar zorg bovendien wel degelijk invloed heeft op de keuze voor een zorgaanbieder. Er is binnen de gemeente daarom niet alleen methodisch, maar ook praktisch geen sprake van een zuivere toelatingsprocedure.

<sup>236</sup> Dit is zoals gezegd het geval indien de aanbestedende dienst gebruikmaakt van het regime voor sociale diensten en de totale waarde van de opdracht ten minste 750.000 euro bedraagt.

<sup>237</sup> Zie art. 49 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>238</sup> Zie art. 75 jo. art. 51 Richtlijn 2014/24/EU en deel H van bijlage V bij deze richtlijn.

<sup>239</sup> Van Nouhuys, TA 2016/2.

<sup>240</sup> Zie bijlage V deel H bij Richtlijn 2014/24/EU: 'Beknpte omschrijving van de belangrijkste elementen van de toe te passen gunningsprocedure' (nr. 6).

<sup>241</sup> Van Nouhuys, TA 2016/2, p. 9.

<sup>242</sup> De aanbestedingsbeginselen zijn onverkort van toepassing op procedures voor sociale diensten. In art. 76 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU is bovendien bepaald dat lidstaten regels opstellen voor het gunnen van sociale diensten om ervoor te zorgen dat aanbestedende diensten de beginselen van gelijke behandeling en transparantie van ondernemers naleven.

<sup>243</sup> Overigens is het volgens Van Nouhuys maar zeer de vraag of bestuurlijk aanbesteden vóór 18 april 2016 wel in lijn was met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.

<sup>244</sup> Robbe, *Aboukir en Robbe Advocaten* 28 januari 2016.

en de herziene Aanbestedingswet, en (dus) wel degelijk voldoet aan de beginselen van het aanbestedingsrecht. Ter onderbouwing van zijn standpunt voert hij aan dat het hanteren van uitsluitings-, geschiktheids-, selectie- en gunningscriteria binnen het regime voor sociale diensten niet verplicht is. Daarbij wijst hij erop dat bij bestuurlijk aanbesteden bovendien wel degelijk (onverplicht) gebruikgemaakt wordt van deze criteria. Gemeenten sluiten immers alleen overeenkomsten met aanbieders die niet voldoen aan de uitsluitingscriteria en die wel voldoen aan de geschiktheidseisen en selectiecriteria. Het gunningscriterium is de keuze van de cliënt.

Zeelenberg en Van Oudenhoven sluiten in 'Bestuurlijk aanbesteden: mag het nu wel of niet onder de gewijzigde aanbestedingsregelgeving' aan bij het standpunt van Robbe ten aanzien van de afwezigheid van een verplichting tot het hanteren van de genoemde criteria.<sup>245</sup> Met de argumenten die zij hiervoor aandragen, tonen zij de onjuistheid aan van de opvatting van Van Nouhuys.

De twee merken namelijk terecht op dat in het dwingende format voor de aankondiging niet wordt gesproken over uitsluitings-, geschiktheids-, selectie- en gunningscriteria, terwijl deze criteria in bijvoorbeeld het format voor de aankondiging van een Europese openbare of niet-openbare procedure wél expliciet worden benoemd. Niet valt daarom in te zien waarom de Europese wetgever met de frase 'de belangrijkste elementen van de toe te passen gunningsprocedure' deze specifieke criteria voor ogen zou hebben gehad. Daarnaast past de plicht om de aankondiging van een opdracht voor sociale diensten op dezelfde wijze in te vullen als die van een opdracht waarop het volledige aanbestedingsregime van toepassing is, niet bij de vrijheid die lidstaten hebben gekregen om een eigen invulling te geven aan het regime voor sociale diensten.<sup>246</sup>

Gezien het bovenstaande leidt de nieuwe aankondigingsplicht er in beginsel niet toe dat de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden onrechtmatig is onder Richtlijn 2014/24/EU. Dit geldt uiteraard alleen voor zover de gemeente bij de aankondiging van de opdracht de aanbestedingsrechtelijke beginselen en de andere regels van het aanbestedingsrecht in acht neemt.

#### **4.3.1.2 Hernieuwde aankondigingsverplichting bij wezenlijke wijziging**

Een belangrijk kenmerk van het bestuurlijk aanbesteden is dat er gedurende de looptijd van de overeenkomst voortdurend gediscussieerd kan worden over de gemaakte afspraken. Het wijzigen van opdrachten is aanbestedingsrechtelijk in beginsel toegestaan, mits de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht worden genomen. Wanneer echter sprake is van een wijziging van de aanvankelijke opdracht die aantoonbaar de intentie hebben om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de opdracht, een zogenaamde wezenlijke wijziging, moet dit volgens het Hof van Justitie leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure.<sup>247</sup>

Wijzigingen die moeten leiden tot een nieuwe gunningsprocedure vormen bij bestuurlijk aanbesteden onder Richtlijn 2004/18/EG geen probleem. Juridisch gezien is er weliswaar sprake van een overeenkomst vóór en een nieuwe overeenkomst na de wijziging, maar feitelijk loopt het aanbestedingsproces continu door. Als een gemeente na overleg met aanbieders besluit om een wezenlijke wijziging aan te brengen in een deelopereenkomst, publiceert zij de aangepaste overeenkomst op de daarvoor bestemde website en wordt deze door elke aanbieder die akkoord gaat met de wijziging ondertekend. De werkelijkheid van de methodiek volgt zo de juridische werkelijkheid.

Onder Richtlijn 2014/24/EU is bovenstaande werkwijze niet meer mogelijk. De verplichting tot voorafgaande aankondiging van opdrachten voor sociale diensten leidt ertoe dat er voor inhoudelijke

<sup>245</sup> Zeelenberg & Oudenhoven, *Gst.* 2016/63, p. 338.

<sup>246</sup> Zie overweging 28 en 114 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>247</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 93 (MvT). Zie o.m. HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351 (*Presstext*). Het wijzigen van een opdracht gedurende de looptijd is geregeld in overweging 107 e.v. considerans en art. 72 Richtlijn 2014/24/EU en geïmplementeerd in art. 2.39 lid 2 jo. art. 2.163a e.v. Aw 2012. Zie ook paragraaf 5.6.

wijzigingen in de contracten die kwalificeren als wezenlijke wijziging een hernieuwde aankondigingsplicht geldt. Wezenlijke wijzigingen van overeenkomsten die zijn (of worden) afgesloten na 18 april 2016 moeten voortaan dus (ook) via TenderNed openbaar gemaakt worden.

#### 4.3.2 Toetreding nieuwe aanbieders

De deellovenovereenkomsten die gemeenten opstellen binnen een bestuurlijke aanbesteding zijn raamovereenkomsten.<sup>248</sup> Een raamovereenkomst is een schriftelijke overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een of meer ondernemers, met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen overheidsopdrachten vast te leggen.<sup>249</sup> Aanbestedende diensten kunnen raamovereenkomsten sluiten, mits zij de in Richtlijn 2014/24/EU voorgeschreven procedure toepassen.<sup>250</sup> Na de aanbesteding van de raamovereenkomst kunnen er opdrachten worden geplaatst via de overeenkomst door middel van een vereenvoudigde procedure.<sup>251</sup> Het verlichte regime voor sociale diensten en het regime voor raamovereenkomsten kunnen gelijktijdig van toepassing zijn.<sup>252</sup>

Bij bestuurlijk aanbesteden is het gebruikelijk dat nieuwe aanbieders tijdens de looptijd toetreden tot de overeenkomsten. Zowel volgens Richtlijn 2014/24/EU als de Aanbestedingswet kan de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht via een raamovereenkomst echter alleen worden toegepast tussen een aanbestedende dienst en de ondernemers die *oorspronkelijk* bij de raamovereenkomst partij waren.<sup>253</sup> Hieruit volgt dat een bestaande raamovereenkomst niet openstaat voor nieuwe ondernemers. Zeelenberg en Oudenhoven concluderen daarom terecht dat de tussentijdse toetreding van aanbieders bij bestuurlijk aanbesteden juridisch problematisch is.<sup>254</sup>

Dat de tussentijdse toetreding van contractspartners tot een raamovereenkomst juridisch problematisch is, blijkt ook uit de limitatieve opsomming die de aanbestedingsregelgeving geeft van gevallen waarin een raamovereenkomst kan worden gewijzigd zonder dat er sprake is van een wezenlijke wijziging.<sup>255</sup> De betreffende bepalingen voorzien niet in de mogelijkheid om een aanbieder tussentijds te laten toetreden tot een raamovereenkomst, anders dan ter vervanging van de oude aanbieder. In alle andere situaties moet een nieuwe aanbestedingsprocedure worden doorlopen.<sup>256</sup>

#### 4.3.3 Verlaging administratieve lasten

De aanbestedingsrichtlijnen verplichten tot elektronisch aanbesteden.<sup>257</sup> Dit draagt bij aan het verminderen van de administratieve lasten.<sup>258</sup> Ook het Uniform Europees Aanbestedingsdocument is in de aanbestedingsrichtlijnen opgenomen met als doel de administratieve lasten te verlagen.<sup>259</sup> Het UEA

<sup>248</sup> Robbe, *Aboukir en Robbe Advocaten* 28 januari 2016, p. 6 en Commissie van Aanbestedingsexperts 3 augustus 2016, advies 349-350.

<sup>249</sup> Zie art. 33 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU en art. 1.1 Aw 2012.

<sup>250</sup> Zie art. 33 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>251</sup> Zie art. 33 Richtlijn 2014/24/EU, art. 2.44 – 2.47 Aw (het sluiten van een raamovereenkomst) en art. 2.139 – 2.143 Aw 2012 (het plaatsen van een opdracht via een raamovereenkomst).

<sup>252</sup> Zie o.m. overweging 114 considerans Richtlijn 2014/24/EU ('duidelijk moet worden dat hiertoe mogelijkerwijs ook regels zullen moeten worden toegepast die gelden voor niet onder de specifieke regeling vallende opdrachten voor diensten').

<sup>253</sup> Zie overweging 60 considerans en art. 33 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU, art. 2.140 Aw 2012 en *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 90 (MvT).

<sup>254</sup> Zeelenberg & Oudenhoven, *Gst.* 2016/63, p. 338. Hoewel de procedure voor raamovereenkomsten in Richtlijn 2004/18/EG niet geldt voor 2B-diensten, lijkt het er overigens op dat dit ook onder de oude Aanbestedingswet al het geval was. Volgens art. 2.2 lid 3 Aw 2012 (oud) is deel 2 van de Aanbestedingswet van toepassing op 2B-diensten met een waarde van ten minste 249.000 euro. De procedures voor het sluiten van een raamovereenkomst en voor het plaatsen van een overheidsopdracht via een raamovereenkomst gelden voor 2B-diensten op grond van art. 2.44 aanhef en onder f Aw 2012 (oud). Art. 2.140 lid 1 Aw 2012 (oud) luidt: 'De procedures, bedoeld in de artikelen 2.142 en 2.143, kunnen uitsluitend worden toegepast tussen een aanbestedende dienst en de ondernemers die oorspronkelijk bij de raamovereenkomst partij zijn.'

<sup>255</sup> Zie art. 72 lid 1 en 2 Richtlijn 2014/24/EU. Zie ook art. 2.163a – 2.163g Aw 2012.

<sup>256</sup> Zie over het leerstuk van de wezenlijke wijziging hoofdstuk 5.6.

<sup>257</sup> Zie art. 22 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>258</sup> Zie overweging 84 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>259</sup> Zie art. 59 Richtlijn 2014/24/EU.

vervangt sinds 1 juli 2016 het Nederlandse model Eigen Verklaring. Nu aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten voor sociale diensten voortaan ook de regels omtrent het gebruik van de Eigen verklaring in acht moeten nemen, zijn zij verplicht om het UEA te gebruiken.<sup>260</sup>

#### **4.4 Tussenconclusie hoofdstuk 4**

In Richtlijn 2014/24/EU is een vereenvoudigd aanbestedingsregime opgenomen dat gemeenten in beginsel toepassen bij het plaatsen van opdrachten in het kader van de Wmo en de Jeugdwet met een waarde van 750.000 euro of meer. Zij dienen hierbij alle beginselen en uitgangspunten van het aanbestedingsrecht in acht te nemen. Vóór de implementatie van Richtlijn 2014/24/EU aangevallen aanbestedingsprocedures worden afgehandeld overeenkomstig de bepalingen in de oude richtlijn.

De belangrijkste nieuwe voorwaarde die geldt voor de inkoop van sociale diensten betreft de voorafgaande openbare aankondiging van de opdracht. Deze aankondigingsplicht leidt in beginsel niet tot onrechtmatigheid van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden. De verplichting heeft wel tot gevolg dat inhoudelijke wijzigingen in de overeenkomsten die kwalificeren als wezenlijke wijziging ook via TenderNed moeten worden gepubliceerd. Een andere nieuwe verplichting is het gebruik van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument.

Het grootste juridische bezwaar dat sinds de implementatie van Richtlijn 2014/24/EU kleefte aan de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden, is het feit dat aanbieders tussentijds kunnen toetreden tot de overeenkomsten. De regels ten aanzien van het plaatsen van opdrachten via een raamovereenkomst verhinderen namelijk expliciet dat nieuwe aanbieders tot de deelovereenkomsten kunnen toetreden.

---

<sup>260</sup> De verplichting tot elektronisch aanbesteden is geregeld in art. 2.52a Aw 2012. In art. 2.84 Aw 2012 jo. art. 2 lid 3 Aanbestedingsbesluit jo. art. 1 Regeling modellen eigen verklaring wordt het Uniform Europees Aanbestedingsdocument aangewezen als model voor de eigen verklaring.

## Hoofdstuk 5 Rechtmatigheid bestuurlijk aanbesteden gemeente Geldrop-Mierlo

In het vorige hoofdstuk werd een oordeel gegeven over de rechtmatigheid van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden in het algemeen. In hoofdstuk 5 wordt de specifieke wijze waarop de gemeente Geldrop-Mierlo de methodiek toepast getoetst aan de in hoofdstuk 3 genoemde rechtsbronnen. Achtereenvolgens worden in dit hoofdstuk de keuze voor bestuurlijk aanbesteden (paragraaf 5.1), de totstandkoming van de overeenkomsten (paragraaf 5.2), het contact met zorgaanbieders (paragraaf 5.3), de kwaliteit van aanbieders en geleverde zorg (paragraaf 5.4), de toepassing van het gunningscriterium (paragraaf 5.5) en het doorvoeren van wijzigingen (paragraaf 5.6) besproken. In paragraaf 5.7 komen enkele nadere bezwaren en de meerwaarde van bestuurlijk aanbesteden ter sprake. Ter afsluiting wordt een tussenconclusie geformuleerd (paragraaf 5.8).

### 5.1 De keuze voor bestuurlijk aanbesteden

Voordat een inkoopproces wordt opgestart, moet eerst de inkoopstrategie moeten worden bepaald. In het algemeen geldt dat een goede inkoopstrategie is afgeleid van de doelstellingen van de organisatie.<sup>261</sup> Het is belangrijk dat deze doelstellingen afgezet worden tegen de situatie op de markt.<sup>262</sup> Een gemeente legt haar ambities vast in beleidsstukken. Zij is in beginsel verplicht om te handelen conform haar eigen beleid.<sup>263</sup>

#### 5.1.1 Doelstellingen

De gemeente Geldrop-Mierlo heeft haar inkoopdoelstellingen vastgelegd in het inkoop- en aanbestedingsbeleid. De Kadernota Inkoop bepaalt dat inkoopactiviteiten binnen de organisatie eerst en vooral rechtmatig en doelmatig dienen te verlopen.<sup>264</sup> De Kadernota schrijft geen procedures voor. Per opdracht wordt beslist welke procedure het meest geschikt is. Het uitgangspunt is dat aan iedere inkoop een vorm van aanbesteding ten grondslag ligt. Iedere inkoop vereist in beginsel een inkoopstrategie, die de inkoop- of aanbestedingsprocedure bepaalt en motiveert.<sup>265</sup> Afwijking van het beleid is slechts mogelijk en toegestaan op basis van een besluit van het college.<sup>266</sup>

De specifieke doelstellingen ten aanzien van de taken die de gemeente heeft op het gebied van ondersteuning aan haar inwoners op grond van de Wmo en de Jeugdwet zijn neergelegd in de visienota Persoonlijk & Dichtbij. Deze visienota benadrukt het belang van maatwerkondersteuning aan burgers. De zorgverlening moet afgestemd zijn op de wensen en mogelijkheden van de cliënt en zijn directe omgeving.<sup>267</sup> De zorg wordt zo dicht mogelijk bij huis geleverd. In haar Strategische visie geeft de gemeente te kennen zich nadrukkelijk te willen positioneren als gezonde, op het gebied van zorg en sport, vooruitstrevende gemeente die voortdurend in beweging is.<sup>268</sup> Zorgzaamheid staat binnen de gemeente hoog in het vaandel.<sup>269</sup>

#### 5.1.2 Beoordeling keuze voor bestuurlijk aanbesteden

In hoofdstuk 2 bleek al dat bestuurlijk aanbesteden past bij de doelstelling van de gemeente om de wensen en mogelijkheden van de cliënt die ondersteuning nodig heeft, centraal te stellen. De cliënt heeft bij bestuurlijk aanbesteden immers de vrijheid om een bij zijn voorkeuren passende aanbieder te kiezen. De methodiek lijkt bovendien aan te sluiten bij een groot deel van de in de Kadernota Inkoop neergelegde uitgangspunten. Uitzondering hierop is de doelstelling van de gemeente om een administratieve lastenverlichting voor alle partijen voorop te stellen. De administratieve lasten zijn bij

---

<sup>261</sup> *Gids Proportionaliteit* 2016, p. 11.

<sup>262</sup> *Gids Proportionaliteit* 2016, p. 11.

<sup>263</sup> Zie art. 4.84 Awb.

<sup>264</sup> *Kadernota Inkoop gemeente Geldrop-Mierlo* 2013, p. 2.

<sup>265</sup> *Inkoophandboek gemeente Geldrop-Mierlo* 2013, p. 6.

<sup>266</sup> *Kadernota Inkoop gemeente Geldrop-Mierlo* 2013, p. 5.

<sup>267</sup> *Persoonlijk & Dichtbij* 2012, p. 25.

<sup>268</sup> *Geldrop-Mierlo, een plek met hart* 2015, p. 9.

<sup>269</sup> *Geldrop-Mierlo, een plek met hart* 2015, p. 10.

bestuurlijk aanbesteden erg groot. Dit geldt zowel voor de gemeente als voor de aanbieders.<sup>270</sup> De inkoopstrategie met de motivatie voor de keuze voor bestuurlijk aanbesteden is desondanks door het college goedgekeurd.<sup>271</sup>

## **5.2 Totstandkoming overeenkomsten**

Zoals reeds bleek in hoofdstuk 3, ligt de bevoegdheid om te besluiten tot het aangaan van een overeenkomst bij het college van burgemeester en wethouders. In sommige gevallen dient het college de gemeenteraad in te lichten alvorens een besluit te nemen. Bevoegd tot ondertekening van een overeenkomst is de burgemeester. Omdat het de rechtspersoon 'gemeente' is die de overeenkomst aangaat, dient de overeenkomst de gemeente als contractspartij te vermelden.<sup>272</sup>

### **5.2.1 Collegebesluiten en betrokkenheid gemeenteraad**

Op 25 juni 2012 stemde de gemeenteraad van de gemeente Geldrop-Mierlo in met de nota Persoonlijk & Dichtbij. Op 11 maart 2014 gaf het college aan akkoord te gaan met de keuze voor de methodiek bestuurlijk aanbesteden. Het college stemde op 13 mei 2014 in met de Basisovereenkomst Inkoop Wmo en Jeugdhulp Dommelvallei+. De besluiten ten aanzien van het aangaan van de deelovereenkomsten voor begeleiding en ambulante jeugdhulp nam het college op 7 en 28 oktober 2014. Op 23 oktober werd de raad bij Raadsinformatiebrief geïnformeerd over de stand van zaken.<sup>273</sup>

Het college stelde op 24 februari 2015 het eerste addendum bij de deelovereenkomsten vast. Daarnaast werd ingestemd met het mandateren van het hoofd van de afdeling Maatschappelijke Ontwikkeling tot vaststelling en ondertekening van toekomstige addenda. Op 2 september 2015 werd de eerste Rapportage Informatie Sociaal Domein aangeboden aan de gemeenteraad. Op 23 november van dat jaar stemde het college in met het toevoegen van een deelovereenkomst ten behoeve van de inkoop van jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling. Op 8 december 2015 besloot het college tot het aangaan van deze overeenkomst.

De gemeenteraad stelde op 30 maart 2016 het Plan van Aanpak vast ten aanzien van de inkoop van jeugdhulp en Wmo-begeleiding in 2016 en 2017. Op 21 november 2016 werd de tweede Rapportage Informatie Sociaal Domein, betreffende de periode van januari 2015 tot en met september 2016, aangeboden aan de gemeenteraad.

### **5.2.2 Ondertekening overeenkomsten en addenda**

De Basisovereenkomst Inkoopnetwerk WMO 2015 en Jeugd Dommelvallei+ werd op 5 augustus 2014 ondertekend door vier afdelingshoofden van de deelnemende gemeenten. Namens de gemeente Geldrop-Mierlo werd de overeenkomst ondertekend door het hoofd van de afdeling Maatschappelijke Ondersteuning. Ook werd onder de overeenkomst een handtekening gezet door vijf wethouders, onder wie de portefeuillehouder van de gemeente Geldrop-Mierlo. De deelovereenkomsten werden in die periode steeds pas na ondertekening door de zorgaanbieder ondertekend door de (loco)burgemeester.

Op 17 september 2015 kreeg de gemeente Geldrop-Mierlo een nieuwe burgemeester. Op 1 december 2015 ondertekende deze burgemeester de Deelovereenkomst Individuele begeleiding Jeugd en Wmo, de Deelovereenkomst Ambulante jeugdhulp en de twee addenda bij deze deelovereenkomsten en op 8 december 2015 tekende hij de Deelovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling. Het derde addendum bij de eerste twee Deelovereenkomsten en het eerste addendum bij de Deelovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling werden op 27 juni 2016 ondertekend door het hoofd van de afdeling Maatschappelijke Ondersteuning.

---

<sup>270</sup> Zie hierover ook paragraaf 5.7.

<sup>271</sup> Zie het besluit van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Geldrop-Mierlo d.d. 11 maart 2014.

<sup>272</sup> Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013, p. 156.

<sup>273</sup> Raadsinformatiebrieven zijn te vinden op [raad.geldrop-mierlo.nl](http://raad.geldrop-mierlo.nl) (Home > Raadsinformatiebrieven).

### 5.2.3 Beoordeling totstandkoming overeenkomsten

De totstandkoming van de overeenkomsten en addenda is voor het grootste deel naar behoren verlopen. Het college is betrokken waar nodig en de gemeenteraad is op adequate wijze meegenomen in het proces, waardoor er voldoende democratische controle heeft plaatsgevonden. In alle overeenkomsten en addenda is de gemeente Geldrop-Mierlo genoemd als contractspartij.

Het mandaat dat het college heeft verleend aan het hoofd van de afdeling Maatschappelijke Ondersteuning tot ondertekening van toekomstige addenda is echter ongeldig. De bevoegdheid om overeenkomsten te tekenen en dus om deze bevoegdheid over te dragen ligt immers bij de burgemeester. In beginsel is de gemeente daarom niet gebonden aan de door het betreffende afdelingshoofd op 27 juni 2016 ondertekende addenda. Omdat ook wel wordt gesteld dat de gemeente al gebonden is aan een overeenkomst op het moment dat de wederpartij op de hoogte is gesteld van de vaststelling ervan door het college, vormt het bevoegdheidsgebrek echter niet per definitie een probleem. De vastgestelde addenda zijn namelijk gepubliceerd op Negometrix.

## 5.3 Contact met zorgaanbieders

In hoofdstuk 2 is besproken hoe de vier Dommelvallei+-gemeenten aan de fysieke en de digitale overlegtafels gezamenlijk met de zorgaanbieders vormgeven aan de transformatie van het sociaal domein. De fysieke overlegtafel binnen een bestuurlijke aanbesteding functioneert feitelijk als marktconsultatie.<sup>274</sup>

### 5.3.1 De fysieke overlegtafel als marktconsultatie

Een marktconsultatie is een door een aanbestedende dienst georganiseerde informatie-uitwisseling met belanghebbende partijen over een voorgenomen aanbesteding.<sup>275</sup> In Richtlijn 2004/18/EG wordt de marktconsultatie niet expliciet geregeld, maar het houden van een marktconsultatie wordt toelaatbaar geacht op basis van de considerans van deze richtlijn inzake de technische dialoog.<sup>276</sup> In Richtlijn 2014/24/EU heeft de marktconsultatie een definitieve plek gekregen.<sup>277</sup>

De wetgever onderschrijft het belang van contact met de markt. Dit blijkt niet alleen uit de uitwerking van de marktconsultatie in de nieuwe aanbestedingsrichtlijn, maar ook bijvoorbeeld uit het voorschrift in de Gids Proportionaliteit dat bepaalt dat het opleggen van een contract zonder dat de inschrijvers suggesties hebben kunnen doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst in beginsel disproportioneel is.<sup>278</sup> De motiveringsplicht van aanbieders vereist een gedegen inventarisatie van de belangen van de marktpartijen, waarvoor contact onontbeerlijk is.<sup>279</sup> Recent onderstreepte de Commissie Elias het nut van de dialoog met de markt.<sup>280</sup> Sommige aanbestedingsdeskundigen pleiten zelfs voor een regeling die aanbestedende diensten in beginsel verplicht tot het toepassen van een marktconsultatie.<sup>281</sup>

Er worden geen specifieke (procedurele) eisen gesteld aan de marktconsultatie. Een aanbestedende dienst bepaalt zelf hoe hij de interactie met de marktpartijen vormgeeft. De dialoog kan zowel voorafgaand, tijdens als na de inkoopprocedure plaatsvinden. Ook voor opdrachten die vallen onder het verlichte regime voor sociale diensten geldt dat de aanbestedende dienst vrij is om een dialoog met markt in te bouwen in de procedure. Gemeenten die bestuurlijk aanbesteden, maken met de fysieke

<sup>274</sup> Robbe, *Aboukir en Robbe Advocaten* 28 januari 2016, p. 6-7.

<sup>275</sup> *Handreiking Marktconsultatie* 2016, p. 4. Zie ook art. 40 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>276</sup> Jansen & Janssen 2016, p. 244. Zie overweging 8 considerans Richtlijn 2004/18/EG.

<sup>277</sup> Zie art. 40 e.v. Richtlijn 2014/24/EU. Zie ook art. 2.25 Aw 2012.

<sup>278</sup> *Gids Proportionaliteit* 2016, p. 65 (Voorschrift 3.9 B).

<sup>279</sup> Jansen & Janssen 2016, p. 249.

<sup>280</sup> *Handreiking marktconsultatie* 2016, p. 2.

<sup>281</sup> Jansen en Janssen 2016.

overlegtafel gebruik van de vrijheid die wet- en regelgeving hun biedt om in gesprek te gaan met de markt. Aan de fysieke overlegtafel mag in beginsel alle gewenste informatie worden uitgewisseld. Een gemeente is vrij om een deel van de aanbieders uit te nodigen voor de fysieke overlegtafel.<sup>282</sup>

### 5.3.2 Juridische eisen marktconsultatie

De vormvrijheid van de marktconsultatie impliceert niet dat een gemeente de fysieke overlegtafel volledig naar eigen inzicht mag vormgeven. Het overleg mag niet leiden tot vervalsing van de mededinging en geen aanleiding geven tot schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie.<sup>283</sup> Dit betekent dat aanbieders die deelnemen aan de fysieke overlegtafel geen voorsprong mogen hebben in tijd of kennis of anderszins bevoordeeld mogen worden.<sup>284</sup> De gemeente mag bovendien geen toezeggingen doen tijdens het overleg zelf. Omdat de schijn van bevoordeling van de aan de fysieke overlegtafel deelnemende partijen en daarmee een ongeoorloofde verstoring van de concurrentie op de loer ligt, moet vooral het waarborgen van de transparantie van het proces een bijzonder grote rol worden toebedeeld.

Van Nouhuys is van mening dat de wijze van communicatie tussen de gemeente en de zorgaanbieders binnen een bestuurlijke aanbesteding omwille van het onderscheid dat wordt gemaakt tussen gecontracteerden, de volledige en eenzijdige vrijheid die de gemeente heeft om de fysieke overlegtafel aan te passen en de vrijblijvende gesprekken over alles op zijn minst gezegd onverenigbaar lijkt met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.<sup>285</sup> Anderen bekritiseren de keuze die veel gemeenten in 2014 maakten om geen openbare aankondiging van de bestuurlijke aanbesteding te publiceren, maar om in gesprek te gaan met de op dat moment bij de gemeente bekende zorgaanbieders. Zij missen in deze gevallen de transparantie, objectiviteit en gelijkheid aan de voorkant van het proces.<sup>286</sup>

### 5.3.3 Beoordeling contact met zorgaanbieders

De deelnemers aan de fysieke overlegtafel in de subregio Dommelvallei+ zijn geselecteerd op basis van objectieve criteria.<sup>287</sup> Hoewel de vier gemeenten de organisatie van een fysieke overlegtafel niet hebben aangekondigd op TenderNed, was ook in mei 2014 al sprake van een representatieve samenstelling van het overleg. Het bezwaar dat de aanvankelijke selectie van aanbieders strijd opleverde met de beginselen van transparantie, objectiviteit en gelijkheid lijkt dan ook onterecht. Het feit echter dat elk van de vier gemeenten te allen tijde organisaties 'waarvan zij het nodig vindt' kan uitnodigen voor deelname aan de fysieke overlegtafel zonder haar keuze vervolgens te motiveren en publiceren, en dat dit in de praktijk ook gebeurt, is aanbestedingstechnisch wel degelijk discutabel.<sup>288</sup>

Veel elementen van de communicatie tussen de Dommelvallei+-gemeenten en de zorgaanbieders voldoen aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen. Alle documenten die van belang zijn voor het proces worden gepubliceerd op Negometrix en zijn voor eenieder beschikbaar. Aanbieders krijgen twee weken de tijd om te reageren op voorstellen.<sup>289</sup> Iedere aanbieder kan via de digitale weg ook uit eigen beweging voorstellen doen en vragen stellen, waarop door de gemeenten in elk geval wordt gereageerd in een nota van inlichtingen. Partijen aan tafel hebben niet meer kans of meer recht op een overeenkomst dan hun collega's in de digitale schil. Het is ten slotte eenieder duidelijk dat aan de fysieke overlegtafel geen toezeggingen mogen dan wel kunnen worden gedaan.<sup>290</sup> Aan de beginselen van gelijkheid en transparantie wordt dus op veel punten recht gedaan.

<sup>282</sup> Van den Berge e.a., TA 2016/17, p. 74. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943.

<sup>283</sup> Zie art. 40 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>284</sup> *Handreiking Marktconsultatie* 2016, p. 9.

<sup>285</sup> Van Nouhuys, TA 2016/2, p. 8.

<sup>286</sup> Bron: interview Van Loenhout

<sup>287</sup> Deze criteria zijn genoemd in bijlage 4 bij de Basisovereenkomst. Zie hierover ook paragraaf 2.2.2.

<sup>288</sup> Dat dit in de praktijk in ieder geval een keer is gebeurd, blijkt uit het interview met de zorgaanbieder.

<sup>289</sup> Zie art. 7.6 van de Basisovereenkomst.

<sup>290</sup> Bron: interview Van Riemsdijk.

De interactie tussen de gemeenten en de aanbieders heeft echter ook een aantal kenmerken die niet ontegenzeggelijk in lijn zijn met deze beginselen. In de eerste plaats gaat het hier om de kwaliteit van de verslaglegging van de fysieke overlegtafel. Accurate en zorgvuldige documentatie van de inhoud en het proces van de fysieke overlegtafel is cruciaal voor de transparantie van het proces en daarmee voor de gelijkheid van aanbieders, al is het de vraag in hoeverre het mogelijk is om de nuances van mondelinge communicatie in het algemeen en een interactieve bijeenkomst als een fysieke overlegtafel in het bijzonder in een schriftelijk verslag weer te geven.<sup>291</sup> Een inventarisatie van de notulen leert dat de gemiddelde kwaliteit van deze verslagen in ieder geval onvoldoende is om volledige transparantie te waarborgen. Van verslagen van bijeenkomsten van de werkgroepen is in zijn geheel geen sprake.

Een ander element van de communicatie tussen de gemeenten en de aanbieders dat wellicht strijd met de rechtsbeginselen oplevert, zijn de machtsverschillen die lijken te bestaan tussen zorgaanbieders. De geïnterviewde zorgverlener geeft aan het gevoel te hebben dat – met name grotere – organisaties die deelnemen aan de fysieke overlegtafel meer invloed hebben dan aanbieders in de digitale schil.<sup>292</sup> Omdat het hier gaat om de beleving van één aanbieder, is het niet mogelijk om ten aanzien van deze kwestie een eenduidige conclusie te trekken. Feit is wel dat de grotere organisaties van oudsher gewend zijn om de dienst uit te maken en dat zij er veel voor over hebben om te voorkomen dat zij hun macht verliezen.<sup>293</sup> De gemeenten erkennen deze situatie en proberen door kritisch door te vragen te voorkomen dat de grote aanbieders te snel in het gelijk gesteld worden.

#### **5.4 Kwaliteit van aanbieders en zorg**

Eerder kwam al ter sprake dat gemeenten op grond van de Wmo en de Jeugdwet verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit van de op grond van deze wetten geleverde zorg. Zowel bij het aangaan van een overeenkomst als gedurende de daadwerkelijke zorglevering voeren de Dommelvallei+-gemeenten controles uit met betrekking tot de kwaliteit van de aanbieders en/of de zorg die zij leveren. Het belang van de cliënt voor wie maatwerk wordt geleverd staat hierbij centraal.<sup>294</sup>

##### **5.4.1 Kwaliteitstoets bij aanvang procedure**

Voor de voorafgaande kwalitatieve beoordeling van zorgaanbieders maken de Dommelvallei+-gemeenten gebruik van uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Uitsluitingsgronden zien op omstandigheden die uitsluiting van deelname aan een aanbesteding kunnen rechtvaardigen.<sup>295</sup> Geschiktheidseisen zijn eisen waaraan aanbieders minimaal moeten voldoen om in aanmerking te komen voor deelname aan een specifieke aanbesteding.<sup>296</sup> Bij het toepassen van het regime voor sociale diensten is het gebruiken van uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen niet verplicht.<sup>297</sup> Indien een gemeente toch uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen wil formuleren, beschikt ze hierbij over een grote mate van beleidsvrijheid. De algemene beginselen van het aanbestedingsrecht bepalen de grenzen van deze vrijheid.<sup>298</sup>

De wet noemt naast uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen nog een tweetal andere criteria die een aanbestedende dienst kan toepassen om te waarborgen dat de kwaliteit van de geleverde dienst voldoet aan de verwachtingen: selectiecriteria en gunningscriteria.<sup>299</sup> Selectiecriteria zijn criteria op

<sup>291</sup> Zie ook overweging 58 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>292</sup> Het gaat hier om een aanbieder die een uitnodiging kreeg om deel te nemen aan de fysieke overlegtafel toen het proces van het bestuurlijk aanbesteden al enige tijd aan de gang was. De organisatie kan haar huidige invloed dus vergelijken met die gedurende de periode dat zij niet deelnam aan de fysieke overlegtafel.

<sup>293</sup> Bron: interview Gomes.

<sup>294</sup> *Memo Monitoring en Verantwoording* 2016, p. 1.

<sup>295</sup> *Gids Proportionaliteit* 2016, p. 34.

<sup>296</sup> *Gids Proportionaliteit* 2016, p. 34.

<sup>297</sup> Afd. 2.3.5 en 2.3.6 Aw 2012 zijn immers niet van toepassing verklaard in art. 2.39 lid 2 Aw 2012. Zie ook paragraaf 4.3.1.

<sup>298</sup> Van den Berge e.a., *TA* 2016/17, p. 61. Zie ook hoofdstuk 2.

<sup>299</sup> Zie afd. 2.3.6 Aw 2012.

basis waarvan een aanbestedende dienst de omvang van het aantal tot inschrijving uit te nodigen gegadigden kan beperken.<sup>300</sup> Soms worden uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen ook wel aangeduid als selectiecriteria.<sup>301</sup> Omdat het aantal aanbieders bij bestuurlijk aanbesteden niet wordt beperkt door de gemeente – de methodiek schrijft immers voor dat het de cliënt is die een aanbieder selecteert – is van het gebruik van selectiecriteria in de eerste zin van het woord geen sprake. Gunningscriteria ten slotte zien op de beoordeling van de inschrijvingen. Het gunningscriterium bij bestuurlijk aanbesteden, ‘de cliënt kiest’, wordt besproken in paragraaf 5.5.

De uitsluitingsgronden die de subregio Dommelvallei+ toepast, staan genoemd op het formulier Eigen verklaring Aanbesteden. Een zorgaanbieder die wil toetreden tot de bestuurlijke aanbesteding, geeft door het insturen van deze verklaring aan dat de uitsluitingsgronden niet op hem van toepassing zijn.<sup>302</sup> Elke aanbieder is bij inschrijving verplicht nadere bewijsvoering aan te leveren ten aanzien van de Eigen verklaring. Het gaat om een Gedragsverklaring aanbesteden of een Verklaring Omtrent Gedrag, om – voor zover de wet dit voorschrijft – een Uittreksel van de Kamer van Koophandel en om een Verklaring betalingsgedrag nakoming fiscale verplichtingen van de Belastingdienst.<sup>303</sup> Om de administratieve lasten te beperken worden deze stukken in beginsel alleen bij inschrijving opgevraagd.<sup>304</sup>

De geschiktheidseisen die de Dommelvallei+-gemeenten toepassen, zien op de vakbekwaamheid en de financiële geschiktheid van de aanbieders. De meeste geschiktheidseisen zijn opgenomen in de Basisovereenkomst. In de deelovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling is voor aanbieders die aan deze overeenkomst deelnemen nog een aantal nadere eisen geformuleerd. Een aanbieder moet desgewenst kunnen aantonen dat hij voldoet aan de geschiktheidseisen.

#### **5.4.2 Beoordeling kwaliteitstoets bij aanvang procedure**

De criteria die de Dommelvallei+-gemeenten stellen ter beoordeling van aanbieders die willen deelnemen aan de bestuurlijke aanbesteding, moeten allereerst voldoen aan de eisen van gelijkheid en transparantie. Omdat de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen die de gemeenten toepassen voor alle ondernemers gelijk zijn en bovendien vooraf kenbaar zijn omdat ze zijn gepubliceerd op een voor het publiek toegankelijke website, voldoen de criteria aan het gelijkheids- en het transparantiebeginsel.

De criteria moeten daarnaast proportioneel zijn. In de Gids Proportionaliteit is een aantal specifieke voorschriften opgenomen ten aanzien van een proportioneel gebruik van uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Uitsluitingsgronden dienen relevant te zijn voor de aard van de te verlenen dienst.<sup>305</sup> Geschiktheidseisen dienen verband te houden met de daadwerkelijke risico's die een opdracht met zich meebrengt of in te spelen op de competenties die nodig zijn om de dienst goed te kunnen uitvoeren.<sup>306</sup> Ze kunnen betrekking hebben op economische en financiële draagkracht en op technische of beroepsbekwaamheid.<sup>307</sup> Er mogen slechts bewijsmiddelen worden opgevraagd die daadwerkelijk terugslaan op de gestelde uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen.<sup>308</sup> Voor zover inzichtelijk voldoen de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen aan het beginsel van proportionaliteit.

---

<sup>300</sup> pianoo.nl (Home > Metrokaart FAQ > 6. Hoe ga ik met de regels om? > Selectiecriteria). Zie ook art. 2.99 Aw 2012.

<sup>301</sup> Zie bijvoorbeeld europadecentraal.nl (Home > Onderwerpen > Aanbestedingen > Selectiecriteria).

<sup>302</sup> Zie art. 5.1 van de Basisovereenkomst

<sup>303</sup> Zie ook art. 5.5 van de Basisovereenkomst. Een Gedragsverklaring aanbesteden is een verklaring van de minister van Veiligheid en Justitie dat uit een onderzoek naar de betrokken natuurlijke persoon of rechtspersoon geen bezwaren bestaan in verband met inschrijving op overheidsopdrachten (...), zie pianoo.nl (Home > Regelgeving > Aanbestedingswet > Gedragsverklaring).

<sup>304</sup> Bron: e-mail Klaas Gomes 28 maart 2017 (in bezit onderzoekster).

<sup>305</sup> *Gids Proportionaliteit* 2016, p. 38 (Voorschrift 3.5 A).

<sup>306</sup> *Gids Proportionaliteit* 2016, p. 41 (Voorschrift 3.5 B).

<sup>307</sup> pianoo.nl (Home > Markten > Sociaal Domein > Inkopen sociaal domein > Aan de slag > Dialooggericht inkopen > 1: Voorbereiden).

<sup>308</sup> *Gids Proportionaliteit* 2016, p. 40.

Het formulier Eigen verklaring stelt, net als het nieuwe Uniform Europees Aanbestedingsdocument, een belangrijke voorwaarde aan de ondertekening ervan. Het formulier mag uitsluitend worden ondertekend door een persoon die blijkens het Handelsregister bevoegd is de zorgaanbieder rechtsgeldig te vertegenwoordigen. De gemeenten moeten de tekenbevoegdheid zorgvuldig controleren. Het niet-rechtsgeldig ondertekenen van het formulier kan namelijk leiden tot uitsluiting van de aanbieder of tot ontbinding of vernietiging van de overeenkomst in de uitvoeringsfase.<sup>309</sup> Het lijkt erop dat de controle van de tekenbevoegdheid op dit moment naar behoren wordt uitgevoerd.

#### 5.4.3 Monitoring en verantwoording

Ook in de uitvoeringsfase hebben de Dommelvallei+-gemeenten aandacht voor kwaliteit. Omdat de kwaliteitscontrole bij inschrijving uitsluitend op papier plaatsvindt en toetreding tot de procedure relatief eenvoudig is, kan het namelijk gebeuren dat er aanbieders toetreden die in de praktijk niet de gewenste kwaliteit kunnen leveren. Bovendien kan de kwaliteit van zorg van een in eerste instantie geschikte zorgaanbieder op een later moment alsnog in het gedrang komen. Indien een gemeente een tekortkoming signaleert in de dienstverlening door een aanbieder en zij hieraan consequenties wil verbinden, dient ze te bewijzen dat de aanbieder niet de zorg heeft betracht van een gemiddeld zorgvuldige zorgverlener.<sup>310</sup> Hiervoor is een adequate kwaliteitscontrole noodzakelijk.

De kwaliteitseisen die gelden ten aanzien van de geleverde zorg zijn in de subregio Dommelvallei+ opgenomen in de uitvoeringsbepalingen in de (bijlagen bij de) deelovereenkomsten. Hier zijn ook bepalingen te vinden met betrekking tot de wijze waarop de gemeenten de kwaliteit van de dienstverlening monitoren en de wijze waarop de aanbieders verantwoording afleggen ten aanzien van de geleverde productie. Het doel van monitoring en verantwoording wordt door de gemeenten omschreven als 'het verkrijgen van inzicht in geleverde zorg en de mogelijkheid tot bijsturen daarin door gebruik te maken van verschillende instrumenten'.<sup>311</sup>

De Dommelvallei+-gemeenten onderscheiden drie niveaus van monitoring: contractbeheer, contractmanagement en leveranciersmanagement. In 2015 werd besloten om ten behoeve van het contractmanagement en leveranciersmanagement een tweetal kritische prestatie-indicatoren (hierna: KPI's) uit te vragen bij aanbieders, namelijk 'klachten' en 'zorgweigering'.<sup>312</sup> In 2015 vond twee keer een uitvraag van KPI's plaats. Dit stuitte op weerstand bij veel aanbieders. Het aanleveren van gegevens werd gezien als extra administratieve last, waarvan het doel niet geheel duidelijk was.<sup>313</sup> In het vierde kwartaal van 2015 ging de doorontwikkeling van de monitoring en verantwoording van start. In 2016 werden er in het geheel geen KPI's uitgevraagd.

De werkgroep Monitoring & Verantwoording presenteerde in december 2016 de memo Monitoring en Verantwoording. In deze memo is de doorontwikkeling van de monitoring en verantwoording van de geleverde zorg in kaart gebracht. Doel is om in het vervolg minder uit te gaan van cijfers en indicatoren, en meer het reflectieve gesprek met elkaar te voeren.<sup>314</sup> In de memo is een drietal voor aanbieders relatief eenvoudig aan te leveren KPI's geformuleerd voor de periode van 1 januari 2017 tot en met 31 december 2017, namelijk 'wachtlijsten', 'zorgweigering' en 'klantervaring'. Daarnaast is in de memo het voornemen opgenomen om in 2017 te starten met het voeren van reflectieve gesprekken met cliënten. De memo zou inmiddels deel moeten uitmaken van de deelovereenkomsten.

<sup>309</sup> [piano.nl](http://piano.nl) (Home > Inkoopproces > Fase 2: Doorlopen aanbestedingsprocedure > Gunnen).

<sup>310</sup> Zie art. 7 lid 2 van de Deelovereenkomsten Individuele begeleiding Jeugd en Wmo en Ambulante jeugdhulp en art. 2 lid 3 van de Deelovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling. Zie ook Titel 7 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>311</sup> *Memo Monitoring en Verantwoording* 2016, p. 1.

<sup>312</sup> *Plan van Aanpak* 2016, p. 9 en bijlage A bij *Plan van Aanpak* 2016.

<sup>313</sup> Zie het verslag van de FOT van 13 juli 2015 op [bizob.nl](http://bizob.nl) (Home > Contractering Sociaal Domein: Dommelvallei plus > Begeleiding Jeugd en WMO > Fysieke Overlegtafel > FOT's 2015).

<sup>314</sup> *Plan van Aanpak* 2016, p. 3.

#### 5.4.4 Beoordeling monitoring en verantwoording

Op papier lijkt de kwaliteitscontrole in de uitvoering in orde. Vooral de uitvraag van KPI's blijkt in de praktijk echter voor problemen te zorgen. De respons van aanbieders op een verzoek van Bizob om informatie aan te leveren over KPI's is vaak minimaal. De gemeente treden hier weinig doortasten tegen op. De gevolgen voor zorgaanbieders die medewerking frustreren zijn over het algemeen gering. Het feit dat de gemeenten de onderlinge vertrouwensband niet willen aantasten, zou hier debet aan kunnen zijn. Ook speelt wellicht de angst om belangrijke partners te verliezen een rol. De gemeenten zijn echter verantwoordelijk voor de kwaliteit van de geleverde zorg. Zij hebben er dus belang bij dat de aanbieders zich aan de afspraken houden.

#### 5.5 Toepassing gunningscriterium 'de cliënt kiest'

Het begrip 'gunningscriterium' is een sleutelbegrip in Richtlijn 2014/24/EU.<sup>315</sup> Waar uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen zien op de kwalitatieve beoordeling van inschrijvers, dragen gunningscriteria bij aan de beoordeling van de *inschrijvingen*. De gunning van een opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria die ervoor zorgen dat de beginselen van het aanbestedingsrecht gerespecteerd worden.<sup>316</sup> Het gunningscriterium bij bestuurlijk aanbesteden is de keuze van de cliënt.<sup>317</sup> Gemeenten geven invulling aan hun plicht om de kwaliteit van de geleverde zorg te waarborgen door cliënten zelf te laten oordelen wat zij kwalitatief goede zorg vinden. De concurrentie tussen aanbieders vindt dus plaats in deze laatste fase van het proces.

Binnen de gemeente Geldrop-Mierlo zijn de medewerkers van de eerste lijn van het Centrum voor Maatschappelijke Deelname, dat bestaat uit onder meer Team Jeugd en Team Zorg, verantwoordelijk voor een correcte toepassing van het gunningscriterium 'de cliënt kiest'. Zij verzorgen immers de toeleiding van cliënten naar zorg. Aanbestedingsrechtelijk zijn zij verplicht om bij hun werkzaamheden elke vorm van willekeur en favoritisme te voorkomen en elke aanbieder dezelfde kansen te geven. Zij moeten er daarom voor zorgen dat cliënten een volledig beeld van de mogelijkheden krijgen. Daarnaast moeten zij voorkomen dat hun persoonlijke opvattingen de keuze van de cliënt beïnvloeden. Indien noodzakelijk bieden zij onafhankelijke cliëntondersteuning aan.

##### 5.5.1 Toeleiding Team Jeugd

Wanneer een jeugdige zich bij de gemeente meldt voor zorg of ondersteuning, gaat een medewerker van Team Jeugd met hem of haar in gesprek.<sup>318</sup> Nieuwe cliënten hebben over het algemeen nog geen keuze gemaakt voor een specifieke zorgaanbieder. Vaak weten cliënten immers niet goed welke zorg zij nodig hebben en/of welke zorg voor hen beschikbaar is. Op het moment dat duidelijk is voor welke zorg de cliënt in aanmerking komt, stelt de medewerker in het ideale geval een lijst op van alle zorgaanbieders die deze zorg aanbieden, om deze vervolgens met de cliënt te bespreken. De cliënt wordt aangemoedigd om zelf contact op te nemen met zorgaanbieders, zodat hij een compleet beeld krijgt van de mogelijkheden en zelf kan beoordelen welke aanbieder voor hem het meest geschikt is.

De praktijk ziet er vaak wat anders uit. Verschillende factoren belemmeren de onbeperkte keuzevrijheid voor de cliënt. Ten eerste blijkt het voor medewerkers van het CMD nagenoeg onmogelijk om een compleet beeld te krijgen van zorgaanbieders die passen bij de hulpvraag van een cliënt. Dit heeft onder andere te maken met de beperkingen van het computersysteem dat zij gebruiken in combinatie met de grote hoeveelheid aan productcodes per zorgvorm. Omdat er erg veel aanbieders zijn en er

<sup>315</sup> Zie overweging 89 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>316</sup> Zie overweging 90 considerans Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>317</sup> Het gunningscriterium 'de cliënt kiest' past bij hetgeen is bepaald voor raamovereenkomsten in overweging 61 considerans Richtlijn 2014/24/EU: 'De objectieve voorwaarden op grond waarvan wordt bepaald welke ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst, belast zijn met een bepaalde taak, mogen in het geval van raamovereenkomsten waarin alle contractvoorwaarden zijn vastgesteld, ook de behoeften of de keuzes van de betrokken natuurlijke personen omvatten.'

<sup>318</sup> Met 'cliënt' wordt in het vervolg bedoeld de jeugdige en/of zijn of haar ouders. De informatie in deze paragraaf komt uit de interviews met de medewerkers van Team Jeugd van de eerste lijn van het CMD.

continu aanbieders bij komen, is het bovendien nauwelijks mogelijk om door praktijkervaring een volledig beeld te krijgen. Ook tijdsdruk speelt een rol. Vaak is het eenvoudigweg ondoenlijk om een cliënt binnen de beschikbare tijd alle mogelijkheden voor te leggen, met name als de situatie van de cliënt noopt tot snel handelen. Uiteindelijk kan een gebrek aan overzicht leiden tot willekeur in het voorleggen van opties aan de cliënt.

Ook andere factoren kunnen leiden tot een inperking van de onbeperkte keuzevrijheid voor de cliënt. Cliënten blijken in de praktijk bijvoorbeeld vaak niet goed te kunnen omgaan met de keuzevrijheid die zij krijgen en vragen daarom expliciet om hulp bij hun keuze.<sup>319</sup> De inzet van onafhankelijke cliëntondersteuners is desondanks beperkt. Soms ervaren medewerkers het als klantvriendelijk om aan een cliënt alle geschikte zorgaanbieders voor te leggen.<sup>320</sup> Medewerkers hebben bovendien goede en slechte ervaringen met zorgverleners die zij, al dan niet bewust, een rol laten spelen bij de keuze voor een zorgverlener. Ten slotte zijn de wachttijden bij zorgverleners nauwelijks inzichtelijk, terwijl deze voor cliënten – die vaak dringend hulp nodig hebben – van groot belang zijn. Hulp bij het achterhalen van de werkelijke wachttijden is in veel gevallen dan ook gewenst of zelfs noodzakelijk.

Hoewel zij zich bewust zijn van het belang van onbeperkte keuzevrijheid voor de cliënt, oefenen de medewerkers van Team Jeugd in sommige gevallen dus toch – noodgedwongen of doelbewust – een zekere mate van invloed uit op de uitkomst van de keuze van de cliënt voor een zorgaanbieder.

### **5.5.2 Toeleiding Team Zorg**

Volwassen inwoners die zorg of ondersteuning nodig hebben, komen terecht bij Team Zorg van het CMD. Binnen dit team lijkt een wat een wat ander beeld te bestaan ten aanzien van het belang van onbeperkte keuzevrijheid voor de cliënt dan bij Team Jeugd.<sup>321</sup> Hoewel medewerkers van Team Zorg bij de toeleiding van cliënten naar zorg met nagenoeg dezelfde praktische problemen worstelen als hun collega's van Team Jeugd, lijken cliënten door Team Zorg veel vaker bewust gestuurd te worden in hun keuze voor een zorgaanbieder. De medewerker van Team Zorg lijkt in principe zelf te bepalen wie de zorg gaat leveren; alleen wanneer de cliënt een sterke – en in de ogen van de medewerker terecht – voorkeur heeft voor een bepaalde aanbieder, gaat de medewerker mee in de keuze van de cliënt. Net als binnen Team Jeugd is de inzet van onafhankelijke cliëntondersteuners beperkt.<sup>322</sup>

### **5.5.3 Beoordeling toepassing gunningscriterium 'de cliënt kiest'**

Medewerkers van het CMD blijken, doelbewust dan wel noodgedwongen, invloed uit te oefenen op de keuze van de cliënt voor een zorgaanbieder. Het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel vergen dat de gunningssystematiek inschrijvers gelijke toegang tot de opdracht biedt. Inschrijvers moeten vooraf een duidelijk inzicht hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsvindt.<sup>323</sup> De invloed van de medewerkers is aanbestedingsrechtelijk dan ook zeer onwenselijk.

Tegelijk is het de vraag in hoeverre de invloed van de gemeente op de keuze van de cliënt in de praktijk geheel voorkomen kan worden. Zolang de computersystemen niet voldoen aan de behoeften van de medewerkers, het aantal aanbieders niet wordt beperkt of zelfs blijft toenemen en de werkdruk op het huidige niveau blijft, is onbeperkte keuzevrijheid in ieder geval een utopie. Daarnaast vereist onbeperkte keuzevrijheid voor cliënten van de medewerkers van het CMD een geheel andere wijze van werken, waarin voor een deel van hun deskundigheid – namelijk die ten aanzien van de kwaliteit van de

---

<sup>319</sup> Hoewel het zinvol en zeker ook interessant zou om aan cliënten zelf de vraag voor te leggen hoe zij onbeperkte keuzevrijheid ervaren, is er in verband met de beperkingen die de privacywetgeving stelt aan een dergelijk onderzoek voor gekozen om het bevragen van cliënten achterwege te laten.

<sup>320</sup> Het gebeurt wel eens dat tientallen zorgverleners de zorg aanbieden die de cliënt nodig heeft.

<sup>321</sup> De informatie in deze alinea komt uit het interview met de medewerker van Team Zorg van de eerste lijn van het CMD.

'Lijkt', omdat er slechts één interview is afgenomen en dit feitelijk te weinig is om betrouwbare conclusies te kunnen trekken.

<sup>322</sup> Zie o.m. interview tweede lijn CMD.

<sup>323</sup> Van den Berge e.a., TA 2016/17, p. 61.

zorgaanbieders met wie zij te maken hebben of hebben gehad – geen rol meer is weggelegd. Het is de vraag of dat wenselijk is, zeker gezien het feit dat lang niet alle cliënten in staat blijken om met onbeperkte keuzevrijheid om te gaan en hulp van een deskundige bij de keuze voor een zorgaanbieder vaak gewenst of zelfs noodzakelijk is.

## 5.6 Wijzigingen

In het privaatrecht geldt dat afspraken moeten worden nagekomen. Een contractueel wijzigingsbeding kan uitkomst bieden in het geval dat partijen een tussentijdse wijzigingsmogelijkheid willen overeenkomen. In het aanbestedingsrecht geldt dat wijzigingen slechts in enkele limitatief opgesomde gevallen toelaatbaar zijn.<sup>324</sup> Iedere andere wijziging levert een schending op van het gelijkheidsbeginsel. De overeenkomst die ontstaat als gevolg van een dergelijke zogenaamde wezenlijke wijziging, vereist een nieuwe aanbestedingsprocedure.<sup>325</sup> Het leerstuk van de wezenlijke wijziging geldt ook voor raamovereenkomsten.<sup>326</sup> Richtlijn 2014/24/EU codificeert de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot de toelaatbaarheid van het wijzigen van een opdracht gedurende de looptijd.<sup>327</sup>

Een wezenlijke wijziging van een binnen een bestuurlijke aanbesteding tot stand gekomen deellovereenkomst is niet per definitie een ontoelaatbare wijziging. Bestuurlijk aanbesteden is immers een voortdurend proces waarbij de overeenkomst continu bijgesteld en bekendgemaakt wordt. De gewijzigde dan wel nieuwe overeenkomst staat weer open alle aanbieders die aan de voorwaarden voldoen. Er is in feite geen sprake van concurrentie met betrekking tot de toetreding tot de overeenkomst.<sup>328</sup> Van een schending van het gelijkheidsbeginsel en de noodzaak tot herstel van de transparantie van de procedure zal om deze redenen niet snel sprake zijn. Een wezenlijke wijziging van een deellovereenkomst kan wel om een andere reden dan haar wezenlijke karakter onrechtmatig zijn.

### 5.6.1 Wijzigingsbeding deellovereenkomsten

Om de contractuele afspraken indien nodig te kunnen aanpassen, hebben de Dommelvallei+-gemeenten een wijzigingsbeding opgenomen in de overeenkomsten (zie bijlage 3). Dit beding geeft aan op welke wijze wijzigingen tot stand komen en welke consequenties wijzigingen hebben voor de aanbieders.<sup>329</sup> In de overeenkomsten is bepaald welke onderwerpen in aanmerking komen voor doorontwikkeling en dus op termijn kunnen leiden tot wijzigingen. Ook wordt aangegeven wat de gewenste effecten zijn per onderwerp.<sup>330</sup> De ruime formulering van het beding creëert vrijheid voor de gemeenten.<sup>331</sup> Het geeft hun –op papier – zelfs de ruimte om een wijziging door te voeren tegen de uitdrukkelijke wil van de zorgaanbieders in, mits zij de procedure conform de afspraken doorlopen.<sup>332</sup> Andersom hebben de aanbieders deze ruimte niet.

### 5.6.2 Beoordeling wijzigingsbeding deellovereenkomsten

Het is de vraag of het flexibele karakter van de deellovereenkomsten juridisch gezien aanvaardbaar is. Van Nouhuys acht de bevoegdheid van gemeenten om afspraken te allen tijde eenzijdig, tussentijds te wijzigen, terwijl zorgaanbieders voor hun voortbestaan vaak afhankelijk zijn van de gemeenten en dus niet anders kunnen dan de voorwaarden accepteren, in strijd met de aanbestedingsbeginselen en

<sup>324</sup> Deze gevallen zijn opgenomen in art. 72 lid 1 en 2 Richtlijn 2014/24/EU en in art. 2.163b – 2.163g lid 1 Aw 2012.

<sup>325</sup> Zie art. 72 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU en art. 2.163a Aw 2012.

<sup>326</sup> Zie art. 2.140 lid 2 Aw 2012.

<sup>327</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 93 (MvT). Zie overweging 107 e.v. considerans en art. 72 Richtlijn 2014/24/EU. De regelgeving is geïmplementeerd in art. 2.163a – 2.163g Aw 2012.

<sup>328</sup> Weert, van & Lopulalan 2016, p. 3.

<sup>329</sup> Zie art. 10 lid 2 en 3 van de Deellovereenkomsten Individuele begeleiding Jeugd en Wmo en Ambulante jeugdhulp, en art. 17 lid 1 en 2 van de Deellovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling.

<sup>330</sup> Zie art. 11 lid 2/lid 3 van de Deellovereenkomsten Individuele begeleiding Jeugd en Wmo en Ambulante jeugdhulp, art. 15 lid 1 van de Deellovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling en bijlage 4 bij de deellovereenkomsten.

<sup>331</sup> Bron: interview Gomes.

<sup>332</sup> Uit het interview met Van Riemsdijk komt naar voren dat tot op heden nooit echt tegen de wens van de zorgaanbieders is ingegaan. Alle addenda zijn aan de fysieke overlegtafel besproken.

derhalve volstrekt onacceptabel.<sup>333</sup> De situatie van aanbieders in een bestuurlijke aanbesteding is zijns inziens bepaald minder zeker dan die van aanbieders die deelnemen aan een klassieke aanbestedingsprocedure, waarbij de lokale overheid eveneens de enige opdrachtgever is.<sup>334</sup>

Het wijzigingsbeding is zodanig ruim geformuleerd dat het de vraag is of 'behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende' aanbieders het beding allemaal op gelijke wijze kunnen interpreteren.<sup>335</sup> Deze onduidelijkheid kan leiden tot willekeur in de uitvoering.<sup>336</sup> Van het 'doordrukken' van afspraken mag in de praktijk echter geen sprake zijn. Dit stuit namelijk niet alleen op methodische, maar ook op juridische bezwaren. De gemeenten zijn immers niet alleen verplicht om wijzigingen conform de contractuele afspraken door te voeren, wat onder meer betekent dat zij zorgaanbieders altijd in de gelegenheid stellen om op haar voorstellen te reageren, maar zij dienen ook de beginselen van het aanbestedingsrecht, het privaatrecht en de beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.

Een belangrijke rol in dezen speelt het vertrouwensprincipe.<sup>337</sup> Voor de vraag wat tussen partijen geldt, is beslissend wat deze personen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze uit elkaars gedragingen hebben mogen opmaken.<sup>338</sup> Bestuurlijk aanbesteden gaat uit van een opbouw van een bepaalde vorm van vertrouwen. Aanbieders mogen er dan ook op vertrouwen dat de gemeenten geen misbruik maken van de ruimte die het wijzigingsbeding hun op papier biedt. Een eenzijdige tussentijdse wijziging is dus niet zonder meer mogelijk. Een schending van het vertrouwensbeginsel is zowel in strijd met de uitgangspunten van de methodiek als met het recht.

Ook bijvoorbeeld het proportionaliteitsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, dat noopt tot een behoorlijke belangenafweging, kunnen het toepassingsbereik van het wijzigingsbeding begrenzen. De beoordeling van de vraag of er in een concreet geval sprake is van een juridisch toelaatbare wijziging hangt dus in belangrijke mate af van de omstandigheden van het geval en is daarmee zeer feitelijk van aard.<sup>339</sup> De gemeenten moeten zich bij iedere voorgenomen wijziging afvragen of deze mogelijkerwijs op enigerlei wijze een schending van het recht oplevert. In dat geval dienen zij af te zien van het doorvoeren van de wijziging. Doen zij dit niet, dan kan dit in het slechtste geval een vordering uit onrechtmatige daad tot gevolg hebben.

Hoewel de gemeenten bij het doorvoeren van wijzigingen juridisch gezien minder ruimte hebben dan de formulering van het wijzigingsbeding doet vermoeden, doen zij er verstandig aan om het beding zodanig te formuleren dat het recht doet aan de juridische werkelijkheid. Het is onwenselijk om de indruk te wekken dat het tegen de wil van de zorgaanbieders doorvoeren van wijzigingen zonder meer mogelijk is. De bepaalbaarheid van het beding is bovendien gering; aanbieders blijken nauwelijks in staat te voorspellen welke afspraken in de deelovereenkomsten onderhandelbaar zijn en welke niet.<sup>340</sup> Dit staat de transparantie van het proces in de weg. Dat het wijzigingsbeding onder de huidige wetgeving een meer specifieke en ondubbelzinnige formulering behoeft dan toen het beding het levenslicht zag in 2014, beaamt overigens ook de auteur ervan, Robbe.<sup>341</sup>

---

<sup>333</sup> Van Nouhuys TA 2016/2, p. 8.

<sup>334</sup> Van Nouhuys TA 2016/2, p. 8.

<sup>335</sup> HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:2004:236 (*Succhi di Frutta*).

<sup>336</sup> Er zou dus sprake kunnen zijn van een schending van het transparantiebeginsel.

<sup>337</sup> Het privaatrechtelijke vertrouwensbeginsel is neergelegd in art. 3:35 BW.

<sup>338</sup> HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes e.a./Haviltex*).

<sup>339</sup> Hebly & Klijn, TBR 2008/157, p. 822.

<sup>340</sup> Bron: interview zorgaanbieder. De eis van bepaalbaarheid volgt uit art. 6:227 BW. Bepaalbaar zijn de verbintenissen, wanneer de vaststelling naar van te voren vaststaande criteria kan geschieden (Valk, in: *T&C Burgerlijk Wetboek Boeken 3, 4, 5 en 6* 2015, art. 6:227 BW, aant. 2.).

<sup>341</sup> Bron: interview Robbe.

### 5.6.2 Transformatiepartnerschap Dommelvallei+

In de subregio Dommelvallei+ is de afgelopen jaren een aantal addenda toegevoegd aan de overeenkomsten. Het voert te ver om alle contractuele wijzigingen hier te bespreken. De juridisch meest controversiële wijziging, de vaststelling van de memo 'Transformatiepartnerschap Dommelvallei+', is niettemin de moeite van het bespreken waard. Deze memo, opgenomen in bijlage 4, verplicht iedere leverancier jaarlijks voorstellen in te brengen die een innovatiewaarde hebben van 2% van de jaarlijkse omzet van deze leverancier aan de Dommelvallei+-gemeenten. De doelstelling van het Transformatiepartnerschap Dommelvallei+ (hierna: TPD+) is het aanbrengen van veranderingen in het proces die zowel in zorgkwaliteit als in prijsstelling verbeteringen opleveren.<sup>342</sup>

Het addendum met de TPD+-memo werd halverwege 2016 vastgesteld.<sup>343</sup> De memo stuitte op veel weerstand. In september 2016 had een groot aantal aanbieders het addendum nog niet getekend. Anderen die dit wel hadden gedaan, lieten weten dat zij desondanks weigerden aan de nieuwe verplichting te voldoen. Slechts vijf aanbieders hadden in september 2016 al een voorstel ingediend. Op 1 december 2016 verstreek de deadline voor het indienen van een voorstel. Omdat nog altijd een groot aantal aanbieders nog niet aan de verplichting in de memo had voldaan, werd de uiterste inleverdatum verschoven naar 1 februari 2017. Inmiddels is er behoorlijk aantal voorstellen ingediend en hebben vrijwel alle aanbieders het addendum getekend.<sup>344</sup>

### 5.6.3 Beoordeling Transformatiepartnerschap Dommelvallei+

Over de rechtmatigheid van het TPD+-addendum is geen eenduidige conclusie te formuleren, maar het lijkt er in ieder geval op dat de Dommelvallei+-gemeenten met het addendum meer van de zorgaanbieders vragen dan dat deze redelijkerwijs mochten verwachten. Hoewel het niet ongebruikelijk is dat gemeenten die gebruikmaken van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden in hun overeenkomsten bepalingen opnemen die zien op het bevorderen van innovatie, is het daadwerkelijk verplicht stellen van het indienen van innovatieve ideeën namelijk bepaald niet gangbaar. Dit zou kunnen betekenen dat de gemeenten met de contractuele wijziging op onrechtmatige wijze gebruik maken van de ruimte die de open formulering van het wijzigingsbeding hun biedt.

### 5.6.4 De nieuwe overeenkomsten

Per 1 januari 2018 zullen er naar verwachting nieuwe overeenkomsten van kracht zijn in de subregio Dommelvallei+. De inhoud van deze overeenkomsten is nu nog onbekend. Bizob zal te zijner tijd onderzoeken of de overeenkomsten een wezenlijke wijziging opleveren ten opzichte van de huidige overeenkomsten. In dat geval is er daadwerkelijk sprake van *nieuwe* overeenkomsten en geldt op grond van Richtlijn 2014/24/EU de plicht om de opdracht aan te kondigen op TenderNed. De gevolgen van die aankondiging op zich zijn gering. De bestuurlijke aanbesteding loopt gewoon door. Buitenlandse aanbieders zullen zich waarschijnlijk niet in groten getale aanmelden.

Het feit dat een wezenlijke wijziging formeel leidt tot een nieuwe aanbestedingsprocedure, heeft wel een aantal verstekkende gevolgen. Nieuwe overeenkomsten zullen komen te vallen onder de werkingssfeer van het nieuwe aanbestedingsrecht. Dit betekent onder andere dat op de overeenkomsten de regels die gelden voor raamovereenkomsten van toepassing zullen zijn. Het gevolg hiervan is dat nieuwe aanbieders niet tussentijds zullen kunnen toetreden tot de nieuwe overeenkomsten. Hiervoor is (wederom) een nieuwe procedure inclusief openbaar aankondiging nodig.

---

<sup>342</sup> De memo 'Transformatiepartnerschap Dommelvallei+' is opgenomen in bijlage 1 bij addendum 3 bij de Deelovereenkomsten Individuele begeleiding Jeugd en Wmo en Ambulante jeugdhulp en in bijlage 1 bij addendum 1 bij de Deelovereenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling.

<sup>343</sup> Zie ook paragraaf 5.2.2.

<sup>344</sup> Bron: interview Van Riemsdijk.

## **5.7 Nadere beoordeling bestuurlijk aanbesteden**

Hierboven werd reeds een groot aantal elementen en activiteiten van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden zoals toegepast door de gemeente Geldrop-Mierlo (en in veel gevallen ook de andere Dommervallei+-gemeenten) onderworpen aan een rechtmatigheidstoets. Een aantal juridische en doelmatigheidsaspecten van de methodiek kwam echter nog niet ter sprake, net als de meerwaarde van het bestuurlijk aanbesteden voor de verschillende partijen.

### **5.7.1 Bezwaren bestuurlijk aanbesteden**

Het feit dat aanbieders relatief eenvoudig kunnen toetreden tot een bestuurlijk aanbesteding heeft ook een keerzijde. Het aantal aanbieders dat een contract heeft met de gemeente Geldrop-Mierlo is sinds 2014 bijna verdubbeld, terwijl het aantal cliënten redelijk stabiel is gebleven. Het is de vraag of alle aanbieders in staat zullen zijn om op de langere termijn het hoofd boven water te houden. Wellicht zal het grote aantal aanbieders op termijn de continuïteit van bepaalde (schaarse) vormen van zorg in gevaar brengen. Het feit dat de gemeente te maken heeft met zo veel contractanten, maakt het bovendien lastig om met elke aanbieder een goede verstandhouding op te bouwen en te onderhouden.

Een ander, niet onbelangrijk bezwaar dat kleeft aan de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden is de beperkte ruimte die zij biedt om te kunnen differentiëren tussen aanbieders. De verschillen tussen aanbieders zijn echter enorm; de grotere zorgorganisaties zijn in veel opzichten nauwelijks vergelijkbaar met de kleine aanbieders. Het gebrek aan differentiatie kan in de praktijk leiden tot afspraken die voor een deel van de aanbieders niet passend of zelfs disproportioneel zijn.

Ook de mogelijkheid om afspraken tussentijds te wijzigen zorgt in de praktijk voor problemen.<sup>345</sup> Omdat er zo veel veranderingen plaatsvinden, is het niet eenvoudig om op de hoogte te blijven van de meest actuele afspraken. Dit geldt niet alleen voor zorgaanbieders, maar ook voor bijvoorbeeld het CMD.

De administratieve lasten en daarmee samenhangende kosten vormen misschien wel het grootste bezwaar dat kleeft aan de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden. Een bestuurlijke aanbesteding vraagt een beduidend zwaardere inspanning van zowel de gemeente als de aanbieders dan een klassieke procedure. Het proces kent immers een lange doorlooptijd en naast deelname aan tijdrovende overleggen zijn partijen genoodzaakt tot het opstellen en aanpassen respectievelijk bestuderen en implementeren van allerhande afspraken. Voor de gemeente zijn ook de vele overeenkomsten in combinatie met de mogelijkheid om contractuele afspraken tussentijds te wijzigen een grote last. Omdat de gemeente de wettelijke plicht heeft om de administratieve lasten zoveel mogelijk te beperken, vormen de lasten niet alleen een praktisch, maar ook een juridisch probleem.<sup>346</sup>

Hoewel het de individuele gemeente niet direct aan te rekenen is, hebben aanbieders vaak te maken met verschillende (samenwerkingsverbanden van) gemeenten die veelal hun eigen voorwaarden stellen voor toegang, administratie en bekostiging. Dit komt de administratieve last niet ten goede.

### **5.7.2 Meerwaarde bestuurlijk aanbesteden**

Wat er verder ook zij van de toelaatbaarheid van het bestuurlijk aanbesteden, feit is dat het zorginkoopteam van de gemeente Geldrop-Mierlo zeer tevreden is over de huidige werkwijze.<sup>347</sup> Het overleg met aanbieders wordt gezien als de grote meerwaarde van het bestuurlijk aanbesteden. Het alternatief, een reguliere aanbestedingsprocedure die minder ruimte biedt om de dialoog aan te gaan met aanbieders, wordt als beduidend minder aantrekkelijk beoordeeld. De methodiek past goed bij de

---

<sup>345</sup> Bron: interview zorgaanbieder.

<sup>346</sup> Zie hoofdstuk 3. Een beperking van de administratieve lasten is niet alleen onderdeel van de Aanbestedingswet 2012, maar is zelfs een van de redenen dat deze wet tot stand gekomen is (zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 8 (MvT)). Doel van de herziene Aanbestedingswet is een verdere verlaging van de administratieve lasten (zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 9 (MvT)).

<sup>347</sup> De informatie in deze alinea komt uit het interview met Van Riemsdijk.

wens van de gemeente om haar inwoners centraal te stellen. Bestuurlijk aanbesteden maakt het mogelijk om enerzijds toezicht te houden op de kwaliteit, en tegelijkertijd zoveel mogelijk keuzevrijheid te bieden aan die inwoners die zorg en ondersteuning nodig hebben.

Voor aanbieders geldt dat zij allemaal vrijwel even gemakkelijk toetreden tot de procedure. Grote aanbieders hebben op dit vlak geen voordeel ten opzichte van de kleinere aanbieders. Dit komt de gelijkheid ten goede.<sup>348</sup> Bovendien onderstreept de lange looptijd van de overeenkomsten het wederzijdse vertrouwen tussen de gemeente en de aanbieders. Het geeft aanbieders de zekerheid dat zij voor langere tijd in een gebied mogen leveren. Aanbieders zijn hierdoor wellicht meer geneigd om te investeren in vernieuwing.<sup>349</sup> Omdat hun financiële vergoeding volledig afhangt van in hoeverre zij aantrekkelijk zijn voor cliënten, worden aanbieders ten slotte sterk geprikkeld om kwalitatief goede zorg te leveren.<sup>350</sup> Hiervan profiteert zowel de gemeente als de cliënt.

## 5.8 Tussenconclusie hoofdstuk 5

De bij de inkoop van zorg betrokken medewerkers van de gemeente Geldrop-Mierlo zijn tevreden met de keuze die in 2014 gemaakt is voor bestuurlijk aanbesteden voor de inkoop van zorg, vooral vanwege de mogelijkheid die de methodiek hun biedt om gedurende de gehele looptijd van de contracten met zorgaanbieders in gesprek te blijven over de ontwikkelingen binnen het sociaal domein. Veel elementen van de bestuurlijke aanbesteding binnen de gemeente Geldrop-Mierlo voldoen aan de wet- en regelgeving. Sommige elementen doen dit echter niet en/of staan een efficiënte inkoop in de weg.

In de categorie 'onrechtmatig' valt om te beginnen de wettelijk ondeugdelijke overdracht van de bevoegdheid tot ondertekening van toekomstige addenda van het college aan het hoofd van de afdeling Maatschappelijke Ondersteuning. Andere rechtmatigheidsgebreken zijn het gevolg van een schending van een aanbestedingsrechtelijk beginsel. Zo is het ongemotiveerd uitnodigen van organisaties voor de fysieke overlegtafel in strijd met het objectiviteitsbeginsel, is het achterwege blijven van een zorgvuldige verslaglegging van de fysieke overlegtafel in strijd met het transparantiebeginsel en levert het vermoeden dat de grote organisaties meer invloed hebben dan de kleinere aanbieders en de aanbieders in de digitale schil een schending op van het gelijkheidsbeginsel.

Dit zijn niet de enige aandachtspunten voor de gemeente. Zij dient zich er in het vervolg bij een wijziging van de overeenkomsten actiever van te vergewissen dat deze geen schending oplevert van het vertrouwensbeginsel. Het wijzigingsbeding moet zij zodanig herformuleren dat dit wederom recht doet aan de juridische werkelijkheid en willekeur niet langer in de hand werkt. Met het oog op haar wettelijke verantwoordelijkheid voor kwalitatief goede zorg behoort ze consequenter op te treden tegen aanbieders die medewerking aan een kwaliteitscontrole frustreren. De gemeente moet ten slotte voorkomen dat er nog langer in strijd wordt gehandeld met de aanbestedingsbeginselen doordat er *doelbewust* invloed wordt uitgeoefend op de keuze van de cliënt voor een zorgaanbieder.

Aan de administratieve lasten en de hiermee samenhangende transactiekosten die de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden met zich meebrengt voor zowel de gemeente als de aanbieders kan de gemeente slechts ten dele iets veranderen. Deze lasten vormen naast een praktisch ook een juridisch probleem, want een beperking van de administratieve lasten is een van de wettelijke uitgangspunten voor het aanbesteden. Ook andere met het grote aantal contractanten samenhangende problemen kan de gemeente niet eenvoudig oplossen. Dit geldt ten slotte eveneens voor de *noodzakelijke* invloed die medewerkers van de gemeente uitoefenen op de keuze van de cliënt voor een zorgaanbieder.

---

<sup>348</sup> De Boer e.a. 2016, p. 9.

<sup>349</sup> De Boer e.a. 2016, p. 8.

<sup>350</sup> De Boer e.a. 2016, p. 11.

## Hoofdstuk 6 Aanpassingen en alternatieven

In hoofdstuk 6 wordt de vraag beantwoord op welke manier de gemeente Geldrop-Mierlo het proces van het bestuurlijk aanbesteden anders kan inrichten en welke alternatieven er zijn voor de inkoop van zorg. Het hoofdstuk begint met een beschrijving van het dynamisch aankoopstelsel, dat kan dienen als alternatief voor de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden (paragraaf 6.1). In paragraaf 6.2 wordt besproken hoe de gemeente een online kwaliteitssysteem kan gebruiken om de cliënt te helpen bij zijn keuze voor een aanbieder. Een andere wijze van inkoop van zorg, competitief inkopen, komt ter sprake in paragraaf 6.3. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie (paragraaf 6.4).

### 6.1 Dynamisch aankoopstelsel

In hoofdstuk 4 bleek dat tussentijdse toetreding van aanbieders tot een raamovereenkomst juridisch problematisch is. De behoefte die gemeenten bij de inkoop van zorg hebben aan flexibiliteit in het algemeen en de mogelijkheid tot tussentijdse acceptatie van nieuwe aanbieders in het bijzonder is echter reëel. Er lijkt een geschikte 'reguliere' aanbestedingsprocedure te bestaan die een rechtmatige invulling aan de flexibiliteitsbehoefte binnen het sociaal domein mogelijk maakt, en die tegelijkertijd zodanig vormgegeven kan worden dat ook voor de andere kernelementen van het bestuurlijk aanbesteden ruimte blijft. Het gaat om het dynamisch aankoopstelsel.

Het dynamisch aankoopstelsel is een volledig elektronische aankoopomgeving, met name bedoeld voor het doen van gangbare aankopen met algemeen op de markt beschikbare kenmerken, die is beperkt in de tijd en gedurende de gehele looptijd openstaat voor ondernemers die aan de eisen voor toelating tot het systeem voldoen.<sup>351</sup> Het systeem kent geen maximale looptijd.<sup>352</sup> Het dynamisch aankoopstelsel bestond al onder de oude aanbestedingsrichtlijn, maar door de nieuwe, eenvoudigere opzet van het systeem onder Richtlijn 2014/24/EU kunnen aanbestedende diensten gangbare producten nog sneller en efficiënter elektronisch inkopen.<sup>353</sup> Een dynamisch aankoopstelsel moet aanbesteed worden als de geraamde waarde van alle voor de totale duur van het systeem voorgenomen overheidsopdrachten de drempel overschrijdt.<sup>354</sup>

Een dynamisch aankoopstelsel lijkt een bijzondere vorm van een raamovereenkomst.<sup>355</sup> Er bestaat echter een belangrijk juridisch onderscheid tussen bestuurlijk aanbesteden en het dynamisch aankoopstelsel, dat samenhangt met het feit dat bij het dynamisch aankoopstelsel twee fasen te onderscheiden zijn. In de eerste fase, de aanbestedingsfase, vindt de instelling van het dynamisch aankoopstelsel plaats.<sup>356</sup> Het plaatsen van opdrachten binnen het systeem gebeurt in de daaropvolgende contracteringsfase.<sup>357</sup> De toetreding van nieuwe deelnemers vindt bij een dynamisch aankoopstelsel plaats in de aanbestedingsfase. Bij bestuurlijk aanbesteden is het juist de *overeenkomst* die openstaat voor nieuwe deelnemers. En dit laatste is dus niet toegestaan.

---

<sup>351</sup> Zie art. 1.1 Aw 2012. In Richtlijn 2014/24/EU is geen definitie opgenomen. De Nederlandse wetgever achtte een definitie wel wenselijk en heeft daarom een omschrijving opgenomen die aansluit bij de bewoordingen van de Richtlijn (*Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 23 (MvT)).

<sup>352</sup> Richtlijn 2014/24/EU bevat in tegenstelling tot Richtlijn 2004/18/EG geen voorschrift met betrekking tot de looptijd van een dynamisch aankoopstelsel.

<sup>353</sup> Zie overweging 63 considerans en art. 34 Richtlijn 2014/24/EU. In de nieuwe richtlijn zijn de indicatieve inschrijving en de verplichting om de afzonderlijke opdrachten binnen het dynamisch aankoopstelsel separaat aan te kondigen komen te vervallen. De aanbestedende dienst kan nu direct de tot het systeem toegelaten ondernemers uitnodigen om in te schrijven op een specifieke opdracht. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 8 (MvT).

<sup>354</sup> Zie art. 2.22 lid 2 onder a Aw 2012 en art. 5 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>355</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 52 (MvT).

<sup>356</sup> Het instellen van het dynamisch aankoopstelsel geschiedt volgens art. 2.48, 2.49, 2.144, 2.145 en 2.146 Aw 2012.

<sup>357</sup> Het plaatsen van specifieke overheidsopdrachten binnen het dynamisch aankoopstelsel geschiedt volgens de procedurele voorschriften die in art. 2.50, 2.146a, 2.147 en 2.148 beschreven zijn.

### 6.1.1 Dynamisch aankoopstelsysteem en sociale diensten

Verschillende deskundigen adviseren om het huidige proces van het bestuurlijk aanbesteden om te vormen in een dynamisch aankoopstelsysteem, zodat gemeenten hun zorginkoopprocedures kunnen blijven openstellen voor nieuwe deelnemers.<sup>358</sup> Omdat voor sociale diensten een verlicht regime geldt, zijn gemeenten niet verplicht om het dynamisch aankoopstelsysteem zo uit te voeren zoals het in de wet staat beschreven. Zij kunnen er ook voor kiezen om bepaalde elementen van het stelsysteem te gebruiken en deze te combineren met andere in de wet genoemde figuren, zoals de marktconsultatie.<sup>359</sup> Vanuit juridisch oogpunt moet het proces in elk geval bestaan uit twee of meer verschillende fasen.

Voor wat betreft de aanbestedingsfase kan de gemeente aansluiten bij de regeling van het dynamisch aankoopstelsysteem in de Aanbestedingswet. Dit houdt in dat zij de instelling van het stelsysteem openbaar aankondigt, vervolgens toetst of op de ondernemers die een verzoek tot toelating indienen uitsluitingsgronden van toepassing zijn en of zij voldoen aan de vooraf kenbaar gemaakte geschiktheidseisen en de selectiecriteria, en uiteindelijk alle niet-uitgesloten en niet-afgewezen gegadigden toelaat tot het stelsysteem.<sup>360</sup> Door deelname aan het stelsysteem conformeren de aanbieders zich aan de voorwaarden in de aanbestedingsstukken. Zowel vooraf als na de instelling van het dynamisch aankoopstelsysteem kunnen marktconsultaties plaatsvinden. Deze kunnen de vorm hebben van een fysieke overlegtafel. De gemeente bouwt de beoogde flexibiliteit in deze eerste fase in.<sup>361</sup>

Na de instelling van het stelsysteem vindt de contractering plaats. Een aanbestedende dienst die een opdracht wil plaatsen binnen een regulier dynamisch aankoopstelsysteem nodigt *alle* tot (de betreffende categorie in) het stelsysteem toegelaten ondernemers gelijktijdig en schriftelijk uit om voor de specifieke opdracht een inschrijving in te dienen.<sup>362</sup> Deze werkwijze is weinig doelmatig wanneer de gemeente ervoor kiest om de cliënt te laten kiezen voor een aanbieder. Logischer is het om de opdracht direct aan de door de cliënt gekozen aanbieder te verstrekken. Uiteraard moet deze van de wettelijke regeling afwijkende werkwijze expliciet in de aanbestedingsstukken worden opgenomen en worden geaccepteerd door aanbieders alvorens zij worden toegelaten tot het stelsysteem.

### 6.1.2 Dynamisch selectiesysteem

Een variant op het dynamisch aankoopstelsysteem is het dynamisch selectiesysteem, ook wel het trechtermodel genoemd. Het dynamisch selectiesysteem is ontwikkeld door Johan van Loenhout en wordt onder meer gebruikt voor de inkoop van jeugdhulp in de regio West-Brabant Oost.<sup>363</sup> Net als het dynamisch aankoopstelsysteem is het dynamisch selectiesysteem een volledig elektronisch systeem, dat gedurende de gehele looptijd openstaat voor nieuwe aanbieders.

De aanbestedingsfase van het dynamisch selectiesysteem gaat van start op het moment dat de gemeente de instelling van het stelsysteem openbaar aankondigt. De aankondiging fungeert tevens als uitnodiging voor deelname aan de voorafgaand aan de gunningsfase georganiseerde marktconsultaties, waaraan desgewenst ook cliëntvertegenwoordigers kunnen deelnemen. Op basis van hetgeen tijdens deze gesprekken naar voren komt, stelt de gemeente de definitieve eisen en voorwaarden vast die zij wil stellen aan de aanbieders en de te verlenen zorg. Aanbieders die aan de minimale kwaliteitseisen

<sup>358</sup> Zie o.m. Zeelenberg & Oudenhoven, *Gst.* 2016/63.

<sup>359</sup> Dit stelt o.m. Robbe voor (bron: interview Robbe).

<sup>360</sup> Zie art. 2.49 jo. art. 2.144 lid 2 Aw 2012.

<sup>361</sup> Het flexibele karakter van de overeenkomsten die in een bestuurlijke aanbesteding worden gesloten, is onder de Aanbestedingswet zonder meer problematisch, ook ingeval zou worden geopteerd voor een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsysteem. Het gebruik van een dynamisch aankoopstelsysteem zou soelaas kunnen bieden, indien de beoogde flexibiliteit in de aanbesteding (en niet in de contractuele fase) wordt ingebouwd (Meesters, *JAAN* 2016/283).

<sup>362</sup> piano.nl (Home > Inkoopproces > Fase 1: Voorbereiden inkoopopdracht > Mogelijke aanbestedingsprocedures > Europese specifieke procedures > Dynamisch aankoopstelsysteem).

<sup>363</sup> De informatie in deze paragraaf is afkomstig uit het interview met Johan van Loenhout. De regio West-Brabant Oost bestaat uit de gemeenten Aalburg, Alphen Chaam, Baarle-Nassau, Breda, Drimmelen, Geertruidenberg, Oosterhout, Werkendam en Woudrichem.

voldoen en akkoord gaan met de overige voorwaarden, worden toegelaten tot het systeem. Zij sluiten een selectieovereenkomst met de gemeente.

De daaropvolgende gunningsfase verloopt afwijkend van de wettelijke regeling voor het plaatsen van opdrachten via een dynamisch aankoopstelsel. Het uitgangspunt is namelijk dat het net als bij bestuurlijk aanbesteden de cliënt is die kiest van welke aanbieder hij zorg wil ontvangen. Bij het verkrijgen van inzicht in het zorgaanbod heeft de cliënt de beschikking over een digitale sociale kaart. Dit is een door de gemeente voor dit doel gecreëerde website waarop alle tot het dynamisch selectiesysteem toegelaten zorgaanbieders zich presenteren.<sup>364</sup>

Typerend voor het dynamisch selectiesysteem is het feit dat een cliënt ook kan afzien van het maken van een keuze. In dat geval selecteert de gemeente een aanbieder, bijvoorbeeld aan de hand van de scores van aanbieders in de klanttevredenheidsonderzoeken die de gemeente uitvoert na afloop van ieder doorlopen traject.<sup>365</sup> De gemeente kan ervoor kiezen om ook andere criteria, zoals wachttijd, te gebruiken bij het vaststellen van een rangorde van aanbieders. Aangezien de gemeente steeds voldoende transparant en objectief te werk moet gaan, dient zij ten aanzien van elk gebruikte criterium in elk geval voldoende en betrouwbare data te verzamelen.

### **6.1.3 Beoordeling dynamisch aankoopstelsel**

De voordelen van (varianten op) het dynamisch aankoopstelsel zijn evident. Net als bij bestuurlijk aanbesteden tot op heden het geval was, wordt het aantal ondernemers dat wordt toegelaten tot het systeem niet beperkt. De keuzevrijheid voor cliënten is derhalve groot. Omdat aanbieders concurreren om de gunst van de cliënt worden zij gedwongen om goede zorg te leveren. Bovendien is ook het dynamisch aankoopstelsel relatief toegankelijk voor kleine aanbieders. Het feit dat het proces geheel elektronisch verloopt, kan ten opzichte van het proces van het bestuurlijk aanbesteden een verlaging van de administratieve lasten betekenen, vooral op het gebied van contractbeheer en -management.

In vergelijking met andere – klassieke – aanbestedingsprocedures, brengt evenwel ook de inkoop van zorg met toepassing van een dynamisch aankoopstelsel hoge administratieve lasten met zich mee, zeker wanneer de gemeente ervoor kiest om marktconsultaties (en de bijbehorende administratieve taken) een rol te geven in het proces. Het feit dat een dynamisch aankoopstelsel gedurende de gehele looptijd openstaat voor aanbieders die aan de eisen voldoen, kan net als bij bestuurlijk aanbesteden leiden tot een versnippering van zorg, onzekerheid bij de gemeente ten aanzien van de continuïteit van bepaalde soorten zorg en onzekerheid bij aanbieders ten aanzien van de continuïteit van opdrachten.

Het dynamisch aankoopstelsel is feitelijk ook niet bedoeld voor de inkoop van zorg. Bij de eerder genoemde ‘gangbare aankopen, met algemene op de markt beschikbare kenmerken’ moet namelijk met name worden gedacht aan ‘eenvoudige aankopen die regulier ofwel regelmatig worden gedaan om in de behoefte van de aanbestedende dienst te voorzien’, zoals de aanschaf van papier.<sup>366</sup> Ondernemers die dergelijke producten aanbieden, zijn voor hun inkomsten zelden afhankelijk van één aanbestedende dienst en de aanbesteders kunnen er op hun beurt op vertrouwen dat deze producten altijd op de markt beschikbaar zijn. Zorgaanbieders zijn vaak volledig afhankelijk van een of meer gemeenten voor hun inkomsten en gemeenten tot op zekere hoogte van (bepaalde) zorgaanbieders.

### **6.2 Online kwaliteitssysteem: ‘Zoover voor de jeugdhulp’<sup>367</sup>**

Het gebruik van een digitale sociale kaart, kwaliteitsmetingen en ranglijsten is niet voorbehouden aan gemeenten die gebruikmaken van (een variant op) het dynamisch aankoopstelsel. Ook bij bestuurlijk

<sup>364</sup> De sociale kaart van de regio West-Brabant Oost is te vinden op [kiesjezorg.nl](http://kiesjezorg.nl).

<sup>365</sup> Dit is de situatie in de regio West-Brabant Oost.

<sup>366</sup> Broesterhuizen & Ter Mors, in: *T&C Aanbestedingsrecht 2013*, afd. 2.4.2 Aw 2012 (vgl. *Kamerstukken II 2009/10*, 32440, 3, p. 98 (MvT)).

<sup>367</sup> Zoover.com is een website met vakantiereviews.

aanbesteden of in andere gevallen waarin een gemeente alle of eventueel een beperkt aantal aanbieders die aan de eisen voldoen contracteert en de keuze voor een aanbieder overlaat aan de cliënt, kunnen deze instrumenten ingezet worden om de cliënt te ondersteunen bij zijn keuze. Sommige gemeenten hebben deze stap al gezet. Een voorbeeld is de regio West-Brabant West.<sup>368</sup>

De gemeenten in de regio West-Brabant West hebben de Jeugdhulpcatalogus ontwikkeld.<sup>369</sup> Dit overzicht van alle gecontracteerde zorgaanbieders en hun contactgegevens dient ter ondersteuning van de cliënt bij zijn keuze voor een aanbieder. Op dit moment werkt de regio West-Brabant West toe naar een systeem van kwaliteitsmeting van de geleverde zorg. Het wordt een systeem waarbij zorggebruikers op basis van hun ervaringen met zorgverleners de kwaliteit van de hulpverlening beoordelen. Ook meten de gemeenten op uitval en doelrealisatie.<sup>370</sup> Het doel is om al deze gegevens te presenteren op de jeugdhulpwebsite, zodat nieuwe cliënten op basis van ervaringscijfers een goede keuze kunnen maken.<sup>371</sup> De informatie in de catalogus wordt periodiek bijgewerkt.

Een gemeente kan nog een stap verder gaan door het systeem van kwaliteitsmeting te gebruiken om aan de hand van de scores op verschillende prestatie-indicatoren in de catalogus een ranglijst op te stellen van aanbieders. De cliënt kiest in dat geval voor een aanbieder nadat de gemeente aan hem de bij zijn zorgvraag passende zorgaanbieders heeft voorgelegd in de volgorde die de gemeente heeft bepaald. Kiest de cliënt niet, dan kan de gemeente besluiten over de toewijzing aan de hand van haar eigen rangorde. Er zijn op dit moment geen gemeenten bekend die op het gebied van Wmo-begeleiding en/of jeugdhulp een zorgcatalogus combineren met een ranglijst van aanbieders.

### 6.3 Competitief inkopen

Eerder werd al duidelijk dat gemeenten die kiezen voor bestuurlijk aanbesteden of een andere vorm van inkoop waarbij alle geschikte aanbieders toegang hebben tot de procedure, mede als gevolg van het grote aantal contractanten te maken hebben met hoge administratieve lasten. Ook staat deze werkwijze een goede verstandhouding met elk van de contractanten in de weg en kan een te omvangrijk aantal zorgaanbieders leiden tot problemen bij de toeleiding naar zorg. Veel gemeenten kiezen er daarom voor om slechts een beperkt, vooraf bepaald aantal dienstverleners een contract aan te bieden. Zo proberen zij een goede verhouding te bereiken tussen de keuzevrijheid voor cliënten en de administratieve taken waarmee zij zichzelf en aanbieders belasten.

De selectie van aanbieders kan verschillende vormen aannemen en kan indien gewenst worden voorafgegaan door een marktconsultatie. Voor zowel de gemeente als geïnteresseerde aanbieders kost het doorlopen van een inkooptraject met voorafgaande selectie meer inspanning dan een traject zonder daadwerkelijke mededinging om de opdracht. Aanbieders moeten immers aantonen dat zij aan de selectiecriteria voldoen en de gemeente is verplicht om op zorgvuldige en objectieve wijze de aanbestedingsstukken op te stellen en de inschrijvingen te beoordelen. Desgevraagd moet zij de afgewezen aanbieders op de hoogte brengen van de redenen van afwijzing.<sup>372</sup> Het contract- en leveranciersmanagement is vanwege het geringere aantal contractanten echter beduidend minder arbeidsintensief en aanbieders hebben meer zekerheid ten aanzien van de te verwachten omzet.

De selectie van dienstverleners impliceert de kans dat huidige zorgaanbieders niet meer gecontracteerd worden, terwijl nieuwe aanbieders zonder huidige cliënten wel een opdracht gegund krijgen. De gemeente moet dus maatregelen treffen om een zorgvuldige overgang van cliënten naar

---

<sup>368</sup> De gemeenten Bergen op Zoom, Etten-Leur, Halderberge, Moerdijk, Roosendaal, Rucphen, Steenbergen, Woensdrecht en Zundert vormen samen de regio West-Brabant West.

<sup>369</sup> De catalogus van de regio West-Brabant West is te vinden op [jeugdhulpwbw.nl](http://jeugdhulpwbw.nl).

<sup>370</sup> Koster, *Binnenlands Bestuur* 26 augustus 2016.

<sup>371</sup> [depilotstarter.vng.nl](http://depilotstarter.vng.nl) (Home > Pilots bekijken > Alle thema's > Bekostigingsmodellen > Best practice: Jeugdhulpcatalogus).

<sup>372</sup> Zie art. 2.103 Aw 2012.

gecontracteerde zorgaanbieders te faciliteren.<sup>373</sup> Door onderaannemerschap te (blijven) accepteren, kan de gemeente voor een deel voorkomen dat cliënten tegen hun wil te maken krijgen met een nieuwe zorgverlener, hoewel een dergelijke constructie niet per se onproblematisch is.<sup>374</sup> Ook kunnen cliënten die een voorkeur hebben voor een niet-gecontracteerde aanbieder op grond van zowel de Wmo als de Jeugdwet onder voorwaarden kiezen voor een persoonsgebonden budget.<sup>375</sup> Competitief inkopen betekent dus niet per definitie een te geringe keuzevrijheid voor de cliënt.

#### **6.4 Tussenconclusie hoofdstuk 6**

De gemeente kan haar cliënten bij hun keuze voor een aanbieder ondersteunen door informatie over alle gecontracteerde zorgaanbieders op te nemen in een digitale zorgcatalogus. Indien de gemeente structureel kwaliteitsmetingen uitvoert, dan kunnen ook de hieruit voortkomende gegevens in de catalogus worden gepubliceerd. De gemeente kan op basis van prestatiescores ook ranglijsten van aanbieders samenstellen, die eventueel het uitgangspunt vormen voor de keuze voor een aanbieder in het geval de cliënt aangeeft zelf niet te kunnen of willen kiezen.

Door de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden om te vormen in een dynamisch aankoopstelsel, blijft tussentijdse toetreding van aanbieders juridisch aanvaardbaar, terwijl ook voor de andere kernelementen van het bestuurlijk aanbesteden ruimte blijft. De gemeente kan het stelsel grotendeels naar eigen inzicht inrichten. Een bestaande variant van het dynamisch aankoopstelsel is het dynamisch selectiestelsel. Bij dit stelsel kiest de cliënt in beginsel zijn eigen zorgverlener, maar kan hij ook afzien van het maken van een keuze, waarna de gemeente een aanbieder selecteert op basis van een ranglijst. De voor- en nadelen van (varianten op) het dynamisch aankoopstelsel lijken op die van bestuurlijk aanbesteden.

Om een betere verhouding te bereiken tussen de keuzevrijheid voor cliënten en de administratieve taken waarmee zij zichzelf en de aanbieders belast, kan de gemeente ook kiezen voor een vorm van competitieve inkoop. Dit betekent dat zij met een vooraf bepaald aantal dienstverleners een overeenkomst sluit en de cliënt vervolgens laat kiezen uit deze groep aanbieders. Het grootste bezwaar van de keuze voor een dergelijk stelsel schuilt in de gevolgen die ze voor bestaande cliënten heeft ten aanzien van de continuïteit van de zorg door de vertrouwde zorgverlener.

---

<sup>373</sup> [pianoo.nl](http://pianoo.nl) (Home > Markten > Sociaal Domein > Inkopen sociaal domein > Toegelicht).

<sup>374</sup> Het voert te ver om hier op deze plek nader op in te gaan. Informatie hierover is bijvoorbeeld te vinden in Karadarevic, *Skipr* 2016, p. 10-15.

<sup>375</sup> Zie voor meer informatie hierover bijvoorbeeld [vng.nl](http://vng.nl) (Home > Thema's > Sociaal domein > Persoonsgebonden budget).

## Hoofdstuk 7 Conclusie en aanbevelingen

In hoofdstuk 7 wordt een conclusie geformuleerd ten aanzien van de in het eerste hoofdstuk geformuleerde centrale vraag en worden er aanbevelingen gedaan aan de gemeente Geldrop-Mierlo. De conclusie en het hieruit voortvloeiende advies aan de gemeente komen ter sprake in paragraaf 7.1. De aanbevelingen zijn opgenomen in paragraaf 7.2.

### 7.1 Conclusie

In dit onderzoek stond de volgende vraag centraal: *Welke aanpassingen aan de wijze waarop de gemeente Geldrop-Mierlo zorg inkoop in het kader van de Wmo en de Jeugdwet zijn, mede in het licht van de op 1 juli 2016 gewijzigde Aanbestedingswet, vanuit het oogpunt van rechtmatigheid wenselijk dan wel noodzakelijk?* Om te komen tot een antwoord op deze vraag is onderzocht welke rechtsregels van toepassing zijn op de gemeentelijke inkoop van zorg, hoe de gemeente Geldrop-Mierlo de inkoop van zorg op dit moment vormgeeft en welke alternatieven er zijn. Voor het onderzoek van het recht zijn er rechtsbronnen bestudeerd en is er vakliteratuur geraadpleegd. Het onderzoek van de praktijk bestond met name uit het analyseren van documenten en media en het afnemen van interviews.

#### 7.1.1 Bestuurlijk aanbesteden in het kort

De gemeente Geldrop-Mierlo koopt zorg in het kader van de Jeugdwet en de Wmo in via de (niet wettelijk geregelde) methodiek van het bestuurlijk aanbesteden. Zij werkt hierbij samen met de gemeenten Nuenen, Son en Breugel en Waalre onder de naam Dommelvallei+. Bizob heeft een ondersteunende functie. Binnen de gemeente verzorgt de afdeling Maatschappelijke Ondersteuning de inkoop van zorg en het Centrum voor Maatschappelijke Deelname de toeleiding van de cliënt naar zorg.

Kenmerkend voor de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden is dat het de cliënt is die kiest van welke gecontracteerde aanbieder hij zorg wil ontvangen. De gemeente dient zich niet met deze keuze te bemoeien. Er is dus geen sprake van concurrentie *om* de markt zoals gebruikelijk is bij aanbesteden, maar van concurrentie *op* de markt. De cliënt heeft over het algemeen een zeer ruime keuze, want elke aanbieder die aan een aantal basisvereisten voldoet, kan een overeenkomst sluiten met de gemeente. Het andere wezenlijke kenmerk van de methodiek is haar flexibele karakter. Over de inhoud van de overeenkomsten vindt voortdurend fysiek en digitaal overleg plaats tussen de gemeente en de aanbieders. De gemaakte afspraken kunnen in beginsel te allen tijde worden gewijzigd. Nieuwe aanbieders kunnen bovendien tussentijds tot de overeenkomsten toetreden.

Het is van belang dat de methodiek op een rechtmatige wijze wordt toegepast, want een eventuele juridische procedure tegen de werkwijze van de gemeente kan in bepaalde gevallen leiden tot vernietiging van de overeenkomsten. Ook kan de gemeente veroordeeld worden tot het vergoeden van de geleden schade.

#### 7.1.2 Rechtmatigheid bestuurlijk aanbesteden onder Richtlijn 2014/24/EU

Bestuurlijk aanbesteden valt onder de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht. In 2014 werd aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG vervangen door Richtlijn 2014/24/EU. Richtlijn 2014/24/EU is geïmplementeerd in de gewijzigde Aanbestedingswet 2012, die in werking trad op 1 juli 2016. Voor overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten, waaronder diensten in het kader van de Wmo en de Jeugdwet, met een waarde van ten minste 750.000 euro is een nieuwe vereenvoudigde procedure geïntroduceerd. Aanbestedende diensten ook steeds de dwingende beginselen en semi-dwingende uitgangspunten van het aanbestedingsrecht in acht te nemen. Vóór 18 april 2016 aangevangen procedures vallen onder de bepalingen in de 'oude' richtlijn en Aanbestedingswet.

De belangrijkste nieuwe voorwaarde die geldt voor opdrachten voor sociale diensten betreft de voorafgaande openbare aankondiging van de opdracht via TenderNed. De nieuwe aankondigingsplicht leidt er in beginsel niet toe dat de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden onrechtmatig is onder de

nieuwe aanbestedingsrichtlijn. Ook anderszins geldt in de herziene Aanbestedingswet geen expliciet verbod op de elementen en activiteiten van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden. Er is één uitzondering. De regels die gelden ten aanzien van raamovereenkomsten verhinderen nadrukkelijk dat nieuwe aanbieders toegang krijgen tot een via een bestuurlijke aanbesteding gesloten overeenkomst. Dit betekent dat de tussentijdse toetreding van aanbieders sinds 18 april 2016 niet meer mogelijk is.

### **7.1.3 Rechtmatigheid bestuurlijk aanbesteden in de praktijk**

Indien de tussentijdse toetreding van aanbieders wordt uitgesloten, is een rechtmatige toepassing van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden in theorie mogelijk. Er bestaat echter een kloof tussen theorie en praktijk. In de praktijk slaagt de gemeente er namelijk niet in om het proces van het bestuurlijk aanbesteden op rechtmatige wijze te doorlopen. Het op geheel juridisch correcte wijze toepassen van de methodiek vraagt dan ook een vrijwel onmogelijke inspanning van de gemeente. Met name – maar niet uitsluitend – de aanbestedingsrechtelijke beginselen en uitgangspunten stellen bijzonder hoge eisen aan de wijze waarop het proces wordt vormgegeven. Ook de doelmatigheid van de methodiek laat op enkele punten aanzienlijk te wensen over.

Het eerste gebrek dat kleeft aan de wijze waarop de gemeente de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden toepast, hangt niet zozeer samen met het karakter van de methodiek, maar schuilt in de totstandkoming van de overeenkomsten die via de methodiek zijn gesloten. Op 24 februari 2015 heeft het college ingestemd met het mandateren van het hoofd van de afdeling Maatschappelijke Ondersteuning tot ondertekening van toekomstige addenda. De bevoegdheid tot ondertekening van een overeenkomst ligt echter bij de burgemeester en kan dus niet worden overgedragen door het college. Het mandaat tot ondertekening van toekomstige addenda is daarom ongeldig.

Vanwege het grote (>260) aantal zorgaanbieders kan slechts een deel van hen aan de fysieke overlegtafel deelnemen. De overige aanbieders zijn voor hun informatie aangewezen op de gedigitaliseerde verslagen van deze overleggen. Uit een inventarisatie van deze verslagen blijkt dat de gemiddelde kwaliteit ervan onvoldoende is om de transparantie van het proces te garanderen. Het is dan ook nagenoeg ondoenlijk om de nuances van een interactieve bijeenkomst zoals een fysieke overlegtafel in een schriftelijk verslag weer te geven. Los van het gebrek aan transparantie lijkt het erop dat sommige aanbieders meer invloed kunnen uitoefenen op het proces dan andere. Dit is in strijd met het gelijkheidsbeginsel en aanbestedingsrechtelijk zeer onwenselijk.

De gemeente is wettelijk verantwoordelijk voor de kwaliteit van de zorg op grond van de Wmo en de Jeugdwet. Dit betekent dat zij gedurende de looptijd van de overeenkomsten moet toetsen of de kwaliteit van de geleverde zorg voldoet aan de minimale kwaliteitseisen. Deze kwaliteitscontrole vindt onder andere plaats door de uitvraag van prestatie-indicatoren. De respons van aanbieders op een dergelijke uitvraag is vaak gering en de gemeente blijkt hier niet altijd even doortastend tegen op te treden. Hoewel onduidelijk is of dit in de praktijk daadwerkelijk heeft geleid tot kwalitatief onvoldoende zorg, dient de gemeente op grond van haar wettelijke verantwoordelijkheid daadkrachtig op te treden tegen aanbieders die weigeren mee te werken aan kwaliteitscontroles.

Om afspraken indien nodig te kunnen aanpassen, is een wijzigingsbeding opgenomen in de overeenkomsten. De transparantie van dit beding is gering. Het beding doet in haar huidige vorm bovendien geen recht aan de juridische werkelijkheid, waarin de gemeente bij het doorvoeren van wijzigingen niet alleen te maken heeft met de afspraken zoals die zijn neergelegd in de overeenkomsten, maar ook het vertrouwensbeginsel en andere rechtsbeginselen in acht moet nemen. Daarnaast blijkt de gemeente soms te lichtzinnig om te springen met de vrijheid die de formulering van het beding haar biedt. Hiermee handelt zij mogelijk niet alleen onrechtmatig, maar ook in strijd met de uitgangspunten van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden.

De cliënt moet bij bestuurlijk aanbesteden onbeperkte vrijheid krijgen bij zijn keuze voor een zorgaanbieder. In deze fase van het proces vindt immers de aanbestedingsrechtelijk vereiste concurrentie tussen aanbieders plaats. Medewerkers van het CMD blijken echter, noodgedwongen maar soms ook doelbewust, invloed uit te oefenen op de keuze van de cliënt. Dit is in strijd met de dwingende beginselen van gelijkheid en transparantie en staat een rechtmatige uitvoering van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden derhalve in de weg.

De methodiek van het bestuurlijk aanbesteden brengt relatief hoge administratieve lasten met zich mee voor zowel de gemeente als de aanbieders. De hoge lasten zijn onder meer het gevolg van de lange doorlooptijd van de procedure, het voortdurende overleg en de tussentijdse wijzigingen van de afspraken. Voor de gemeente komt daar het verhoudingsgewijs grote aantal gecontracteerde aanbieders bij. De administratieve taken en daarmee samenhangende kosten vormen voor met name kleine aanbieders een zware belasting. De gemeente heeft niet alleen de wettelijke plicht om de administratieve lasten zoveel mogelijk te beperken, maar dient hier ook op grond van haar eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid naar te streven. De keuze voor bestuurlijk aanbesteden is in dit kader niet de meest geschikte.

Het grote aantal aanbieders waarmee de gemeente een contract heeft gesloten zorgt niet alleen voor een tijds- en kostenintensief contractbeheer en -management, maar leidt ook tot een versnippering van de zorg die op den duur zou kunnen leiden tot het verdwijnen van bepaalde soorten (schaarse) zorg. Het is voor de gemeente daarnaast praktisch onmogelijk om met elke individuele zorgverlener een goede verstandhouding op te bouwen en te onderhouden. Vanwege de grote onderlinge verschillen tussen de aanbieders en de beperkte ruimte die er binnen de methodiek bestaat voor differentiatie, zijn de gemaakte afspraken bovendien niet voor elke aanbieder even passend.

#### **7.1.4 Eindadvies aan de gemeente Geldrop-Mierlo**

De decentralisaties van de zorg brachten veel onzekerheid teweeg. De nieuwe taken van de gemeente zijn complex en de ontwikkelingen binnen het sociaal domein onvoorspelbaar. De wezenlijke kenmerken van de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden passen bij de wens van de gemeente om de transformatie in het sociaal domein vorm te geven samen met de zorgaanbieders en om de cliënt hierbij een centrale positie toe te bedelen. Ook voor aanbieders en cliënten heeft de methodiek voordelen. De overeenkomsten zorgen vanwege hun lange looptijd voor een bepaalde mate van zekerheid voor aanbieders en aanbesteders treden relatief eenvoudig toe tot de procedure. Cliënten kunnen baat hebben bij de ruime keuze die hieruit voortvloeit.

Het probleem met de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden schuilt in de praktisch onhaalbare inspanning die de gemeente moet leveren om de methodiek op rechtmatige wijze toe te passen. Naast rechtmatigheidsproblemen kleven aan de methodiek ook enkele praktische bezwaren. Vooral de grote hoeveelheid contractanten – die inherent is aan de methodiek en dus onvermijdelijk – brengt doelmatigheidsproblemen met zich mee die niet of nauwelijks op te lossen zijn. Ook het verlagen van de administratieve lasten die de methodiek met zich meebrengt, is een haast onmogelijke opgave.

Nu de gemeente haar nieuwe taken alweer enige tijd uitvoert en de noodzaak om voortdurend te overleggen met zorgaanbieders en afspraken aan te passen langzamerhand minder groot wordt, ligt het voor de hand dat zij op termijn kiest voor een wijze van inkoop die minder inspanning vergt en ook anderszins beter aansluit bij de huidige omstandigheden. In theorie is 1 januari 2018, het moment waarop de gemeente nieuwe overeenkomsten wil sluiten met de aanbieders, een mooi moment om te kiezen voor een andere aanbestedingsmethode. Het volledig implementeren van de praktische implicaties van een dergelijke verregaande keuze vóór die datum is echter niet haalbaar.

Het advies aan de gemeente is om de bestuurlijke aanbesteding te continueren, maar om de nieuwe overeenkomsten aan te gaan voor een beperkte duur van bijvoorbeeld een of twee jaar om na afloop

van deze periode over te stappen op een vorm van competitieve inkoop. Door met een vooraf bepaald aantal zorgaanbieders een overeenkomst te sluiten en met deze aanbieders bij aanvang afspraken te maken die in beginsel voor de gehele looptijd van de overeenkomsten vastliggen, creëert de gemeente een betere verhouding tussen de belangen van de cliënt en haar eigen belangen. Hoewel ook de keuzevrijheid van de cliënt in de praktijk gepaard gaat met diverse praktische en juridische belemmeringen, is deze keuzevrijheid zodanig cruciaal dat de cliënt ook in de toekomst moet kunnen blijven kiezen van welke gecontracteerde dienstverlener hij zorg wil ontvangen.

## **7.2 Aanbevelingen**

Bovenstaand advies aan de gemeente brengt enkele concrete aanbevelingen met zich mee. Hieronder worden eerst de aanbevelingen aan de gemeente voor de komende periode beschreven. In het tweede deel van de paragraaf komen enkele aanbevelingen ter sprake voor na die tijd.

### **7.2.1 Aanbevelingen voor de komende periode**

De gemeente kan verschillende maatregelen nemen om in de komende tijd te komen tot een in juridisch en praktisch opzicht adequatere wijze van inkoop van zorg via de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden. Hieronder worden de voornaamste maatregelen besproken.

#### **7.2.1.1 Nieuwe overeenkomsten**

De huidige drie deellovenkomsten lopen tot 1 januari 2020. De gemeente kan deze overeenkomsten alleen tussentijds per aangetekende brief beëindigen met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste zes kalendermaanden.<sup>376</sup> Indien de overeenkomsten die per 1 januari 2018 worden gesloten een wezenlijke wijziging opleveren ten opzichte van de huidige overeenkomsten, zouden deze eisen een enorme administratieve belasting betekenen voor de gemeente. Verstandig is het in dat geval dan ook om nog één addendum vast te laten stellen, waarin alle voorgaande afspraken per 1 januari 2018 ongeldig worden verklaard.<sup>377</sup>

Indien de overeenkomsten die per 1 januari 2018 worden vastgesteld een wezenlijke wijziging opleveren ten opzichte van de huidige overeenkomsten, bestaat op grond van Richtlijn 2014/24/EU de verplichting om een aankondiging van de voorgenomen opdracht te publiceren op TenderNed. Eventuele latere wezenlijke wijzigingen zullen ook steeds openbaar gepubliceerd moeten worden.

Indien er formeel sprake is van een nieuwe aanbestedingsprocedure, heeft dit ook een aantal andere gevolgen. De nieuwe overeenkomsten vallen dan immers onder de werkingssfeer van Richtlijn 2014/24/EU en de herziene Aanbestedingswet. Dit betekent onder andere dat het gebruik van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument verplicht is. Ook zijn in dat geval op de nieuwe overeenkomsten de regels die gelden voor raamovereenkomsten van toepassing, waardoor de tussentijdse toetreding van aanbieders tot de overeenkomsten niet meer mogelijk is. Door de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden om te vormen in een (variant op het) dynamisch aankoopstelsel, blijft de tussentijdse toetreding van nieuwe aanbieders juridisch acceptabel.

#### **7.2.1.2 Wijzigen afspraken**

Een deel van de administratieve lasten bij bestuurlijk aanbesteden is het resultaat van de tussentijdse wijzigingen van de overeenkomsten. Om deze lasten zoveel mogelijk te beperken is het dan ook verstandig om – in plaats van de mogelijkheid om de contracten tussentijds aan te passen – juist de bestaande afspraken een centrale positie te geven. Het opstellen van nieuwe contracten biedt de kans bij uitsteking om stil te staan bij eenieder's eisen, wensen en vooruitzichten en uiteindelijk te komen tot een min of meer toekomstbestendig geheel van afspraken dat geen voortdurend overleg vergt. Het

---

<sup>376</sup> Zie art. 5 lid 1 van de Deellovenkomsten Individuele begeleiding Jeugd en Wmo en Ambulante jeugdhulp en art. 3 lid 1 van de Deellovenkomst Jeugdhulp met verblijf en dagbehandeling.

<sup>377</sup> Mijn dank voor deze aanbeveling gaat naar Minke van de Zande.

wijzigingsbeding dient in elk geval zodanig geformuleerd te worden dat voor iedereen helder is voor welke specifieke aanpassingen de bepaling bestemd is. Ook moet de volmacht aan het hoofd van de afdeling Maatschappelijke Ondersteuning tot ondertekening van addenda goed geregeld worden.

Veel gemeenten die zorg inkopen via de methodiek van het bestuurlijk aanbesteden maken gebruik van een werkafsprakenboek.<sup>378</sup> Een dergelijk document vormt de praktische uitwerking van de contractuele afspraken en maakt deel uit van de deellovereenkomsten. Het opstellen van een werkafsprakenboek is arbeidsintensief, maar zorgt er wel voor dat partijen eenvoudig kunnen nagaan wat er op welk moment van ze wordt verwacht. Het opstellen van een werkafsprakenboek kan met name een grote meerwaarde hebben voor organisaties met enkel zorgverleners in dienst.

#### **7.2.1.3 Onderling overleg**

De fysieke overlegtafel fungeert als marktconsultatie en kan indien gewenst blijven bestaan. Om de transparantie en gelijkheid van het proces te waarborgen, moet de gemeente echter meer aandacht gaan besteden aan de verslaglegging van het overleg. Wellicht kunnen er naast notulen ook audio-opnamen gemaakt worden, die digitaal ter beschikking worden gesteld aan de geïnteresseerde gecontracteerde aanbieders. Het is daarnaast van groot belang om opmerkzaam te blijven op het vóórkomen van enige vorm van bevoordeling van een of meer zorgaanbieders. Door aan de overlegtafels expliciet aandacht aan te besteden aan dit thema, worden misschien ook de aanbieders zelf zich bewuster van eventuele verschillen die er in dit verband bestaan tussen aanbieders.

Diverse zorgaanbieders hebben zich onderling verenigd en hebben in deze verbanden gezamenlijk overleg. In principe biedt de Mededingingswet ruimte voor afstemming tussen aanbieders. Het kan de kwaliteit van de zorg ten goede komen. Afstemming kan echter ook leiden tot een ongeoorloofde beperking van de mededinging. De gemeente doet er goed aan om alert te zijn op dergelijke onrechtmatige afstemming tussen aanbieders.

#### **7.2.1.4 De keuze van de cliënt**

Het is de vraag in hoeverre de invloed van medewerkers van het CMD op de keuze van de cliënt voor een zorgverlener in de praktijk geheel voorkomen kan worden. Om de mededinging tussen aanbieders te bevorderen en willekeur zoveel mogelijk te voorkomen, is het in ieder geval van groot belang dat de betrokken medewerkers zich ervan bewust zijn dat het doelbewust uitoefenen van invloed aanbestedingsrechtelijk niet is toegestaan. Dit vereist degelijke scholing. Daarnaast moet de inzet van onafhankelijk cliëntondersteuners worden aangemoedigd. Ten slotte is het belangrijk dat de gemeente zo snel mogelijk een digitale sociale kaart opstelt. Een digitale zorgcatalogus kan zowel nieuwe cliënten als toeleidingsmedewerkers ondersteunen bij het krijgen van inzicht in de mogelijkheden.

#### **7.2.1.5 Monitoring en verantwoording**

Wat betreft de monitoring van de kwaliteit van aanbieders en de door hen geleverde zorg, is een zakelijkere houding op zijn plaats. Hoewel een goede onderlinge relatie tussen de partijen van groot belang is bij bestuurlijk aanbesteden, is een stevige kwaliteitscontrole dermate fundamenteel dat het niet nakomen van de afspraken hieromtrent beslist consequenties moet hebben. Om medewerking aan bijvoorbeeld de uitvraag van KPI's af te dwingen, kan de gemeente in de overeenkomsten een expliciete verplichting hiertoe opnemen. Ze kan hierbij onder andere aansluiten bij hetgeen de Lekstroomgemeenten hierover hebben bepaald in hun Deellovereenkomst Jeugdhulp 2017.<sup>379</sup> De Lekstroomregio heeft relatief veel controle ingebouwd in haar overeenkomsten.<sup>380</sup>

---

<sup>378</sup> Het gaat hier bijvoorbeeld om de Dongemondgemeenten (bron: interview Impens) en de Lekstroomgemeenten (bron: interview Van de Zande).

<sup>379</sup> Zie art. 18 van deze overeenkomst.

<sup>380</sup> Bron: interview Van de Zande.

Een versimpeling van de monitoring en verantwoording is te realiseren door de aanbieders onder te verdelen in strategische en minder strategische partners. Door aanbieders met een omzet boven een bepaalde grens een volledige verantwoording te laten afleggen en in detail te controleren en aanbieders die lagere omzetten hebben niet of slechts gedeeltelijk te laten verantwoorden, minder volledig te controleren en bij deze groep te werken met een 'piepsysteem' en steekproefsgewijze controles, kan een verlaging van de administratieve lasten voor zowel de gemeente als de kleinere aanbieders worden bereikt.<sup>381</sup>

### **7.2.2 Aanbevelingen voor de toekomst**

Indien de gemeente ervoor kiest om te gaan werken met een zorgcatalogus en structureel kwaliteitsmetingen blijft uitvoeren, dan kan zij de hieruit voortkomende gegevens in de zorgcatalogus publiceren. Door cliënttevredenheidscijfers op te nemen in de catalogus, kunnen nieuwe cliënten op basis van de ervaringen van hun voorgangers een keuze te maken voor een zorgverlener. Op het moment dat er voldoende gegevens beschikbaar zijn, kan de gemeente daarnaast aan de hand van de verschillende prestatiescores per zorgtype een (objectieve) ranglijst van aanbieders opstellen. Deze ranglijsten kunnen vervolgens als uitgangspunt dienen voor de keuze voor een aanbieder in het geval de cliënt aangeeft zelf niet te kunnen of willen kiezen.

Als er gekozen wordt voor een vorm van competitieve inkoop van zorg, moet de gemeente maatregelen treffen om zoveel mogelijk te voorkomen dat bestaande cliënten te maken krijgen met een andere zorgverlener. Als een wisseling van zorgaanbieder onvermijdelijk blijkt, dan dient zij een zorgvuldige overgang van de cliënt naar de nieuwe zorgaanbieder te faciliteren. De gemeente moet zo veel aanbieders contracteren, dat er een goede verhouding ontstaat tussen de keuzevrijheid voor de cliënt en de administratieve taken waarmee zij zichzelf en de aanbieders belast.

---

<sup>381</sup> Robbe, *Aboukir en Robbe Advocaten* 28 januari 2016(2).

## Bronnen

### Literatuurlijst

#### **Berge, van den, e.a., TA 2016/17**

I.J. van den Berge e.a., 'Kroniek Europese en nationale jurisprudentie Aanbestedingsrecht 2015 en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts', *TA 2016/17*, afl. 2, p. 42-105.

#### **Boer, de, e.a. 2016**

R. de Boer e.a., *Inkoop en bekostiging als Kwaliteitsinstrumenten*, Utrecht: Movisie 2016 (online publiek).

#### **Bouman, JAAN 2016/907**

G. Bouwman, annotatie bij HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma*), *JAAN 2016/907*, afl. 8.

#### **Broekema-Engelen, in: GS Verbintenissenrecht**

B.J. Broekema-Engelen, commentaar op art. 6:74 BW, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

#### **Broesterhuizen & Ter Mors, in: T&C Aanbestedingsrecht 2013**

A.E. Broesterhuizen & A. ter Mors, commentaar op afd. 2.4.2 Aw 2012, in: J.M. Hebly, E.R. Manunza & W.H. van Boom (red.), *Tekst & Commentaar Aanbestedingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

#### **Geldrop-Mierlo, een plek met hart 2015**

*Geldrop-Mierlo, een plek met hart* (startdocument van de Strategische Visie gemeente Geldrop-Mierlo), vastgesteld door de raad van de gemeente Geldrop-Mierlo op 14 september 2015. Gevonden op [raad.geldrop-mierlo.nl](http://raad.geldrop-mierlo.nl) (Home > Gemeenteraad > Strategische visie). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

#### **Gids Proportionaliteit 2016**

*Gids Proportionaliteit, 1<sup>e</sup> herziening, april 2016* (richtsnoer behorende bij artikel 10, eerste lid van het Aanbestedingsbesluit (*Stb.* 2013, 58), *Stcrt.* 2016, 32830).

#### **Handreiking Marktconsultatie 2016**

*Handreiking Marktconsultatie. Praten met de markt voorafgaand aan een aanbesteding* (handreiking ontwikkeld door PIANOo, Expertisecentrum Aanbesteden van het ministerie van Economische Zaken), juni 2016. Gevonden op [pianoo.nl](http://pianoo.nl) (Home > Over PIANOo > Publicaties > Handreikingen). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

#### **Hebly & Klijn, TBR 2008/157**

J.M. Hebly & M.B. Klijn, 'Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2008/157, afl. 9, p. 822-830.

#### **Hijma, in: T&C Burgerlijk Wetboek Boeken 3, 4, 5 en 6 2015**

J. Hijma, commentaar op art. 3:40 BW, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek Boeken 3, 4, 5 en 6*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

#### **Inkoophandboek gemeente Geldrop-Mierlo 2013**

*Inkoophandboek gemeente Geldrop-Mierlo* (uitwerking van de Kadernota Inkoop), vastgesteld door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Geldrop-Mierlo op 21 mei 2013. Gevonden

op geldrop-mierlo.nl (Home > Politiek en organisatie > Beleid en regelgeving > Inkoop- en aanbestedingsbeleid). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

**Jansen, TA 2008, p. 526-540**

C.E.C. Jansen, 'Wisselwerking tussen aanbestedingsrecht en verbintenissenrecht', *TA* 2008, afl. 6, p. 526-540.

**Jansen, Binnenlands Bestuur 23 oktober 2015**

Y. Jansen, 'Keuze cliënt leidend', *Binnenlands Bestuur* 23 oktober 2015, binnenlandsbestuur.nl (Home > zoek op *keuze cliënt leidend*). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

**Jansen & Janssen 2016**

C.E.C. Jansen J.G.J. Janssen, 'Marktconsultatie voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure: pas toe of leg uit', in: M.A.B. Chao-Duivis, J.M. Hebly & E.J. Blom (red.), *Van het gebaande pad. Opstellen aangeboden aan mr. A.G.J. van Wassenauer*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016, p. 239-251.

**Jansen & Prent, MvV 2013, p. 219-224**

C.E.C. Jansen & S. Prent, 'Totstandkoming van overeenkomsten en afbreken van onderhandelingen in de context van een gereguleerde aanbestedingsprocedure', *MvV* 2013, afl. 7/8, p. 219-224.

**Jurgens, Van Rossum & De Vries 2013**

G.T.J.M. Jurgens, A.A. van Rossum & D.H. de Vries, *Van Contact naar Contract. De bijzondere positie van gemeenten in het contractenrecht*, Den Haag: Vereniging van Nederlandse Gemeenten 2013.

**Kadernota Inkoop gemeente Geldrop-Mierlo 2013**

*Kadernota Inkoop gemeente Geldrop-Mierlo*, vastgesteld door de raad van de gemeente Geldrop-Mierlo op 26 augustus 2013. Gevonden op geldrop-mierlo.nl (Home > Politiek en organisatie > Beleid en regelgeving > Inkoop- en aanbestedingsbeleid). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

**Karadarevic, Skipr 2016, p. 10-15**

A. Karadarevic, 'Onderaannemer maakt zorg ondoorzichtig', *Skipr* 2016, afl. 11, p. 10-15.

**Koster, Binnenlands Bestuur 26 augustus 2016**

Y. de Koster, 'Zoover voor de jeugdhulp', *Binnenlands Bestuur* 26 augustus 2016, binnenlandsbestuur.nl (Home > zoek op *zoover*). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

**Krol 2005**

W.J.R. Krol, *Checklists en leidraden juridische kwaliteitszorg*, Deventer: Kluwer 2005.

**Kuypers 2014**

P.H.L.M. Kuypers, *BoomBasics Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

**Langbroek & Scheltema 2016**

H.J.S.M. Langbroek & M.W. Scheltema, *Contracten met de overheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016.

**Meesters, JAAN 2016/283**

J.W.A. Meesters, annotatie bij Commissie van Aanbestedingsexperts 3 augustus 2016, advies 349-350, *JAAN* 2016/283, afl. 8.

**Mel, Zorgvisie 2016, afl. 12, p. 15.**

M. Mel, 'Bestuurlijk aanbesteden: geen echte aanbesteding', *Zorgvisie* 2016, afl. 12, p. 15.

### **Memo Monitoring en Verantwoording 2016**

*Memo Monitoring en Verantwoording* (memo monitoring en verantwoording in het sociaal domein van de gemeenten Geldrop-Mierlo, Nuenen, Son en Breugel en Waalre), 17 november 2016. Gevonden op bizob.nl (Home > Contractering Sociaal Domein > Dommelvallei plus > Begeleiding Jeugd en WMO > Fysieke Overlegtafel > FOT's 2016 > 16e FOT 1 december 2016: memo MV (17-11-2016)). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

### **Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2015**

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek Boeken 3, 4, 5 en 6*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

### **Nouhuys, van, TA 2016/2**

J.F. van Nouhuys, 'Het abrupte einde van 'bestuurlijk aanbesteden'', *TA 2016/2*, afl. 1, p. 6-10.

### **Olthof, in: T&C Burgerlijk Wetboek Boeken 3, 4, 5 en 6 2015**

M.M. Olthof, commentaar op art. 6:74 BW, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek Boeken 3, 4, 5 en 6*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

### **Persoonlijk & Dichtbij 2012**

*Persoonlijk & Dichtbij. Visie op meedoen in de samenleving* (visiedocument van de gemeenten Geldrop-Mierlo, Nuenen, Son en Breugel en Waalre), 18 april 2012. Gevonden op geldrop-mierlo.nl (Home > Politiek en organisatie > Samenwerking > Dommelvallei+ gemeenten). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

### **Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009**

E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

### **Pinto, in: T&C Aanbestedingsrecht 2013**

M.C. Pinto, commentaar op art. 2.38 Aw 2012, in: J.M. Hebly, E.R. Manunza & W.H. van Boom (red.), *Tekst & Commentaar Aanbestedingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

### **Plan van Aanpak 2016**

*Plan van Aanpak inkoop Jeugdhulp Dommelvallei+, versie 0.3 Concept* (plan van aanpak van de gemeenten Geldrop-Mierlo, Nuenen, Son en Breugel en Waalre), 21 maart 2016. Gevonden op bizob.nl (Home > Contractering Sociaal Domein > Dommelvallei plus > Begeleiding Jeugd en WMO > Fysieke Overlegtafel > FOTs 2016 > 13<sup>e</sup> FOT 31 maart: plan van aanpak concept). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

### **Rapportage Informatie Sociaal Domein 2016**

*Rapportage Informatie Sociaal Domein gemeente Geldrop-Mierlo januari 2015 t/m september 2016*, aangeboden aan de gemeenteraad bij Raadsinformatiebrieven van 21 november 2016. Gevonden op raad.geldrop-mierlo.nl (Home > Raadsinformatiebrieven > Raadsinformatiebrieven 2016 > RI GM2016-029880 Rapportage Informatie Sociaal Domein (pdf)). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

### **Robbe 2013**

T.H.G. Robbe, *Bestuurlijk aanbesteden 2.0. Wat is het, wat is het niet en is het bruikbaar voor de transitie en transformatie van de AWBZ en JZ?*, Nieuwegein: Robbe & Partners 2013.

### **Robbe, Aboukir en Robbe Advocaten 28 januari 2016**

T.H.G. Robbe, 'Het abrupte einde van "bestuurlijk aanbesteden"? Ben je mal! – Repliek op het artikel van J.F. van Nouhuys, "Het abrupte einde van 'bestuurlijk aanbesteden"', *Aboukir en Robbe Advocaten* 28 januari 2016, ar-advocaten.nl (Home > Publicaties > 2016). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

**Robbe, Aboukir en Robbe Advocaten 28 januari 2016(2)**

T.H.G. Robbe, 'Zes gouden tips voor effectiever dialooggericht aanbesteden', *Aboukir & Robbe advocaten* 28 januari 2016, ar-advocaten.nl (Home > Publicaties > 2016). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

**Rossum, van, Contracteren 2005, p. 85-93**

A.A. van Rossum, 'Contracteren met de overheid. Wanneer mag de overheid gebruikmaken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?', *Contracteren* 2005, afl. 4, p. 85-93.

**Ruygvoorn 2013**

M. Ruygvoorn, *Contracten in de praktijk. Handleiding opstellen en beoordelen van commerciële contracten*, Deventer: Kluwer 2013.

**Sandee, SC Online 14 september 2016**

R. Sandee, 'Advocaten in de ring over 'bestuurlijk aanbesteden'', *SC Online* 14 september 2016, sconline.nl (Home > Zoeken > zoek op *advocaten in de ring*). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

**Saric & Van Laerhoven, Bizob 13 april 2016**

A. Saric & D.M.C. van Laerhoven, 'Replik Bizob op het artikel van J.F. van Nouhuys "Het abrupte einde van bestuurlijk aanbesteden"', *Bizob* 13 april 2016, bizob.nl (zoek op *abrupte*). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

**Schaaik, van, 2011**

G.A.F.M van Schaaik, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

**Scheltema & Scheltema 2013**

M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

**Uenk, Telgen & Robbe, Sociaal Bestek juni/juli 2016, p. 6-8**

N. Uenk, J. Telgen & T.H.G. Robbe, 'Aanbesteden van sociale diensten: nieuwe spelregels', *Sociaal Bestek* juni/juli 2016, p. 6-8.

**Valk, in: T&C Burgerlijk Wetboek Boeken 3, 4, 5 en 6 2015**

W.L. Valk, commentaar op art. 6:227 BW, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek Boeken 3, 4, 5 en 6*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

**Weert, van & Lopulalan 2016**

R. van Weert & E.N. Lopulalan, *Wijzigen van Europees aanbestede contracten en subsidies* (memo versie 12 augustus 2016), i-Sociaal Domein 2016, i-sociaaldomein.nl (Home > zoek op *wijzigen europees*). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

**Woodward, Vennootschap & Onderneming 2012, p. 146-152**

M.J. Woodward, 'Valkuilen bij contracteren met publiekrechtelijke rechtspersonen', *Vennootschap & Onderneming* 2012, afl. 9, p. 146-152.

**Zeelenberg, Hekkelman advocaten / notarissen 1 juli 2016**

E.E. Zeelenberg, 'Bestuurlijk aanbesteden: mag het nu nog wel of niet meer?', *Hekkelman advocaten / notarissen* 1 juli 2016, hekkelman.nl (zoek op *bestuurlijk aanbesteden*). Geraadpleegd op 17 mei 2017.

### **Zeelenberg & Oudenhoven, Gst. 2016/63**

E.E. Zeelenberg & T.T.A. Oudenhoven, 'Bestuurlijk aanbesteden: mag het nu wel of niet onder de gewijzigde aanbestedingsregelgeving. Van bestuurlijk aanbesteden naar dynamisch aankopen', *Gst.* 2016/63, afl. 7438, p. 335-340.

### **Jurisprudentie en adviezen Commissie van Aanbestedingsexperts**

HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma*) en het fiche in de zaak C-410/14.

HvJ EU 14 november 2013, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*).

HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351 (*Presstext*).

HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277 (*SECAP*).

HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102 (*Commissie/Italië*).

HvJ EG 29 november 2007, C-119/06, ECLI:EU:C:2007:729 (*Ambulancevervoer*).

HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*).

HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*).

HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 (*Coname*).

HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:2004:236 (*Succhi di Frutta*).

HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257 (*Storebaelt*).

HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161.

HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638.

HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1/Maastricht en Q-Park*).

HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806 (*Van der Stroom/Staat*).

HR 9 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AN6199 (*Coevorden/Gasfabriek*).

HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826 (*Uneto/De Vliert*).

HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655 (*Alkemade/Hornkamp*).

HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582 (*Zeeland/Hoondert*).

HR 13 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2839 (*Vianen/Niemans*).

HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:AG5565 (*Amsterdam/Ikon*).

HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes e.a./Haviltex*).

HR 16 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6137 (*Ziekenfonds*).

HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745 (*Saladin/HBU*).

HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*).

HR 9 december 1955, *NJ* 1956/57 (*Boogaard/Vesta*).

Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943.

Commissie van Aanbestedingsexperts 3 augustus 2016, advies 349-350.

### **Kamerstukken en overige documenten**

Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (*PbEU* 2006, C 179/02).

*Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3 (memorie van toelichting bij het voorstel tot invoering van de Aanbestedingswet 2012).

*Kamerstukken II* 2011/12, 32440, 50 (amendement Schouten/Ziengs bij het voorstel tot invoering van de Aanbestedingswet 2012).

*Kamerstukken II 2013/14, 33841, 3 (memorie van toelichting bij het voorstel tot invoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015).*

*Kamerstukken II 2015/16, 34329, 3 (memorie van toelichting bij het voorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU).*

Werkdocument van de diensten van de Commissie, Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang, SWD(2013)53.

### **Elektronische bronnen**

*Voor alle elektronische bronnen geldt dat zij laatstelijk zijn geraadpleegd in mei 2017.*

#### **Bureau Inkoop en Aanbestedingen Zuidoost-Brabant**

[bizob.nl](http://bizob.nl)

#### **Commissie van Aanbestedingsexperts**

[commissievanaanbestedingsexperts.nl](http://commissievanaanbestedingsexperts.nl)

#### **De Pilotstarter, platform voor pilots**

[depilotstarter.vng.nl](http://depilotstarter.vng.nl)

#### **Europa decentraal, kenniscentrum Europees recht en beleid**

[europadecentraal.nl](http://europadecentraal.nl)

#### **Europese Unie**

[europa.eu](http://europa.eu)

#### **Expertisecentrum Europees Recht**

[minbuza.nl/ecer](http://minbuza.nl/ecer)

#### **Gemeente Geldrop-Mierlo**

[geldrop-mierlo.nl](http://geldrop-mierlo.nl)

#### **PIANOO, Expertisecentrum Aanbesteden**

[pianoo.nl](http://pianoo.nl)

#### **Regelhulp, wegwijzer naar zorg en ondersteuning**

[regelhulp.nl](http://regelhulp.nl)

#### **StatLine, elektronische databank**

[statline.cbs.nl](http://statline.cbs.nl)

#### **TenderNed, online marktplaats voor aanbestedingen**

[tenderned.nl](http://tenderned.nl)

#### **Vereniging van Nederlandse Gemeenten**

[vng.nl](http://vng.nl)