

**OPEN HOUSE**

*Een onderzoek naar de toepassing van Open House in het sociaal domein, als alternatief op het aanbesteden*

………

Juni 2018

**Open House**

*Een onderzoek naar de toepassing van Open House in het sociaal domein, als alternatief op het aanbesteden*

**Een afstudeeronderzoek**

**HBR-AS17-AS**

Reguliere kans

**Student**:

**Instelling**: Hogeschool Leiden

**Opleiding:** HBO-Rechten

**Klas:**

**Collegejaar:** 2017/2018, Blok 15/16

**Onderzoeksdocent**:

**Scriptiebegeleider**:

**Opdrachtgever**:

**Datum**: 13 juni 2017

Illustratie omslag: © ANP

2

## Voorwoord

…….

3

## Samenvatting

Sinds de decentralisaties in het sociaal domein in 2015 hebben gemeenten extra inkooptaken gekregen. De afgelopen jaren zijn opdrachten op deze gebieden dan ook aanbesteed door gemeenten. Hiervoor is een Europese aanbestedingsprocedure via het Zeeuws model gevolgd.

In 2016 is in het arrest Falk Pharma de mogelijkheid voor Open House vormgegeven door het Hof, als alternatief op het aanbesteden. Dit is vervolgens nader vormgegeven in het arrest Tirkkonen. Dit heeft de nieuwsgierigheid van de gemeente gewekt en men is dan ook benieuwd naar wat Open House inhoudt, wanneer hier gebruik gemaakt van kan worden en in hoeverre dit in de praktijk gunstiger is ten opzichte van het Europees aanbesteden via het Zeeuws model.

Het doel van dit onderzoek is om de aanbestedingsjuristen van de gemeente inzicht te verschaffen in de toepassing van Open House in het sociaal domein, als alternatief op het aanbesteden. Door hier een advies over te schrijven, kunnen de aanbestedingsjuristen dit betrekken bij het adviseren van derden. Het onderzoek is verricht aan de hand van een wetsanalyse, literatuuronderzoek, jurisprudentieonderzoek, dossieronderzoek en interviews. De centrale vraag luidt hierbij als volgt: *Welk advies kan aan de gemeente x worden gegeven over de vraag wanneer gebruik gemaakt kan worden van Open House als mogelijk alternatief op het aanbesteden in het sociaal domein op grond van wetsanalyse, literatuuronderzoek, jurisprudentieonderzoek, dossieronderzoek en interviews?*

Hiervoor zijn de volgende deelvragen opgesteld: *Hoe is het stelsel van het aanbestedingsrecht vormgegeven onder de Richtlijn 2014/24/EU en de Aanbestedingswet 2012? Hoe verhoudt Open House zich tot het systeem van de Richtlijn 2014/24/EU blijkens de arresten Falk Pharma en Tirkkonen? Welke eisen gelden voor de toepassing van Open House in het sociaal domein blijkens het Europees en nationaal recht? - Hoe verloopt het aanbesteden binnen het sociaal domein voor de gemeente blijkens dossieronderzoek? In hoeverre leent Open House zich als inkoopmodel binnen het sociaal domein voor de gemeente blijkens interviews?*

Uit het **literatuur- en jurisprudentieonderzoek** blijkt dat de het aanbestedingsrecht duidelijke regels hanteert en tevens strikt kan zijn, dat de rechtmatigheid van Open House als alternatief mogelijk is en dat hierbij een versoepeling geldt en een beoordelingsmarge om Open House vorm te geven, zolang wordt voldaan aan aanbestedingsbeginselen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het civiele recht. Deze aanbestedingsbeginselen gelden in het geval van een grensoverschrijdend belang, wat gezien de hoge economische waarde van toepassing is voor het sociaal domein. **Uit het dossieronderzoek** blijkt dat veel fouten zijn gemaakt door incomplete inschrijvingen. Dit ziet vooral op onhandige administratieve fouten. Volgens de **interviews** wordt dit inderdaad bevestigd en is tevens aangegeven dat daarom een behoefte bestaat aan een ruimere herstelmogelijkheid.

4

Uit het onderzoek wordt geconcludeerd dat Open House inderdaad een gunstig inkoopmodel is voor het sociaal domein, omdat op deze wijze zoveel mogelijk ondernemers gecontracteerd kunnen worden zonder een beperkte herstelmogelijkheid in het geval van fouten in de inschrijvingen. Hierbij moeten de elementen van Open House, zoals de beperkte voorwaarden en het uitsluiten van een selectie, in acht genomen worden om niet van een overheidsopdracht te kunnen spreken. Voor wat betreft de vormgeving van Open House moet met verschillende punten rekening worden gehouden gedurende de voorbereiding. Bovendien moeten hierbij de nodige afwegingen worden gemaakt, die met name organisatorisch van aard zijn.

5

## Inhoudsopgave

**Hoofdstuk 1: Inleiding** 9

* 1. Aanleiding onderzoek en probleemanalyse 9
	2. Doelstelling 9
	3. Centrale vraag en deelvragen 11
	4. Operationaliseren van begrippen 12
	5. Onderzoeksmethoden 12

**Hoofdstuk 2: Juridisch kader** 15

2.1 Inleiding 15

2.2 Het aanbestedingsrecht onder Richtlijn 2014 en Aw 2012 *deelvraag I* 15

2.3 Open House in het licht van Falk Pharma en Tirkkonen *deelvraag II*  202.4 Eisen voor Open House *deelvraag III* 25

2.5 Deelconclusie 29

**Hoofdstuk 3: Resultaten** 30

3.1 Inleiding 30

3.2 Dossieronderzoek *deelvraag IV*  30

3.3 Interviews *deelvraag V*  36

3.4 Deelconclusie 42

**Hoofdstuk 4: Conclusie** 44

**Hoofstuk 5: Aanbevelingen** 46

**Literatuurlijst** 47

6

**Bijlagen** 50

Bijlage I: Dossieronderzoek aanbesteding Jeugdhulp 51

Bijlage II: Dossieronderzoek aanbesteding WMO-maatwerkarrangement 62

Bijlage III: Interviewvragen aanbesteding Jeugdhulp 70

Bijlage IV: Interviewvragen aanbesteding WMO-maatwerkarrangement 71

Bijlage V: Schema antwoorden interview aanbesteding Jeugdhulp (coderen) 72

Bijlage VI: Schema antwoorden interview aanbesteding WMO-maatwerkarrangement (coderen) 76

Bijlage VII: Transcript interview aanbesteding Jeugdhulp 82

Bijlage VIII: Transcript interview aanbesteding WMO-maatwerkarrangement 95

7

## Afkortingen

**Art.** Artikel

**Aw 2012** Aanbestedingswet 2012

**Awb** Algemene wet bestuursrecht

**BW** Burgerlijk Wetboek

**HvJ EU** Hof van Justitie van de Europese Unie

**Jo.** Juncto

**PIANOo** Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers

8

## H.1 INLEIDING

* 1. AANLEIDING ONDERZOEK EN PROBLEEMANALYSE

In dit hoofdstuk wordt de aanleiding en het doel van het onderzoek beschreven. Het onderzoek is uitgevoerd voor de gemeente x

*1.1.1 De opdrachtgever*

De aanbestedingsjuristen van de gemeente x (hierna: de gemeente) houden zich bezig met civiele en Europese vraagstukken. Hierbij krijgen zij intern verschillende vragen met betrekking tot het uitvoeren van inkooptaken en de (on)mogelijkheden van het aanbesteden. Een van deze vragen betreft wanneer gebruik gemaakt kan worden van het inkoopmodel Open House (hierna: Open House) als mogelijk alternatief op het aanbesteden. Deze vraag is ontstaan naar aanleiding van de publicatie van de recente arresten Falk Pharma[[1]](#footnote-1) en Tirkkonen[[2]](#footnote-2) van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof).

*1.1.2 Aanbesteden en Open House*

Aanbesteden is een wijze van inkopen waarbij de aanbestedende dienst een overheidsopdracht op de markt uitzet en waarbij ondernemers, voor het verkrijgen van deze opdracht, zich kunnen inschrijven op de aanbesteding. Hiervoor wordt een aanbestedingsprocedure gevolgd onder de Europese richtlijn en de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) en volgt een gunning aan één of meerdere ondernemers.[[3]](#footnote-3) Open House is een wijze van inkopen waarbij de aanbestedende dienst binnen een open systeem een overeenkomst kan sluiten met iedere ondernemer die aan vooraf vastgestelde voorwaarden voldoet. De mogelijkheid van het toepassen van Open House is ten eerste vormgegeven in het arrest Falk Pharma en vervolgens verder vormgegeven in het arrest Tirkkonen.[[4]](#footnote-4) In het juridisch kader wordt nader ingegaan op het aanbesteden en Open House.

*1.1.3 Richtlijnen*

Het Europees aanbestedingsrecht bestaat uit richtlijnen die in nationale wetgeving omgezet moeten worden. De richtlijnen zijn als volgt: 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2014/23/EU en 2009/81/EG. In dit onderzoek staat uitsluitend de Richtlijn 2014/24/EU (hierna: Richtlijn 2014/24) centraal. Deze richtlijn ziet op overheidsopdrachten in de klassieke sector: voor werken, leveringen en diensten.[[5]](#footnote-5)

9

*1.1.4 Het sociaal domein*

In Nederland en binnen de gemeente is de interesse in Open House met name in het sociaal domein aanwezig.[[6]](#footnote-6) Dit onderzoek heeft dan ook uitsluitend betrekking op het sociaal domein. In 2015 hebben de 3 decentralisaties binnen dit domein plaatsgevonden. Als gevolg hiervan zijn de taken die onder de Jeugdwet, de Wet maatschappelijke ondersteuning en de Participatiewet vallen, overgedragen aan de gemeenten.[[7]](#footnote-7) Binnen het aanbestedingsrecht wordt het sociaal domein aangeduid met sociale en andere specifieke diensten.

*1.1.5 Aanbesteden binnen het sociaal domein*

Wanneer de geraamde waarde van een overheidsopdracht meer bedraagt dan de Europese drempelwaarde, moet de opdracht in beginsel Europees aanbesteed worden.[[8]](#footnote-8) Hierbij zijn de Richtlijn 2014/24 en de Aw 2012 van toepassing. De Europese Commissie stelt elke 2 jaar nieuwe drempelwaarden vast. In het geval van sociale en andere specifieke diensten ligt de drempelwaarde voor 2018/2019 op 750.000,- euro.[[9]](#footnote-9) In de meeste gevallen wordt de drempelwaarde daadwerkelijk overschreden door de gemeente voor wat betreft het sociaal domein.[[10]](#footnote-10) Het aanbesteden binnen het sociaal domein is echter niet per definitie verplicht. Zo heeft voormalig staatsecretaris Van Rijn van Volksgezondheid, Welzijn en Sport op 7 juni 2017 gereageerd op Kamervragen over het aanbesteden binnen het sociaal domein. Volgens de staatssecretaris is het aanbesteden binnen het sociaal domein per definitie niet verplicht, omdat dit afhankelijk is van het door de aanbestedende dienst beoogd resultaat.[[11]](#footnote-11) Verder hebben aanbestedende diensten bij het organiseren van voorzieningen binnen het sociaal domein dan ook keuze uit verschillende manieren zoals het plaatsen van een overheidsopdracht (aanbesteden), het subsidiëren of het toepassen Open House. Welke manier van organiseren geschikt is, is afhankelijk van hoe een opdracht vormgegeven.[[12]](#footnote-12) [[13]](#footnote-13)

 *1.1.5.1 Zeeuws model*

De afgelopen jaren heeft de gemeente voor het aanbesteden van sociale en andere specifieke diensten het Zeeuws model toegepast. Dit model is in beginsel vormgegeven door gemeenten in de provincie Zeeland [[14]](#footnote-14) en vervolgens overgenomen door andere gemeenten in Nederland. Het Zeeuws model houdt in dat voor een overheidsopdracht een Europese aanbestedingsprocedure wordt gevolgd, met het kenmerk dat overeenkomsten worden gesloten met iedere ondernemer mits zij voldoen aan de gestelde voorwaarden aaninschrijving.[[15]](#footnote-15)

10

In het juridisch kader wordt nader ingegaan op het stellen van voorwaarden aan inschrijvingen binnen het aanbestedingsrecht. Met het oog op paragraaf 1.1.2 is duidelijk dat dit kenmerk ook bij Open House van toepassing is. In hoofdstuk 2 zijn de verschillen tussen het Europees aanbesteden (overheidsopdracht) en Open House onderzocht.

*1.1.6 Nieuwe mogelijkheden*

Omdat de gemeente ook verder wil kijken dan het Europees aanbesteden (via het Zeeuws model), is de interesse in Open House gegroeid. Bovendien staat de gemeente, als aanbestedende dienst[[16]](#footnote-16), open voor veranderingen en nieuwe mogelijkheden die zich binnen de wereld van het aanbesteden ontwikkelen. De gemeente heeft geen ervaring met het toepassen van Open House en wenst hier daarom inzicht in te krijgen.

1.2 Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is om de aanbestedingsjuristen van de gemeente inzicht te verschaffen in de toepassing van Open House in het sociaal domein, als alternatief op het aanbesteden. Door hier een advies over te schrijven, kunnen de aanbestedingsjuristen dit betrekken bij het adviseren van derden. Het advies komt tot stand door onderzoek te doen binnen de geldende wet- en regelgeving, literatuur, jurisprudentie, dossieranalyses en interviews.

Gezien de recente aard van Open House gaat het hier om een beperkt onderzoek, waarbij ook de behoefte aan Open House in het sociaal domein is onderzocht.

1.3 Centrale vraag en deelvragen

1.3.1 Centrale vraag

Om de doelstelling van dit onderzoek te bereiken, is de volgende centrale vraag geformuleerd:

*Welk advies kan aan de gemeente x worden gegeven over de vraag wanneer gebruik gemaakt kan worden van Open House als mogelijk alternatief op het aanbesteden in het sociaal domein op grond van wetsanalyse, literatuuronderzoek, jurisprudentieonderzoek, dossieronderzoek en interviews?*

* 1. Deelvragen

11

1.3.2 Deelvragen

De deelvragen leveren een bijdrage aan de beantwoording van de centrale vraag. Deze vragen zijn onderverdeeld in het theoretisch-juridische onderzoekgedeelte en de praktijkonderzoekgedeelte.

*Theoretisch-juridisch onderzoekgedeelte (Het juridisch kader)*

1. Hoe is het stelsel van het aanbestedingsrecht vormgegeven onder de Richtlijn 2014/24/EU en de Aanbestedingswet 2012?
2. Hoe verhoudt Open House zich tot het systeem van de Richtlijn 2014/24/EU blijkens de arresten Falk Pharma en Tirkkonen?
3. Welke eisen gelden voor de toepassing van Open House in het sociaal domein blijkens het Europees en nationaal recht?

*Praktijkonderzoekgedeelte (Resultaten)*

1. Hoe verloopt het aanbesteden binnen het sociaal domein voor de gemeente blijkens dossieronderzoek?
2. In hoeverre leent Open House zich als inkoopmodel binnen het sociaal domein voor de gemeente blijkens interviews?

1.4 Operationaliseren van begrippen

* Sociaal domein: *‘Alle inspanningen die de gemeente verricht rond werk, participatie en zelfredzaamheid, zorg en jeugd, op basis van de Wmo 2015, de Participatiewet en de Jeugdwet’* en aanverwante taken zoals de handhaving van leerplicht.[[17]](#footnote-17)

1.5 Onderzoeksmethoden

1.5.1 Het juridisch kader

Deelvraag I: Hoe is het stelsel van het aanbestedingsrecht vormgegeven onder de Richtlijn 2014/24/EU en de Aanbestedingswet 2012?

Voor de beantwoording van deze deelvraag is onderzocht hoe het aanbestedingsrecht eruitziet onder de Richtlijn 2014/24 en de Aw 2012. Het onderzoek richt zich op de hoofdpunten van het aanbesteden zoals de aanbestedingsplicht, de beginselen en het verloop van een aanbestedingsprocedure. Hierbij is gebruik gemaakt van de methoden **wetsanalyse** en **literatuur**.

12

Door geldende wet- en regelgeving en verschillende literatuurbronnen te onderzoeken, blijven de kwaliteit en de betrouwbaarheid van het onderzoek gewaarborgd.

Deelvraag II: Hoe verhoudt Open House zich tot het systeem van de Richtlijn 2014/24/EU blijkens de arresten Falk Pharma en Tirkkonen?

Voor de beantwoording van deze deelvraag zijn de arresten Falk Pharma en Tirkkonen geanalyseerd. Hierbij is onderzocht op welke wijze Open House zich verhoudt tot de Richtlijn 2014/24 en wat de verschillen zijn tussen Open House en een overheidsopdracht. Het gaat hierbij om de methode **jurisprudentie**. Omdat de 2 arresten van het Hof zodanig maatgevend zijn, blijven de kwaliteit en betrouwbaarheid van het onderzoek gewaarborgd.

Deelvraag III: Welke eisen gelden voor de toepassing van Open House in het sociaal domein blijkens het Europees en nationaal recht?

Voor de beantwoording van deze deelvraag is onderzocht welke eisen gelden voor de toepassing van Open House. Bovendien willen de aanbestedingsjuristen graag weten waar, met inachtneming van de eisen aan Open House, de nieuwe mogelijkheden zitten ten opzichte van bepaalde onderdelen in het Europees aanbesteden via het Zeeuws model: publicatie van de opdracht, de herstelmogelijkheid, de wezenlijke wijziging en de doorlooptijd. Op deze manier zijn de verschillen tussen Open House en het Europees aanbesteden van een overheidsopdracht vertaald naar de praktijk. Hierbij is gebruik gemaakt van de methoden **wetsanalyse en literatuur**. Door geldende wet- en regelgeving en verschillende literatuurbronnen te onderzoeken blijven de kwaliteit en betrouwbaarheid van het onderzoek gewaarborgd.

1.5.2 Resultaten

Deelvraag IV: Hoe verloopt het aanbesteden binnen het sociaal domein voor de gemeente blijkens dossieronderzoek?

Voor de beantwoording van deze deelvraag is in het kader van een **dossieronderzoek** aan de hand van 2 aanbestedingen onderzocht hoe het aanbesteden voor de gemeente is verlopen. Om al dan niet Open House toe te passen, dient het aanbesteden eerst bestudeerd te worden. Zoals in de doelstelling kort is aangegeven, gaat het hier om een beperkt onderzoek. Met het oog hierop zijn 2 aanbestedingen uit het sociaal domein geanalyseerd, waarvan de aanbestedingsjuristen van mening zijn dat deze representatief zijn voor het aanbesteden binnen het sociaal domein. Bovendien zijn de 2 dossiers zodanig omvangrijk, dat deze voldoende zijn om een indruk te geven van het aanbesteden in het sociaal domein. Hierdoor blijven de kwaliteit en betrouwbaarheid van het onderzoek gewaarborgd. De 2 aanbestedingen die zijn onderzocht zijn als volgt:

13

* **Jeugdhulp** Regio Haaglanden (H10) 2018 – Europese aanbesteding sociale en andere specifieke diensten volgens het Zeeuws model
* **WMO-maatwerkarrangement** (hierna: WMO) 2017-2019 – Europese aanbesteding sociale en andere specifieke diensten volgens het Zeeuws model

De aanbestedingen zijn onderzocht op de uiteindelijke uitslag van de aanbesteding, de voorwaarden die de aanbestedende dienst aan inschrijvingen heeft gesteld en de gronden voor het niet-gunnen[[18]](#footnote-18) van ondernemers. De ondernemers die zich hebben ingeschreven, zijn zorgaanbieders.

Deelvraag V: In hoeverre leent Open House zich als inkoopmodel binnen het sociaal domein voor de gemeente blijkens interviews?

Voor de beantwoording van deze deelvraag is de ervaring met het aanbesteden en de behoefte aan Open House onderzocht. Omdat het hier om een beperkt onderzoek gaat en de gemeente geen ervaring heeft met Open House, zijn verkennende interviews afgelegd. De interviews bestaan hierbij uit 2 delen: een terugblik op een aanbesteding uit het dossieronderzoek en Open House zelf. Op deze manier wordt de afweging tussen Open House en het Europees aanbesteden (via het Zeeuws model) verduidelijkt.

In het kader van deze interviews zijn 4 personen die betrokken waren bij bovengenoemde aanbestedingen geïnterviewd. De interviews hierbij zijn semigestructureerd, waarbij labels zijn opgesteld naar aanleiding van de analyses in het dossieronderzoek. De vragen zijn terug te vinden in Bijlagen III en IV van dit onderzoeksrapport. Aan de hand van de transcripties zijn de antwoorden in een schematische weergave opgesteld.

De personen die geïnterviewd zijn, zijn als volgt:

Met betrekking tot de aanbesteding **jeugdhulp**:

Dhr. …. – Senior jurist

Mevr. …. – ….. programmateam inkoop Jeugdhulp

Met betrekking tot de aanbesteding **WMO**:

Dhr. ….. – Voormalig adviseur inkoop en contractmanagement

Mevr. ….. – Senior juridisch adviseur

Door verschillende personen te interviewen die ieder een eigen functie hebben, blijven de kwaliteit en betrouwbaarheid van het onderzoek gewaarborgd.

14

Verder zijn geen interviews afgelegd met ondernemers, omdat het bij de betreffende aanbestedingen gaat om grote aantallen inschrijvingen. Bovendien kan het houden van contact met ondernemers gevoelig liggen, omdat het gelijkheidsbeginsel gewaarborgd moet blijven. Op deze wijze beperkt het onderzoek zich ook. Desondanks bieden de afgelegde interviews voldoende inzicht, omdat ook is ingegaan op het perspectief van ondernemers en de obstakels die zij kunnen ervaren tijdens een inschrijving.

## h.2 juridisch kader

2.1 inleiding

In dit hoofdstuk is het theoretisch-juridisch kader beschreven. Hierbij is antwoord gegeven op deelvragen I tot en met III. Deze deelvragen zijn onderverdeeld in (sub)paragrafen. Eerst is beschreven hoe het aanbestedingsrecht eruitziet in het licht van de Richtlijn 2014/24 en Aw 2012. Vervolgens is beschreven wat Open House is en hoe dit verschilt van een overheidsopdracht. Tot slot is beschreven welke eisen Open House heeft en wat de mogelijkheden hiervan zijn met het oog op de eisen.

2.2 Het stelsel van het aanbestedingsrecht onder de Richtlijn 2014/24 en aw 2012 / DEELVRAAG I

2.2.1 Wat is aanbesteden?

Zoals kort in paragraaf 1.1.2 van de inleiding is beschreven, is aanbesteden een wijze van inkopen waarbij de aanbestedende dienst een overheidsopdracht op de markt uitzet. Hierbij worden ondernemers in de gelegenheid gesteld zich in te schrijven op de aanbesteding om zo de opdracht te verkrijgen. Onder de Richtlijn 2014/24 is dit ten behoeve van een levering, werk of dienst. Na beoordeling van de inschrijvingen komt de aanbestedende dienst tot het gunnen van de overheidsopdracht of een raamovereenkomst met ondernemer(s).[[19]](#footnote-19) Een raamovereenkomst wordt opgesteld indien vooraf nog niet duidelijk is wat de omvang van de opdracht zal zijn, zoals bijvoorbeeld bij het verlenen van jeugdhulp. Het doel in dat geval is om de voorwaarden inzake de opdracht vast te leggen met gegunde ondernemers. *[[20]](#footnote-20)*

*2.2.1.1 Aanbestedende dienst*

Ingevolge art. 2 lid 1 sub 4 Richtlijn 2014/24 jo. art. 1.1 Aw 2012 wordt onder aanbestedende dienst verstaan*: ‘de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.’*

15

*2.2.1.2 Overheidsopdracht*

Ingevolge art. 2 sub 5 Richtlijn 2014/24 jo. art. 1.1 Aw 2012 wordt onder overheidsopdracht verstaan: *‘een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten is gesloten en die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.’* Een bezwarende titel houdt in dat sprake is van een opdracht met daartegenover een op geld waardeerbare tegenprestatie.[[21]](#footnote-21)

2.2.2 Implementatie Richtlijn 2014/24 en herziening Aw 2012

Anders dan bij verordeningen, kennen Europese richtlijnen in beginsel geen rechtstreekse werking. Het is hierbij de taak aan lidstaten om de richtlijnen in de nationale wetgeving om te zetten.[[22]](#footnote-22) Op 1 juli 2016 is een herziening van de Aanbestedingswet doorgevoerd. Middels deze herziening heeft Nederland de richtlijnen, onder andere ook de Richtlijn 2014/24, geïmplementeerd.[[23]](#footnote-23) In de nieuwe richtlijn staat de flexibiliteit centraal. Het doel hierbij is om de doeltreffendheid en de efficiëntie van overheidsaanbestedingen te vergroten. Hierbij worden ook maatschappelijke doelen, zoals met betrekking tot milieu of innovatie, verder gestimuleerd.[[24]](#footnote-24) [[25]](#footnote-25)

2.2.3 Aanbestedingsplicht

Zoals kort in paragraaf 1.1.5 van de inleiding is beschreven, moeten overheidsopdrachten boven de Europese drempelwaarde een aanbestedingsprocedure volgen.[[26]](#footnote-26) Dit is op grond van art. 4 sub d Richtlijn 2014/24 jo. art. 2.13 Aw 2012. Wanneer ten onrechte niet wordt aanbesteed, zijn er financiële en politieke risico’s. [[27]](#footnote-27) Hierbij kan men denken aan interne risico’s waarbij de jaarrekening wordt afgekeurd door een accountant en externe risico’s waarbij niet-gegunde ondernemers de onrechtmatigheid van het niet-aanbesteden ter sprake brengen, met als mogelijk gevolg een ontbinding, schadevergoeding en plicht tot het alsnog aanbesteden. Verder is het voor de beeldvorming niet wenselijk dat er (grote) fouten worden gemaakt.[[28]](#footnote-28)

*Europese drempelbedragen ingevolge de Richtlijn 2014/24, geldig van 01/01/2018 t/m 31/12/2019[[29]](#footnote-29)*

|  |  |
| --- | --- |
| Werken | € 5.548.000,-  |
| Leveringen | € 221.000,-  |
| Diensten | € 221.000,-  |
| Sociale en andere specifieke diensten; klassieke overheidsopdrachten | € 750.000,-  |

16

2.2.4 Beginselen in het aanbestedingsrecht

Tijdens een aanbesteding is de aanbestedende dienst gebonden aan de bepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) inzake het vrije verkeer van goederen en diensten en het recht van vestiging (art. 23-55 VWEU). In de eerste considerans van de Richtlijn 2014/24 is bepaald dat deze bepalingen geëerbiedigd worden: *‘(…) moeten de beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europe Unie worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.’[[30]](#footnote-30)* Binnen het aanbestedingsrecht gelden de beginselen op de volgende wijze:[[31]](#footnote-31)

* Gelijkheidsbeginsel: gelijke gevallen worden in gelijke omstandigheden niet verschillend behandeld, tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardiging hiervoor;
* Non-discriminatiebeginsel: er wordt geen onderscheid gemaakt op grond van nationaliteit en de gestelde voorwaarden aan inschrijving mogen niet zwaarder wegen voor ondernemers uit andere lidstaten;
* Beginsel van wederzijdse erkenning: lidstaten laten goederen en diensten uit andere lidstaten toe (voor zover deze op gelijkwaardige wijze beantwoorden aan de legitieme doelstellingen);
* Proportionaliteitsbeginsel: de door de aanbestedende dienst opgestelde voorwaarden en gunnings-en/of selectiecriteria zijn passend en noodzakelijk met betrekking tot het doel;
* Transparantiebeginsel: er wordt een passende mate van openbaarheid gegarandeerd aan elke potentiële inschrijver en de gunning van de opdracht wordt gemotiveerd;
* Beginsel van objectiviteit: de aanbestedende dienst handelt objectief en de procedure is controleerbaar

De belangrijkste afgeleide beginselen hierbij zijn het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en het transparantiebeginsel. Deze beginselen worden ook benoemd in afdeling 1.2.2 Aw 2012.[[32]](#footnote-32)

Verder valt het aanbestedingsrecht onder het civiele recht. Hierbij is op grond van art. 6:217 e.v. Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) sprake van een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Ondernemers kunnen door middel van een inschrijving op de aanbesteding een aanbod doen. Vervolgens kan de aanbestedende dienst dit aanbod aanvaarden door het gunnen van ondernemers.[[33]](#footnote-33) Hoewel het civiele recht hierbij van toepassing is, is de aanbestedende dienst als overheidsinstelling ook gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit zijn met name het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling, het evenredigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

17

Deze zijn inhoudelijk gelijk aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. [[34]](#footnote-34) Op grond van art. 3:14 BW geldt dat de bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet in strijd met het publiekrecht mag worden uitgeoefend. [[35]](#footnote-35) Verder is het gunnen van ondernemers geen besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

2.2.5 Een aanbestedingsprocedure in algemene zin.[[36]](#footnote-36) [[37]](#footnote-37)

Op grond van art. 26 e.v. Richtlijn 2014/24 jo. art. 2.25 e.v. Aw 2012 wordt gekozen uit verschillende aanbestedingsprocedures. Per geval moet worden beoordeeld welke aanbestedingsprocedure geschikt is.[[38]](#footnote-38) Tijdens de **voorbereiding** van een aanbesteding wordt de aanbestedingsleidraad opgesteld. Dit is het hoofddocument met een officiële status, waarin de opdracht staat beschreven, evenals de voorwaarden voor gunning (‘het beoordelingssystematiek’) en het verloop van de procedure. Op grond van art. 1.18 jo. art. 2.62 Aw 2012 wordt de opdracht met de aanbestedingsleidraad vervolgens **aangekondigd** via de publicatiemodule TenderNed.[[39]](#footnote-39) Door het raadplegen van de aanbestedingsleidraad krijgen geïnteresseerde ondernemers inzicht in de aanbesteding. Op grond van art. 2.54 jo. 3.50 Aw 2012 kunnen ondernemers middels een **Nota van Inlichtingen** vragen stellen naar aanleiding van de gepubliceerde opdracht. Vervolgens **schrijven ondernemers zich** **in** op de aanbesteding. Hierbij worden de inschrijvers en inschrijvingen aan de hand van het beoordelingssystematiek beoordeeld. Eventueel vinden **verificaties** plaats, waarbij de aanbestedende dienst gegevens controleert en onduidelijkheden opheldert. Na de beoordelingen neemt de aanbestedende dienst een voorlopige **gunningsbeslissing** en ontvangen ondernemers een brief met de uitslag.[[40]](#footnote-40) Niet-gegunde ondernemers kunnen middels een **Alcatel termijn** beroep instellen tegen de voorlopige gunningsbeslissing op grond van de Rechtsbeschermingsrichtlijn (Richtlijn 2007/66/EG).[[41]](#footnote-41) Ingevolge art. 2.127 lid 3 Aw 2012 bedraagt dit termijn ten minste 20 kalenderdagen.[[42]](#footnote-42) Tot slot wordt een overeenkomst gesloten tussen de aanbestedende dienst en gegunde ondernemer(s). In het geval van het Zeeuws model wordt een overeenkomst gesloten met meerder ondernemers. Verder kunnen afhankelijk van de soort aanbestedingsprocedure ook andere specifieke stappen gelden.[[43]](#footnote-43)

18

2.2.6 Het beoordelingssystematiek

Om voor gunning in aanmerking te komen, voldoen ondernemers ingevolge art. 56 lid 1 sub a Richtlijn 2014/24 aan de voorwaarden die de aanbestedende dienst stelt. Hiervoor leveren ondernemers verschillende bewijsstukken in. De inschrijvingen worden ten eerste gecontroleerd op **de vormvereisten en volledigheid** op grond van art. 56 lid 3 Richtlijn 2014/24. Verder worden facultatieve en dwingende **uitsluitingsgronden** gesteld ingevolge art. 57 e.v. Richtlijn 2014/24 jo. art. 2.87a jo. art. 2.88 Aw 2012. Deze zien bijvoorbeeld op de integriteit van de ondernemer.[[44]](#footnote-44) Vervolgens kunnen **geschiktheidseisen** worden gesteld ingevolge art. 58 Richtlijn 2014/24 jo. art. 2.90 Aw 2012: deze eisen zien op de geschiktheid van de ondernemer; hierbij worden de financiële- en economische draagkracht, de technische- en beroepsbekwaamheid en de beroepsbevoegdheid aangetoond. Binnen het Zeeuws model wordt naast de toets op de vormvereisten en volledigheid slechts uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen gesteld. Bij andere aanbestedingsprocedures worden ook **gunningscriteria** gehanteerd ingevolge art. 66 Richtlijn 2014/24 jo. art. 2.114 Aw 2012. Aan de hand van objectieve criteria wordt de beste of worden de beste inschrijvingen geselecteerd na een vergelijking. [[45]](#footnote-45) De termijn voor de ontvangst van de inschrijvingen wordt met inachtneming van de complexiteit van de opdracht en de voor de voorbereiding van de inschrijving benodigde tijd vastgesteld ingevolge art. 47 Richtlijn 2014/24 jo. art. 2.70 Aw 2012.[[46]](#footnote-46)

2.2.7 Beperkingen in het Europees aanbesteden

Bij het beoordelen van inschrijvingen kan, indien sprake is van fouten of gebreken in de inschrijving, beperkt de mogelijkheid geboden worden deze te **herstellen**. Op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel mag herstel niet leiden tot het indienen van een nieuwe inschrijving en moet de herstelmogelijkheid voor alle ondernemers gelijk zijn.[[47]](#footnote-47) [[48]](#footnote-48) Ingevolge art. 56 lid 2 Richtlijn 2014/24 jo. art. 2.55 jo. art. 2.113 Aw 2012 ziet herstel op een eenvoudige precisering of een kennelijk materiële fout (een voor ieder duidelijke vergissing).[[49]](#footnote-49) Een voorbeeld hiervan is het vergeten aan te vinken van een onderliggend vakje in een formulier. Voor het vergeten van een document wordt geen herstelmogelijkheid geboden, omdat de inschrijving een wezenlijk onderdeel mist.[[50]](#footnote-50) [[51]](#footnote-51)

Verder is het op grond van art. 72 lid 4 Richtlijn 2014/24 jo. art. 2.163a tot en met art. 2.163g Aw 2012 beperkt mogelijk om tijdens de aanbesteding of gedurende de looptijd van de overeenkomst **de opdracht te wijzigen**. Dit is het leerstuk van de wezenlijke wijziging. Van een wezenlijke wijziging is sprake indien de gewijzigde voorwaarden mogelijk zouden hebben geleid tot toelating van meer of andere ondernemers de opdracht in belangrijke mate wordt uitgebreid met diensten, werken of leveringen die oorspronkelijk niet waren opgenomen of indien de wijziging het

19

economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt, ten gunste van de opdrachtnemer (ondernemer).[[52]](#footnote-52) Hierdoor is sprake van een nieuwe opdracht, waardoor opnieuw aanbesteed zal moeten worden op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel.[[53]](#footnote-53)

Verder bedraagt ingevolge art. 2.140 lid 3 Aw 2012 de looptijd van een raamovereenkomst niet meer dan 4 jaar.[[54]](#footnote-54)

2.2.8 Deelconclusie

Hierbij kan geconcludeerd dat het stelsel van het aanbestedingsrecht onder de Richtlijn 2014/24 en de Aw 2012 er in grote lijnen als volgt uit ziet:

De wet- en regelgeving bepaalt aan de hand van Europese drempelwaarden wanneer sprake is van een aanbestedingsplicht. Hierbij brengt het onterecht niet-aanbesteden consequenties met zich mee. Bij het aanbesteden moeten aanbestedende diensten zich houden aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht die voortvloeien uit de VWEU, hiermee wordt met name een eerlijke procedure gewaarborgd. Als overheidsinstelling houdt de aanbestedende dienst zich ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, deze zijn inhoudelijk gelijk aan de aanbestedingsbeginselen. Verder valt het aanbestedingsrecht onder het civiele recht; hierbij is sprake van aanbod en aanvaarding. Bij het houden van een aanbestedingsprocedure volgen aanbestedende diensten een vast stappenplan. Hierbij kunnen aanbestedende diensten voorwaarden aan de inschrijvingen stellen, waarbij gevraagd wordt om bewijsstukken om zo de ondernemers en de inschrijvingen zelf te toetsen aan de gestelde voorwaarden. In het Zeeuws model worden geen gunningscriteria gesteld, slechts uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Tot slot is het aanbestedingsrecht onder de richtlijn en de wet staat strikt in het bieden van een herstelmogelijkheid wanneer fouten in een inschrijving worden gemaakt. Dit kan slechts in uitzonderlijke gevallen. Bovendien is het beperkt mogelijk om wijzigingen in een contract door te voeren.

* 1. Open house in verhouding tot de richtlijn 2014/24 en in het licht van falk pharma en tirkkonen / DEELVRAAG ii

2.3.1 Wat is Open House?

Zoals kort is beschreven in paragraaf 1.1.2 van de inleiding, is Open House een wijze van inkopen waarbij de aanbestedende dienst ondernemers binnen een open systeem kan contracteren tegen vooraf vastgestelde voorwaarden. Verder is het mogelijk om ook andere ondernemers tussentijds te contracteren gedurende de looptijd van de overeenkomst. Dit heet de tussentijdse toetreding. Open House is in beginsel toegepast door een Duits ziekenfonds en uiteindelijk door het Hof vormgegeven

20

in het arrest Falk Pharma. Vervolgens is de procedure nader vormgegeven in het arrest Tirkkonen. In deze arresten wordt ingegaan op de reikwijdte van en de verschillen tussen het begrip overheidsopdracht (Europees aanbesteden) en Open House. [[55]](#footnote-55)

2.3.2 Falk Pharma[[56]](#footnote-56)

*2.3.2.1 Aanleiding*

Zoals eerder aangegeven, is de Open House procedure in beginsel toegepast door een Duits ziekenfonds: DAK-gesundheit (hierna: DAK). In het geval van DAK zijn binnen deze procedure kortingsovereenkomsten gesloten met ondernemers die een geneesmiddel met de werkzame stof mesalazine in handel brengen. Alle geïnteresseerde ondernemers die aan de gestelde toelatingscriteria[[57]](#footnote-57) voldeden werden gecontracteerd. DAK heeft hierbij vermeld dat de procedure niet is onderwerpen aan het ‘overheidsopdrachtenrecht’[[58]](#footnote-58). Falk Pharma GmbH (hierna: Falk Pharma) heeft binnen deze procedure geen overeenkomst gegund gekregen en is in beroep gegaan tegen de beslissing. Vervolgens heeft het Oberlandesgericht Düsseldorf, de hoogste Duitse rechter in Düsseldorf, prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof. Op 2 juni 2016 heeft het Hof een uitspraak gedaan.

*2.3.2.2 Hoofdgeding en prejudiciële vragen*

Falk Pharma is in beroep gegaan, omdat de gevoerde toelatingsprocedure (hiermee wordt Open House bedoeld) en de daaruit voortvloeiende overeenkomsten onverenigbaar zouden zijn met het overheidsopdrachtenrecht. Bovendien zou volgens Falk Pharma een aanbestedingsprocedure gevolgd moeten worden, omdat goederen op de markt worden aangekocht en de mededinging hierdoor in acht moet worden genomen door het maken van een selectie[[59]](#footnote-59) en het sluiten van een exclusieve overeenkomst.[[60]](#footnote-60) DAK voert hiertegen dat ook van andere soorten procedures gebruik gemaakt mag worden, niet alleen het Europees aanbesteden. En dat ook overeenkomsten gesloten mogen worden met alle ondernemers zonder een selectie door te voeren.

De prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Düsseldorf zien dan ook op de uitleg van het begrip overheidsopdracht onder de Richtlijn 2004/18/EG (tegenwoordig: Richtlijn 2014/24).[[61]](#footnote-61)De Duitse rechter heeft hierbij aangegeven dat de ontvankelijkheid van het beroep van Falk Pharma afhankelijk is van de volgende vragen: **1)** Kan een opdracht waarbij toegetreden wordt tot een open systeem (Open House) en waar geen selectie plaatsvindt, worden aangemerkt als een overheidsopdracht in de zin van de Richtlijn 2004/18/EG? Met andere woorden is het de vraag in hoeverre het voeren van een selectie een vast bestanddeel is van het begrip overheidsopdracht, waardoor Open House eventueel

21

niet als overheidsopdracht wordt aangemerkt. **2)** Mocht selectie inderdaad een bestanddeel zijn van het begrip overheidsopdracht waardoor Open House niet onder het begrip overheidsopdracht valt; mag van het aanbesteden van een overheidsopdracht dan worden afgezien indien bij Open House aan de volgende voorwaarden is voldaan:

* *De toelatingsprocedure wordt op Unieniveau bekendgemaakt; - Er worden duidelijke regels vastgesteld over het sluiten van overeenkomsten en het toetreden; - De voorwaarden worden vooraf vastgesteld waarbij ondernemers geen invloed kunnen hebben op de inhoud van de overeenkomst; - Het is mogelijk om te allen tijde toe te kunnen treden; - Het sluiten van overeenkomsten wordt op Unieniveau bekendgemaakt.*

*2.3.2.3 Rechtsoverweging van het Hof*

Met betrekking tot **vraag 1** heeft het Hof het volgende geoordeeld: Enerzijds leidt een dergelijk open systeem nog altijd tot het sluiten van overeenkomsten onder bezwarende titel, wat een kenmerk is van het begrip overheidsopdracht op grond van art. 1 lid 2 sub a Richtlijn 2004/18/EG. Echter heeft de richtlijn het doel te voorkomen dat nationale ondernemers bevoordeeld worden ten opzichte van buitenlandse ondernemers. Dit risico houdt verband met de selectie die de aanbestedende dienst maakt en de exclusieve overeenkomst die uit de genomen gunningsbeslissing voortvloeit. In het geval van Open House ontbreekt de selectie en daarmee de exclusiviteit, waardoor geen noodzaak bestaat te handelen conform de nauwkeurige regels van de richtlijn. Het Hof concludeert hierbij dat het plaats laten vinden van een selectie een intrinsiek onderdeel is voor het begrip overheidsopdracht en dat Open House, gezien het gebrek aan selectie, hierdoor niet valt onder het begrip overheidsopdracht. Verder onderscheidt Open House zich van een overheidsopdracht, doordat bij Open House de mogelijkheid van een tussentijdse toetreding aanwezig is.

Met betrekking tot **vraag 2** heeft het Hof het volgende geoordeeld: Voor zover Open House een grensoverschrijdend belang heeft, is deze onderworpen aan de fundamentele regels van het VWEU en in het bijzonder aan de beginselen non-discriminatie, gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht, die een passende bekendmaking vereist. Hierbij moet Open House in overeenstemming met deze beginselen georganiseerd worden. In dat verband beschikken lidstaten over een beoordelingsmarge bij het vaststellen van maatregelen die moeten waarborgen dat de beginselen nageleefd worden binnen Open House.

*2.3.2.4 Tussenconclusie*

Op basis van het arrest Falk Pharma kan geconcludeerd worden dat een opdracht onder Open House geen overheidsopdracht is in de zin van de Richtlijn 2004/18/EG, tegenwoordig Richtlijn 2014/24. Hiermee erkent het Hof Open House als een rechtmatig inkoopmodel en als alternatief op het aanbesteden van een overheidsopdracht. Om van een overheidsopdracht te kunnen spreken, moet het element ‘selectie’ namelijk aanwezig zijn. Het doel van de richtlijn hierbij is om de mededinging als

22

gevolg van de selectie te waarborgen. Hierdoor is de richtlijn niet van toepassing op Open House. Wat betreft de voorwaarden voor Open House, heeft het Hof geoordeeld dat deze in overeenstemming moeten zijn met de fundamentele regels van het VWEU, alsmede met de daaruit voortvloeiende beginselen. Hoe Open House dan wordt vormgegeven, laat het Hof over aan de lidstaten. Wel is het mogelijk om een tussentijdse toetreding toe te passen.

2.3.3 Tirkkonen[[62]](#footnote-62)

*2.3.3.1 Aanleiding*

Voor de ontwikkeling van het landelijk gebied van het vasteland van Finland heeft een Fins agentschap een aanbestedingsprocedure opgezet voor het sluiten van overeenkomsten inzake de advisering op landbouwgebied. Wanneer behoefte is aan advies kan naar aanleiding van deze aanbesteding contact worden opgenomen met een gegunde adviseur naar keuze. Om voor gunning in aanmerking te komen, voldoen ondernemers aan de gestelde geschiktheidseisen en slagen zij voor een examen. Hierbij is de mogelijkheid van een tussentijdse toetreding uitgesloten. Maria Tirkkonen (hierna: Tirkkonen) heeft geen overeenkomst gegund gekregen en is in hoger beroep gegaan tegen de gunningsbeslissing. Vervolgens heeft het Korkein Hallinto-Oikeus (de hoogste administratieve rechter in Finland) prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof. Op 1 maart 2018 heeft het Hof een uitspraak gedaan.

*2.3.3.2 Hoofdgeding en prejudiciële vragen*

Tirkkonen is in hoger beroep gegaan, omdat volgens haar geen sprake zou zijn van een overheidsopdracht doordat de selectie in de procedure die het Fins agentschap heeft gevoerd ontbreekt. Ook in deze zaak zien de prejudiciële vragen op de uitleg van het begrip overheidsopdracht ingevolge de Richtlijn 2004/18/EG (tegenwoordig: Richtlijn 2014/24). De Finse rechter heeft zich hierbij afgevraagd of de regelgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing is op de betreffende procedure, met het oog op het arrest Falk Pharma waaruit is gebleken dat selectie een intrinsiek onderdeel is van het begrip overheidsopdracht. Verder heeft de Finse rechter opgemerkt dat bij de aanbesteding van het Fins agentschap geen sprake was van het stellen van gunningscriteria, op grond waarvan inschrijvingen met elkaar zouden worden vergeleken. [[63]](#footnote-63) De prejudiciële vragen zijn als volgt:

**1)** Moet het begrip overheidsopdracht zodanig worden uitgelegd dat deze in de zin van de richtlijn een gunningssysteem omvat waarmee wordt beoogd voor een van tevoren beperkte looptijd diensten op de markt te verkrijgen, door overeenkomsten te sluiten met eenieder die voldoet aan de geschiktheidseisen en die tevens slaagt voor een examen? **2)** Is het uitdrukkelijk ontbreken van een tussentijdse toetreding gedurende een procedure een indicatie voor de aanwezigheid van een overheidsopdracht?

23

*2.3.3.3 Rechtsoverweging van het Hof*

Met betrekking tot **vraag 1** heeft het Hof het volgende geoordeeld: Zoals in het arrest Falk Pharma is beschreven, heeft de richtlijn inzake overheidsopdrachten het doel te voorkomen dat nationale ondernemers bevoordeeld worden ten opzichte van buitenlandse ondernemers.

Dit risico houdt verband met de selectie die de aanbestedende dienst maakt en de exclusiviteit die uit de gunningsbeslissing voortvloeit. In dit geval dient in casu vastgesteld te worden of bij de aanbesteding van het Fins agentschap een inschrijving is gekozen uit alle inschrijvingen aan de hand van gunningscriteria. Dit is echter niet het geval, omdat de betreffende aanbesteding zich beperkt tot het stellen van kwalitatieve criteria.[[64]](#footnote-64) De eisen die wel gesteld zijn vallen onder geschiktheidseisen. Volgens het Hof wordt hieronder verstaan criteria die betrekking hebben op kwalificaties, ervaring en de middelen ter waarborging van een goede uitvoering van de opdracht. Van gunningscriteria is slechts sprake wanneer er criteria zijn die zien op de economisch meest voordelige inschrijving. Omdat in deze zaak een gunningssysteem (de gunningscriteria) ontbreekt, kan gevolg hiervan de betreffende procedure niet als overheidsopdracht aangemerkt worden, maar is sprake van Open House.

Met betrekking tot **vraag 2** heeft het Hof het volgende geoordeeld: Of al dan niet sprake is van een tussentijdse toetreding, is niet relevant. Het gegeven dat de aanbestedende dienst geen gunningscriteria heeft opgesteld voor het vergelijken en rangschikken van inschrijvingen is in deze zaak het doorslaggevend element om de afwezigheid van een overheidsopdracht vast te stellen.

*2.3.3.4 Tussenconclusie*

Op basis van het arrest Tirkkonen kan geconcludeerd worden dat gunningscriteria een vast onderdeel vormen van het begrip overheidsopdracht. Omdat de gunningscriteria in deze zaak ontbreken, en daarmee ook geen selectie aanwezig is, is geen sprake van een overheidsopdracht. Verder is het toepassen van een tussentijdse toetreding niet relevant voor de vraag of sprake is van een overheidsopdracht.

2.3.4 Deelconclusie

Om antwoord te geven op de deelvraag kan geconcludeerd worden dat Open House een rechtmatig inkoopmodel is. Dit model verhoudt zich op geen enkele wijze tot de Richtlijn 2014/24. De richtlijn is namelijk niet van toepassing op Open House, wat bij een overheidsopdracht wel het geval is. Zowel Open House alsmede een overheidsopdracht bevatten elementen die een kenmerkend onderdeel vormen van de opdracht. Concreet gezien, zien de verschillen er als volgt uit:

24

Open House: - er worden overeenkomsten gesloten tegen vooraf vastgestelde voorwaarden (er wordt geen exclusieve overeenkomst gesloten) - de voorwaarden bevatten geen gunningscriteria en daarmee geen selectie, met andere woorden mag de aanbestedende dienst de inschrijvingen niet vergelijken en rangschikken – andere soorten criteria zijn wel toegestaan, zoals geschiktheidseisen - tussentijdse toetreding is mogelijk, maar niet verplicht – voor zover sprake is van een grensoverschrijdend belang, moeten de beginselen in acht worden genomen –

Overheidsopdracht: - de Richtlijn 2014/24 en daarmee Aw 2012 zijn van toepassing - er is sprake van een gunningssysteem in de vorm van gunningscriteria – hieruit volgt een exclusieve overeenkomst

Op het moment dat binnen Open House toch nog een vorm van selectie plaatsvind, wordt de opdracht aangemerkt als een overheidsopdracht in de zin van het ‘overheidsopdrachtenrecht’ en geldt een aanbestedingsplicht.

* 1. eisen aan open house (in het sociaal domein) / DEELVRAAG III
		1. Korte terugblik

Op grond van de arresten Falk Pharma en Tirkkonen is geconcludeerd dat de Richtlijn 2014/24 en daarmee de Aw 2012 niet van toepassing zijn op Open House. Wanneer sprake is van een grensoverschrijdend belang, gelden nog wel de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Op grond hiervan kan geconcludeerd worden dat Open House een soepelere inkoopmethode is ten opzichte van het Europees aanbesteden (via het Zeeuws model).

* + 1. Grensoverschrijdend belang (in het sociaal domein)

Bij het vaststellen van een grensoverschrijdend belang, moet nagegaan worden of een opdracht in potentie interessant is voor marktpartijen uit andere lidstaten. Bij opdrachten onder de Europese drempelwaarde wordt vermoed dat buitenlandse ondernemers geen interesse hebben. Toch moeten ook deze opdrachten onderzocht worden op een grensoverschrijdend belang.[[65]](#footnote-65) Op 15 mei 2008 heeft het Hof in het arrest Belgacom objectieve aanknopingspunten vormgegeven voor het aannemen van een grensoverschrijdend belang.[[66]](#footnote-66) Voor wat betreft deze aanknopingspunten, wordt uitgegaan van een grensoverschrijdend belang indien: [[67]](#footnote-67)

* Opdrachten een hoge economische (bovendrempelige) waarde hebben. Indien de waarde van een opdracht dicht bij de Europese drempelwaarde ligt, vormt dit al een vermoeden voor de aanwezigheid van een grensoverschrijdend belang;
* De technische kenmerken van de opdracht een indicatie vormen voor de aanwezigheid van een grensoverschrijdend belang, zoals het ontbreken van een taalbarrière bij de aanbesteding;

25

* Opdrachten in een grensstreek uitgevoerd worden.
* Tot slot heeft het Europese Hof van Justitie hieraan toegevoegd dat de aanwezigheid van daadwerkelijke klachten van buitenlandse ondernemers leidt een grensoverschrijdend belang.[[68]](#footnote-68)

Ook in de Nederlandse rechtspraak is geoordeeld over het vaststellen van een grensoverschrijdend belang. Op 25 oktober 2016 heeft het Gerechtshof Den Haag geoordeeld dat voor het vaststellen van een grensoverschrijdend belang geen sprake hoeft te zijn van concrete interesse uit het buitenland.[[69]](#footnote-69) Daarentegen heeft het Gerechtshof Den Bosch geoordeeld dat wel sprake moet zijn van een concrete interesse. [[70]](#footnote-70) Op 13 februari 2018 heeft de Hoge Raad deze uitspraak behandeld en is het volgende aangegeven: *‘(…) dat voor het aannemen van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet is vereist dat komt vast te staan dat buitenlandse marktdeelnemers daadwerkelijk interesse hebben getoond.’* Hierbij zou de vraag of buitenlandse ondernemers geïnteresseerd kúnnen zijn in de opdracht beslissend zijn.[[71]](#footnote-71) De Advocaat-Generaal heeft geadviseerd tot vernietiging van de uitspraak van het Gerechtshof Den Bosch. De uiteindelijke beslissing zal nog afgewacht moeten worden.[[72]](#footnote-72)

In het geval van het sociaal domein, wordt de aanwezigheid van een grensoverschrijdend belang aangenomen, omdat de opdrachten binnen dit domein een hoge economische waarde hebben (zie aanknopingspunt 1 van het Hof). Bovendien gelden voor opdrachten uit het sociaal domein hogere Europese drempelwaarden in vergelijking met andere opdrachten.[[73]](#footnote-73) Omdat de hoge drempelwaarde vaak wordt overschreden, toont dit aan dat sprake is van een hoge economische waarde. Tot slot zijn bijvoorbeeld bij de aanbesteding Jeugdhulp ondernemers betrokken die hun werk ook uitoefenen in het buitenland, hetzij via een dochteronderneming.[[74]](#footnote-74) Zodoende zijn de algemene aanbestedingsbeginselen ook voor het sociaal domein van toepassing wanneer Open House toegepast wordt.

2.4.3 Nationale eisen

Wat betreft de nationale regels blijven de algemene beginselen van behoorlijk bestuur nog gelden, gezien de aanbestedende dienst nog altijd een overheidsinstelling is. Verder is, net zoals bij het aanbesteden van overheidsopdrachten, het civiele recht nog van toepassing, omdat de aanbestedende dienst contracten sluit met ondernemers door middel van aanbod en aanvaarding.

26

2.4.4 Versoepelingen

Zoals in paragraaf 2.4.1. van dit hoofdstuk is aangegeven, kan Open House gezien worden als een versoepeling ten opzichte van het Europees aanbesteden. Om deze versoepeling naar de praktijk te vertalen, volgen enkele onderdelen waarvan de aanbestedingsjuristen graag willen weten hoe de versoepeling zich bij deze onderdelen uit.

Zoals in de rechtsoverweging in de zaak Falk Pharma is aangegeven, hebben lidstaten een beoordelingsmarge om bij het vormgeven van Open House de nodige maatregelen te nemen om zo de beginselen te waarborgen. Gezien de recente aard van Open House gelden op nationaal niveau momenteel geen duidelijke richtsnoeren voor het vormgeven van Open House. Aan de hand van het wegvallen van de regels uit de Richtlijn 2014/24 en aan de hand van de toepassing van de algemene aanbestedingsbeginselen is onderzocht hoe Open House vormgegeven kan worden.

*Met betrekking tot aankondiging van de opdracht*

Zoals in paragraaf 2.2.5 van dit hoofdstuk is aangegeven, zijn aanbestedende diensten ingevolge art. 1.18 jo. art. 2.62 Aw 2012 verplicht om voor de aankondiging van de opdracht TenderNed te gebruiken. Via TenderNed is namelijk een formulier Aankondiging van de opdracht beschikbaar gesteld door de Europese Commissie. Door een aankondiging te doen op TenderNed, wordt deze automatisch doorgestuurd naar het Publicatiebureau van de Europese Commissie.[[75]](#footnote-75) Daarnaast kan de aanbestedende dienst op grond van art. 4.13 Aw 2012 ervoor kiezen om ook de inschrijvingen via TenderNed te laten verlopen. In ieder geval moet voor een veilig systeem gekozen worden.[[76]](#footnote-76)

Hoewel Open House een ongereglementeerde opdracht is (waarbij de richtlijn en daarmee de wet niet van toepassing zijn), blijft de aankondigingsplicht via TenderNed nog gelden. Op grond van het transparantiebeginsel dient voor ongereglementeerde opdrachten namelijk sprake te zijn van een passende mate van bekendmaking.[[77]](#footnote-77) Dit wordt onderlijnd in het Telaustria-arrest, waarin het Hof heeft geoordeeld dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd.[[78]](#footnote-78) In het Coname-arrest is hier nader uitleg over gegeven: met een passende mate van openbaarheid wordt bedoeld dat een overheidsinstelling voorafgaand aan het gunnen, ondernemers uit andere lidstaten in staat stelt toegang te verkrijgen tot alle relevante informatie over de opdracht. Op deze manier kunnen ondernemers mogelijk hun interesse voor de opdracht kenbaar maken.[[79]](#footnote-79) Bovendien is het op grond van het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel van belang dat alle ondernemers toegang hebben tot dezelfde gegevens van de aanbesteding. [[80]](#footnote-80) [[81]](#footnote-81) Hierbij speelt het level playing field een rol, wat een kenmerk is dat voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel.

27

Door het level playing field te waarborgen, wordt bij het gunnen van een opdracht een gelijk speelveld gecreëerd, waardoor geen sprake is van voorkennis bij ondernemers.[[82]](#footnote-82) [[83]](#footnote-83) Wat betreft de aanmeldingen op de aanbesteding is de aanbestedende dienst vrij te bepalen welk medium wordt gebruikt.

*Met betrekking tot een herstelmogelijkheid*

Zoals in paragraaf 2.2.7 van dit hoofdstuk is beschreven, mogen tijdens een aanbestedingsprocedure ondernemers slechts beperkt de mogelijkheid krijgen om fouten in de inschrijving te herstellen. Nu de Richtlijn 2014/24 en Aw 2012 niet van toepassing zijn, vervalt deze specifieke beperking. Concreet betekent dit dat niet alleen voor een eenvoudige precisering of een kennelijke materiële fout herstel geboden mag worden, maar ook in andere gevallen zoals het vergeten inleveren van een document. Op grond van het gelijkheidsbeginsel moet deze herstelmogelijkheid voor alle ondernemers gelijk zijn, Bovendien mag op grond van dit beginsel nog altijd geen sprake zijn van een nieuwe inschrijving.[[84]](#footnote-84) Van een nieuwe inschrijving is sprake wanneer een ondernemer bijvoorbeeld geen vormfout heeft gemaakt, maar inhoudelijk niet voldoet aan een voorwaarde en alsnog de gelegenheid krijgt hieraan te werken. In een Open House procedure kan de herstelmogelijkheid dus breder worden ingezet. Hoewel een gunningsbeslissing, zoals eerder aangegeven, geen besluit is in de zin van de Awb, zou hiermee een vergelijking getrokken kunnen worden met het bestuursrecht, waarin overheidsinstellingen een aanvrager van een beschikking de gelegenheid moet bieden om de aanvraag aan te vullen op grond van art. 4:5 Awb.[[85]](#footnote-85)

*Met betrekking tot de wezenlijke wijziging*

Zoals in paragraaf 2.2.7 van dit hoofdstuk is beschreven, is het in het aanbestedingsrecht beperkt mogelijk om wijzigingen in een contract aan te brengen zonder dat dit zal leiden tot een nieuwe aanbesteding. De specifieke aanbestedingsartikelen (art. 72 lid 4 Richtlijn 2014/24 jo. art. 2.163a tot en met art. 2.163g Aw 2012) waarin in uitzonderlijke gevallen wijzigingen mogelijk zijn, geldt bij Open House niet. Daarmee wordt binnen Open House meer ruimte geboden om wijzigingen aan te brengen in contracten. Toch is deze vrije ruimte niet onbeperkt, omdat op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel de wijzigingen gelijk moeten zijn voor alle ondernemers.

*Met betrekking tot de doorlooptijd*

Zoals in paragraaf 2.27 van dit hoofdstuk kort is beschreven, bedraagt de looptijd van een raamovereenkomst op grond van art. 2.140 Aw 2012 niet meer dan 4 jaar. Nu dit wetsartikel niet van toepassing is, kan geconcludeerd worden dat bij Open House geen beperking van 4 jaar geldt. Hierbij geldt in zekere mate een contractsvrijheid, maar op grond van het VWEU mag de markt voor het vrij

28

verkeer van goederen en diensten niet geblokkeerd worden door het hanteren van een te lange looptijd.[[86]](#footnote-86) [[87]](#footnote-87)

2.4.5 Deelconclusie

Open House is een verspoeling ten opzichte van het Europees aanbesteden. Voor wat betreft het sociaal domein gelden de algemene aanbestedingsbeginselen nog wel, omdat in het sociaal domein vrijwel altijd een grensoverschrijdend belang aangenomen kan worden. Dit heeft te maken met de hoge economische waarde van de opdrachten. Dit is een van de aanknopingspunten die het Hof heeft ontwikkeld voor het aannemen van een grensoverschrijdend belang. Naast deze beginselen gelden ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alsmede de regels die voortvloeien uit het civiele recht omtrent het sluiten van een overeenkomst. Hoewel momenteel nog geen duidelijke richtsnoeren bestaan voor de toepassing van Open House, hebben aanbestedende diensten aan de hand van een zekere beoordelingsmarge de mogelijkheid om de procedure vorm te geven, met inachtneming van de beginselen. Deze versoepeling kan zich uiten in verschillende onderdelen. Zo kan onder Open House een ruimere herstelmogelijkheid geboden worden, kunnen sneller wijzigingen in een overeenkomst aangebracht worden en kan de looptijd van een overeenkomst langer bedragen dan 4 jaar, zo lang de mededinging hierdoor niet in het geding komt. Wat betreft de publicatieplicht via TenderNed, blijft deze eis gelden. Wel hebben aanbestedende diensten de mogelijkheid een andere medium aan te wijzen voor de inschrijvingen.

29

## h.3 resultaten

3.1 iNleiding

Voor de beantwoording van de 2 praktijkgerichte deelvragen zijn ten eerste de aanbestedingen jeugdhulp en WMO geanalyseerd aan de hand van een dossieronderzoek. Vervolgens zijn de resultaten die uit de 4 interviews volgen beschreven.

* 1. Het verloop van het aanbesteden binnen het sociaal domein / deelvraag IV
		1. **Aanbesteding Jeugdhulp**

*3.2.1.1 Het onderzochte dossier*

De belangrijkste documenten uit het dossier van de aanbesteding jeugdhulp zijn de aanbestedingsleidraad, een moederbestand en een beoordelingsdocument. Verder bevat het dossier de gunnings- en afwijzingsbrieven die na de gunningsbeslissing zijn verstuurd. Dit zijn documenten die gewoonlijk bij elke aanbesteding aanwezig zijn. Zoals in paragraaf 2.2.5 van hoofdstuk 2 is beschreven, is de **aanbestedingsleidraad** het hoofddocument waarin de opdracht, de voorwaarden voor inschrijving en het verloop procedure zijn beschreven. Dit document heeft een officiële status. Hoewel bij iedere aanbesteding een aanbestedingsleidraad opgesteld moet worden, is de aard van de leidraad in algemene zin gelijk. Hiermee wordt bedoeld dat de opbouw en de tekst in grote lijnen vaak hetzelfde zijn, afhankelijk van de soort aanbesteding. Het moederbestand en het beoordelingsdocument zijn excel-bestanden. In het **moederdocument** is een overzicht opgenomen van alle binnengekomen inschrijvingen met de contactgegevens van ondernemers. Tijdens het beoordelen van inschrijvingen wordt het **beoordelingsdocument** opgesteld, waarin een overzicht is opgenomen van alle gegunde en niet-gegunde ondernemers. Hierin is per ondernemer beschreven welke fouten zijn gemaakt op de inschrijving. Anders dan de aanbestedingsleidraad, is het beoordelingsdocument vertrouwelijk en hebben derden hier geen zicht in. In de aanbestedingsleidraad is een checklist opgenomen van een groot aantal documenten die de ondernemers hebben moeten inleveren, zodat deze documenten getoetst kunnen worden aan de gestelde voorwaarden. Dit gaat om verschillende documenten. In Bijlage I.B.) van dit onderzoeksrapport heb ik in de linker kolom beschreven om welke documenten de aanbestedende dienst bij de aanbesteding jeugdhulp heeft gevraagd. Hier zal nog nader op in worden gegaan.

*3.2.1.2 Het doel van de aanbesteding*

Volgens de aanbestedingsleidraad heeft de aanbesteding Jeugdhulp 2018 betrekking op dienstverlening in het kader van Jeugdhulp, in de zin van art. 1.1 Jeugdwet. Het doel hierbij is het realiseren van passende kwalitatief goede zorg en ondersteuning voor jeugdigen en ouders/verzorgers. Dit wordt gerealiseerd door het sluiten van raamovereenkomsten.

30

*3.2.1.3 Uitslag van de aanbesteding jeugdhulp en de duur daarvan – BIJLAGE I.A.)*

In Bijlage I.A.) van dit onderzoeksrapport heb ik op basis van het beoordelingsdocument de uitslag van de aanbesteding schematisch weergegeven. Hieruit blijkt dat 119 instellingen en 98 vrijgevestigden zich hebben ingeschreven op de aanbesteding jeugdhulp.[[88]](#footnote-88) Onder de instellingen hebben 91 ondernemers een raamovereenkomst gegund gekregen en 28 ondernemers een afwijzingsbrief. Onder de vrijgevestigden hebben 83 ondernemers een raamovereenkomst gegund gekregen en 28 ondernemers een afwijzingsbrief. Verder heeft de aanbesteding jeugdhulp vanaf het moment van aankondiging van de opdracht tot aan de ingang van de looptijd van de raamovereenkomsten 3 à 4 maanden geduurd. Hiervoor is een planning weergegeven in de aanbestedingsleidraad.

*3.2.1.4 Het beoordelingssystematiek – BIJLAGE I.B.)*

In Bijlage I.B.) van dit onderzoeksrapport heb ik in de linker kolom beschreven welke voorwaarden de aanbestedende dienst heeft gesteld aan de inschrijving, zoals opgesteld in de aanbestedingsleidraad. In de rechter kolom heb ik vervolgens beschreven in hoeverre het stellen van deze voorwaarden conform de Richtlijn 2014/24 en Aw 2012 is. Zoals in paragraaf 2.2.6 van hoofdstuk 2 is beschreven, vragen aanbestedende diensten om verschillende bewijsstukken waarmee de inschrijver en de inschrijving getoetst kunnen worden aan de voorwaarden. Zoals in de bijlage is beschreven, zijn ten eerste voorwaarden gesteld die zien op een eventuele **uitsluiting** van ondernemers. Volgens de rechter kolom van de bijlage en volgens paragraaf 2.2.6 van hoofdstuk 2 kan ik concluderen dat het hanteren van uitsluitingsgronden in overeenstemming is met art. 56 lid 1 sub a en jo. lid 3 Richtlijn 2014/24 jo. art. 2.55 Aw 2012. (zie rechter kolom van Bijlage I.B.) voor volledige artikelen). Hierbij moeten ondernemers in het geval van een onvolledige of onjuiste inschrijving een herstelmogelijkheid geboden worden, mits dit herstel ziet op een eenvoudige precisering of kennelijk materiële fout.

Voor wat betreft de aanbesteding jeugdhulp is dit herstel ook geboden in enkele situaties. Een voorbeeld hiervan ziet op het alsnog aanvinken van een onderliggend vakje in een formulier.

Vervolgens heeft de aanbestedende dienst **geschiktheidseisen** gesteld. Op grond van de rechter kolom van de bijlage en paragraaf 2.2.6 van hoofdstuk 2 kan ik concluderen dat het hanteren van geschiktheidseisen in overeenstemming is met art. Richtlijn 2014/24 en art. 2.87 jo. art. 2.87a jo. art. 2.89 Aw 2012 (zie rechter kolom van Bijlage I.B.) voor volledige artikelen).

*3.2.1.5 Niet-gegunde ondernemers – BIJLAGE I.C.).*

In Bijlage I.A.) van dit onderzoeksrapport is gebleken dat 28 instellingen en 15 vrijgevestigden niet voor een raamovereenkomst in aanmerking zijn gekomen. In Bijlage I.C.) van dit onderzoeksrapport heb ik vervolgens schematisch per ondernemer beschreven op welke gronden deze ondernemer is afgevallen.

31

Dit schema heb ik opgesteld aan de hand van het beoordelingsdocument en de afwijzingsbrieven die de niet-gegunde ondernemers hebben ontvangen. Hierbij constateer ik dat de meest voorkomende reden voor afwijzing is, dat er sprake is van een **onvolledige inschrijving,** omdat gevraagde documenten niet zijn ingeleverd. Zoals eerder beschreven, biedt het aanbestedingsrecht hierin slechts beperkt een herstelmogelijkheid. Het alsnog inleveren van een (vergeten) document is dan ook verboden. Door dit herstel niet te bieden en ondernemers af te laten vallen, heeft de aanbestedende dienst gehandeld conform het aanbestedingsrecht. Dit heeft de aanbestedende dienst tevens vermeld in de afwijzingsbrieven: ‘*Vanzelfsprekend is ook bekeken of voornoemde gebreken vatbaar zijn voor herstel. Het gelijkheidsbeginsel laat dit echter niet toe.*’

Concreet gezien zijn onder de instellingen de meeste ondernemers afgevallen op de uitsluitingsgronden door geen **Gedragsverklaring** en/of **Verklaring Belastingdienst** in te leveren. Dit zou wellicht verklaard kunnen worden door het gegeven dat het aanvragen van deze documenten tijd kost. Bovendien hebben deze documenten een beperkte geldigheidsduur. Daarnaast zijn de meeste ondernemers ook afgevallen op de technische- en beroepsbekwaamheid (geschiktheidseis), omdat geen **ISO-certificaat of gelijkwaardig** is ingeleverd, of omdat een ander soort certificaat is ingeleverd waarbij de kwaliteit niet getoetst kan worden. Onder de vrijgevestigden zijn de meeste ondernemers afgevallen op de technische- en beroepsbekwaamheid omdat de **referentie** niet is ingeleverd. In enkele gevallen is een referentie ingeleverd, maar voldoet deze niet aan het minimum aantal gestelde uren (aan ervaring) of kunnen de uren niet herleid worden. In een enkel geval is een herstelmogelijkheid geboden, omdat onduidelijk was op welke percelen[[89]](#footnote-89) de geleverde referentie ziet. Echter heeft dit geen verduidelijk verschaft. In 2 gevallen hebben ondernemers zichzelf als referent opgegeven wat in strijd is met het doel van een referentie. Voor wat betreft de fouten op de referentie,

zou dit wellicht verklaard kunnen worden door het gegeven dat het om kleine ondernemers gaat die nog niet veel ervaring hebben opgedaan met betrekking tot de inhoud van deze aanbesteding. Tot slot heeft in een geval een ondernemer 0 documenten ingeleverd, dit kan verklaard worden door het gegeven dat deze ondernemer het proces van de aanbesteding niet goed heeft begrepen. Verder is in een aantal gevallen de Verklaring van Inschrijving niet ingeleverd. Welke reden hier achter zou kunnen zitten, lijkt naar mijn idee onduidelijk. Tot slot zijn in enkele gevallen documenten ingeleverd die zien op een andere soort aanbesteding. Dit lijkt verder niets te maken hebben met de gestelde voorwaarden in de aanbesteding jeugdhulp, maar slechts een onhandige fout. Voor het volledig overzicht, zie Bijlage I.C.).

*3.2.1.6 Verdere bijzonderheden in de aanbesteding jeugdhulp*

In de aanbestedingsleidraad van de aanbesteding jeugdhulp is beschreven dat ondernemers voldoende op de hoogte moeten zijn van het gebruik van TenderNed. In de praktijk is gebleken dat het gebruik hiervan nog vrij onduidelijk was voor ondernemers. De aanbestedende dienst heeft hier dan

32

ook vragen over moeten beantwoorden in de Nota van Inlichtingen. Hoewel onduidelijk is in hoeverre de aanbestedende dienst dit zelf ook als een last ervaart, kost het beantwoorden van dergelijke vragen wel tijd. Zo gaven ondernemers aan niet te weten wat zij in welk vakje moesten invullen en waar de documenten moesten worden geüpload.

*3.2.1.7 Tussenconclusie*

Naar aanleiding van het dossieronderzoek kan geconcludeerd worden dat de voorwaarden die de aanbestedende dienst heeft gesteld aan de inschrijvers en inschrijvingen, overeenkomen met hetgeen in de Richtlijn 2014/24 en Aw 2012 is geregeld. Hierbij heeft de aanbestedende dienst conform de wet slechts in beperkte gevallen een herstelmogelijkheid geboden, wat heeft geresulteerd in het aantal afgevallen ondernemers, omdat deze in de meeste gevallen een document niet hebben ingeleverd. Verder zijn de meeste niet-gegunde ondernemers afgevallen door een incomplete inschrijving. Hierbij zijn ook grote aantallen die door een onhandigheid niet-gegund zijn, wat niets te maken lijkt te hebben met de gestelde voorwaarden zelf.

* + 1. **Aanbesteding WMO**

*3.2.2.1 Het onderzochte dossier*

Zoals in paragraaf 3.1.1.1 is beschreven, zijn de aanbestedingsleidraad, het moederbestand en het beoordelingsbestand documenten die gewoonlijk bij elke aanbesteding aanwezig zijn. Zo ook bij de aanbesteding WMO. Paragraaf 3.2.1.1 is dan ook overeenkomstig van toepassing bij deze aanbesteding. In Bijlage II.B.) is een schematisch overzicht opgenomen van de documenten/bewijsstukken waar de aanbestedende dienst om heeft gevraagd. Vergeleken met de aanbesteding jeugdhulp, zijn bij de aanbesteding WMO dezelfde uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen gesteld. Ook zijn de inschrijvingen gecontroleerd op vormvereiste en volledigheid. In die zin kan reeds geconcludeerd worden dat Bijlage I.B.) en Bijlage II.B.) overeenkomen en dat beide aanbestedende diensten conform de Richtlijn 2014/24 en Aw 2012 hebben gehandeld. Ter illustratie is het schematisch overzicht voor de aanbesteding WMO ook opgenomen in de bijlage.

*3.2.2.2 Het doel van de aanbesteding*

Volgens de Aanbestedingsleidraad heeft de aanbesteding WMO 2017-2019 betrekking op de uitvoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning. Hierbij wordt een samenhangend pakket van voorzieningen in het kader van wonen, welzijn en zorg aangeboden aan burgers die beperkingen ondervinden, in de vorm van kwalitatief goede ondersteuning. Dit wordt gerealiseerd door het sluiten van raamovereenkomsten.

33

*3.2.2.3 Uitslag van de aanbesteding WMO en de duur daarvan – BIJLAGE II.A.)*

In Bijlage II.A.) van dit onderzoeksrapport heb ik op basis van het beoordelingsdocument de uitslag van de aanbesteding schematisch weergegeven. Hieruit blijkt dat 81 ondernemers zich hebben ingeschreven. Hierbij hebben 58 ondernemers een raamovereenkomst gegund gekregen, en 23 ondernemers een afwijzingsbrief. Verder heeft de aanbesteding WMO vanaf het moment van aankondiging van de opdracht tot aan de ingang van de looptijd van de raamovereenkomsten 6 maanden geduurd. Ook hier was een planning opgenomen in de aanbestedingsleidraad.

*3.2.2.4 Het beoordelingssystematiek – BIJLAGE II.B.)*In Bijlage II.B.) van dit onderzoeksrapport heb ik in de linker kolom beschreven welke voorwaarden de aanbestedende dienst heeft gesteld aan de inschrijving, zoals opgesteld in de aanbestedingsleidraad. In de rechter kolom heb ik vervolgens beschreven in hoeverre het stellen van deze voorwaarden conform de Richtlijn 2014/24 en Aw 2012 is. Zoals in paragraaf 3.2.1.1 beschreven, komen de gestelde voorwaarden exact overeen met de eisen die bij de aanbesteding jeugdhulp zijn gesteld. Bij deze aanbesteding heb ik uit het beoordelingsdocument niet kunnen opmaken in welke gevallen een herstelmogelijkheid is geboden, hier kan dan ook geen voorbeeld voor worden gegeven.

*3.2.2.5 Niet-gegunde ondernemers – BIJLAGE II.C.).*

In Bijlage II.A.) van dit onderzoeksrapport is gebleken dat 23 ondernemers niet voor een raamovereenkomst in aanmerking zijn gekomen. In Bijlage II.C.) van dit onderzoeksrapport heb ik vervolgens schematisch per ondernemer beschreven op welke gronden deze ondernemer is afgevallen. Dit schema heb ik opgesteld aan de hand van het beoordelingsdocument en de afwijzingsbrieven die de niet-gegunde ondernemers hebben ontvangen. Hierbij constateer ik dat ook hier de meest voorkomende reden voor het niet-gunnen te maken heeft met de **onvolledige inschrijvingen**, waarbij een herstelmogelijkheid slechts beperkt mogelijk is. Ook hier heeft de aanbestedende dienst dit vermeld in de afwijzingsbrieven: *‘Een veelvoorkomende vraag is of u nog de mogelijkheid heeft om het bovenstaande te herstellen. Het aanbestedingsrecht biedt in dit geval ons niet de mogelijkheid om dat te doen.’* Concreet gezien zijn de meeste ondernemers afgevallen op de technische- en beroepsbekwaamheid omdat geen referentie is ingeleverd. In enkele gevallen is de **referentie** ongeschikt, kan niet herleid worden hoeveel uren zijn gemaakt of ziet de referentie niet op de juiste werkzaamheden. In een enkel geval is een referentie ingeleverd waarvan het bestaan ouder is dan de onderneming zelf. In een geval als deze lijkt dit verder niets te maken hebben met hoe strikt de gestelde voorwaarden al dan niet ervaren worden door ondernemers. Op de referentie zijn dus om uiteenlopende redenen ondernemers afgevallen. Hoewel bij de aanbesteding jeugdhulp ook veel fouten zijn gemaakt op de referentie-eis, komt het bij de aanbesteding WMO vaker voor. Daar waar de fouten bij de aanbesteding WMO met name zien op de referentie,

34

zijn de fouten binnen de aanbesteding jeugdhulp meer verspreid over verschillende voorwaarden en bijbehorende documenten.

Waarom fouten op de referentie bij de aanbesteding WMO vaker spelen, lijkt naar mijn idee onduidelijk. Verder zijn ook bij deze aanbesteding gevallen waarin 0 documenten zijn ingeleverd. Voor een geheel overzicht van de gronden, zie overzicht Bijlage II.C.)

*3.2.2.6 Verdere bijzonderheden in de aanbesteding WMO-maatwerkarrangement*Ook bij deze aanbesteding is in de aanbestedingsleidraad opgenomen dat ondernemers voldoende op de hoogte moeten zijn van het gebruik van TenderNed. Uit de Nota van Inlichtingen is gebleken dat hier nog onduidelijkheid over was ontstaan. Zo gaven ondernemers aan dat zij niet ervaren zijn met het gebruik van TenderNed en niet zeker zijn of zij de inschrijving op de juiste wijze hebben ingediend.

*3.2.2.7 Tussenconclusie*

De voorwaarden die de aanbestedende dienst heeft gesteld aan de inschrijvers en inschrijvingen zijn gelijk aan de voorwaarden die bij de aanbesteding jeugdhulp zijn gesteld. Hiermee kan geconcludeerd worden dat ook bij deze aanbesteding de gestelde voorwaarden conform de Richtlijn 2014/2 en Aw 2012 zijn opgesteld. Dit kan te maken hebben met het gegeven dat voor beide sociale aanbestedingen het Zeeuws model onder het Europees aanbesteden is toegepast, waarbij naast de vormvereisten en volledigheid slechts de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen worden gehanteerd. Verder zijn in verhouding tot de aanbesteding jeugdhulp bij deze aanbesteding meer fouten gemaakt op de referentie. In algemene zin kan geconcludeerd worden dat beide aanbestedingen op gelijke wijze zijn verlopen.

35

3.3 Interviews deelvraag V

In het kader van het praktijkonderzoek zijn interviews afgelegd met personen die betrokken waren bij de aanbestedingen jeugdhulp en WMO. Op welke wijze deze personen waren betrokken, is beschreven in paragraaf 1.5.2 van van de inleiding. In het eerste deel van het interview is duidelijk geworden hoe de geïnterviewden het verloop van de aanbesteding hebben ervaren. In het tweede deel van het interview is de behoefte aan de toepassing van Open House in het sociaal domein onderzocht. Hiervoor zijn labels opgesteld die te vinden zijn in Bijlagen V en VI van dit onderzoeksrapport.

3.3.1 Interviews met betrokkenen bij de aanbesteding jeugdhulp

Deel 1

*Uitslag van de aanbesteding*

Uit de interviews is naar voren gekomen dat de geïnterviewden het liefst zien dat zoveel mogelijk ondernemers een raamovereenkomst gegund krijgen. Hierbij wordt het jammer gevonden dat er in totaal partijen 43 zijn afgevallen bij de aanbesteding jeugdhulp. Tegelijkertijd weten de geïnterviewden dit te verklaren vanwege het feit dat het aanbesteden binnen het sociaal domein vrij nieuw is en dat ondernemers (zorgaanbieders in dit geval) het aanbesteden niet gewend zijn. Verder voegt geïnterviewde 2 hieraan toe dat het aanbestedingsrecht zodanig is vormgegeven, dat de aanbestedende dienst niet anders kon dan deze ondernemers af te wijzen. Hiermee lijkt de geïnterviewde te wijzen op de beperkte herstelmogelijkheid die het aanbestedingsrecht biedt.

*Het belang van de laagdrempeligheid van het contracteren*

Wat betreft de laagdrempeligheid voor het contracteren van ondernemers, vinden de geïnterviewden het in zekere mate belangrijk dat deze drempel laag is. Zij vinden echter dat de laagdrempeligheid niet ten koste mag gaan van de kwaliteit van de jeugdhulp die de ondernemers bieden. Geïnterviewde 1 voegt hieraan toe dat deze kwaliteit gewaarborgd kan blijven door het wellicht hanteren van minimale eisen en uitsluitingsgronden. Geïnterviewde 2 maakt een duidelijk onderscheid tussen de laagdrempeligheid ten aanzien van de kwaliteitseisen en de laagdrempeligheid ten aanzien van administratieve fouten. Voor wat betreft dit laatste, vindt geïnterviewde 2 dat het vergroten van de laagdrempeligheid hier fijn zou zijn. Dit zou betekenen dat de aanbestedende dienst coulanter optreedt in het geval van een administratieve fout bij een ondernemer. De geïnterviewden hechten dus veel waarde aan de kwaliteit van de jeugdhulp.

*Duur van de aanbestedingsprocedure*

Voor wat betreft de duur van de aanbestedingsprocedure bleek uit het dossieronderzoek dat deze buiten de voorbereiding om 3 à 4 maanden heeft geduurd. Met het oog op deze duur geven de geïnterviewden toe dat bij de aanbesteding sprake was van tijdsgebrek. Geïnterviewde 1 merkt hierbij op dat de duur in principe een normale doorlooptijd is voor aanbestedingen,

36

maar dat de aanbestedende dienst met het oog op wat er gedaan moest worden, meer tijd nodig had. Het feit dat de aanbestedende dienst de aanbesteding binnen 3 à 4 maanden heeft afgerond, ziet geïnterviewde 1 dan ook als een mooie prestatie. Geïnterviewde 2 voegt hieraan toe dat gezien de omvang van de inschrijvingen en vragen van ondernemers over de aanbesteding, het beter geweest zou zijn als er meer tijd was.

*De beperkte herstelmogelijkheid binnen het aanbestedingsrecht*

Geïnterviewde 1 is van mening dat het bieden van een ruimere herstelmogelijkheid prettig zou zijn, omdat het aantal zorgaanbieders niet beperkt wordt en hiermee wachtlijsten voor jeugdhulp worden voorkomen. Daartegenover vindt geïnterviewde 1 dat deze herstelmogelijkheid dan gelijk moet zijn voor alle ondernemers, maar dat het waarborgen van de gelijkheid vrij lastig lijkt ten opzichte van de ondernemers die hun inschrijving wel goed hebben ingediend. Geïnterviewde 2 is van mening dat de verantwoordelijkheid om een correcte inschrijving in te dienen enerzijds bij de ondernemers ligt en wijst erop dat het stellen van de voorwaarden rechtmatig is. Aan de andere zou geïnterviewde 2 het prettig vinden wanneer in het geval van onbedoelde onhandigheid bij ondernemers de herstelmogelijkheid ook van toepassing zou worden verklaard. Hiermee vergeleken, lijkt geïnterviewde wat voorzichtiger te staan tegenover een ruimere herstelmogelijkheid, maar erkent het belang hiervan op de markt.

*Het belang van het hanteren van duidelijke termijnen binnen de aanbestedingsprocedures voor het leveren van de gevraagde documenten*

De geïnterviewden vinden het voor de werkbaarheid van de procedure belangrijk dat er duidelijke en strakke termijnen worden gehanteerd voor wat betreft het ontvangen van gevraagde documenten. Geïnterviewde 2 voegt hier echter aan toe dat het begrijpelijk is dat de termijnen kunnen knellen voor ondernemers op het moment dat zij nog bezig zijn met de aanvraag van een document, zoals de Verklaring Belastingdienst.

*Vanuit het oogpunt van ondernemers: de administratieve last en het gebruik van TenderNed*

Voor wat betreft de administratieve last erkennen de geïnterviewden dat dit veel en complex kan zijn. Geïnterviewde 1 benadrukt hierbij dat ondernemers soms veel moeite kunnen doen voor een inschrijving, maar uiteindelijk niet gegund worden door een kleine fout. Daar waar geïnterviewde 1 een ruimere herstelmogelijkheid wel prima leek, lijkt de behoefte hieraan door deze vraag groter.

Geïnterviewde 2 voegt hierbij echter aan toe dat de aanbestedende dienst wel het recht heeft om voorwaarden te stellen. Met dit gegeven lijkt de administratieve last onvermijdelijk. Voor wat betreft het gebruik van TenderNed zijn de geïnterviewden niet bekend met hoe dit aan de kant van de ondernemers werkt. Geïnterviewde 2 voegt hieraan toe dat begrijpelijk is dat ondernemers binnen het sociaal domein dit als lastig ervaren, omdat zij zich gewoonlijk bezig houden met het verlenen van zorg. Bovendien is niet iedereen digitaal vaardig.

37

*Overige strikte onderdelen in de aanbesteding*

Op de vraag of er verder nog onnodig strikte onderdelen waren in de aanbesteding, geeft geïnterviewde 1 aan dat het aanbestedingsrecht in het geheel strikt is. Dit is volgens geïnterviewde echter niet voor niets, maar juist om de gelijkheid binnen de procedure te waarborgen. Geïnterviewde 2 is van mening dat het aanbestedingsrecht zodanig strikt is dat dit niet alleen de vrije ruimte beperkt, maar ook de mogelijkheid om bepaalde eisen op een andere manier te stellen. Volgens geïnterviewde 2 is het lastig om de kwaliteitseis bijvoorbeeld op een zodanige manier te formuleren, zonder dat de gelijkheid in het geding komt. Dit heeft te maken met de eis ‘ISO-certificaat of gelijkwaardig’[[90]](#footnote-90) dat de aanbestedende dienst in de aanbestedingsleidraad heeft opgenomen. Het ‘gelijkwaardig’ vindt de geïnterviewde te soepel. Interessant hierbij is dat geïnterviewde 1 het gelijkheidsbeginsel van groot belang vindt en dat geïnterviewde 2 dit, ondanks de gewichtigheid hiervan, dit beginsel in zekere zin als strikt ervaart.

Deel 2

*Bekend met Open House?*

De geïnterviewden weten dat door middel van Open House contracten kunnen worden afgesloten met alle ondernemers die aan bepaalde eisen voldoen. Geïnterviewde 1 voegt hieraan toe dat dit voor opdrachten waar men veel opdrachtnemers wil, ideaal lijkt. De geïnterviewden zien echter nog niet waar de versoepelingen van Open House liggen. Volgens geïnterviewde 2 is het Zeeuws model dat bij de aanbesteding jeugdhulp is toegepast, al vrij soepel.

*Het belang van de tussentijdse toetreding*

Geïnterviewde 1 vindt dat een tussentijdse toetreding in principe niet uitmaakt, maar erkent wel dat dit gunstig kan zijn voor ondernemers. Gezien Open House al een open systeem is, vindt de geïnterviewde dat het reguleren van de toetreding (tot bijvoorbeeld 1 of 2 keer per jaar) niet nodig zou zijn. Het maken van duidelijke afspraken omtrent de nakoming is hierbij wel van belang.

Geïnterviewde 2 vindt een tussentijdse toetreding gunstig, zolang nog wel aan dezelfde voorwaarden wordt voldaan door alle ondernemers. Daartegenover kan het volgens geïnterviewde 2 voor het contractenmanagement lastig zijn alle contracten te beheren en is het ook voor de verwijzers[[91]](#footnote-91) lastig een overzicht te behouden van welke nieuwe ondernemers er bijkomen. Volgens geïnterviewde 2 zou hier iets voor bedacht moeten worden.

*Het belang van het gebruik van TenderNed*

Geïnterviewde 1 erkent dat het niet gebruiken van TenderNed wellicht de stress weg kan nemen bij inschrijvers. Desondanks biedt TenderNed voor de aanbestedende dienst wel een goed overzicht van alle inschrijvingen. Op het moment dat voor een alternatief medium wordt gekozen, zal dit de nodige denkwerk vragen inzake de aanpak volgens geïnterviewde 1.

38

Ook geïnterviewde 2 vindt dat het niet gebruiken van TenderNed gunstig zou zijn voor ondernemers. Als alternatief wordt NegoMetrix benoemd, omdat in dit medium bij inschrijvingen wordt voorkomen dat bepaalde documenten worden vergeten.

*Langere looptijd van de overeenkomst gunstig?*

Geïnterviewde 1 geeft aan dat een langere looptijd van de overeenkomst rust en zekerheid kan bieden, maar dat hiermee ook innovatieve ontwikkelingen worden uitgesloten. Geïnterviewde 2 geeft aan dat de gewone looptijd van 4 jaar al vrij lang is en erkent tevens dat met een langere looptijd nieuwe ontwikkelingen worden uitgesloten, terwijl het sociaal domein vrij dynamisch is. In het geval van een langere looptijd vindt geïnterviewde wel dat er een wijzigingsmogelijkheid van het contract aanwezig zou moeten zijn.

*Behoefte aan wijzigingen in het contract*

De geïnterviewden geven aan dat er inderdaad een behoefte bestaat om wijzigingen in een contract aan te brengen. Geïnterviewde 1 merkt hierbij op dat deze behoefte ook bij de ondernemers aanwezig is.

*Voorstander Open House?*

Geïnterviewde 1 is een voorstander van Open House, omdat dan minder beperkende regels gelden. Wel merkt de geïnterviewde op dat het toelaten van meer ondernemers tot meer papierwerk kan leiden bij de gemeente. Ook geïnterviewde 2 is een voorstander van Open House, in die zin dat dit toch een versoepeling zou kunnen zijn ten opzichte van het Zeeuws model.

**3.3.2 WMO**

Deel 1

*Uitslag van de aanbesteding*

Voor wat betreft de uitslag van de aanbesteding, is geïnterviewde 1 niet verrast. Geïnterviewde 1 geeft hierbij aan dat wanneer de aanbestedende dienst strengere eisen had gesteld, er zelfs meer ondernemers zouden komen af te vallen. Hiermee lijkt de geïnterviewde de eisen die gesteld zijn in het Zeeuws model al soepel te vinden. Geïnterviewde 2 had graag gezien dat meer ondernemers een raamovereenkomst gegund kregen. Geïnterviewde 2 vindt dit belangrijk, omdat bij niet-gunning binnen de WMO ondernemers hun cliëntenbestand kwijt kunnen raken. Cliënten zullen dan naar een andere organisatie moeten en raken daarmee de vertrouwelijke omgeving kwijt.

*Het belang van de laagdrempeligheid van het contracteren*

Geïnterviewde is van mening dat wanneer zoveel mogelijk ondernemers gecontracteerd worden, dit met name gunstig is voor cliënten, zodat zij een ruim keuzeaanbod hebben bij het uitzoeken van hulp. Voor de gemeente zelf is het echter wel de vraag in hoeverre het handig is om zoveel mogelijk

39

ondernemers te gunnen, omdat dit meer werk betekent voor de gemeente.

Hier lijkt een afweging in te worden gemaakt. Geïnterviewde 1 zet zelf het belang van de cliënt voorop. Ook geïnterviewde 2 vindt een ruim keuzeaanbod voor cliënten belangrijk, zodat dit eventuele wachtlijsten voorkomt. Verder is geïnterviewde 2 van mening dat voor wat betreft de laagdrempeligheid, nog wel kritisch gekeken mag worden naar de ondernemers die gegund kunnen worden.

*Duur van de aanbestedingsprocedure*

De geïnterviewden geven aan dat met name de voorbereiding van de aanbesteding veel tijd heeft gekost. Geïnterviewde 1 geeft aan dat de aanbestedende dienst hier vrij vroeg mee was begonnen en daardoor ook ruim op tijd was met het afronden van de aanbesteding. Er is met name de tijd genomen voor het beantwoorden van de Nota van Inlichtingen. Geïnterviewde 2 geeft aan dat de duur vrij lang is, maar tegelijkertijd onvermijdelijk door het aantal inschrijvingen. Hierbij is een kortere aanbestedingsduur per definitie niet beter.

*De beperkte herstelmogelijkheid binnen het aanbestedingsrecht*

Geïnterviewde 1 vindt dat men zich bewust moet zijn dat het aanbesteden binnen het sociaal domein nieuw is, waardoor sneller fouten gemaakt kunnen worden op de inschrijving. Hierbij vindt de geïnterviewde het jammer wanneer een goede ondernemer die veel betekent voor cliënten door een vergeten document niet wordt gegund. Bovendien voelt het verplaatsen van grote aantallen cliënten naar een andere zorginstelling niet goed volgens de geïnterviewde. Ook geïnterviewde 2 ziet graag een ruimere herstelmogelijkheid, waarbij ondernemers die iets zijn vergeten dit alsnog kunnen inleveren. Als voorbeeld spreekt de geïnterviewde van de Verklaring Belastingdienst. Het gegeven dat hier fouten op worden gemaakt, heeft volgens de geïnterviewde te maken met de belastingdienst zelf die herhaaldelijk de verkeerde verklaringen verstrekt, die niets te maken hebben met de eis van de aanbesteding. Tot slot vindt geïnterviewde 2 het belangrijk dat de inschrijving niet wordt veranderd of dat er een nieuwe inschrijving wordt gedaan. Dit is in lijn met het gelijkheidsbeginsel wat bij Open House ook niet toegestaan zou zijn.

*Het belang van het hanteren van duidelijke termijnen binnen de aanbestedingsprocedures voor het leveren van de gevraagde documenten*

Geïnterviewde 1 geeft aan dat het belangrijk is dat er controle wordt uitgeoefend op de termijnen. Hierbij zou eventueel een contract gesloten kunnen worden met een ontbindende voorwaarde, maar dit zou de nodige werk kunnen kosten. Hiermee biedt de geïnterviewde een mogelijke oplossen voor het versoepelen van de termijnen, maar erkent dat dit werk zou kosten voor de aanbestedende dienst.

Geïnterviewde 2 vindt dat het organisatorisch gezien belangrijk is dat duidelijke termijnen worden gehanteerd. Hiermee lijkt de geïnterviewde weinig behoefte te hebben aan een versoepeling van de termijnen.

40

*Vanuit het oogpunt van ondernemers: de administratieve last*

De geïnterviewden erkennen dat ondernemers moeite kunnen hebben met het aanbesteden, gezien de onervarenheid. De kans dat fouten worden gemaakt is daarmee reëel. Vaak lijken ondernemers het werk ook te onderschatten volgens geïnterviewde 2.

*Overige strikte onderdelen in de aanbesteding*

Bij de vraag of de geïnterviewden verder nog iets onnodig strikt vonden in de aanbesteding, is door geïnterviewde 1 aangegeven dat het aanbestedingsrecht is zoals het is. Hiermee lijkt de geïnterviewde het belang van de strikte wet- en regelgeving in te zien. Geïnterviewde 2 benadrukt dat door de strikte aanbestedingsregels ondernemers haast gedwongen zijn om mankracht vrij te maken voor het volgen van de aanbestedingsprocedure. De geïnterviewde lijkt dit onredelijk te vinden.

Deel 2:

*Bekend met Open House?*

Geïnterviewde 1 geeft aan vooral benieuwd te zijn of Open House gunstiger zal zijn voor cliënten, ten opzichte van het Europees aanbesteden (Zeeuws model). Geïnterviewde 2 is bekend met het idee van een versoepeling en heeft hier ook behoefte aan.

*Het belang van de tussentijdse toetreding*

Volgens geïnterviewde 1 bestaat de behoefte aan een tussentijdse toetreding met name onder de ondernemers. Het laten toetreden van nieuwe ondernemers kan daarbij verfrissend zijn. Geïnterviewde 2 geeft aan dat dit voor het contractmanagement echter veel werk oplevert. Volgens geïnterviewde 2 moet dit organisatorisch haalbaar zijn, omdat de inschrijvingen op dezelfde wijze getoetst moeten worden en het de vraag is of de mankracht daar altijd voor aanwezig zal zijn. Tussentijdse toetreding reguleren zou verder wel fijn zijn. Hierbij lijkt een afweging gemaakt te moeten worden.

*Het belang van het gebruik van TenderNed*

Voor wat betreft het gebruik van TenderNed lijkt het geïnterviewde 1 niet zoveel uit te maken.

Geïnterviewde 2 geeft aan dat als alternatief eventueel e-mails met bijlagen verstuurd kunnen worden. Hiermee lijkt een afweging gemaakt te moeten worden tussen het belang van de aanbestedende dienst en die van de ondernemers.

*Langere looptijd van de overeenkomst gunstig?*

Volgens geïnterviewde 1 zou een langere looptijd gunstig zijn voor een goede implementatie van de gegunde opdracht. Bovendien creëert een langere looptijd zekerheid voor ondernemers en het personeel onder de ondernemingen. Geïnterviewde 1 ziet hier verder geen nadelen in. Geïnterviewde 2 geeft aan dat een langere looptijd met name gunstig is voor cliënten, maar gezien de dynamische aard van het sociaal domein lijkt het niet verstandig om een contract voor een langere duur op te

41

stellen.

*Behoefte aan wijzigingen in het contract*

Volgens geïnterviewde 1 zou in geval van een langere looptijd, zoals in het voorgaande in beschreven, wel de behoefte bestaan aan de mogelijkheid om wijzigingen in een contract aan te brengen. Geïnterviewde 2 geeft aan dat er behoefte is aan een mogelijkheid om wijzigen door te voeren in het contract, maar dat dit op een manier geregeld moet worden zonder dat ondernemers met de wijzigingen geconfronteerd worden.

*Voorstander Open House?*

Geïnterviewde 1 geeft aan dat zowel voor- en nadelen van toepassing kunnen zijn bij Open House. De nadelen zitten met name in de hoeveelheid werk voor gemeenten. Geïnterviewde 2 staat daartegenover open voor Open House en geeft aan behoefte te hebben aan een versoepeling.

* 1. Deelconclusie

Bij **de aanbesteding jeugdhulp** vinden de geïnterviewden het belangrijk dat zoveel mogelijk ondernemers een raamovereenkomst gegund krijgen, omdat dit vanwege de aard van het sociaal domein wenselijk is. Voor wat betreft de laagdrempeligheid van het contracteren van ondernemers vinden de geïnterviewden het belangrijk dat er een kwalitatieve drempel is en dat de gelijkheid gewaarborgd blijft. Het behouden van de geschiktheidseisen inzake de kwaliteit lijkt hierdoor belangrijk. Daartegenover zou de laagdrempeligheid met name gunstig zijn voor cliënten omdat wachtlijsten hierdoor voorkomen worden. Het feit dat er ondernemers niet gegund zijn, heeft volgens hen ten eerste te maken met het gegeven dat het aanbesteden binnen het sociaal domein nieuw is en ondernemers niet gewend zijn aan het aanbesteden. Ten tweede heeft het te maken met de beperkte herstelmogelijkheid op het moment dat ondernemers fouten in de inschrijving maken. Een ruimere herstelmogelijkheid in het kader van deze laagdrempeligheid is volgens de geïnterviewden prettig in het geval van administratieve en onhandige fouten. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie waarin enkele ondernemers 0 documenten hebben ingeleverd. Verder lijkt een behoefte aan het wijzigen van de duur van de aanbesteding en de termijnen voor het inleveren van documenten niet te bestaan. Toch was het volgens de geïnterviewden handiger als de aanbesteding eerder werd gestart. Voorts erkennen de geïnterviewden dat het gebruik van TenderNed lastig kan zijn voor ondernemers en dat er mogelijke alternatieven zijn. Hier lijkt een afweging in te moeten worden gemaakt. Wat betreft de overige mogelijkheden van Open House kan dit meer werk kosten voor de gemeente. Hierdoor moet met enkele zaken rekening worden gehouden en dient er een gemaakt te moeten worden.[[92]](#footnote-92)

42

Bij de **aanbesteding WMO** vinden de geïnterviewden het ook belangrijk dat zoveel mogelijk ondernemers een raamovereenkomst gegund krijgen. Daar waar bij jeugdhulp slechts wordt g

esproken van het voorkomen van een langere wachttijd, hebben de geïnterviewden hier aangegeven dat het niet gunstig is om als ondernemer de opdracht niet te verkrijgen en de cliëntenbestand hierdoor kwijt te raken. Als gevolg hiervan raken cliënten de vertrouwde hulp kwijt en zullen elders geplaatst moeten worden. Ook hier lijkt een behoefte aan het wijzigen van de duur van de aanbesteding en de termijnen voor het inleveren van documenten niet te bestaan. Verder zien de geïnterviewden graag een ruimere herstelmogelijkheid, omdat het maken van fouten door ondernemers in het sociaal domein onvermijdelijk is. Hiermee lijkt geconcludeerd te worden dat de fouten zien op onervarenheid en onhandigheid, zoals het vergeten van documenten. Hoewel blijkens het dossieronderzoek ook fouten zijn gemaakt op de geschiktheid, wordt van een herstelmogelijkheid hierbij niet gesproken. Opmerkelijk is dat geïnterviewde 2 hieraan toevoegt dat het niet altijd de onhandigheid of schuld van de ondernemer is, omdat bijvoorbeeld bekend is dat de belastingdienst vaak zelf verkeerde verklaringen aanlevert. Hiermee zou wellicht een overweging gemaakt moeten worden of de Verklaring Belastingdienst geschrapt zou moeten worden. De geïnterviewden erkennen de administratieve last bij ondernemers, maar in hoeverre dit weggenomen kan worden blijft onduidelijk. Ook hier dient voor wat betreft de mogelijkheden van Open House een afweging te moeten worden gemaakt of deze versoepelingen daadwerkelijk ingevoerd zouden moeten worden.[[93]](#footnote-93)

In de 4 interviews is een duidelijk lijn te vinden met betrekking tot een behoefte aan een ruimere herstelmogelijkheid. Tegelijkertijd hechten de geïnterviewden waarde aan de kwaliteit van de inschrijvingen

43

## H.5 Conclusie

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van het beschreven juridisch kader en de resultaten antwoord gegeven op de centrale vraag. Op deze manier wordt inzicht verschaft in de rechtmatigheid en toepassing van Open House. De centrale vraag luidt als volgt: ‘*Welk advies kan aan de gemeente x worden gegeven over de vraag wanneer gebruik gemaakt kan worden van Open House als mogelijk alternatief voor het aanbesteden in het sociaal domein op grond van wetsanalyse, literatuur, jurisprudentieonderzoek, dossieronderzoek en interviews?’*

**Conclusie uit het juridisch kader** **/ literatuur- en jurisprudentieonderzoek**

Voor het aanbesteden onder de Richtlijn 2014/24 en Aw 2012 gelden vaste regels. Een aanbestedingsprocedure loopt conform de wet- en regelgeving waarbij voorwaarden aanbestedende diensten voorwaarden aan de inschrijvingen kunnen stellen. Hierbij is het aanbestedingsrecht bijvoorbeeld strikt in het bieden van een herstelmogelijkheid, omdat dit in uitzonderlijke gevallen kan. Bovendien is het beperkt mogelijk om wijzingen in een contract aan te brengen, omdat dit niet mag leiden tot een nieuwe opdracht. Verder is uit het juridisch kader gebleken dat Open House een rechtmatig alternatief inkoopmodel is. Het Hof heeft hierbij geoordeeld dat Open House duidelijk verschilt van een overheidsopdracht en daarmee het aanbesteden. De meest belangrijke kenmerk is het ontbreken van een selectie die de aanbestedende dienst maakt. Verder is een tussentijdse toetreding mogelijk bij Open House, maar niet verplicht. Bij Open House gelden de regels uit de Richtlijn 2014/24 en Aw 2012 niet, maar wel de beginselen voor zover sprake is van een grensoverschrijdend belang. Gezien de hoge economische waarde van opdrachten in het sociaal domein kan een grensoverschrijdend belang aangenomen worden volgens vaste rechtspraak. Tot slot is uit het juridisch kader gebleken dat Open House een versoepeling is ten opzichte van het aanbesteden. Deze versoepeling uit zich in verschillende mogelijkheden zoals bijvoorbeeld het bieden van een ruimere herstelmogelijk of het langer laten doorlopen van de overeenkomst. Hoewel de wijziging van de Richtlijn 2014/24 de flexibiliteit van de procedures centraal heeft staan, wordt het aanbestedingsrecht nog altijd als strikt ervaren door geïnterviewden. Dit heeft zich ook geuit in de beoordelingen in de 2 aanbestedingen.

**Conclusie uit de resultaten / dossieronderzoek en interviews**

Uit het dossieronderzoek is gebleken dat in beide aanbestedingen fouten zijn gemaakt op de volledigheid van de inschrijvingen. Zo zijn veel ondernemers vergeten een document in te leveren wat volgens het aanbestedingsrecht fataal is. In andere gevallen bleken ondernemers ongeschikt te zijn. Beide gevallen lijken niet te verwijten zijn aan de voorwaarden die de aanbestedende dienst heeft gesteld, maar aan een gebrek aan ervaring en de beperkte herstelmogelijkheid. Dit is tevens bevestigd in de interviews voor zowel de aanbesteding jeugdhulp als WMO. Blijkens interviews gaven alle geïnterviewden aan dat het daarom prettig zou zijn om zoveel mogelijk ondernemers te contracteren. Hierdoor is een ruimere herstelmogelijkheid

44

wenselijk maar wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen administratieve fouten en inhoudelijke kwalitatieve fouten. Zoals uit de interviews is gebleken bestaat er wel een behoefte aan Open House, maar wat betreft het vormgeven van de mogelijkheden zal hierbij het een en ander afgewogen moeten worden.

**Beantwoording van de centrale vraag**

Het doel van dit onderzoek is het verschaffen van inzicht in de rechtmatigheid en toepassing van Open House in het sociaal domein. Uit het onderzoek blijkt dat Open House tegenwoordig als een **rechtmatig** inkoopmodel wordt gezien. Open House bevat bepaalde elementen zoals beschreven in paragraaf 2.3.4 van hoofdstuk 2. Om Open House te kunnen toepassen, moeten deze **elementen aanwezig zijn**. Belangrijk is dat het element ‘selectie’ niet aanwezig mag zijn, omdat anders sprake is van een overheidsopdracht waardoor toch aanbesteed moet worden. Verder hebben aanbestedende diensten de **vrije ruimte** om Open House op een eigen wijze vorm te geven, zolang de aanbestedingsbeginselen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het civiele recht in acht worden genomen. Open House **leent zich goed voor opdrachten** binnen het sociaal domein, omdat ondernemers binnen het sociaal domein niet gewend zijn aan het aanbesteden en sneller fouten kunnen maken met als gevolg geen gunning. Met name met betrekking tot de ruimere herstelmogelijkheid, zijn aanbestedende diensten dan ook in de gelegenheid om meer ondernemers te kunnen contracteren. Dit voorkomt lange wachttijden en overplaatsing van cliënten. In algemene zin kan geconcludeerd worden dat hoewel Open House en Zeeuws model in beginsel overeenkomen, Open House soepeler is vanwege het buiten toepassing verklaren van de Richtlijn 2014/24 en Aw 2012.

45

## H.6 AANBEVELINGEN

Naar aanleiding van het onderzoek naar de toepassing van Open House in het sociaal domein, doe ik een aantal aanbevelingen met betrekking tot de mogelijkheden voor het vormgeven van Open House. Deze worden ook beschreven in de vorm van aandachtspunten. Het verdient de aanbeveling om als aanbestedende dienst deze aandachtspunten mee te nemen in de voorbereiding van Open House, mocht uiteindelijk voor dit inkoopmodel gekozen worden. Uit het onderzoek is gebleken dat Open House gunstig is voor de aard van het sociaal domein. Daarom verdient het de aanbeveling om Open House inderdaad toe te passen. Voor wat betreft de opzet van Open House, raad ik aan om de procedure van het Zeeuws model aan te houden, omdat dit de nodige werk en moeite zal besparen. Neem in de overeenkomst echter bepalingen op die zien op de versoepeling bij Open House. Houd hierbij altijd de beginselen in acht. Omdat Open House vrij recent is verdient het ook de aanbeveling om de ontwikkelingen rondom Open House goed in de gaten te houden. Eventueel kan een vervolgonderzoek plaatsvinden op het moment dat meer informatie beschikbaar is. Voor nu moet rekening worden gehouden met de volgende aandachtspunten:

* Houd rekening met het gegeven dat meer ondernemers gunnen, ook meer werk voor de gemeente en met name het contractmanagement kan betekenen. Hier moet een afweging in worden gemaakt, maar het verdient met name de aanbeveling om naar de effectiviteit van Open House te kijken: het uitbreiden van de aanbod aan zorgaanbieders;
* Maak een afweging tussen het gebruik van TenderNed en een alternatief medium. Denk hierbij voorbeeld na over het overstappen naar Negometrix, dit is evenals TenderNed een veilig systeem met het verschil dat het systeem waakt wordt voor onvolledige inschrijvingen. Onvermijdelijk is dat het voor de ondernemers weer wennen zal zijn;
* Maak een afweging tussen het hanteren van een langere contractduur en het aanhouden van de duur van 4 jaar, zoals bij het Zeeuws model. Gezien de dynamische aard van Open House lijkt een langere looptijd niet gunstig, maar met het inbouwen van een wijzigingsmogelijkheid in het contract kan dit voor de nodige flexibiliteit zorgen. Deze mogelijkheid moet wel zodanig worden opgenomen, dat ondernemers er niet mee geconfronteerd worden;
* Denk goed na over de voorwaarden die gesteld moeten worden aan inschrijvingen. Hier geldt een vrije ruimte, maar waak ervoor dat deze uiteindelijk niet weer strikt zijn. Hierbij kan bijvoorbeeld een afweging worden gemaakt om de referentie weg te laten, gezien hier veel fouten op zijn gemaakt en dit in een keer een hoop gedoe wegneemt;
* Vermijd te allen tijde dat er enige vorm van selectie plaatsvindt of onderhandelingen met ondernemers. Dit is in strijd met het doel van Open House;
* Maak een afweging voor de toepassen van de tussentijdse toetreding. Gezien de aard van Open House is het gunstig dit door te voeren, maar organisatorisch gezien moet worden nagedacht over de exacte aanpak, voor zowel het contractmanagement als de verwijzers naar zorg.

46

## Bronnenlijst

**Literatuur**

* **Bergevoet, NTER 2008, afl. 4**
J.W.A. Bergevoet, ‘De toepassing van het transparantiebeginsel bij niet-gereglementeerde opdrachten nader beschouwd’, NTER 2008, afl. 4, p. 113-118
* **Essers & Lombert 2017**

M.J.J.M. Essers & C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden – Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid,* Amsterdam: Vakmedianet 2017.

* **Hessel 2016**

B. Hessel, *Het recht van de EU voor decentrale overheden: een praktische handleiding voor Europabewuste provincies en gemeenten,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016.

* **Huzen & Wormsbecher 2015**

I.M. Huzen & M. Wormsbecher, *Praktisch Europees Recht*, Groningen: Noordhoff Uitgevers B.V. 2015.

* **Kuypers 2017**

P. Kuypers, *Boom Basics Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

* **Van de Meent & Beintema 2016**

G.W. van de Meent & A.S. Beintema, *Aanbestedingsrecht 2016/2018*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016.

**Elektronische bronnen**

* Aanbestedingscafé, *Openhouse-methode populair voor inkoop sociaal domein,*

geraadpleegd op: 3 maart 2018,

<https://www.aanbestedingscafe.nl/openhouse-methode-populair-inkoop-sociaal-domein/>

* Adriaanse Van der Weel Advocaten, *Bijlage vergeten? Geen herstel,* geraadpleegd op: 6 juni 2018,

[https://www.avdw.nl/actualiteiten-1/nieuwsbrief/nieuwsbrief:bijlage-vergeten-geen-eenvoudig-herstel.htm/](https://www.avdw.nl/actualiteiten-1/nieuwsbrief/nieuwsbrief%3Abijlage-vergeten-geen-eenvoudig-herstel.htm/)

* AKD advocaten, notarissen en belastingadviseurs, *Bijlage juridisch kader,* geraadpleegd op: 15 mei 2018,

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-821179.pdf/>

* BG Advocaten, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijk overheidshandelen*, geraadpleegd op: 7 mei 2018,

<https://bgadvocaten.nl/wp-content/uploads/2015/12/2014.04_redactioneel_commentaar_algemene_beginselen...overheidshandelen.pdf>

* Commissie van Aanbestedingsexperts, *Advies 328,* geraadpleegd op: 14 april 2018,

<https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/sites/commissievanaanbestedingsexperts.nl/files/adviezen/160405_-_advies_328_-.pdf>

* Commissie van Aanbestedingsexperts, *Advies 285,* geraadpleegd op: 14 april 2018,

<https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/sites/commissievanaanbestedingsexperts.nl/files/adviezen/160311_-_advies_285_-_.pdf/>

47

* Dirk Zwager, *Concrete buitenlandse interesse niet vereist voor duidelijk grensoverschrijdend belang,* geraadpleegd op: 23 mei 2018,

<https://www.dirkzwager.nl/kennis/artikelen/concrete-buitenlandse-interesse-niet-vereist-voor-duidelijk-grensoverschrijdend-belang/>

* Europa Decentraal, *Aanbestedingsrichtlijnen*, geraadpleegd op: 18 maart 2018, <https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbestedingen/aanbestedingsrichtlijnen/>
* Europa Decentraal, *Decentralisaties en aanbesteden*, geraadpleegd op: 18 maart 2018, <https://europadecentraal.nl/decentralisaties-en-aanbesteden/>
* Europa Decentraal, *Hoofdstuk 5: Contractduur en waardebepaling van een opdracht*, geraadpleegd op: 5 mei 2018,

<https://europadecentraal.nl/praktijkvraag/gedurende-looptijd-contractwaarde-boven-europese-drempel/>

* Europa Decentraal, *Nieuwe drempelbedragen Europese aanbestedingen 2018-2019*, geraadpleegd op: 21 maart 2018,

<https://europadecentraal.nl/nieuwe-drempelbedragen-europese-aanbestedingen-2018-2019/>

* Europa Decentraal, *Rechtsbeschermingsrichtlijn,* geraadpleegd op: 6 juni 2018,

<https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbestedingen/rechtsbeschermingsrichtlijn/>

* Europa Decentraal, *Uitsluitingsgronden,* geraadpleegd op: 23 mei 2018,

<https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbestedingen/rechtsbeschermingsrichtlijn/>

* Inkoopbureau Midden Nederland, *Stappenplan aanbesteding,* geraadpleegd op: 3 mei 2018,

<http://www.ibmn.eu/werkwijze/aanmelden/stappen-aanbesteding/>

* Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Aanbestedingen*, geraadpleegd op: 4 april 2018,

[www.minbuza.nl/ecer/dossiers/](http://www.minbuza.nl/ecer/dossiers/)

* PIANOo, *Aanbesteden WMO 2015 en Jeugdwet – Een handreiking*, geraadpleegd op: 3 maart 2018,

<https://www.pianoo.nl/nl/document/14650/handreiking-aanbesteden-wmo-2015-jeugdwet/>

* PIANOo, *Europese richtlijnen*, geraadpleegd op: 4 april 2018,

<https://www.pianoo.nl/nl/regelgeving/europese-richtlijnen>

* PIANOo, *Wanneer is aanbesteden binnen het sociaal domein verplicht?,* geraadpleegd op: 23 maart 2018,

<https://www.pianoo.nl/nl/metrokaart-sociaal-domein-faq/wanneer-is-aanbesteden-binnen-het-sociaal-domein-verplicht/>

* PIANOo, *Wat is de minimum en maximum looptijd van contracten?,* geraadpleegd op: 1 juni 2018,

<https://www.pianoo.nl/nl/metrokaart-sociaal-domein-faq/wat-is-minimum-maximum-looptijd-van-contracten/>

* Pro Mereor, *Level playing field,* geraadpleegd op: 14 april 2018,

<https://www.pro-mereor.nl/kennisportaal/publicaties/level-playing-field/>

* Provincie Zeeland, *Ondertekening startdocument sociaal bestuursakkoord*, geraadpleegd op: 18 mei 2018,

<https://www.zeeland.nl/digitaalarchief/zee1100404>

* RWV Advocaten, *Kan worden aanbesteed onder de drempelwaarde?,* geraadpleegd op: 19 mei 2018,

<https://rwv.nl/rechtsgebieden/aanbesteding-mededinging-staatssteun/aanbestedingsrecht/kan-worden-aanbesteed-onder-de-drempelwaarde>

* Stimulansz, *Sociaal domein: Wmo 2015, Participatiewet en Jeugdwet*, geraadpleegd op: 13 maart 2018,

<https://www.stimulansz.nl/sociaal-domein-wmo-2015-participatiewet-en-jeugdwet/PIANOo>

48

* Vijverberg juristen, *Kennelijke omissie of ongeldige inschrijving?,* geraadpleegd op: 23 april 2018,

<https://www.vijverbergjuristen.nl/publicaties/kennelijke-omissie-of-ongeldige-inschrijving>

* VNG, *Informatiekaart inkoopmodellen,* geraadpleegd op: 18 mei 2018,

<https://vng.nl/onderwerpenindex/maatschappelijke-ondersteuning/inkoop-kwaliteit-en-toezicht/publicaties/informatiekaart-inkoopmodellen>

* VNG, *Handreiking overheidsopdracht en subsidie,* geraadpleegd op: 12 april 2018,

<https://vng.nl/onderwerpenindex/recht/aanbesteden/publicaties/handreiking-overheidsopdracht-en-subsidie/>

* VNG, *Van contact naar contract*, geraadpleegd op: 13 maart 2018,

<https://vng.nl/onderwerpenindex/recht/publicaties/van-contact-naar-contract>

**Kamerstukken:**

*Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 2041.

**Jurisprudentie:**

**Europees:**

HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*).

HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (*SAG-arrest*).

HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*).

* HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*).
* HvJ EU 16 april 2015, C-278/14 (*Enterprise Focused Solutions*).
* HvJ EU 2 maart 2016, C-410/14 (*Falk Pharma*).
* HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17 (*Tirkkonen*).

**Nationaal:**

* RB Limburg 4 februari 2016, [ECLI:NL:RBLIM:2016:694](http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBLIM:2016:694).
* GH 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3169.
* GH 's-Hertogenbosch 29 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5304.
* PHR 13 februari 2018, ECLI:PHR:2018:83.

49

BIJLAGEN

**Bijlage I:** Dossieronderzoek aanbesteding Jeugdhulp

**Bijlage II:** Dossieronderzoek aanbesteding WMO-maatwerkarrangement

**Bijlage III:** Interviewvragen aanbesteding Jeugdhulp

**Bijlage IV:** Interviewvragen aanbesteding WMO-maatwerkarrangement

**Bijlage V:** Schematisch weergave interview aanbesteding Jeugdhulp (gecodificeerd)

**Bijlage VI:** Schematisch weergave interview aanbesteding WMO-maatwerkarrangement

 (gecodificeerd)

**Bijlage VII:** Transcript interviews aanbesteding Jeugdhulp

**Bijlage VIII:** Transcript interviews aanbesteding WMO-maatwerkarrangement

50

1. HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14 (*Falk Pharma*). [↑](#footnote-ref-1)
2. HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17 (*Tirkkonen*). [↑](#footnote-ref-2)
3. Essers & Lombert 2017, p. 25. [↑](#footnote-ref-3)
4. *Aanbesteden WMO 2015 en Jeugdwet – Een handreiking*, [www.pianoo.nl](http://www.pianoo.nl) (zoek op *wmo 2015 en jeugdwet*). [↑](#footnote-ref-4)
5. *Aanbestedingsrichtlijnen*, [*www.europadecentraal.nl*](http://www.europadecentraal.nl) (zoek op *aanbestedingsrichtlijnen*). [↑](#footnote-ref-5)
6. *Openhouse-methode populair voor inkoop sociaal domein,* [*www.aanbestedingscafe.nl*](http://www.aanbestedingscafe.nl) (zoek op *openhouse-methode*). [↑](#footnote-ref-6)
7. *Decentralisaties en aanbesteden,* [*www.europadecentraal.nl*](http://www.europadecentraal.nl) (zoek op *decentralisaties*). [↑](#footnote-ref-7)
8. Met raming wordt het berekenen van de waarde van een opdracht bedoeld. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Nieuwe drempelbedragen Europese aanbestedingen 2018-2019,* [*www.europadecentraal.nl*](http://www.europadecentraal.nl) (zoek op *nieuwe drempelbedragen*). [↑](#footnote-ref-9)
10. Dit is gebleken uit de praktijk waarbij de gemeente sociale en andere specifieke diensten heeft moeten aanbesteden. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 2041. [↑](#footnote-ref-11)
12. *Wanneer is aanbesteden binnen het sociaal domein verplicht?,* [*www.pianoo.nl*](http://www.pianoo.nl) (zoek op *verplicht*). [↑](#footnote-ref-12)
13. Met vormgeven wordt het bepalen van elementen (kenmerken) van een opdracht bedoeld. Zo bevat een subsidie bijvoorbeeld andere elementen dan een overheidsopdracht. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Ondertekening startdocument sociaal bestuursakkoord,* [*www.zeeland.nl*](http://www.zeeland.nl) (zoek op *11005956*). [↑](#footnote-ref-14)
15. *Informatiekaart inkoopmodellen,* [*www.vng.nl*](http://www.vng.nl) (zoek op *informatiekaart inkoopmodellen*). [↑](#footnote-ref-15)
16. Per soort aanbesteding wordt een aanbestedende dienst samengesteld. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Sociaal domein: Wmo 2015, Participatiewet en Jeugdwet,* [*www.stimulansz.nl*](http://www.stimulansz.nl) (zoek op *sociaal domein*). [↑](#footnote-ref-17)
18. In dit onderzoek hebben niet-gunnen en afwijzen dezelfde betekenis. [↑](#footnote-ref-18)
19. Essers & Lombert 2017, p. 25. [↑](#footnote-ref-19)
20. Essers & Lombert 2017, p. 21. [↑](#footnote-ref-20)
21. Essers & Lombert 2017, p. 109. [↑](#footnote-ref-21)
22. Huzen & Wormsbecher 2015, p. 74. [↑](#footnote-ref-22)
23. *Aanbestedingsrichtlijnen*, [*www.europadecentraal.nl*](http://www.europadecentraal.nl) (zoek op *aanbestedingsrichtlijnen*). [↑](#footnote-ref-23)
24. *Europese richtlijnen,* [*www.pianoo.nl*](http://www.pianoo.nl) (zoek op *Europese richtlijnen*). [↑](#footnote-ref-24)
25. *Aanbestedingen,* [*www.minbuza.nl/ecer/dossiers/*](http://www.minbuza.nl/ecer/dossiers/) (zoek op *aanbestedingen*). [↑](#footnote-ref-25)
26. Hessel 2016, p. 122. [↑](#footnote-ref-26)
27. *Handreiking overheidsopdracht en subsidie,* [*www.vng.nl*](http://www.vng.nl) *(*zoek op overheidsopdracht). [↑](#footnote-ref-27)
28. Dit is besproken in de praktijk. [↑](#footnote-ref-28)
29. *Nieuwe drempelbedragen Europese aanbestedingen 2018-2019,* [*www.europadecentraal.nl*](http://www.europadecentraal.nl) (zoek op *nieuwe drempelbedragen*). [↑](#footnote-ref-29)
30. Essers & Lombert 2017, p. 29. [↑](#footnote-ref-30)
31. Kuyper 2017, p. 31. [↑](#footnote-ref-31)
32. Essers & Lombert 2017, p. 29. [↑](#footnote-ref-32)
33. *Van contact naar contract – De bijzondere positie van gemeenten in het contractenrecht,* [www.vng.nl](http://www.vng.nl) (zoek op *contract*). [↑](#footnote-ref-33)
34. Essers & Lombert 2017, p. 62. [↑](#footnote-ref-34)
35. *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijk overheidshandelen,* [*www.bgadvocaten..nl*](http://www.bgadvocaten..nl) (zoek op: *privaatrechtelijk overheidshandelen*). [↑](#footnote-ref-35)
36. Kuypers 2017, p. 114. [↑](#footnote-ref-36)
37. *Stappen aanbesteding,* [www.ibmn.eu](http://www.ibmn.eu) (zoek op *stappen aanbesteding*). [↑](#footnote-ref-37)
38. Essers & Lombert 2017, p. 170. [↑](#footnote-ref-38)
39. Nader uitleg over de aanbestedingsleidraad volgt in paragraaf 3.2.1.1 van hoofdstuk 3. [↑](#footnote-ref-39)
40. Met gunnen wordt het verstrekken van de opdracht (en daarmee het sluiten van overeenkomsten) bedoeld. [↑](#footnote-ref-40)
41. *Rechtsbeschermingsrichtlijnen,* [*www.europadecentraal.nl*](http://www.europadecentraal.nl) (zoek op *rechtsbeschermingsrichtlijnen*). [↑](#footnote-ref-41)
42. Doorgaans in de vorm van een kort geding. [↑](#footnote-ref-42)
43. Omdat dit onderzoek ziet op het Europees aanbesteden in algemene zin tegenover Open House, wordt verder niet ingegaan op de soorten aanbestedingsprocedures. Bovendien heeft de gemeente de afgelopen jaren het Europees aanbesteden via het Zeeuws model toegepast voor wat betreft het sociaal domein, zoals uitgelegd in paragraaf 1.1.5.1 van hoofdstuk 1. [↑](#footnote-ref-43)
44. *Uitsluitingsgronden, www.europadecentraal .nl* (zoek op *uitsluitingsgronden*). [↑](#footnote-ref-44)
45. Hessel 2016, p. 136. [↑](#footnote-ref-45)
46. Van de Meent & Beintema 2016, p. 88. [↑](#footnote-ref-46)
47. HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (*SAG-arrest*). [↑](#footnote-ref-47)
48. HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*). [↑](#footnote-ref-48)
49. Hessel 2016, p. 143. [↑](#footnote-ref-49)
50. Zie ook RBLIM 4 februari 2016, [ECLI:NL:RBLIM:2016:694](http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBLIM:2016:694). [↑](#footnote-ref-50)
51. *Bijlage vergeten? Geen eenvoudig herstel*, [www.avdw.nl](http://www.avdw.nl) (zoek op *geen eenvoudig herstel*). [↑](#footnote-ref-51)
52. HvJ EG 19 juni 2008, C454/06 (*Pressetext*). [↑](#footnote-ref-52)
53. Kuyper 2017, p. 85. [↑](#footnote-ref-53)
54. *Wat is de minimum en maximum looptijd van contracten?,* [*www.pianoo.nl*](http://www.pianoo.nl) (zoek op *looptijd*). [↑](#footnote-ref-54)
55. *Aanbesteden WMO 2015 en Jeugdwet – Een handreiking*, [www.pianoo.nl](http://www.pianoo.nl) (zoek op *wmo 2015 en jeugdwet*). [↑](#footnote-ref-55)
56. HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14 (*Falk Pharma*). [↑](#footnote-ref-56)
57. Vooraf vastgestelde voorwaarden. [↑](#footnote-ref-57)
58. Met overheidsopdrachtenrecht wordt de richtlijn bedoeld. [↑](#footnote-ref-58)
59. Door het maken van een selectie maakt de aanbestedende dienst zelf een keuze uit de ondernemers. [↑](#footnote-ref-59)
60. Een exclusieve overeenkomst volgt uit een selectie. [↑](#footnote-ref-60)
61. *Aanbestedingsrichtlijnen*, [*www.europadecentraal.nl*](http://www.europadecentraal.nl) (zoek op *aanbestedingsrichtlijnen*). [↑](#footnote-ref-61)
62. HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17 (*Tirkkonen*). [↑](#footnote-ref-62)
63. Gunningscriteria hebben een ‘selecterend’ kenmerk. [↑](#footnote-ref-63)
64. Geschiktheidseisen zien onder andere op de kwaliteit, anders dan gunningscriteria die zien op het beperken van het aantal ingeschreven ondernemers, zie paragraaf 2.2.6 van dit hoofdstuk. [↑](#footnote-ref-64)
65. *Kan worden aanbesteed onder de drempelwaarde?,* [*www.rwv.nl*](http://www.rwv.nl) (zoek op *grensoverschrijdend belang*). [↑](#footnote-ref-65)
66. ) HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*). [↑](#footnote-ref-66)
67. Hessel 2016, p. 127. [↑](#footnote-ref-67)
68. HvJ EU 16 april 2015, C-278/14 (*Enterprise Focused Solutions*). [↑](#footnote-ref-68)
69. GHDHA 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3169. [↑](#footnote-ref-69)
70. GHSHE 29 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5304. [↑](#footnote-ref-70)
71. PHR 13 februari 2018, ECLI:PHR:2018:83. [↑](#footnote-ref-71)
72. *Concrete buitenlandse interesse niet vereist voor duidelijk grensoverschrijdend belang,* [*www.dirkzwager.nl*](http://www.dirkzwager.nl) (zoek op *grensoverschrijdend belang*). [↑](#footnote-ref-72)
73. *Bijlage juridisch kader*, [www.akd.nl](http://www.akd.nl) (zoek op *grensoverschrijdend belang*). [↑](#footnote-ref-73)
74. Dit voorbeeld is besproken in de praktijk. [↑](#footnote-ref-74)
75. Essers & Lombert 2017, p. 330. [↑](#footnote-ref-75)
76. Essers & Lombert 2017, p. 333. [↑](#footnote-ref-76)
77. Bergevoet*, NTER* 2008, afl. 4, p. 113-118. [↑](#footnote-ref-77)
78. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*). [↑](#footnote-ref-78)
79. HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03 (*Coname*). [↑](#footnote-ref-79)
80. *Advies 328,* [*www.commissievanaanbestedingsexperts.nl*](http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl)(zoek op *advies 328*). [↑](#footnote-ref-80)
81. [↑](#footnote-ref-81)
82. *Level playing field,* [*www.pro-mereor.nl*](http://www.pro-mereor.nl) (zoek op *level playing field*). [↑](#footnote-ref-82)
83. Bergevoet*, NTER* 2008, afl. 4, p. 113-118. [↑](#footnote-ref-83)
84. Essers & Lombert 2017, p. 610. [↑](#footnote-ref-84)
85. *Onvolledige inschrijving,* [*www.vijverbergjuristen.nl*](http://www.vijverbergjuristen.nl) (zoek op *onvolledige inschrijving*). [↑](#footnote-ref-85)
86. *Hoofdstuk 5: Contractduur en waardebepaling van een opdracht,* [*www.europadecentraal.nl*](http://www.europadecentraal.nl) (zoek op *contractduur*). [↑](#footnote-ref-86)
87. *Advies 285,* [*www.commissievanaanbestedingsexperts.nl*](http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl) (zoek op *advies 285*). [↑](#footnote-ref-87)
88. Bij deze aanbesteding is een onderscheid gemaakt tussen instellingen en vrijgevestigden. Met instellingen worden grote ondernemingen bedoeld. Met vrijgevestigde worden kleine ondernemingen bedoeld c.q. eenmanszaken. [↑](#footnote-ref-88)
89. Percelen zijn afzonderlijke onderdelen van een grotere opdracht. [↑](#footnote-ref-89)
90. zie nogmaals Bijlage I.B. van het onderzoeksrapport voor deze eis. [↑](#footnote-ref-90)
91. Men kan hierbij denken aan een huisarts e.d. [↑](#footnote-ref-91)
92. Zie aanbevelingen voor een toelichting op deze afwegingen. [↑](#footnote-ref-92)
93. Zie aanbevelingen voor een toelichting op deze afwegingen. [↑](#footnote-ref-93)