

Het abrupte einde van “bestuurlijk aanbesteden”?

Ben je mal!

- *Repliek op het artikel van J.F. van Nouhuys, “Het abrupte einde van ‘bestuurlijk aanbesteden”, Tijdschrift Aanbestedingsrecht 2016(1) 2.*

*mr. drs. T.H.G. Robbe**

1. Inleiding

In het laatste nummer van het Tijdschrift Aanbestedingsrecht stelt van Nouhuys op basis van het bestuderen van niet meer dan twee(!) bestuurlijke aanbestedingen dat het vanaf 18 april 2016 abrupt zal eindigen met het fenomeen “bestuurlijk aanbesteden”.¹ In hetzelfde artikel stelt hij dat de Nederlandse wetgever zich te makkelijk heeft afgemaakt van implementatie van de artikelen 74 en verder van Richtlijn 2014/24/EU. Hoewel ik ook de juistheid van zijn tweede stellingname betwist, ga ik in dit artikel alleen in op zijn eerste stelling. Mijn stellingname is namelijk precies – en uiteraard - tegengesteld aan de zijne.

Na 18 april 2016 is het alleen maar makkelijker voor aanbestedende diensten om bestuurlijk aan te besteden. Richtlijn 2014/24/EU lijkt er zelfs voor geschreven. Ik wil drie argumenten aandragen voor mijn stelling, waarmee direct de stelling van van Nouhuys niet meer houdbaar is:

- Het eerste argument is dat bestuurlijk aanbesteden prima past binnen Richtlijn 2014/24/EU (en daarmee binnen de nieuwe Aanbestedingswet).
- Het tweede argument is dat bestuurlijk aanbesteden voldoet aan aanbestedingsrechtelijke beginselen, wat overigens een directe consequentie is als het fenomeen ook binnen de wetgeving past.
- Tot slot is een argument dat bestuurlijk aanbesteden wellicht helemaal niet is aan te merken als aanbesteden. In dat laatste geval kan bestuurlijk aanbesteden als “fenomeen” ook gewoon blijven bestaan, immers de aanbestedingswet- en regelgeving zijn dan niet van toepassing.

2. Bestuurlijk aanbesteden

De methodiek bestuurlijk aanbesteden is voor het laatst uitvoerig beschreven in mijn notitie “Bestuurlijk aanbesteden 2.0” uit 2013. Een nieuwe versie is nodig, omdat de methodiek sinds de decentralisaties van 1 januari 2015 (weer) verder is doorontwikkeld. Er bestaan ongetwijfeld veel personen die momenteel menen te weten wat “bestuurlijk aanbesteden” inhoudt. En er zullen ook veel personen

* Tim Robbe is Advocaat bij Aboukir & Robbe Advocaten te Utrecht, bestuurskundige, buitenpromovendus aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en ontwikkelde in 2009 het “fenomeen” bestuurlijk aanbesteden dat inmiddels bij meer dan de helft van Nederlandse gemeenten is gebruikt om diensten in het kader van de Wmo en de Jeugdwet in te kopen.

¹ Het totaal aan uitgevoerde bestuurlijke aanbestedingen sinds 2009 is inmiddels ruim de 200 gepasseerd. De analyse van van Nouhuys heeft dus betrekking op minder dan 1% van alle bestuurlijke aanbestedingen.

bestaan die menen dat zij wat van doen hebben gehad met “bestuurlijk aanbesteden”. Hier doet zich dan echter een zelfde probleem voor als met bijvoorbeeld “best value procurement”. In veel gevallen hoort men op de “particuliere adviesmarkt” (waartoe ook de advocatuur behoort) en bij aanbestedende diensten een klok luiden, maar weet men niet waar de klepel hangt. Alleen afgaan op publicaties van Pianoo is bijvoorbeeld weinig zinvol omdat deze, in ieder geval op het gebied van bestuurlijk aanbesteden, al zijn verouderd. Navraag doen bij personen die zich uitvoerig en veelvuldig bezig houden met de materie is voor de beginner op het gebied van bestuurlijk aanbesteden een aanbevelenswaardiger manier om goede informatie over het fenomeen te verzamelen, te analyseren en juridisch te duiden.²

Niettemin, in dit artikel over bestuurlijk aanbesteden past wel een korte duiding van “het fenomeen” aangezien er toch blijkbaar nog veel onduidelijkheden blijven bestaan. Daarna stap ik snel over op de juridische argumentatie waaruit blijkt dat na 18 april 2016 dit “fenomeen”, net als nu, gewoon mogelijk blijft.

Bestuurlijk aanbesteden is ontwikkeld om in het sociaal domein om te gaan met de in dat domein altijd aanwezige onzekerheid en complexiteit. Deze onzekerheid en complexiteit zorgen voor onvoorspelbaarheid. Het sociale domein is daarbij niet te vergelijken met andere domeinen zoals bijvoorbeeld ICT of bouw. In die domeinen is sprake van dyades, triades of kleine netwerken. In het sociaal domein is zelfs in kleine gemeenschappen sprake van grote formele en informele netwerken die met elkaar inhoud en dynamiek geven aan het domein. Bovendien staat in dit domein dienstverlening centraal en wel dienstverlening aan burgers met specifieke, individuele zorgvragen (de “cliënten”). Ook bestaan er vele verschillende methodieken en zorgvormen, met evenzovele zorgverleners, groot en klein, gespecialiseerd en generalistisch.

Bestuurlijk aanbesteden probeert “inclusief” te organiseren en daarbij de cliënt werkelijk centraal te stellen. Daarbij past volledige keuzevrijheid voor cliënten, beperkt alleen door kwalitatieve randvoorwaarden aan dienstverleners en dienstverlening. Daar wringt direct ook de schoen met alle andere vormen van aanbesteding waar uiteindelijk de aanbestedende dienst de keuzevrijheid van cliënten op andere dan kwalitatieve gronden beperkt. Bestuurlijk aanbesteden zoekt volledige, kwalitatieve concurrentie (of beter: competitie) op een markt, niet om de markt. Dit is een niet te overbruggen verschil met “openbaar aanbesteden”, het alternatief.

Bestuurlijk aanbesteden put uit onderzoek dat is gedaan naar de genoemde netwerken, de werking en aansturing daarvan. Het gebruikt elementen uit de transactiekostentheorie, netwerktheorie, onderhandelingstheorie en complexiteitstheorie. Op basis van die onderzoeken is in een bestuurlijke aanbesteding, zeker bij de inkoop van diensten in het kader van de gedecentraliseerde Wmo en Jeugdwet, altijd aanwezig:

² Naast de auteur van dit artikel moet de lezer daarbij denken aan de inkopers van bijvoorbeeld BIZOB, Gooi en Vechtstreek, Zwolle/Kampen, Drechtsteden en andere aanbestedende diensten en adviesbureaus. Van Nouhuys zocht na navraag door mij bij directeur ervan in ieder geval géén contact met BIZOB, hoewel hij de werkwijze daarvan wel alleen op basis van enkele documenten meent te kunnen duiden.

- 1) Een overeenkomst die alléén gaat over communicatie, overleg en besluitvorming, met daarin uitsluitings-, geschiktheids- en selectiecriteria. Deze overeenkomst fungeert als boekje met spelregels, zowel voor toe en uittreding als voor interactie tussen partijen. Uiteraard als aanvulling op wetgeving en beginselen, zoals de Aanbestedingswet, de beginselen van behoorlijk bestuur en beginselen van privaatrecht.
- 2) Eén of meer overeenkomsten die de te leveren diensten beschrijven, de prijsstelling en andere contractuele voorwaarden. In deze overeenkomsten is het gunningscriterium opgenomen: de keuze van de cliënt. De cliënt bepaalt dus van wie deze zijn diensten wil ontvangen, waarbij de gemeente de kwaliteit garandeert via de gestelde voorwaarden in de overeenkomsten genoemd onder 1. en 2.
- 3) Een “fysieke” overlegtafel die fungeert als adviesgroep. De gemeente selecteert op basis van objectieve criteria zorgorganisaties om aan de adviesgroep deel te nemen, waarbij zij waarborgt dat deze van verschillende pluimage zijn. Ook nodigen zij cliëntenvertegenwoordigers uit voor deze tafel en indien gewenst andere stakeholders. Deze tafel adviseert over de overeenkomsten genoemd onder 2.
- 4) Een website waarop elke geïnteresseerde de bestuurlijke aanbesteding kan volgen. De agenda’s en notulen van de “fysieke” tafel publiceert de gemeente daar. Ook staan er nota’s van inlichtingen en formulieren. Samen met alle relevante andere documenten, zoals de overeenkomsten genoemd onder 2. Ook kunnen ondernemers die ook willen leveren zich via deze website aanmelden en als zij voldoen aan alle voorwaarden gaan leveren aan cliënten. Mits deze voor hen kiezen natuurlijk, want dat is het gunningscriterium.
- 5) Een publicatie op TenderNed bij het vaststellen van een overeenkomst genoemd onder 2,, die meteen dient als aankondiging voor ondernemers om zich te melden via de website genoemd onder 4. als zij aan de voorwaarden voldoen en willen leveren.

Meer dan de helft van de Nederlandse gemeenten gebruikt bestuurlijk aanbesteden zoals hiervoor beschreven voor de gedecentraliseerde diensten onder de Wmo en de Jeugdwet. De implementatie is niet zonder slag of stoot gegaan, maar op veel plaatsen uiteindelijk geslaagd. Het systeem is de afgelopen jaren zelfs zo succesvol dat het als “dialooggericht aanbesteden” zijn weg heeft weten te vinden in een op korte termijn uit te vaardigen algemene maatregel van bestuur.³ Deze vorm van aanbesteden krijgt daarmee dus zelfs een wettelijke basis!

Veel gemeenten en zorgorganisaties proberen het systeem nu door te ontwikkelen zodat ook de transformatie van de gedecentraliseerde zorg van de grond kan komen. Gemeenten onderzoeken hoe zij deelnemende organisaties beter kunnen laten samenwerken,⁴ hoe zij diensten anders kunnen formuleren,⁵

³ De staatssecretaris van VWS heeft dit in de week van 15 februari 2016 toegezegd aan de Kamer door de “code verantwoord marktgedrag thuiszorg” bij amvb verplicht te stellen in de Wmo.

⁴ Praktijkvoorbeeld: Jeugdzorgregio Zuid Holland Zuid, dat experimenteert met zorgprofielen voor “strategische partners” binnen een bestuurlijke aanbesteding.

hoe betere kwaliteitscriteria te formuleren (geschiktheidseisen),⁶ *et cetera*. Zij kunnen daar ook na 18 april 2016 gewoon mee doorgaan, zonder bang te zijn onrechtmatig te handelen vanwege nieuwe Europese aanbestedingsregels.

Dat laatste zal ik hierna krachtig aantonen.

2. Bestuurlijk aanbesteden past binnen de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU

2.1 Algemeen

Dat bestuurlijk aanbesteden als fenomeen prima binnen Richtlijn 2014/24/EU past, blijkt uit minimaal twee zaken als wij de Richtlijn bestuderen. Ten eerste past bestuurlijk aanbesteden prima binnen de nieuwe procedure voor sociale diensten zoals verwoord in artikelen 74 en daarna. Ten tweede maken gemeenten in bestuurlijk aanbesteden gebruik van minstens vier modaliteiten die in de Richtlijn terug zijn te vinden. Dat is bijzonder, want die modaliteiten zijn door de procedure verwoord in artikel 74 en daarna niet eens verplicht. Het gaat dan om marktconsultaties, het dynamisch aankoopstelsel, uitsluitings-, geschiktheids-, selectie- en gunningscriteria en, tot slot, de mogelijkheid tot wijzigen van contractuele afspraken.

2.2 Bestuurlijk aanbesteden past binnen de procedure voor zorg en sociale diensten

Van Nouhuys noemt in zijn bijdrage nergens de tekst van de Richtlijn waarvan hij beweert dat deze het bestuurlijk aanbesteden “abrupt” zal doen eindigen. Voor de goede orde zal ik dat hier steeds wel doen omdat bij een argument ook bewijs c.q. bronvermelding hoort. Laten we eerst lezen wat de Europese wetgever zelf zegt over een nieuwe procedure voor sociale diensten in overweging 114 bij Richtlijn 2014/24/EU:

(...) Daarom moet een specifieke regeling worden ingevoerd voor overheidsopdrachten voor deze diensten, met een drempel die hoger is dan die voor andere diensten. (...) Opdrachten voor diensten aan personen die deze drempel overschrijden, moeten over de hele Unie transparant verlopen. Wegens het belang van de culturele context en het gevoelige karakter van deze diensten moeten de lid-staten een grote vrijheid krijgen om de keuze van de dienstverlener te regelen op de wijze die hun het meest geschikt voorkomt. In de voorschriften van deze richtlijn wordt rekening gehouden met die noodzaak en wordt alleen de naleving van de basisbeginselen van transparantie en gelijke behandeling verplicht gesteld. (...) Lidstaten en aanbestedende diensten blijven vrij om deze diensten zelf te verrichten of om sociale diensten zo te organiseren dat geen openbare aanbesteding hoeft plaats te vinden, bijvoorbeeld door deze diensten alleen te financieren of door vergunningen of machtigingen te verlenen aan alle ondernemers die beantwoorden aan de vooraf door de aanbestedende dienst vastgestelde voorwaarden, zonder beperkingen of quota, op voorwaarde dat dit systeem voldoende publiciteit waarborgt en aan het transparantiebeginsel en het discriminatieverbod voldoet (vetgedrukt TR).

⁵ Praktijkvoorbeeld: gemeente Rhenen dat van outputbesteding niet naar outcome, maar naar inputbesteding is overgestapt voor de Wmo en zo deskundigheid van ingezet personeel garandeert.

⁶ Praktijkvoorbeeld: De Sociale Dienst Drechtsteden, die een Service Level Agreement aan het opstellen is om niet alleen betere kwaliteitscriteria te formuleren, maar deze ook te meten.

De overweging van de wetgever is in de Richtlijn uitgewerkt in artikelen 74 en verder. Deze artikelen verplichten aanbestedende diensten voortaan bij opdrachten met een waarde hoger dan EUR 750.000,00 exclusief omzetbelasting vooraf een aankondiging van opdracht te publiceren, waar dit bij 2B diensten nu nog niet verplicht is (artikel 75 lid 1). Daarnaast zijn aanbestedende diensten verplicht de gunning van opdrachten te publiceren. Dat is nu al wel zo bij 2B diensten. Echter, aanbestedende diensten mogen gunningen voor dit soort specifieke diensten ook per kwartaal bundelen en dan per kwartaal binnen 30 kalenderdagen publiceren (artikel 75 lid 1). Artikel 76 lid 1 verplicht aanbestedende diensten tot slot bij het gunnen van sociale diensten het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel toe te passen. Artikel 76 lid 2 geeft ook nog een belangrijke opdracht aan de nationale wetgever:

*De lidstaten zorgen ervoor dat aanbestedende diensten rekening kunnen houden met de noodzaak de kwaliteit, continuïteit, toegankelijkheid, betaalbaarheid, beschikbaarheid en volledigheid van de diensten, de specifieke behoeften van verschillende categorieën gebruikers, met inbegrip van achtergestelde en kwetsbare groepen, **de betrokkenheid en inspraak van gebruikers** (vetgedrukt: TR) en de innovatie te verzekeren. De lidstaten kunnen ook bepalen dat de keuze van de dienstenaanbieder geschiedt op basis van de inschrijving met de beste prijs-kwaliteit verhouding, rekening houdend met de kwaliteits- en duurzaamheidscriteria voor sociale diensten.*

In de beschrijving van wat een bestuurlijke aanbesteding inhoudt, zagen wij dat gemeenten de zorgorganisaties en andere stakeholders, zoals cliënten, uitnodigen om advies te geven over de te verstrekken voorzieningen. Daaruit vloeien overeenkomsten voort waar elke ondernemer die dat wenst en die aan de voorwaarden voldoet kan meedoen. Omdat het zorglandschap in een gemeente divers en complex is, is het onmogelijk alle zorgorganisaties, cliënten en andere stakeholders fysiek te spreken. Bovendien is dit landschap sterk aan verandering onderhevig zonder dat gemeenten daar een beslissende invloed op uit kunnen oefenen. De “fysieke overlegtafel” of “adviesgroep” die veel gemeenten in het leven roepen via een basisovereenkomst is een vertegenwoordiging van het zorglandschap. Gemeenten selecteren zorgorganisaties voor deelname aan deze adviesgroep op basis van objectieve criteria, zoals bijvoorbeeld een Pareto analyse van zorgaanbieders op volume, aangevuld met een inhoudelijke analyse op zorgvormen en doelgroepen. Op die wijze zijn gemeenten ervan verzekerd dat de vertegenwoordiging aan tafel een goede afspiegeling vormt van het complexe lokale zorglandschap. Gemeenten garanderen zo ook dat, conform artikel 76 lid 2, gebruikers van de diensten betrokken zijn en inspraak leveren.

Partijen die niet aan tafel zitten, waaronder ook burgers, kunnen via een gemeentelijke website precies volgen wat er aan tafel gebeurt. Hiermee is volledige transparantie gegarandeerd! De agenda’s, de notulen, de deelproducten en andere documenten publiceren de gemeenten daar. Via de website kan iedereen ook voorstellen doen, precies zoals dat in een klassieke aanbesteding gebeurt via nota’s van inlichtingen op TenderNed. De gemeenten beantwoorden vragen en behandelen voorstellen via deze nota’s van inlichtingen.^{7 8}

⁷ Van “doordrukken” door de gemeenten in een bestuurlijke aanbesteding, zoals van Nouhuys beweert, is net zoveel sprake als in een reguliere aanbesteding. Daarin stelt een aanbestedende dienst immers ook eisen en hoeft de aanbestedende dienst deze eisen niet aan te passen (in bepaalde gevallen mag het niet

De partijen aan tafel hebben nooit méér kans en zeker niet méér recht op overeenkomsten die de gemeenten uiteindelijk op basis van de overleggen vaststellen.⁹ Dat zou natuurlijk in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel! Elke ondernemer die aan de criteria voldoet in de overeenkomsten, kan toetreden. Voor de diensten gelden niet alleen dezelfde criteria voor alle ondernemers, maar ook dezelfde prijsstelling. Bovendien is het gunningscriterium steeds hetzelfde: de cliënt kiest van welke zorgorganisatie deze uiteindelijk zijn zorg wil ontvangen.

Tot slot publiceren de gemeenten de “gunningen” niet alleen op de eigen website maar ook op TenderNed. Gemeenten gebruiken nu de publicatie van gunning vaak als de aankondiging van opdracht. De nieuwe wetgeving voorziet zelf in deze aankondiging vooraf, een welkome aanvulling.

Uiteindelijk kunnen we vaststellen dat de gemeenten in feite de aan burgers te leveren diensten alleen financieren en dat doen met een systeem met voorwaarden dat zij vooraf publiceren en dat voor alle ondernemers uiteindelijk open staat. Doel is de volledige keuzevrijheid van burgers te garanderen en (kwalitatief!) vrij ondernemerschap in het sociaal domein te stimuleren. Het systeem van bestuurlijk aanbesteden past zodoende precies in overweging 114 bij de Richtlijn en voldoet aan de voorwaarden opgenomen in artikelen 74 en daarna, waaronder de beginselen van transparantie en gelijkheid.

2.3 Bestuurlijk aanbesteden maakt onverplicht gebruik van modaliteiten uit de Richtlijn

2.3.1 Voorafgaande marktconsultaties

Pas als sprake is van een overheidsopdracht of raamovereenkomst moeten we beoordelen of sprake is van een juist gevolgde aanbestedingsprocedure. De overeenkomsten (of: deelovereenkomsten) die gemeenten opstellen waarin de kernbedingen voor dienstverlening zijn opgenomen vormen die overheidsopdrachten of raamovereenkomsten. Dit zijn dus de overeenkomsten die volgen op de overleggen aan de fysieke overlegtafel. De fysieke overlegtafel is zoals aangegeven geen vergaderend clubje ondernemers dat een grotere kans of meer recht heeft op een uiteindelijke overeenkomst. De deelnemers aan die tafel adviseren slechts de gemeenten hoe die overeenkomsten het beste op te stellen. Zij mogen daarbij niet spreken over eigen individuele marktstrategieën, het verdelen van markten, eigen kostprijzen, *et cetera*. Dit is alleen al mededingingsrechtelijk niet toegestaan! De aanname dat bij bestuurlijk aanbesteden partijen “alles” bespreken aan deze tafel en de opdrachten verdelen

eens). Het ontgaat mij waarom Nouhuys dit blijkbaar bij een reguliere aanbesteding normaal vindt, maar in een bestuurlijke aanbesteding problematisch.

⁸ Gemeenten mogen dus niet “niets doen” met voorstellen, zoals van Nouhuys beweert, maar moeten wel degelijk op voorstellen reageren. Dat gebeurt normaliter in een bestuurlijke aanbesteding in een nota van inlichting of bij notulen die gemeenten weer publiceren op de website.

⁹ Van Nouhuys maakt de fout door te denken en te stellen dat dit wel het geval is. Aangezien dit onjuist is, is daarmee een groot deel van zijn verdere analyse gebrekkig en niet meer relevant.

is dus flagrant onjuist! Wel spreken zij over de generieke voorwaarden voor diensten, hoe aanbieders deze het beste kunnen leveren, hoe prijzen te berekenen, *et cetera*.

In artikel 40 van de Richtlijn lezen wij dat deze manier van werken gewoon is aan te merken als een marktconsultatie:

Vóór de aanvang van een aanbestedingsprocedure kunnen aanbestedende diensten, ter voorbereiding van de aanbesteding, marktconsultaties houden om de ondernemers op de hoogte te brengen van hun aanbestedingsplannen en voorwaarden. Met dit doel kunnen aanbestedende diensten bijvoorbeeld advies van onafhankelijke deskundigen of instanties of van marktdeelnemers inwinnen of ontvangen dat kan worden gebruikt bij de planning en uitvoering van de aanbestedingsprocedure, mits dit advies niet leidt tot vervalsing van de mededinging en geen aanleiding geeft tot schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie.

Gemeenten bevoordelen de deelnemers aan de tafel niet. Gedurende de gehele consultatie publiceren de gemeenten agenda's, notulen en andere belangrijk materiaal op een website die voor éénieder vrij toegankelijk is. Daarmee creëren de gemeenten een level playing field voor alle ondernemers, ook in de toekomst. En zorgen zij ervoor dat het tot stand komen van de uiteindelijke deellovereenkomsten volledig is gedocumenteerd. De deellovereenkomsten staan bovendien open voor alle ondernemers die aan dezelfde voorwaarden voldoen. Op deze wijze nemen gemeenten maatregelen die ook weer terug te vinden zijn in de Richtlijn en wel in artikel 41:

(...) Deze maatregelen omvatten de mededeling aan andere gegadigden en inschrijvers van relevante informatie die is uitgewisseld in het kader van of ten gevolge van de betrokkenheid van de gegadigde of inschrijver bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure, alsmede de vaststelling van passende termijnen voor de ontvangst van inschrijvingen. De betrokken gegadigde of inschrijver wordt slechts van de aanbestedingsprocedure uitgesloten indien er geen andere middelen zijn om de naleving van het beginsel gelijke behandeling te verzekeren. (...)

Overigens staat het ondernemers natuurlijk vrij gemeenten op individuele basis te benaderen en vragen te stellen of informatie te delen met het verzoek deze niet verder te delen in het kader van bedrijfsgevoeligheid. Dit is ook mogelijk in de nota's van inlichtingen van reguliere aanbestedingen op TenderNed en vormt dus geen probleem.

2.3.2 Dynamisch aankoopstelsel

De vraag is of in bestuurlijk aanbesteden gemeenten gebruik maken van raamovereenkomsten of dynamische aankoopstelsels. Juridisch gezien maakt dit overigens weinig uit, omdat artikelen 74 en daarna van de Richtlijn bepalen dat alleen de basisbeginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing zijn. Gemeenten hoeven bij bestuurlijk aanbesteden dus niet gebruik te maken van een dynamisch aankoopstelsel of een raamovereenkomst zoals in de Richtlijn omschreven. Toch is de denkexercitie interessant; zouden we wegdenken dat alleen de verplichtingen uit artikel 74 en daarna gelden, dan zou bestuurlijk aanbesteden namelijk ook gewoon aansluiten op een modaliteit uit de Richtlijn: het dynamisch aankoopstelsel. Ook zonder de bijzondere procedure voor

sociale diensten past bestuurlijk aanbesteden in de Richtlijn, wat de rechtmatigheid ervan bevestigt.

De kenmerkende elementen van een dynamisch aankoopstelsel staan in overweging 63 en artikel 34 van de Richtlijn:

*Overweging 63: (...) Elke ondernemer die een verzoek tot deelname indient en aan de selectiecriteria voldoet, **moet derhalve tot de aanbestedingsprocedures in het kader van een dynamisch aankoopstelsel worden toegelaten** (vetgedrukt: TR), en wel gedurende de gehele looptijd van dat stelsel. (...)*

Artikel 34 lid 1: (...). Het dynamische aankoopstelsel wordt beheerd als een volledig elektronisch proces, dat gedurende de gehele geldigheidstermijn van het aankoopstelsel openstaat voor elke ondernemer die voldoet aan de selectiecriteria.

*Artikel 34 lid 2: (...)Alle gegadigden die aan de selectiecriteria voldoen, worden tot het stelsel toegelaten en **het aantal tot het stelsel toe te laten gegadigden wordt niet beperkt** (vetgedrukt: TR) (...).*

*Artikel 34 lid 4 sub d: zij bieden, zolang het stelsel geldig is, **vrije, rechtstreekse en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken** (vetgedrukt: TR)(...).*

Artikel 34 lid 5: De aanbestedende diensten verlenen elke ondernemer tijdens de gehele geldigheidstermijn van het dynamische aankoop- stelsel de mogelijkheid te verzoeken om deelneming aan het stelsel (...).

Artikel 34 lid 7: Aanbestedende diensten kunnen op ieder moment tijdens de geldigheidstermijn van het dynamische aankoopstelsel van toegelaten deelnemers verlangen dat zij binnen vijf werkdagen vanaf de datum van indiening van het verzoek, een herziene en geactualiseerde eigen verklaring (...) overleggen.

De overeenkomsten die gemeenten in de bestuurlijke aanbesteding gebruiken, staan voortdurend open voor nieuwe ondernemers die ook diensten willen leveren en die voldoen aan de criteria. Het sluiten van deze overeenkomsten gaat volledig elektronisch. De "fysieke" overlegtafel moeten we immers aanmerken als een marktconsultatie, zie voorgaande paragraaf. Die maakt formeel geen deel uit van de aanbestedingsprocedure. Naast het contracteren, bieden gemeenten via hun websites bovendien voortdurend toegang tot alle relevante documenten. De overeenkomsten geven daarnaast steeds aan dat gemeenten tussendoor nog mogen controleren of ondernemers nog voldoen aan alle voorwaarden voor deelname. Deze voorwaarden betreffen de uitsluitingscriteria uit de aanbestedingsregelgeving, technische geschiktheidseisen en andere selectiecriteria.

De overeenkomsten tussen een bestuurlijke aanbesteding en een dynamisch aankoopstelsel ziet zelfs de doorgewinterde aanbestedingsjurist die een leek is op het gebied van bestuurlijk aanbesteden. Ook op dit onderdeel is bestuurlijk aanbesteden in lijn met de Europese richtlijn in het algemeen en daarom ook zeker voor wat betreft de procedure voor sociale diensten in het bijzonder.

2.3.3 Uitsluitings-, geschiktheids-, selectie- en gunningscriteria

Nouhuys meent dat gemeenten ook bij de nieuwe procedure voor sociale diensten gebruik moeten maken van uitsluitingscriteria, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria. Ik ben dat niet met hem eens. Maar voor de discussie over bestuurlijk aanbesteden is dat niet relevant. Bestuurlijk aanbesteden maakt namelijk expliciet gebruik van uitsluitingscriteria, geschiktheidseisen en selectiecriteria. Nouhuys ziet dat over het hoofd en zijn kritiek op dit punt is dan ook onterecht. Alleen ondernemers die *niet* voldoen aan de uitsluitingscriteria en die *wel* voldoen aan de geschiktheidseisen en selectiecriteria komen in aanmerking voor een deelopereenkomst om diensten te leveren aan cliënten. De genoemde criteria komen daarbij direct uit de aanbestedingswetgeving (de uitsluitingscriteria) of zijn daar op gebaseerd (de geschiktheidseisen).

Al eerder in dit artikel schreef ik dat ook het gunningscriterium is te vinden in de deelopereenkomsten. En dit criterium is geheel in lijn met artikel 67 van de Richtlijn. In artikel 67 lid 2 lezen wij namelijk:

(...)Het kostenelement (binnen het gunningscriterium economisch meest voordelige aanbieding; TR) kan ook de vorm aannemen van een vaste prijs of vaste kosten op basis waarvan de ondernemers zullen concurreren op kwaliteitscriteria alleen. (vetgedrukt: TR)(...)

De keuzevrijheid van cliënten staat in bestuurlijk aanbesteden voorop. Zelfstandig, met behulp van mantelzorgers of met behulp van wettelijk voorgeschreven onafhankelijke cliëntenondersteuning maken zij een keuze voor een zorgverlener. De gemeenten gunnen vervolgens opdrachten aan die ondernemers waar de cliënt voor kiest. Er is daarbij altijd sprake van een vaste prijs voor de te leveren zorgverlening. Zorgaanbieders prijzen hun dienstverlening niet af, gemeenten stellen de prijzen voor die dienstverlening vast. Daarom is ook de “fysieke” overlegtafel zo belangrijk; daar toetsen de gemeenten hun aannames over kostprijsberekening en de generiek vast te stellen prijzen. Het kwaliteitselement in het gunningscriterium vullen gemeenten vervolgens in met de keuze van de cliënt. Gemeenten die de cliënt werkelijk centraal stellen laten deze ook, desnoods met ondersteuning, bepalen welke dienstverlener het beste bij hem of haar past. Gemeenten laten zorgorganisaties dan alleen nog op kwaliteit met elkaar concurreren, geven de cliënt een doorslaggevende stem in wat kwaliteit is en zijn zelf verantwoordelijk voor het bewaken van het macrobudget.

2.3.4 *Wijzigingen van contractuele afspraken*

Het sociale domein is een complex adaptief systeem. Voor de lezer die de term niet kent verwijs ik graag naar literatuur. De complexiteit van het sociaal domein maakt het noodzakelijk dat gemeenten en zorgorganisaties snel kunnen inspringen op wijzigende omstandigheden om te voorkomen dat zorgverlening aan cliënten in gevaar komt. Een snel veranderende, onvoorzien zorgbehoefte, nieuwe innovaties in zorgverlening of verdere bezuinigingen van Rijksoverheidswege kunnen roet in het netjes aanbesteedde eten gooien. Althans als dit klassiek is gegaan en wijzigingen in afspraken niet meer mogelijk blijken. De huidige problemen met TSN laten dit duidelijk zien. Gemeenten die klassiek

hebben aanbesteed kunnen de problemen juridisch gezien moeilijker oplossen omdat zij het minste flexibiliteit kennen in hun contractuele systeem.

Voorgaande is precies de reden dat de overeenkomsten in een bestuurlijke aanbesteding wijzigingsclausules kennen.

De Richtlijn codificeert rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie op het gebied van “wezenlijke wijzigingen”. De Europese wetgever maakt daarmee duidelijk wanneer wijzigingen in bestaande overeenkomsten mogelijk zijn en wanneer niet. In artikel 72 lid 1 sub lezen wij:

(...) wanneer de wijzigingen, ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken zijn aangebracht in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsbepalingen, waaronder eventueel prijsherzieningsclausules of opties. Deze clausules omschrijven de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties alsmede de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt. Zij voorzien niet in wijzigingen of opties die de algemene aard van de op- dracht of raamovereenkomst kunnen veranderen;

In artikel 71 lid 1 lezen wij:

De aanbestedende diensten die (...) een opdracht hebben gewijzigd, maken een aankondiging hiervan bekend (...)

Bestuurlijk aanbesteden hield al rekening met de door de Europese rechter ontwikkelde doctrine en past daarom binnen de genoemde artikelen in de Richtlijn. Wijzigingen in deelovereenkomsten kunnen partijen alleen doorvoeren als gemeenten deze eerst agenderen op de “fysieke” overlegtafels (de “marktconsultatie”). Waarmee direct ook via de website alle geïnteresseerde partijen kunnen reageren. Verder zijn de clausules natuurlijk ingekaderd op zo’n manier dat alleen sprake kan zijn van wijzigingen op het gebied van zorg en sociale diensten zoals omschreven in de overeenkomsten. Het is ook logisch dat gemeenten een gewijzigde overeenkomst weer publiceren op de website. Ondernemers moeten immer akkoord gaan met de wijzigingen en de contractering verloopt elektronisch. De aankondiging is daarmee een gegeven. Na 18 april zal het publiceren van wijzigingen (ook) via TenderNed gaan.

Als overigens in de praktijk sprake is van wijzigingen die moeten leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure is dat geen probleem. In artikel 71 lid 5 lezen wij:

Voor andere wijzigingen dan de (in dit artikel: TR) genoemde wijzigingen die tijdens de looptijd van een overheidsopdracht of een raamovereenkomst dienen te worden aangebracht, is een nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn nodig.

Als sprake is van een dergelijke wijziging bestaat de nieuwe procedure niet uit een volledig nieuwe aanbestedingsprocedure in klassieke zin (“openbaar aanbesteden”). Gemeenten kunnen immers wederom gebruik maken van een uitzonderingsprocedure voor sociale diensten. Juridisch leggen gemeenten dan een knip tussen oude en nieuwe overeenkomsten, maar feitelijk hoeven partijen daar in hun inkoopproces geen last van te hebben. Immers de fysieke tafel kan blijven bestaan als “marktconsultatie” en gemeenten kunnen nieuwe

overeenkomsten opstellen die weer de vorm aannemen van een dynamisch aankoopstelsel, *et cetera*. Waarbij, ik zeg het nog maar een keer, op de procedure voor sociale diensten alleen de beginselen van transparantie en gelijkheid van toepassing zijn. Andere artikelen uit de richtlijn hoeven geen letterlijke invulling te krijgen (met andere woorden, het mag lijken op een marktconsultatie en een dynamisch aankoopstelsel, het hoeft niet letterlijk de artikelen uit de Richtlijn daarin te volgen).

3. Bestuurlijk aanbesteden voldoet aan aanbestedingsrechtelijke beginselen

3.1 Algemeen

Als bestuurlijk aanbesteden past binnen Richtlijn 2014/24/EU, dan voldoet het ook aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen. Niettemin is ook zonder Richtlijn makkelijk aan te tonen dat het voldoet aan het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.¹⁰ In artikel 18 van de Richtlijn lezen wij het volgende:

Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze. Overheidsopdrachten worden niet opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

De uitvoerige beschrijving van bestuurlijk aanbesteden in paragraaf 2 en de toepassing van de Richtlijn op het fenomeen in de paragrafen daarna laten al zien dat gemeenten bij bestuurlijk aanbesteden met alle beginselen van aanbestedingsrecht rekening houden. Bestuurlijk aanbesteden beperkt ook zeker niet op kunstmatige wijze de mededinging; het is niet ontworpen met het doel bepaalde ondernemers te bevoordelen of te benadelen. Integendeel, zou ik zelfs willen zeggen. Met het centraal stellen van de cliënt en zijn keuzes voor wat betreft dienstverleners ontstaat, zoals wij zagen, volledige concurrentie op kwaliteit. Er is daarbij sprake van concurrentie “op de markt” en niet “om de markt”.

Als we bestuurlijk aanbesteden analyseren op basis van de afzonderlijke aanbestedingsbeginselen alleen, dan kunnen wij daarom hier ook géén juridische problemen verwachten.

3.2 Gelijkheidsbeginsel

Wat houdt het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel, waarvan Nouhuys “flagrante schending” aanneemt, nu eigenlijk in? Een omschrijving vinden wij in rechtsoverweging 110 van het arrest van het Hof van Justitie van de EU van 29 april 2004, C-496/99 P (Commissie/CAS Succhi di Frutta SpA):

¹⁰ Uiteraard voldoet het ook aan het non-discriminatiebeginsel en beginsel van wederzijdse erkenning. Ik vond het niet nodig dat verder aan te tonen in dit artikel, aangezien ook van Nouhuys zich vooral richt op het gelijkheids-, transparantie- en proportionaliteitsbeginsel.

*Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. **Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden** (vetgedrukt: TR).*

In een bestuurlijke aanbesteding stellen gemeenten overeenkomsten op met daarin uitsluitingscriteria, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria die voor alle deelnemende ondernemers gelijk zijn. Voor alle “mededingers” naar opdrachten voor het verrichten van diensten aan cliënten binnen een gemeente gelden dus altijd “dezelfde voorwaarden”. Ook in bijvoorbeeld de gunning waarin de cliënt kiest voor een zorgverlener en de gemeenten op basis van die keuze gunnen. Op deze wijze handelen gemeenten volledig in lijn met het gelijkheidsbeginsel.

Dat de gemeenten ook “fysieke” overlegtafels organiseren, doet niets af aan de conclusie. Zoals we zagen is die tafel namelijk vooral een “marktconsultatie” en maakt het geen deel uit van de formele contractering en gunning van opdrachten in de deelovereenkomsten. Dat gemeenten mondeling communiceren met (een deel) van het zorglandschap levert overigens geen strijd op met het gelijkheidsbeginsel, als, zoals in een bestuurlijke aanbesteding gebeurt, gemeenten over die communicatie voldoende publiceren. Zie ook overweging 58 van de Europese wetgever bij de Richtlijn:

(...) mondelinge communicatie met de ondernemers moet mogelijk blijven, mits de inhoud ervan voldoende gedocumenteerd wordt. Dit is nodig om voldoende transparantie te garanderen, en dus na te gaan of het beginsel van gelijke behandeling in acht is genomen. Het is met name van essentieel belang dat mondelinge communicatie met de inschrijvers die een effect kan hebben op de inhoud en beoordeling van de inschrijvingen voldoende en met passende middelen wordt gedocumenteerd, zoals door schriftelijke of auditieve registratie of samenvatting van de voornaamste elementen van de communicatie.

Dat gemeenten alle informatie die aan deze tafels aan bod komt delen via een website, zorgt dus niet alleen voor een goede werking van het gelijkheidsbeginsel, maar ook van het transparantiebeginsel. Waar is de “flagrante schending” waar van Nouhuys het in zijn bijdrage dan over heeft? De vernietigende conclusie is dat die er dus niet is...

3.3 Transparantiebeginsel

In het in de vorige paragraaf genoemde arrest vinden we in overweging 111 een omschrijving van het transparantiebeginsel (“doorzichtigheid”):

Het beginsel van doorzichtigheid (...) heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

Gemeenten handelen volledig transparant bij bestuurlijk aanbesteden. Zij publiceren de overeenkomsten op de daartoe bestemde website. Na 18 april 2016 doen zij dat ook op TenderNed. Elke ondernemer kan daarmee de voorwaarden kennen die gelden voor deelname aan de bestuurlijke aanbesteding en de overeenkomsten. Daarbij is aangegeven welke documenten een ondernemer moet overleggen om te bewijzen dat deze voldoet aan bijvoorbeeld geschiktheidseisen. Gemeenten maken daartoe (onverplicht!) gebruik van de in de Aanbestedingswet opgenomen "eigen verklaring". Bovendien is de "ondubbelzinnige" interpretatie van voorwaarden mogelijk doordat gemeenten ook alle informatie die uit de "fysieke" overlegtafels komt, publiceren. Het tot stand komen van voorwaarden is daarmee gedocumenteerd. Daarnaast kan bij twijfel een ondernemer altijd om nadere informatie vragen die gemeenten dan opnemen in de nota's van inlichtingen die zij ook weer op de website publiceren. Het gunningscriterium is tot slot niet transparanter te maken dan het is: de cliënt kiest. Gemeenten volgen deze keuze, waarmee direct favoritisme of willekeur aan de zijde van de gemeenten is uitgebannen in de enige keuze die er uiteindelijk toe doet: de gunning van opdrachten.¹¹

3.4 Proportionaliteitsbeginsel

Het proportionaliteitsbeginsel, dat uit het Europese recht komt, vinden wij uitgewerkt in de Aanbestedingswet.¹² Het beginsel luidt:

Een aanbestedende dienst (...) stelt (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Gemeenten handelen in een bestuurlijke aanbesteding proportioneel, zolang zij zich bij het formuleren van eisen, voorwaarden en criteria maar houden aan de inhoud van dit beginsel. Ook in een bestuurlijke aanbesteding moeten gemeenten een beroep doen op de Gids Proportionaliteit om te beoordelen of handelen proportioneel is. Dit alles is in een bestuurlijke aanbesteding dus niet anders dan in een reguliere aanbesteding.

Het enige criterium dat in een bestuurlijke aanbesteding onveranderlijk is, zo blijkt ook uit de beschrijving in dit artikel, is het gunningscriterium: de cliënt kiest. Dit criterium kan gezien "het voorwerp van de opdracht", zorgverlening aan diezelfde cliënt, nooit disproportioneel zijn!

4. Bestuurlijk aanbesteden is geen aanbesteden

Tot slot is de hele vraag of bestuurlijk aanbesteden onder de nieuwe Richtlijn wel is toegestaan irrelevant als wij bestuurlijk aanbesteden niet kunnen aanmerken

¹¹ Van Nouhuys stelt in zijn bijdrage dat gemeenten "moeten kiezen". Het lijkt mij nu wel duidelijk dat dit in bestuurlijk aanbesteden ook gebeurt. Gemeenten nemen bij hun keuze de keuze van de cliënt één op één over.

¹² Artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 van de Aanbestedingswet 2012.

als aanbesteden. Ook daarvoor zijn in de Richtlijn zelf aanwijzingen te vinden. Zo laat de Europese wetgever ons in overweging 4 het volgende weten:

(...) Tevens is in gevallen waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, zonder onderscheid het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren zoals regelingen voor consumentenkeuze of dienstenvouchers, geen sprake van aanbesteding, maar van een gewone vergunningsregeling (bijvoorbeeld voor geneesmiddelen of medische diensten).

In een bestuurlijke aanbesteding stellen gemeenten overeenkomsten op. Alle ondernemers die aan de voorwaarden voldoen die in deze overeenkomsten staan, krijgen het recht om diensten te leveren aan de burgers van de gemeenten. Het is uiteindelijk de burger die bepaalt bij wie hij deze dienst afneemt. De burger kan in een bestuurlijke aanbesteding zelfs kiezen voor een ondernemer die nog niet is "toegelaten", zolang deze maar kan aantonen te voldoen aan de voorwaarden en "toetreedt". Er is evenmin onderscheid in de tarieven die ondernemers ontvangen. De diensten die burgers geleverd krijgen, kennen voor alle ondernemers hetzelfde tarief. Al deze elementen, die kenmerkend zijn voor "bestuurlijk aanbesteden" zoals het is bedoeld en op veel plaatsen in Nederland is geïmplementeerd, leiden tot de vraag of de Europese wetgever zou oordelen dat überhaupt sprake is van aanbesteden. Deze lijkt eerder te concluderen dat sprake is van een gewoon vergunningsstelsel, wat de hele discussie of "bestuurlijk aanbesteden" wel mag onder de nieuwe Richtlijn een non-discussie maakt.

5. Conclusie en (uitgebreid) nawoord

5.1 Conclusie

Met dit artikel heb ik aangetoond dat ook na 18 april 2016 gemeenten in het sociaal domein gewoon bestuurlijk kunnen blijven aanbesteden. Bijna een jaar geleden schreef ik in een column op Aanbestedingscafé.nl dat gemeenten zich niet bang moeten laten maken door, onder andere, advocaten.¹³ Dat advies blijft ook nu gelden.

In september 2015 vond er naar aanleiding van mijn column een studiemiddag aanbestedingsrecht plaats aan de Vrije Universiteit onder leiding van Prof. mr. C.E.C. Jansen. Prof. Jansen is niet alleen hoogleraar aanbestedingsrecht, maar ook vicevoorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts. Na mijn uiteenzetting over bestuurlijk aanbesteden, trad hij op als referent. Zijn conclusie was, kort gezegd, dat bestuurlijk aanbesteden zowel in de huidige als in de nieuwe regels gewoon mogelijk is. Wat het lastig maakt is dat in bestuurlijk aanbesteden gemeenten niet altijd termen gebruiken die dat meteen duidelijk maken. Wellicht is dit artikel dan een goede handreiking voor de (juridische) praktijk.

De stelling van van Nouhuys dat er een "abrupt" einde moet komen aan bestuurlijk aanbesteden is op zijn zachtst gezegd dus onjuist, onhoudbaar en mist voldoende, met bewijs te onderbouwen, argumenten. Naast dat het aantal

¹³ <http://www.aanbestedingscafe.nl/ja-bestuurlijk-aanbesteden-mag-ook-2016-en-daarna/>

bestudeerde bestuurlijke aanbestedingen waarop van Nouhuys zijn conclusie baseert minimaal is (2 op meer dan 200), is ook zijn beschrijving van wat bestuurlijk aanbesteden inhoudt minstens onvoldoende. Bovendien creëert hij een eigen juridisch kader waarmee hij bestuurlijk aanbesteden analyseert en juridisch duidt door zelf invulling te geven aan de wens van de Europese wetgever voor wat betreft het verloop van de nieuwe “procedure voor sociale diensten”. Nouhuys is zonder twijfel een topadvocaat op het gebied van aanbestedingsrecht, die ik alleen daarom al bewonder, maar dat maakt niet dat zijn argumentatie en conclusies voor wat betreft het artikel in Tijdschrift Aanbestedingsrecht kloppen. Integendeel.

Ik heb duidelijk uiteengezet dat bestuurlijk aanbesteden ook na 18 april 2016 past binnen de Europese aanbestedingsrichtlijn. Gemeenten kunnen met bestuurlijk aanbesteden goed invulling geven aan de nieuwe uitzonderingsprocedure voor sociale diensten. Bovendien maken gemeenten in een bestuurlijke aanbesteding onverplicht(!) gebruik van minimaal vier modaliteiten die de nieuwe Richtlijn biedt: marktconsultaties, dynamisch aankoopstelsel, uitsluitings-, geschiktheids-, selectie- en gunningscriteria en de mogelijkheid tot wijzigen van contractuele afspraken. Ook zonder de nieuwe procedure voor sociale diensten past bestuurlijk aanbesteden daarom binnen de Richtlijn. Sterker nog, zelfs zonder Richtlijn voldoet bestuurlijk aanbesteden aan alle aanbestedingsrechtelijke beginselen, waaronder gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. Van een “flagrante schending”, zoals van Nouhuys beweert, is in het geheel geen sprake. Tot slot is het nog maar de vraag of bestuurlijk aanbesteden überhaupt is aan te merken als aanbesteden en daarmee onder de aanbestedingswet- en regelgeving valt. Gemeenten die van de in de praktijk bewezen voordelen van bestuurlijk aanbesteden willen profiteren, kunnen het daarom ook als vergunningsstelsel aanmerken om uit de oeverloze discussie te blijven of bestuurlijk aanbesteden wel “mag”.

5.2 Nawoord

De vraag of bestuurlijk aanbesteden juridisch is toegestaan is naar mijn mening daarmee niet de juiste vraag. Mijn betoog hier maakt duidelijk dat dit namelijk gewoon het geval is. De relevante vraag is of gemeenten bestuurlijk *willen* aanbesteden.

Vanaf het moment dat ik bestuurlijk aanbesteden introduceerde eind vorig decennium is er kritiek op, vooral vanuit een kleine groep (vooraanstaande) inkoopdeskundigen en aanbestedingsjuristen. De inkoopdeskundigen verwezen dan naar de juristen dat bestuurlijk aanbesteden juridisch “niet mag”, of in ieder geval juridisch risico’s kent. Alsof “normale” aanbestedingen (openbaar, niet openbaar) die juridische risico’s niet kennen. Tel het aantal rechtszaken in de aanbestedingen hulp bij het huishouden en voor re-integratiedienstverlening, zou ik zeggen. De aanbestedingsjuristen speelden het spel van de inkoopdeskundigen graag mee en wezen dan naar de inkoopdeskundigen dat “bestuurlijk aanbesteden” niet “slim” is. Praten met “de markt” moet vooral beperkt blijven tot “marktconsultaties”. Dan snappen we het weer. Ook in het sociale domein moeten we daarna vooral “openbaar aanbesteden”, luidt het adagium, anders

kloppen de zes stappen van het inkoopproces dat bij de NEVI is geleerd niet meer (specificeren, selecteren, *et cetera*). En natuurlijk horen wij altijd en nog steeds dat concurrentie in inkoop (lees: openbaar aanbesteden) leidt tot hogere kwaliteit en lagere kosten. Dat is geen juridisch argument, zelfs niet wetenschappelijk, maar puur ideologisch. Dat het inmiddels ook de drogredenering van de eeuw is, is nog niet doorgedrongen in het bastion van de inkoopdeskundigen en aanbestedingsjuristen die ik in dit nawoord aanspreek.¹⁴

Waarschijnlijk komen deze personen dan weer aanzetten met het argument dat de professionaliteit van inkopers en verkopers nog onvoldoende is om goed te kunnen aanbesteden. Dat daarom met “openbaar aanbesteden” in het sociaal domein nog onvoldoende resultaten zijn te boeken. Naast de vraag wanneer het dan “voldoende” is, zitten zorgvragers en zorgverleners natuurlijk niet te wachten op zo’n vaststelling. Zij verwachten dat áls dit een gegeven is, bestuurders dat meenemen in hun afweging bij het regelen van zorg. Met andere woorden, het is dan juist een argument tégen openbaar aanbesteden en vóór bestuurlijk aanbesteden zoals omschreven in dit artikel.

Dat met “openbaar aanbesteden” bovendien de keuzevrijheid voor zorgverlening verschuift van de cliënt naar de gemeenten, waarmee het risico op favoritisme en willekeur juist toeneemt, is een argument dat we dan van de dames en heren niet meer horen.¹⁵ Liever mailen zij dan bijvoorbeeld het artikel uit een “wetenschappelijk tijdschrift” van de “vooraanstaande jurist” van Nouhuys “onder embargo” rond aan gemeenten om hen er vooral op te wijzen dat het artikel “een bom” legt onder inkoop in het sociaal domein. Dat zijn veel autoriteitsargumenten in één zin en maakt goede marketing voor de eigen winkel.

De “bom” blijkt gelukkig een losse flodder voor wie de inhoudelijke argumenten bestudeert.

Is bestuurlijk aanbesteden dan altijd slim om te doen? Die vraag kan ik, nog steeds als de persoon in Nederland met verreweg de meeste ervaring met bestuurlijk aanbesteden, wellicht zelfs met inkoop in het sociaal domein,¹⁶ absoluut met “nee” beantwoorden.

De ervaringen die gemeenten opdeden de afgelopen twee tot drie jaar laten zien dat bestuurlijk aanbesteden vooral zin heeft waar keuzevrijheid van cliënten er toe doet. Of waar gemeenten vinden dat die ertoe *moet* doen. Het grootste deel van het sociale domein bestaat uit cliënten met zogenaamde simpelere problematiek; een autistische kind, somatische klachten door ouderdom, lichamelijke handicaps, *et cetera*. In de huidige tijd weten deze cliënten en hun

¹⁴ Zie voor een onderbouwing dat openbaar aanbesteden niet leidt tot hogere kwaliteit en lagere kosten bij complexe diensten mijn artikel “Daarom geen competitie voor de inkoop van sociale diensten / een antwoord op de vraag” in Tijdschrift Aanbestedingsrecht 2012, nr. 2 (blz. 204).

¹⁵ Wat losstaat van de drogredenering dat cliënten ook een PGB kunnen nemen. Ook daaraan zijn inmiddels bij wet regels verbonden. Daarnaast: wie kan de administratieve kosten beter dragen voor een systeem van keuzevrijheid: de overheid of de cliënt?

¹⁶ Om dan toch zelf maar eens een autoriteitsargument te gebruiken.

omgeving, zeker met ondersteuning, heel goed van welke zorgverleners zij zorg zouden willen ontvangen en van welke niet. Ondernemers kunnen ook heel goed maatwerk leveren en zich ontwikkelen in een “open systeem” van vraag en aanbod. Cliënten bepalen hier wat kwaliteit is. Gemeenten faciliteren het domein. Bestuurlijk aanbesteden past hier prima!

Bij complexere problematiek kan bestuurlijk aanbesteden lastiger zijn. Denk aan multi-problem gezinnen en crisisplaatsingen. Cliënten kunnen dan vaak écht geen eigen keus maken (te laag IQ én geen eigen netwerk) of keuzevrijheid is onzinnig (bijvoorbeeld bij crisis). Deze problematiek kan bij gemeenten wel tot de wens leiden het aantal aanbieders te beperken. In dat geval is geen sprake meer van bestuurlijk aanbesteden. Niettemin, een openbare aanbesteding is zeker ook niet nodig! Dat blijkt ook uit dit artikel. Gemeenten hoeven alleen “een procedure voor sociale diensten” te voeren. Zo’n procedure zullen gemeenten dan wel weer apart op hun juridische merites moeten beoordelen.

Gemeenten dienen zich, wat zij ook doen, vooral niet bang te laten maken door adviezen die advocaten “te abrupt” opschrijven. De conclusies kunnen gebrekkig zijn waardoor bij het opvolgen van het advies zomaar een cliënt of zorgorganisatie het nakijken heeft, terwijl die bij wat anders dan een “openbare aanbesteding” beter af was geweest. De gemeente is daar dan wel voor verantwoordelijk, niet de advocaat!

++++++

“Men moet niet een uitspraak geloven, simpelweg omdat een autoriteit hem doet...”

-- Robert A. Heinlein