

mag worden gegaan omdat er één serieuze gegadigde is. Net als het vonnis van de rechtbank Rotterdam, bevestigt de overige Didam-jurisprudentie, het belang om in geval van gebruikmaking van de Didam-uitzondering de motivering hiervoor goed op orde te hebben. Dat begint al bij de bekendmaking zelf; die moet duidelijk zijn en inhoudelijk aansluiten op de feiten zoals ter plekke aan de orde.²¹

Conclusie: terug naar Didam

De tot op heden talrijke en uiteenlopende interpretaties van het Didam-arrest in de lagere rechtspraak, veelal in kort geding, lijken een gevolg te zijn van het feit dat de Hoge Raad in het Didam-arrest niet duidelijk maakt wanneer er sprake is van een situatie van meerdere (potentiële) gegadigden of een situatie waarin aangenomen mag worden dat er sprake is van slechts één serieuze gegadigde. Meer duidelijkheid ter zake is wenselijk, al was het maar om de voortdurende stroom aan nieuwe Didam-uitspraken enigszins in te dammen.

Mogelijk zal de Hoge Raad zich nog keer moeten uitlaten over de *Didam*-zaak zelf: momenteel loopt namelijk een hoger beroep in de bodemprocedure over de één-op-één verkoop van het oude gemeentehuis in Didam door de gemeente Montferland.

Naar verwachting zal het Hof Arnhem-Leeuwarden daarin moeten toetsen of de door de gemeente Montferland gesloten verkoopovereenkomst houdbaar is wanneer deze langs de lat van het Didam-arrest wordt gelegd. En laat nu in de Didam-kwestie een min of meer aan de Rijnhaven vergelijkbare kwestie spelen. De Gelderse gemeente heeft namelijk een verkoopcontract gesloten met een partij die niet alleen het initiatief voor een gebiedsontwikkeling heeft genomen, maar die ook afspraken heeft gemaakt met omliggende vastgoedeigenaren. Gaan de Arnhemse raadsheren een arrest wijzen dat inhoudelijke gelijkenissen zal vertonen met de hier be-

sproken uitspraak van de Rotterdamse kort geding rechter? We gaan het zien.

mr. M. Fokkema
advocaat bij Infense advocaten

F. Boer
juridisch medewerker bij Infense Advocaten

5

Wel voldoende mededinging maar niet voldaan aan ervarings- en geschiktheidseisen

Rechtbank Limburg zp Maastricht
4 oktober 2022, C/03/308161 / KG ZA 22-307,
ECLI:NL:RBLIM:2022:7529
(mr. G.M. Drenth)
Noot mr. E.E. Zeelenberg

CAO-norm. Clustering. Gelijkheidsbeginsel. Geschiktheidseisen. Mededinging. (On-) geldigheid inschrijving. Proportionaliteitsbeginsel. Transparantiebeginsel. Uitsluiting. Uitvoeringseis.

[Aw 2012 art. 1.4, art. 1.5; Jeugdwet]

Sinds de transitie van de jeugdzorg in 2015 werken 16 gemeenten in Zuid-Limburg samen op het gebied van inkoop van jeugdhulp. De gemeente (Maastricht) fungeert hierbij als centrumgemeente, die onder meer tot taak heeft om regionale jeugdhulp in te kopen voor de 16 gemeenten en namens deze gemeenten de daarvoor benodigde inkoopprocedures uit te voeren.

Er zijn verschillende aanbestedingen die onderdeel uitmaken van de inkoop van jeugdhulp per 1 januari 2023, waaronder 'Jeugd Wonen'.

Beoordeling

Clustering

Eiseressen hebben aangevoerd dat de gemeenten onrecht de vier woonvormen (zijnde pleegzorg (voltijd), gezinshuizen, leefhuizen en begeleid zelfstandig wonen) heeft geclusterd in één opdracht en vervolgens niet heeft opgedeeld in percelen. Daarvoor is geen afdoende motivering gegeven en voor zover die wel (pas in de vierde

21 Rb. Noord-Nederland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4685 (Provincie Fryslân).

Nvl) is gegeven, is dat te laat en is die motivering wederom niet afdoende.

Zoals de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant in de uitspraak van 26 juli 2018 (ECLI:NL:RBOBR:2018:3593) reeds overwoog, is vanuit het perspectief van de rechter bezien toepassing van art. 1.5 Aw lastig. Rekbare begrippen in de wetstekst als 'niet onnodig samenvoegen' en 'acht slaan op' bieden geen stellig antwoord op de vraag tot welke uitkomst de feiten en omstandigheden van het geval moeten leiden. De rechter behoort vanzelfsprekend de wet te volgen en zich daarbij veel gelegen te laten liggen aan de strekking van art. 1.5 Aw (het bevorderen van de kansen van MKB-bedrijven in aanbestedingen), maar art. 1.5 Aw blijft ook onderdeel van een groter geheel. Ook uit de considerans (overweging 78) van de Richtlijn 2014/24/EU (betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten) blijkt dat het ook een uitgangspunt van aanbestedingsrecht dat de aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om haar opdracht zo in te richten, dat hiermee maximaal aan haar behoeften wordt tegemoetgekomen, mits zij overweegt of het zinvol is opdrachten in percelen te verdelen. Aanbestedingsrecht is dus niet louter MKB-recht. Kijkend naar de onderhavige zaak heeft de gemeente dus de vrijheid, een discretionaire bevoegdheid, in het inkoopproces van de jeugdhulp keuzes te maken waarvan zij meent dat deze de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg verbetert.

De voorzieningenrechter volgt eiseressen niet in haar stelling dat een nadere motivering over de clustering naar aanleiding van een vragenronde te laat zou zijn en dat dit een motiveringsgebrek is dat als zodanig zou moeten leiden tot een afkeuring van de aanbesteding of heraanbesteding. Het beroep van eiseressen op een advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts in dit verband is vergeefs gedaan, want de rechter is aan dergelijke adviezen niet gebonden. Dat een nadere motivering ook nog op de mondelinge behandeling kan worden gedaan, volgt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 26 september 2017 (ECLI:NL:RBGEL:2017:5357) en die van deze rechtbank van 27 mei 2016 (ECLI:NL:RBLIM:2016:4546). Overigens is de Commissie van Aanbestedingsexperts niet zo streng als eiseressen het willen doen voorkomen. De voorzieningenrechter verwijst naar overwegingen 6.1.13 en verder van advies 53.

Eiseressen hebben gesteld dat de gemeente onvoldoende acht heeft geslagen op de in art. 1.5 lid 1 Aw genoemde aspecten en dan met name op de samenstelling van de relevante markt, de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende MKB-bedrijven, de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de ondernemer(s) en de samenhang van de opdrachten.

Het moet eiseressen worden toegegeven dat de motivering voor de clustering (en niet opdelen in percelen) in de aanbestedingsleidraad te wensen overlaat en vrij kort is. Maar tegen de achtergrond van hetgeen is overwogen en in samenhang gelezen met de doelstellingen van deze aanbestedingsprocedure (waaronder met name het integrale samenwerken en het integraal kunnen leveren van zorg aan de jeugdige, zonder dat de jeugdige zou moeten verhuizen) en de nadere motivering in de vierde Nvl, is die motivering naar het oordeel van de voorzieningenrechter afdoende.

Aan clustering van deze opdracht is inherent dat met combinaties van verschillende aanbieders op de opdracht moet worden inschreven om aan alle onderdelen (de vier woonvormen) te kunnen voldoen. Op zichzelf is het aanvaardbaar dat dat van de inschrijvers wordt verlangd. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan niet worden vastgesteld dat het vinden van inschrijfpartners dermate moeilijk is (geweest), dat niet aan de kerncompetenties kon worden voldaan en MKB-bedrijven reeds daarom buiten de boot zouden vallen.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat niet kan worden gezegd dat door de clustering onvoldoende mededinging overblijft, zoals eiseressen hebben gesteld.

Geschiktheidseis voldoende transparant?

Voor wat betreft de vraag of uit de aanbestedingsleidraad voldoende duidelijk kan worden afgeleid dat ervaring moest worden aangetoond op alle vier de woonvormen, en dat de ervaring inzake voltijd pleegzorg betrekking zou moeten hebben op minimaal 50 bedden, stelt de voorzieningenrechter voorop dat dit volgens de CAO-norm moet worden geïnterpreteerd.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat uit de bewoordingen voldoende duidelijk is, en ook voor derden (zoals potentiële inschrijvers) voldoende duidelijk moet zijn geweest, dat ervaring moest

zijn opgedaan die inzake pleegzorg gelijkstond aan minimaal 50 pleegzorgbedden. De voorzieningenrechter is niet gebleken dat deze geschiktheidseis later is gewijzigd. Het betoog van eiseressen in dit verband kan daarom niet opgaan.

Beginnelen van aanbestedingsrecht

Gelet op het aantal benodigde pleegzorgbedden in 2023 – 700 (een aantal dat de gemeente volgens de vierde Nvl uitgebreid wil zien) – kan niet zonder meer worden geoordeeld dat het vereiste aantal van 50, waar de discussie zich op toespitst, niet proportioneel is.

Evenmin acht de voorzieningenrechter aannemelijk geworden dat de bewuste geschiktheids- en uitvoeringseis een discriminatoir karakter hebben of strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel.

Voor zover eiseressen nog hebben gesteld dat zij onvoldoende tijd hebben gehad om zich te organiseren in samenwerkingsverbanden, om zo aan de gestelde geschiktheids- en ervaringseis te kunnen voldoen, gaat de voorzieningenrechter daaraan als onvoldoende gemotiveerd voorbij.

Eiseressen voeren nog aan dat de aanbesteding strijdig is met de Jeugdwet (Jw) en art. 1.4 lid 3 Aw. De voorzieningenrechter oordeelt anders.

Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat de gemeente de inschrijving van eiseressen, omdat zij niet voldeden aan de geschiktheids- en uitvoeringseis van minimaal 50 pleegzorgbedden, terecht ongeldig heeft verklaard en heeft uitgesloten van de aanbesteding.

1. [eiseres sub 1],
gevestigd te [vestigingsplaats],
2. de stichting STICHTING BIBI HUIS 1,
gevestigd te Maastricht,
3. de stichting STICHTING BIBI HUIS 2,
gevestigd te Eijsden-Margraten,
4. de stichting STICHTING AUTISMEHULP
ZUID-LIMBURG,
gevestigd te Landgraaf,
eiseressen,
advocaat mr. I.M.A. van Rooij,
tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENTE
MAASTRICHT, in haar hoedanigheid van cen-
trumgemeente voor de inkoop van Jeugdzorg,
zetelend te Maastricht,
gedaagde,
advocaat mr. H.C. Lejeune.

Partijen zullen hierna eiseressen en de gemeente genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt onder meer uit:

- de dagvaarding;
- de akte producties van eiseressen van 12 augustus 2022 met producties 1 tot en met 63;
- de akte verandering/vermeerdering eis van eiseressen van 15 augustus 2022;
- de akte overlegging producties van eiseressen van 12 september 2022 met producties 64 tot en met 80;
- de akte verandering eis van eiseressen van 12 september 2022;
- de akte overlegging producties van eiseressen van 13 september 2022 met producties 81 tot en met 83;
- de door de gemeente op 13 september 2022 overgelegde producties 1 tot en met 10;
- de mondelinge behandeling op 15 september 2022;
- de pleitnota van eiseressen;
- de pleitnota van de gemeente;
- de ‘addendum pleitnota’ van eiseressen.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Sinds de transitie van de jeugdzorg in 2015 werken 16 gemeenten in Zuid-Limburg samen op het gebied van inkoop van jeugdhulp. De gemeente (Maastricht) fungeert hierbij als centrumgemeente, die onder meer tot taak heeft om regionale jeugdhulp in te kopen voor de 16 gemeenten en namens deze gemeenten de daarvoor benodigde inkoopprocedures uit te voeren.

2.2. Er zijn verschillende aanbestedingen die onderdeel uitmaken van de inkoop van jeugdhulp per 1 januari 2023, waaronder ‘Jeugd Wonen’ (tender 199357 op Negometrix, zijnde een digitaal platform dat speciaal voor (de lancering en verwerking van) aanbestedingen wordt gebruikt).

2.3. Op 28 april 2022 zijn de aanbestedingsstukken voor ‘Jeugd Wonen’ gepubliceerd op Negometrix. Onderdeel van die stukken is de aanbestedingsleidraad. Hierin is onder meer opgenomen:

1.4 DOELSTELLING(EN)

De regio wil de volgende doelen realiseren:

Normaliseren

Een normaal perspectief is dat de jeugdige thuis woont in zijn eigen leefomgeving. Daar moet on-

dersteuning beschikbaar zijn om te voorkomen dat de jeugdige uit huis geplaatst wordt. Hier ligt een verbinding met het segmenten ambulante jeugdhulp. Normaliseren op het gebied van wonen, wanneer jeugdige uit huis geplaatst is, willen we vormgeven door de jeugdige in (kleinschalige) woonvormen in de eigen leefomgeving te plaatsen. [...]

Integraal (samen)werken

De jeugdige staat centraal en moet niet verhuizen als blijkt dat de problematiek toch anders aangepakt moet worden of er andere zorg nodig is. Door de jeugdige centraal te stellen en als uitgangspunt te nemen dat de zorg naar de jeugdige toekomt, de jeugdige niet mag verhuizen en er een acceptatieplicht is van de aanbieders wordt erop gestuurd dat aanbieders samen gaan werken en integrale zorg leveren aan de jeugdige.

[...]

Eerder juiste hulp op maat

Als een jeugdige uit huis geplaatst moet worden, willen we dat deze meteen op de goede plek terecht komt, zodat deze niet meer hoeft te verhuizen en de zorg krijgt die hij/zij nodig heeft. We willen dat er voldoende plek is van diverse vormen van verblijf (ook voor de lange termijn) en daarom afspraken maken over beschikbaarheid. Wel binnen de huidige financiële kaders, dus wachtlijsten blijven bestaan totdat de nieuwe werkwijze leidt tot betere benutting van de capaciteit en er resultaten worden bereikt vanuit segment ambulante jeugdhulp.

[...]

1.5 CONTRACTUELE VOORWAARDEN

Opdrachtgever gaat met minimaal 2 en maximaal 4 inschrijvers een overeenkomst aan.

De ingangsdatum van de overeenkomst is 1 januari 2023.

[...]

2.1.8 MOTIVERING CLUSTERING EN NIET OPDELEN IN PERCELEN

De aanbesteder ervoor gekozen heeft de opdracht in zijn geheel op de markt te plaatsen.

Betrokken opdrachtgevers opereren in dezelfde regio, hebben vergelijkbare behoeften en wensen de mogelijkheid om de invulling van die behoeften in toenemende mate te integreren. Daarom achten zij het clusteren van deze opdrachten wenselijk en zijn zij van mening dat dit rechtens niet opweegt tegen eventuele nadelen voor de markt(-structuur) ten gevolge van de clustering, althans de afwezigheid van meer percelen dan thans het

geval is. Ook op dit moment wordt de dienstverlening Jeugd Wonen regionaal aanbesteed.

Eventuele nadelen voor de marktstructuur ten gevolge van deze clustering, althans de afwezigheid van meer percelen dan thans het geval is, wegen naar het oordeel van aanbesteder rechtens niet op tegen de eerdergenoemde argumenten.

[...]

2.3.2 TECHNISCHE EN BEROEPSBEKWAAMHEID

De ondernemer beschikt voor de uitvoering van de raamovereenkomst over voldoende technische en beroepsbekwaamheid.

De minimumeisen luiden:

- De ondernemer dient aan te tonen dat hij over voldoende technische en vakbekwaamheid beschikt door het indienen van een referentie (zoals bedoeld in artikel 2.93 lid 1, sub b Aanbestedingswet 2012) met betrekking tot de volgende kerncompetenties.

Kerncompetentie: Ervaring met de uitvoering van de dienstverlening Jeugd Wonen (conform paragraaf 3.1) in het kader van de Jeugdwet waarbij de gemeente(n) optreden als opdrachtgever (zorg in natura). Toon deze kerncompetentie aan door het referentieformulier (bijlage B) in te vullen.

[...]

3 OPDRACHT OMSCHRIJVING EN PROGRAMMA VAN EISEN

In dit hoofdstuk zijn de minimumeisen opgenomen ten aanzien van deze opdracht. De inschrijving dient hierop aan te sluiten. Met zijn inschrijving verklaart inschrijver te kunnen voldoen aan de gestelde minimumeisen en akkoord te gaan met de voorwaarden.

3.1 SEGMENT OMSCHRIJVING

[...]

3.1.2 OMVANG VAN DE OPDRACHT

Voor een analyse van de benodigde bedden en etmalen is een analyse gemaakt van de toewijzingen.

Op basis van de gemiddelde capaciteit wordt de huidige realisatie in etmalen geleverd, voor de bepaling van de noodzakelijke omvang passend bij de beleidsmatige keuzes is dit inzicht noodzakelijk.

Gemiddeld Geleverde Beddencapaciteit:

Capaciteit in bedden naar producten	2021
...	...
Pleegzorg (voltijd; Regulier en LVB)	693
...	...

Capaciteit in bedden naar producten	Verwacht 2023
...	...
Pleegzorg (voltijd)	700
...	...

Gemeenten willen geen monopolies creëren. Om die reden krijgt, in het eerste jaar, de grootste aanbieder maximaal 60% van het aantal bedden, gezinshuis, begeleid zelfstandig wonen en leefhuis, gegund. Wat neerkomt op 192 bedden.

Tevens wenst de regio een verschuiving naar lichtere woonvormen. Om de verschuiving te realiseren, levert de gecontracteerde aanbieder jaarlijks minimaal de volgende volumes:

- Pleegzorg 50 bedden
- Gezinshuis 10 bedden
- Leefhuizen 16 bedden

2.4. In de vierde Nota van Inlichtingen (hierna: NvI) van 7 juli 2022 heeft de gemeente, zoals de gemeente dat noemt, verduidelijkingen gegeven over het bepaalde in de leidraad en paragraaf 2.3.2 technische en beroepsbekwaamheid in het bijzonder.

2.4.1. Ten aanzien van de clustering is het volgende opgenomen:

Er is kritiek op de inhoud van de opdracht en in het bijzonder of het zinvol en doelmatig is bepaalde disciplines in één opdracht samen te voegen anderzijds is er kennelijk twijfel of in het licht van de opdracht de gestelde ervaringseis wel proportioneel is. Op deze twee punten zullen we in gaan, te beginnen bij de redenen voor de clustering waarna de proportionaliteit van de selectie-eisen aan de orde komt.

Clustering

In de aanbesteding van segment Wonen hebben de 16 Zuid-Limburgse gemeenten gekozen om de vier woonvormen (pleegzorg, gezinshuizen, begeleid zelfstandig wonen en leefhuizen) als één opdracht in de markt te zetten. De gemeenten willen de zorg voor de jeugdigen zoveel als mogelijk in

hun eigen omgeving te laten plaatsvinden, danwel in een omgeving zoveel als mogelijk in de context van een gezin. Met name dit laatste is wenselijk gezien de positieve effecten van een gezinsomgeving op de ontwikkeling van jeugdigen die om moeten gaan met de in veel gevallen traumatische effecten van uithuisplaatsing. De woonvormen zijn dan ook oplopend in zwaarte: pleegzorg, gezinshuizen, begeleid zelfstandig wonen en leefhuizen.

De verschillende woonvormen zijn allemaal voor jeugdigen die niet meer thuis kunnen wonen.

Gemeenten willen, gezien het voorgaande, zoveel mogelijk jeugdigen binnen het segment Wonen een plek geven binnen pleegzorg en gezinshuizen en zorgaanbieders stimuleren om de capaciteit van deze woonvormen uit te breiden. De effecten van een uithuisplaatsing op de ontwikkeling van jeugdigen zijn dermate groot dat gemeenten dit het liefst willen voorkomen. Is dat niet mogelijk dan willen gemeenten dus dat pleegzorg en gezinshuizen als eerste onderzocht worden. Is een plaatsing in een gezinsgerichte woonvorm niet mogelijk (bijvoorbeeld gezien de ondersteuningsbehoefte van een jeugdige), dan is plaatsing in een leefhuis mogelijk. Begeleid zelfstandig wonen is bedoeld voor jeugdige vanaf 16 jaar die bijvoorbeeld vanuit een van de andere woonvoorziening een laatste stap richting volledige zelfstandigheid willen maken, maar dit nog niet zonder (lichte) ondersteuning kunnen. Hoewel de woonvormen een enigszins andere doelgroep kennen qua ondersteuningsbehoefte, gelden er wel algehele uitgangspunten en doelen voor het hele segment die alleen gerealiseerd kunnen worden als de integraliteit bij het organiseren van de verschillende woonvormen in de opdracht centraal staat (zie voor een overzicht Bijlage R van de aanbesteding: 'Kaderdocument Wonen deel 2A').

De synergie die gemeenten zien in deze producten is dat een jeugdige zich tussen deze producten kan bewegen, waarbij zoveel mogelijk sprake is van afschaling binnen de overeenkomst. Ook de jeugdwet stelt als doel om de samenhang te bevorderen. In de eerste tussenevaluatie van de jeugdwet in 2018 en ook in latere evaluaties (zorg voor de jeugd) blijkt dat de druk om intramurale zorg onverminderd hoog is. In de laatste slotrapportage van Zorg voor de jeugd wordt ook gesteld dat betere zorg voor jeugdigen alleen bereikt kan worden als alle partijen met elkaar samenwerken. Door het als één opdracht in de markt weg te zet-

ten wordt de zorg ontschot en zijn aanbieders gezamenlijk verantwoordelijk voor deze woonvormen. Tevens is er dan een sterkere prikkel om de best passende zorg in te zetten (licht waar dat kan, direct zwaar wanneer nodig). Hoewel elke contractpartij als strategische partner voor de gemeente verantwoordelijk is voor het organiseren van alle woonvormen staat het hen vrij zich op een dusdanige manier te organiseren dat er op basis van onderlinge samenwerking optimaal gebruikt wordt gemaakt van de expertise van individuele zorgaanbieders.

De essentie van de opdracht is dat de contractpartijen een reële mogelijkheid hebben om binnen de beschikbare mogelijkheden te zoeken naar de woonplek die het best past bij elke individuele cliënt. Het verdelen in percelen zou de mogelijkheid voor de opdrachtnemer om ten behoeve van de cliënt individueel te variëren ondergraven en daardoor afbreuk doen aan het concept van de opdracht. Door één contractpartij verantwoordelijk te maken voor het organiseren van alle woonvormen zorgen we ervoor dat deze beter alle mogelijkheden benut, de vormen van jeugdhulp makkelijker op elkaar afstemt en jeugdigen sneller de juiste hulp op de juiste plek geeft. De regio Zuid-Limburg pleit voor een duurzaam, samenhangend en doelgroepgericht zorglandschap. Ook het jeugdhulpaanbod moet structureel en integraal zijn - afgestemd op de behoeften van jeugdigen. Om dit te realiseren is samenwerking met strategische partners, die verantwoordelijk zijn voor het geheel aan woonvormen, cruciaal. Dan kan namelijk ook het meest effectief gewerkt worden aan de ontwikkelafspraken over alle woonvormen heen, zoals opgenomen in de ontwikkelagenda van dit segment welke onderdeel uitmaakt van de aanbesteding.

De regio is zich bewust van de manier waarop de huidige markt voor bovengenoemde woonvormen op dit moment in Zuid-Limburg is georganiseerd. Zo zijn er een beperkt aantal partijen die pleegzorg bieden. In de aanbesteding is hier rekening mee gehouden door het voor aanbieders van pleegzorg mogelijk te maken zich als onderaannemer bij meerdere samenwerkingsverbanden aan te sluiten. Zij dienen dan wel aan te geven hoe zijn hun totale capaciteit over de contractpartijen verdelen. Tevens heeft reeds op 18 januari 2022 een informatiebijeenkomst voor aanbieders plaatsgevonden over de invulling van de sturingsinstrumenten contract en leveranciersmanagement.

Daarin is uitleg gegeven van de ingeslagen koers in Zuid-Limburg. Daarnaast is ook aangegeven dat contractpartijen mogen zoeken naar aanbieders die op dit moment pleegzorg buiten Zuid-Limburg aanbieden, mits zij bereid zijn per 1-1-2023 de gevraagde capaciteit in Zuid-Limburg te leveren, conform de gestelde eisen.

2.4.2. Ten aanzien van de proportionaliteit van de ervaringseis (kerncompetentie) is het volgende opgenomen:

Proportionaliteit Ervaringseis (Kerncompetentie)

De aanbestede opdracht voorziet gezien de clustering (die gezien het bovenstaande geenszins in strijd is met het clusterverbod) in ervaringseisen die naar aard en volume geënt zijn op de thans te gunnen opdracht waarin zulke disciplines geïntegreerd zijn.

De ervaringseisen Pleegzorg 50 bedden, Gezinshuis 10 bedden en Leefhuizen 16 bedden proportioneel in het licht van de geleverde capaciteit in 2021 te weten:

- Pleegzorg 693 bedden
- Gezinshuis 83 bedden
- Leefhuizen 148 bedden

Het is de visie van de gemeente dat aanbieders een minimale omspanning dienen te hebben om enerzijds een efficiënte en dienstverlening te leveren en anderzijds om de inhoudelijke beweging naar lichtere zorg te bewerkstelligen.

2.4.3. Paragraaf 2.3.2 is, voor zover van belang, als volgt herschreven:

2.3.2 TECHNISCHE EN BEROEPSBEKWAAMHEID

De ondernemer beschikt voor de uitvoering van de raamovereenkomst over voldoende technische en beroepsbekwaamheid.

De ondernemer dient aan te tonen dat hij over voldoende technische en vakbekwaamheid beschikt door het indienen van een referentie (zoals bedoeld in artikel 2.93 lid 1, sub b Aanbestedingswet 2012) met betrekking tot de volgende kerncompetentie:

Ervaring met de uitvoering van de dienstverlening Jeugd Wonen (conform paragraaf 3.1) in het kader van de Jeugdwet waarbij de gemeente(n) optreden als opdrachtgever (zorg in natura). Toon deze kerncompetentie aan door het referentief formulier (bijlage B) in te vullen.

De ingediende referentie betreft de uitvoering van een opdracht die cumulatief aan de voorwaarden i/t/m v voldoet:

i. Het betreft uitvoering van dienstverlening Jeugd Wonen (conform paragraaf 3.1) waarbij minimaal gedurende de referentieperiode ervaring met:

- (a) Pleegzorg 50 bedden; én
- (b) Gezinshuis 10 bedden; én
- (c) Leefhuizen 16 bedden.

[...]

2.5. Bij beslissing van de gemeente van 5 augustus 2022 is de inschrijving van eiseressen op de tender 'Jeugd Wonen' ongeldig verklaard, onder meer omdat eiseressen niet voldeden aan de kerncompetentie van minimaal 50 pleegzorgbedden.

3. Het geschil

3.1. Eiseressen vorderen na wijziging van eis dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

primair

(1) de gemeente gebiedt de Europese aanbestedingsprocedure 'Tender Jeugd Wonen' (met referentienummer Negometrix 199357) te staken en gestaakt te houden binnen 48 uur na dagtekening van dit vonnis;

(2) de gemeente gebiedt om de beslissing van 5 augustus 2022 tot ongeldigverklaring en terzijdestelling van de inschrijving van eiseressen, in de Europese aanbestedingsprocedure 'Tender Jeugd Wonen' (met referentienummer Negometrix 199357), in te trekken binnen 48 uur na dagtekening van dit vonnis, en deze inschrijving nadien niet opnieuw ongeldig te verklaren, dan wel deze af te wijzen althans uit te sluiten;

(3) de gemeente gebiedt om de beslissing van 5 augustus 2022 in de Europese aanbestedingsprocedure 'Tender Jeugd Wonen' (met referentienummer Negometrix 199357) met daarin opgenomen het voornemen tot gunning aan één of meer andere inschrijvers dan eiseressen, althans een eventuele gunningsbeslissing of het voornemen daartoe – zo de gemeente een dergelijke gunningsbeslissing inmiddels genomen zou hebben of nog zou nemen respectievelijk een dergelijk voornemen geuit zou hebben of nog zou uiten voor het in dezen te wijzen vonnis – in te trekken binnen 48 uur na dagtekening van dit vonnis, en ingetrokken te houden;

(4) de gemeente gebiedt, voor zover zij de opdracht nog altijd wenst te gunnen, binnen vier weken na het in dezen te wijzen vonnis, althans binnen een in goede justitie te bepalen termijn, over te gaan tot heraanbesteding en daarbij de voorwaarden van de aanbestedingsprocedure te

wijzigen met inachtneming van de Aanbestedingswet 2012 en de beginselen van aanbestedingsrecht, alsmede het door de voorzieningenrechter te wijzen vonnis, althans

subsidiar

(1) de gemeente gebiedt om na het aan eiseressen bieden van een gelegenheid tot herstel van gebreken in de inschrijving, alle inschrijvingen inclusief die van eiseressen opnieuw te beoordelen conform de aanbestedingsleidraad en op basis van die herbeoordeling te komen tot nieuwe gunningsbeslissingen en intrekking van de eerder genomen gunningsbeslissingen, een en ander binnen een in goede justitie te bepalen termijn, althans

(2) de gemeente gebiedt om maatregelen te treffen die de voorzieningenrechter noodzakelijk, althans geschikt acht en die recht doen aan de belangen van eiseressen;

primair en subsidiar

(1) bepaalt dat de gemeente – kort gezegd – bij niet nakoming van ieder afzonderlijk opgelegd gebod of veroordeling een dwangsom verbeurt van € 5.000,- per dag, met een maximum van € 100.000,-;

(2) de gemeente veroordeelt in – kort gezegd – de kosten van de procedure.

3.2. Ter onderbouwing van hun vorderingen stellen eiseressen dat de aanbestedingsprocedure 'Jeugd Wonen' de rechtmatigheids- en doelmatigheidstoets niet kan doorstaan, omdat aan de aanbesteding diverse fundamentele gebreken kleven. Zo zijn verschillende opdrachten onnodig geclusterd tot één opdracht, die vervolgens onterecht niet is opgedeeld in percelen (met een apart perceel voor pleegzorg). De geschiktheidseis in de leidraad is onduidelijk, hetgeen in strijd is met het transparantiebeginsel. Bovendien is deze eis gewijzigd in een NvI, wat niet is toegestaan. Volgens de gemeente moet een jeugdzorgaanbieder aanzienlijke ervaring met pleegzorg kunnen aantonen (minstens 50 bedden) én dit aantal kunnen leveren vanaf 1 januari 2023, terwijl pleegzorg een schaars product is dat slechts wordt aangeboden door een beperkt aantal aanbieders, waarvan er maar één is die meer dan 50 bedden heeft. Die eisen zijn onredelijk en disproportioneel en maken bovendien (indirect) onderscheid tussen grote en kleine aanbieders van jeugdhulp en tussen pleegzorgaanbieders en niet pleegzorgaanbieders, zonder redelijke en objectieve rechtvaardigingsgrond. Dat is in strijd met het gelijkheids-

beginsel en discriminatoir. Het voorgaande heeft ook tot gevolg dat er onvoldoende marktwerking is, hetgeen wordt versterkt door het feit dat er minimaal 2 en maximaal 4 contracten worden gesloten. Hierdoor zullen veel, met name kleinere, zorgaanbieders verdwijnen. Voorts zijn de gunningscriteria en de beoordelingssystematiek onvoldoende objectief, duidelijk en controleerbaar en leidt de opdracht ten slotte tot een enorme administratieve lastenverzwaring voor zorgaanbieders en onredelijke tarieven voor onderaannemers.

3.3. De gemeente voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen, waarbij eiseressen – kort gezegd – in de proceskosten moeten worden veroordeeld.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Het (spoedeisend) belang van eiseressen volgt naar het oordeel van de voorzieningenrechter uit de aard van de zaak en de vorderingen, die primair zijn gericht op staking van de lopende aanbestedingsprocedure 'Jeugd Wonen' en heraanbesteding van de opdracht. Bovendien leidt de voorzieningenrechter uit de aanbestedingsleidraad af dat een kort geding (bij de rechtbank Limburg, locatie Maastricht) als geëigende procedure is aangewezen.

4.2. Uitgangspunt van het aanbestedingsrecht is dat door aanbestedende diensten, zoals in dit geval de gemeente, een gelijk speelveld wordt gecreëerd, waarbij de mededinging wordt gestimuleerd en inschrijvers een gelijke en eerlijke kans krijgen op gunning van de opdracht. Hierbij moeten de aanbestedende diensten bepaalde algemene beginselen respecteren, zoals de beginselen van vrije mededinging en van non-discriminatie, het transparantiebeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Volgens eiseressen wordt aan dit alles niet door de gemeente voldaan, hetgeen de gemeente gemotiveerd heeft betwist. De voorzieningenrechter zal hierna de meest cruciale geschilpunten in dit debat beoordelen.

Motivering clustering en niet opdelen in percelen

4.3. Eiseressen hebben aangevoerd dat de gemeente ten onrechte de vier woonvormen (zijnde pleegzorg (voltijd), gezinshuizen, leefhuizen en begeleid zelfstandig wonen) heeft geclusterd in

één opdracht en vervolgens niet heeft opgedeeld in percelen. Daarvoor is geen afdoende motivering gegeven en voor zover die wel (pas in de vierde NvI) is gegeven, is dat te laat en is die motivering wederom niet afdoende.

De gemeente heeft dit gemotiveerd bestreden.

4.4. Vertrekpunt voor de beoordeling van dit geschilpunt vormt artikel 1.5 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw). Dit artikel luidt als volgt:

1. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf voegt opdrachten niet onnodig samen. Alvorens samenvoeging plaatsvindt, wordt in ieder geval acht geslagen op:

a. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf;

b. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer;

c. de mate van samenhang van de opdrachten.

2. Indien samenvoeging van opdrachten plaatsvindt, wordt dit door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gemotiveerd in de aanbestedingsstukken.

3. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf deelt een opdracht op in meerdere percelen, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dit motiveert in de aanbestedingsstukken.

4.5. Zoals de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant in de uitspraak van 26 juli 2018 (ECLI:NL:RBOBR:2018:3593) reeds overwoog, is vanuit het perspectief van de rechter bezien toepassing van artikel 1.5 Aw lastig. Rekbare begrippen in de wetstekst als “niet onnodig samenvoegen” en “acht slaan op” bieden geen stellig antwoord op de vraag tot welke uitkomst de feiten en omstandigheden van het geval moeten leiden. De rechter behoort vanzelfsprekend de wet te volgen en zich daarbij veel gelegen te laten liggen aan de strekking van artikel 1.5 Aw (het bevorderen van de kansen van MKB-bedrijven in aanbestedingen), maar artikel 1.5 Aw blijft ook onderdeel van een groter geheel. In de considerans (overweging 78) van de Richtlijn 2014/24/EU (betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten) staat hierover:

Aanbestedingen moeten worden aangepast aan de behoeften van het mkb. De aanbestedende diensten moeten worden aangemoedigd gebruik

te maken van de code van beste praktijken die is gedefinieerd in het werkdocument van de diensten van de Commissie van 25 juni 2008 met als titel „Europese Code voor beste praktijken bij het faciliteren van toegang tot overheidsaanbestedingen voor het mkb”. Daarin is aangegeven hoe de wet- en regelgeving op het gebied van aanbestedingen op zodanige wijze kan worden toegepast dat het mkb makkelijker aan aanbestedingen kan deelnemen. Met het oog daarop en om de concurrentie te vergroten, moeten aanbestedende diensten er met name toe worden aangezet grote opdrachten in percelen te verdelen. [...]

De omvang en inhoud van de percelen dient vrijelijk te worden bepaald door de aanbestedende dienst, die, conform de desbetreffende voorschriften inzake de berekening van de geraamde waarde van de opdracht, ook een gedeelte van de percelen moet kunnen plaatsen zonder toepassing van de procedures van deze richtlijn. De aanbestedende dienst zou de plicht moeten hebben te overwegen of het zinvol is opdrachten in percelen te verdelen, maar moet autonoom iedere door hem relevant geachte reden kunnen laten gelden, zonder administratief of gerechtelijk toezicht.

Het is dus ook een uitgangspunt van aanbestedingsrecht dat de aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om haar opdracht zo in te richten, dat hiermee maximaal aan haar behoeften wordt tegemoetgekomen, mits zij overweegt of het zinvol is opdrachten in percelen te verdelen. Aanbestedingsrecht is dus niet louter MKB-recht. Kijkend naar de onderhavige zaak heeft de gemeente dus de vrijheid, een discretionaire bevoegdheid, in het inkoopproces van de jeugdhulp keuzes te maken waarvan zij meent dat deze de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg verbetert.

4.6. De voorzieningenrechter volgt eiseressen niet in haar stelling dat een nadere motivering over de clustering naar aanleiding van een vragenronde te laat zou zijn en dat dit een motiveringsgebrek is dat als zodanig zou moeten leiden tot een afkeuring van de aanbesteding of heraanbesteding. Het beroep van eiseressen op een advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts in dit verband is vergeefs gedaan, want de rechter is aan dergelijke adviezen niet gebonden. Dat een nadere motivering ook nog op de mondelinge behandeling kan worden gedaan, volgt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 26 september 2017 (ECLI:NL:RBGEL:2017:5357) en die van deze rechtbank van 27 mei 2016

(ECLI:NL:RBLIM:2016:4546). Overigens is de Commissie van Aanbestedingsexperts niet zo streng als eiseressen het willen doen voorkomen. De voorzieningenrechter verwijst naar overwegingen 6.1.13 en verder van advies 53.

4.7. Eiseressen hebben gesteld dat de gemeente onvoldoende acht heeft geslagen op de in artikel 1.5 lid 1 Aw genoemde aspecten en dan met name op de samenstelling van de relevante markt, de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende MKB-bedrijven, de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de ondernemer(s) en de samenhang van de opdrachten. De gemeente heeft zich daartegen verweerd.

4.8. Het moet eiseressen worden toegegeven dat de motivering voor de clustering (en niet opdelen in percelen) in de aanbestedingsleidraad onder 2.1.8 (zoals hiervoor onder 2.3. is opgenomen) te wensen overlaat en vrij kort is. Maar tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor onder 4.5. is overwogen en in samenhang gelezen met de doelstellingen van deze aanbestedingsprocedure, zoals die hiervoor onder 2.3. zijn opgenomen (waaronder met name het integrale samenwerken en het integraal kunnen leveren van zorg aan de jeugdige, zonder dat de jeugdige zou moeten verhuizen) en de nadere motivering in de vierde NvI, is die motivering naar het oordeel van de voorzieningenrechter afdoende. In dit laatste stuk heeft de gemeente onder meer vermeld dat de essentie van de opdracht is dat de contractspartijen een reële mogelijkheid hebben om binnen de beschikbare mogelijkheden te zoeken naar de woonplek die het best past bij elke individuele cliënt. Met andere woorden: om de jeugdige zo goed mogelijk te kunnen helpen en van de best mogelijke integrale zorg te kunnen voorzien, is gekozen voor clustering van de verschillende woonvormen in één opdracht. Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft de gemeente gesteld dat zij dusdoende daadwerkelijk haar regierol kan vormgeven. Op de wijze waarop de aanbesteding is uitgezet kan een integraliteit van woonvormen worden bereikt, waardoor voorkomen wordt dat een kind voor de benodigde zorg van de één naar de andere zorgondernemer blijft “hoppen”. De voorzieningenrechter is van oordeel dat pleegzorg, de woonvorm die volgens eiseressen niet had mogen worden geclusterd met de andere woonvormen dan wel een apart perceel had moeten vormen, juist thuishoort in hetzelfde cluster als de overige

woonvormen en juist niet een apart perceel dient te vormen. Immers wil de gemeente een verschuiving naar lichtere woonvormen en “de zorg voor de jeugdigen [...] zoveel als mogelijk in de context van een gezin”, en pleegzorg is de lichtste en meest gezinsgerichte woonvorm. Om de door de gemeente voorgestane integrale zorg te kunnen bieden, is pleegzorgaanbod dus essentieel. Het is verder juist dat het de verantwoordelijkheid van de gemeente is om de jeugdzorg in het belang van het kind te organiseren, hetgeen naar het oordeel van de voorzieningenrechter een te respecteren doel is. Dat de gemeente bij de beslissing tot clustering oog heeft gehad voor de huidige markt blijkt uit de laatste alinea van de nadere motivering in de NvI. De gemeente heeft terecht aangevoerd dat niet op voorhand kon worden voorzien hoe de marktwerking zou uitpakken. Zoals hierna zal blijken (onder 4.9.) zijn er alleen al in de regio Zuid-Limburg drie aanbieders met voldoende aanbod van pleegzorgbedden. Hoe de gemeente had moeten voorzien dat twee van deze drie zich samen zouden pakken in hetzelfde samenwerkingsverband, valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien. Bovendien bestond (zie ook hierna onder 4.9.) voor inschrijvers de mogelijkheid om buiten de regio te zoeken naar pleegzorgaanbieders, en dat van deze mogelijkheid geen, of te laat, gebruik is gemaakt, kon de gemeente ook niet voorzien.

4.9. Aan clustering van deze opdracht is inherent dat met combinaties van verschillende aanbieders op de opdracht moet worden inschreven om aan alle onderdelen (de vier woonvormen) te kunnen voldoen. Op zichzelf is het aanvaardbaar dat dat van de inschrijvers wordt verlangd. De voorzieningenrechter stelt vast dat reeds bij de presentatie van de gemeente over de ontwikkelingen in het Transformatieplan Jeugd Zuid-Limburg op 18 januari 2022 duidelijk is gemaakt dat het aantal contractpartners wordt teruggebracht (naar 2 tot 4 contractanten) en dat een inschrijver (mogelijk) alle woonvormen zou moeten aanbieden, zoals eiseressen hebben gesteld. En dat eiseressen dat ook reeds daarvoor wisten, blijkt uit de door hen zelf aangehaalde Stichting Jeugdhulp Limburg (SJL): een sinds maart 2021 ontstaan samenwerkingsverband van ongeveer 25 kleinere zorgaanbieders (waar Bibi Huis zich in juni 2021 bij aansloot). Inzake de missie en visie van SJL hebben eiseressen onder meer in de dagvaarding opgenomen: “Het is niet meer dan logisch dat het aantal

gecontracteerde partijen teruggedrongen moet worden” en “Door de kwaliteit van de jeugdhulp centraal te monitoren zorgen we ervoor dat deze van de hoogst mogelijke kwaliteit is”. Samenwerking was dus noodzakelijk en (twee van de) eiseressen hebben dat ook onderkend. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan niet worden vastgesteld dat het vinden van inschrijfpartners dermate moeilijk is (geweest), dat niet aan de kerncompetenties kon worden voldaan en MKB-bedrijven reeds daarom buiten de boot zouden vallen. Dit blijkt alleen al uit het feit dat eiseressen volgens eigen zeggen inmiddels, weliswaar buiten de inschrijfmijn, twee partijen buiten de regio Zuid-Limburg hebben gevonden die (samen met hen) pleegzorg zouden kunnen aanbieden. Dat zij deze partijen te laat hebben gevonden, komt voor hun eigen rekening en risico. Eiseressen gingen ervan uit dat de pleegzorgaanbieders uit de regio Zuid-Limburg moesten komen, maar dat is nergens te lezen in de aanbestedingsleidraad en/of de andere stukken die zich in het dossier bevinden. In 2.1.11.4. van de aanbestedingsleidraad (wijze van deelneming (combinaties)) staat dit niet, en bij 2.3.4. (overige geschiktheidseisen) staat bij ‘geschiktheidseisen aan de locaties’ enkel dat de locaties voor uitvoering van deze opdracht in de regio Zuid-Limburg moeten liggen, dus niet dat de aanbieder hier ook gevestigd moet zijn, en bij ‘geschiktheid onderaannemers’ wordt enkel vereist dat ze moeten worden vermeld, dus niet dat ze uit de regio moeten komen. Dat pleegzorgaanbieders in de regio gevonden moeten worden betrof dus een (verkeerde) aanneming van eiseressen, die zij dan hadden moeten controleren (bijvoorbeeld door hierover een vraag te stellen), wat zij niet hebben gedaan. Hierdoor zijn zij pas een aanbieder buiten de regio gaan zoeken na hun evaluatiegesprek op 21 juni 2022, terwijl zij dit al hadden kunnen doen vanaf 28 april 2022 (de publicatiedatum van de aanbestedingsleidraad).

4.10. De voorzieningenrechter is van oordeel dat niet kan worden gezegd dat door de clustering onvoldoende mededinging overblijft, zoals eiseressen hebben gesteld. Weliswaar wordt met de aanbesteding beoogd dat het aantal contractanten vermindert (naar maximaal 4), maar de gemeente heeft onweersproken gesteld dat er twee consortia zijn die een geldige inschrijving hebben gedaan en dat onder deze consortia minimaal 26 jeugdhulpaanbieders vallen, die de benodigde zorg

kunnen leveren. Dat hadden wellicht drie contractanten en (minimaal) 30 aanbieders kunnen zijn, als eiseressen eerder waren begonnen aan hun zoektocht naar een buitenregionale pleegzorgaanbieder, als zij de derde regionale pleegzorgaanbieder met meer dan 50 bedden hadden benaderd voordat deze zich aansloot bij een consortium waar zich al een andere regionale pleegzorgaanbieder met meer dan 50 bedden had aangesloten, of als zij de twee resterende regionale pleegzorgaanbieders had benaderd (volgens eiseressen zijn er immers vijf regionale pleegzorgaanbieders) om met hen samen te werken. In de aanbestedingsstukken is bovendien meermaals door de gemeente aangegeven dat de gemeente waakt voor het creëren van monopolies (hetgeen zich ook vertaalt in het feit dat een contractant niet meer dan 60% van het aantal bedden mag leveren), maar dat er tegelijkertijd wel van jeugdhulpaanbieders gevraagd wordt om zo veel mogelijk samen te werken.

Geschiktheidseis voldoende transparant?

4.11. Eiseressen hebben gesteld dat niet in de leidraad stond dat inschrijvers over ervaring moesten beschikken die gelijkstond aan minimaal 50 pleegzorgbedden. Die geschiktheidseis is volgens eiseressen later toegevoegd. Datzelfde geldt voor het aantal pleegzorgbedden (van minimaal 50), want er is volgens eiseressen nooit over aantallen gesproken. Dit alles levert strijd op met het transparantiebeginsel.

De gemeente heeft dit gemotiveerd weersproken.

4.12. Op grond van het transparantiebeginsel rust op de aanbestedende dienst (in dit geval de gemeente) de verplichting om alle voorwaarden en modaliteiten in het kader van een aanbestedingsprocedure op een zodanig duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te formuleren dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. Dat volgt ook min of meer uit artikel 1.9 Aw.

4.13. Voor wat betreft de vraag of uit de aanbestedingsleidraad voldoende duidelijk kan worden afgeleid dat ervaring moest worden aangetoond op alle vier de woonvormen, en dat de ervaring inzake voltijd pleegzorg betrekking zou moeten hebben op minimaal 50 bedden, stelt de voorzieningenrechter voorop dat dit volgens de CAO-norm moet worden geïnterpreteerd. Volgens deze norm zijn de bewoordingen van een bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die

overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis en gaat het om een objectieve uitleg. De CAO-norm dient immers volgens de Hoge Raad voor de uitleg van bepalingen te worden toegepast in gevallen waarin derden aan een overeenkomst of regeling worden gebonden zonder dat zij invloed hadden op de totstandkoming ervan en zich dus bij de uitleg slechts kunnen baseren op objectief kenbare gegevens.

4.14. De voorzieningenrechter is van oordeel dat uit de bewoordingen van paragraaf 2.3.2 voldoende duidelijk is, en ook voor derden (zoals potentiële inschrijvers) voldoende duidelijk moet zijn geweest, dat ervaring moest zijn opgedaan die inzake pleegzorg gelijkstond aan minimaal 50 pleegzorgbedden. In deze paragraaf staat immers “Kerncompetentie: ervaring met de uitvoering van de dienstverlening Jeugd Wonen (conform paragraaf 3.1)...” en vervolgens wordt onder paragraaf 3.1.2 het aantal pleegzorgbedden genoemd. Waar hier gesproken wordt over ‘ervaring’, kan dat naar objectieve maatstaven niet anders worden uitgelegd dan dat men de vereiste ervaring moet hebben en dus geschiktheid moet kunnen aantonen. De voorzieningenrechter is niet gebleken dat deze geschiktheidseis later is gewijzigd. Het betoog van eiseressen in dit verband kan daarom niet opgaan.

Geschiktheidseis en uitvoeringseis in strijd met het gelijkheidsbeginsel, discriminatoir en disproportioneel?

4.15. Eiseressen hebben verder nog aangevoerd dat de gestelde geschiktheidseis en uitvoeringseis van minimaal 50 pleegzorgbedden disproportioneel en discriminatoir is en in strijd met het gelijkheidsbeginsel, omdat ze onderscheid maken tussen grote en kleine jeugdhulpaanbieders, zonder dat voor dit onderscheid een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat. Door de hoge eisen hebben slechts twee contractanten aan de aanbesteding kunnen deelnemen. Dat heeft volgens eiseressen niets met kwaliteit te maken.

De gemeente heeft zich hier gemotiveerd tegen verzet.

4.16. Vooropgesteld wordt dat een aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers moet respecteren. Dit beginsel verplicht niet alleen tot transparantie, zodat de naleving ervan kan worden gecontroleerd. Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers strekt ook ertoe de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan de

aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen, en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Daarnaast verplicht het proportionaliteitsbeginsel (neergelegd in artikel 1.10 Aw) de aanbestedende dienst om bij de voorbereiding en de totstandbrenging van een overheidsopdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen te stellen, die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

4.17. Gelet op het aantal benodigde pleegzorgbedden in 2023 – 700 (een aantal dat de gemeente volgens de vierde NvI uitgebreid wil zien) – kan niet zonder meer worden geoordeeld dat het vereiste aantal van 50, waar de discussie zich op toespitst, niet proportioneel is. De voorzieningenrechter heeft geen reden om te twijfelen aan de stelling van de gemeente dat er binnen de regio drie pleegzorgorganisaties zijn die het minimumaantal van 50 pleegzorgbedden aanbiedt. Bovendien blijkt uit de eigen stellingen van eiseressen op de mondelinge behandeling dat zij buiten de regio nog twee andere “ijzers in het vuur hebben”. Voorts heeft de gemeente voldoende toegelicht dat de uitvoeringseis van minimaal 50 pleegzorgbedden niet disproportioneel is, omdat de gemeente uit ervaring weet dat dit het minimum is dat elke aanbieder, die zich bezighoudt met pleegzorg, zal kunnen bieden.

4.18. Evenmin acht de voorzieningenrechter aanmerkelijk geworden dat de bewuste geschiktheids- en uitvoeringseis een discriminatoir karakter hebben of strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel. Anders dan aan de orde was in de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 15 september 2021 (ECLI:NL:RBNNE:2021:3943), die door eiseressen werd aangehaald, wordt in deze aanbesteding van een ingeschreven combinatie niet vereist dat alle combinanten afzonderlijk aan de eisen voldoen. In de onderhavige aanbesteding kunnen de inschrijvende partijen (in een combinatie of consortium) hun ervaring bij elkaar optellen om aan de gestelde eisen te voldoen. De systematiek van de aanbestedingsleidraad houdt niet in dat de kleinere jeugdhulpaanbieders geen of weinig kans hebben. Dit brengt alleen met zich mee dat de wat kleinere spelers op de markt, zoals reeds hiervoor onder 4.9. is overwogen, een samenwerkingsverband moeten aangaan met ande-

re gegadigden (bijvoorbeeld door onderaanneming of als combinatie/consortium) teneinde gezamenlijk, ook voor wat betreft pleegzorg, te voldoen aan zowel de eisen van het beschikken over voldoende ervaring als over het vermogen om de te vergunnen opdracht uit te voeren. Ook eiseressen hebben de kans gekregen zich te verenigen met andere aanbieders om aan de geschiktheids- en uitvoeringseis te kunnen voldoen. Dat de pogingen daartoe voor wat betreft de onderhavige aanbesteding niet goed hebben uitgepakt op het gebied van (enkel) pleegzorg, kan de gemeente niet worden tegengeworpen en maakt niet dat de aanbestedingsprocedure een discriminatoir karakter heeft of dat er geen gelijke kansen zijn geboden. Voor hetzelfde geld was het eiseressen wél gelukt op tijd de vereiste samenwerking te realiseren. En dat Xonar in feite de enige jeugdhulpaanbieder is die minimaal 50 pleegzorgbedden kan bieden, zoals eiseressen nog hebben gesteld (wat blijkens voorgaande overigens niet klopt), kan aan het voorgaande bovendien niet zonder meer afdoen. In dit verband heeft de gemeente gewezen op de uitspraak van het Hof van Justitie van 17 september 2002 (ECLI:EU:C:2002:495), over een openbare aanbesteding inzake busvervoer in Finland, waar in feite maar één partij of enkele partijen aan het in die aanbesteding geëiste milieuvoorschrift konden voldoen en het Hof van Justitie oordeelde dat dit op zich niet een schending van het beginsel van gelijke behandeling opleverde.

4.19. Bovendien zijn eiseressen, zoals hiervoor onder 4.9. reeds is overwogen, te laat gestart met het zoeken naar een pleegzorgaanbieder buiten de regio.

Strijd met andere algemene beginselen van aanbestedingsrecht?

4.20. Voor zover eiseressen nog hebben gesteld dat zij onvoldoende tijd hebben gehad om zich te organiseren in samenwerkingsverbanden, om zo aan de gestelde geschiktheids- en ervaringseis te kunnen voldoen, gaat de voorzieningenrechter daaraan als onvoldoende gemotiveerd voorbij. Uit de stellingen van eiseressen begrijpt de voorzieningenrechter dat Bibi Huis zich reeds in juni 2021 heeft aangesloten bij SJL met het doel om als kleinere zorgaanbieder deel te kunnen nemen aan de aanbestedingen op het gebied van de jeugdhulp. Dat deze stichting op 27 mei 2022 het besluit heeft genomen om niet in te schrijven op de tender ‘Jeugd Wonen’ en er vervolgens mee ophield,

kan de gemeente niet worden tegengeworpen. Deze stichting had toen kennelijk niet het vereiste minimumaantal van 50 pleegzorgbedden, maar naar het oordeel van de voorzieningenrechter was er op dat moment nog (voldoende) tijd om pleegzorgaanbieders te zoeken (eventueel buiten de regio), waarmee alsnog een samenwerkingsverband kon worden aangegaan, waarna mogelijk alsnog een geldige inschrijving had kunnen volgen. En hoewel de gemeente volgens de gevolgde SAS-procedure niet verplicht was zich te houden aan de (doorgaans toepasselijke) wettelijke termijnen, heeft de gemeente dat wel gedaan. De maximale minimumtermijn in de Aanbestedingswet voor het indienen van inschrijvingen bedraagt 45 dagen (artikel 2.71 Aw). In de onderhavige aanbesteding is de aanbestedingsleidraad op 28 april 2022 gepubliceerd en dienden uiterlijk op 5 juli 2022 de (definitieve) inschrijvingen te worden ingediend, hetgeen een termijn behelst van 68 dagen. De voorzieningenrechter stelt vast dat daarmee geen onredelijke termijn door de gemeente is gehanteerd. Dit blijkt ook uit het feit dat het andere aanbieder kennelijk wel is gelukt om (op tijd) consortia te vormen en te voldoen aan de geschiktheids- en uitvoeringseisen.

4.21. Eiseressen voeren nog aan dat de aanbesteding strijdig is met de Jeugdwet (Jw) en artikel 1.4 lid 3 Aw. De voorzieningenrechter oordeelt anders.

Gelet op het aantal jeugdzorgaanbieders dat via een consortium/als onderaannemer jeugdzorg aanbiedt in 2023 en daarna (26 aanbieders, zie 4.10.), kunnen eiseressen niet zonder meer in hun standpunten worden gevolgd dat de in artikel 2.3 lid 5 Jw vastgelegde keuzevrijheid onder druk staat en/of dat het overblijvende (gecertificeerde) aanbod in strijd met lid 4 van dat artikel en artikel 2.4 lid 2 Jw niet meer passend zal zijn of, zoals vereist door artikel 2.6 lid 1 sub a Jw, kwalitatief en kwantitatief toereikend. Ook kan gelet hierop niet zonder meer worden geoordeeld dat de aanbesteding niet maatschappelijk verantwoord of niet doelmatig is, zoals vereist in artikel 1.4 lid 3 Aw. Anders dan eiseressen ziet de voorzieningenrechter niet in waarom er veel te veel ruimte zou zijn om jeugdigen te weigeren of door te plaatsen. Immers staat in bijlage J van de aanbestedingsleidraad dat er een acceptatie- en zorgplicht bestaat, waarop maar twee uitzonderingen bestaan: (1) indien er een cliëntenstop is opgelegd door de Opdrachtgever (de gemeente) of tussen partijen is

overeengekomen, of (2) indien de jeugdhulpaanbieder aantoonbaar niet de juiste jeugdhulp kan bieden. De tweede uitzonderingsgrond behoeft geen nadere toelichting. Het zou het tegenovergestelde zijn van maatschappelijk verantwoord en doelmatig als een jeugdhulpaanbieder wordt gedwongen hulp aan te bieden, terwijl zij aantoonbaar niet de juiste hulp kan bieden. En de eerste uitzonderingsgrond vindt alleen toepassing indien de gemeente hiermee instemt, zodat het niet meer, zoals nu het geval is, overgelaten wordt aan de jeugdhulpaanbieders.

4.22. Wel is het aannemelijk dat een deel van de jeugdigen vanwege de aanbesteding zal moeten worden doorgeplaatst in 2023 of daarna. Dit terwijl de gemeente middels een integraal aanbod van woonvormen, waarbij de hulp naar de jeugdige komt in plaats van andersom, doorplaatsingen juist wil voorkomen. Ook is het aannemelijk dat deze als gevolg van de nieuw te sluiten overeenkomsten noodzakelijke doorplaatsingen zeer onwenselijke gevolgen kan hebben voor de jeugdigen die dit zal betreffen, waaronder wellicht de cliënten van eiseressen. Er zullen echter, hoe zorgvuldig een aanbestedingsprocedure ook wordt ingekleed, altijd zorgaanbieders buiten de boot vallen, en als dat niet eiseressen zijn, dan zijn dat andere partijen, die net als eiseressen zorgen voor kwetsbare jeugdigen. De enige manier om dit te voorkomen is door niets te veranderen en met alle huidige zorgaanbieders dezelfde zaken te blijven doen, maar dat is – daar lijken zelfs eiseressen het mee eens – ook onwenselijk.

Conclusie en kosten

4.23. Uit het voorgaande volgt dat de gemeente de inschrijving van eiseressen, omdat zij niet voldeden aan de geschiktheids- en uitvoeringseisen van minimaal 50 pleegzorgbedden, terecht ongeldig heeft verklaard en heeft uitgesloten van de aanbesteding. Zoals de gemeente onbetwist naar voren heeft gebracht en ook uit de brief van 5 augustus 2022 volgt, kleefden er evenwel nog meer gebreken aan de door eiseressen ingediende inschrijving. Eiseressen hebben meerdere malen een bijlage B (referentie) overgelegd die niet aan de selectie-eis voldeed. Het bieden van herstel aan eiseressen zou neerkomen op een nieuwe inschrijving en in deze omstandigheden leiden tot een bevoordeling ten opzichte van andere inschrijvers, hetgeen in strijd is met het beginsel van een gelijke behandeling. Wat dat betreft gaat de door eiseressen gemaakte vergelijking met

de uitspraak van deze rechtbank van 25 mei 2021 (ECLI:NL:RBLIM:2021:4312) niet op, omdat daarin sprake was van een kennelijke vergissing bij het indienen van bewijsstukken en daarvan is in het onderhavige geval geen sprake. Onder verwijzing naar de uitspraak van het gerechtshof Den Haag van 29 juni 2021 (ECLI:NL:GHDHA:2021:1108) is de voorzieningenrechter verder van oordeel dat eiseressen, nu zij terecht zijn uitgesloten en de gemeente niet gehouden is tot het bieden van herstel, geen belang meer hebben bij een oordeel over de overige bezwaren die zij tegen de aanbestedingsprocedure naar voren hebben gebracht. De voorzieningenrechter zal daar dus verder niet op ingaan. Het zowel primair als subsidiair gevorderde dient getel op het voorgaande te worden afgewezen.

4.24. Eiseressen zullen in de proceskosten worden veroordeeld, omdat zij in het ongelijk zijn gesteld. De kosten aan de zijde van de gemeente worden begroot op € 1.692,- (€ 1.016,- aan salaris advocaat en € 676,- aan griffierecht).

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. wijst af het gevorderde;

5.2. veroordeelt eiseressen in de proceskosten, aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op € 1.692,-, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.3. veroordeelt eiseressen in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 163,- aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat eiseressen niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis hebben voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 85,- aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met de vijftiende dag na de betekening van dit vonnis tot aan de volledige betaling;

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Afbakening van opdrachten: de inkoopbehoefte van de aanbesteder staat centraal.

Eiseressen verwijten de gemeente Maastricht in deze zaak onnodig meerdere opdrachten te hebben geclusterd tot één opdracht en deze samengevoegde opdracht vervolgens ten onrechte niet te hebben opgedeeld in percelen. Kortom: een discussie over de toepassing van het clusterverbod en splitsingsgebod van artikel 1.5 Aw 2012. Rechtsoverweging 4.5 van de uitspraak biedt echter een goed aanknopingspunt voor een bredere beschouwing over de vraag welke vrijheid een aanbestedende dienst in zijn algemeenheid heeft om opdrachten af te bakenen. De voorzieningenrechter overweegt aan het slot van rechts-overweging 4.5:

“Het is dus ook een uitgangspunt van aanbestedingsrecht dat de aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om haar opdracht zo in te richten, dat hiermee maximaal aan haar behoeften wordt tegemoetgekomen, mits zij overweegt of het zinvol is opdrachten in percelen te verdelen. Aanbestedingsrecht is dus niet louter MKB-recht. Kijkend naar de onderhavige zaak heeft de gemeente dus de vrijheid, een discretionaire bevoegdheid, in het inkoopproces van de jeugdhulp keuzes te maken waarvan zij meent dat deze de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg verbetert.”

Met andere woorden: het is het primaat van de aanbesteder om te bepalen welke opdracht hij in de markt zet.¹ Hij mag dat afstemmen op zijn eigen inkoopbehoefte. De enige grenzen die gelden, zijn dat (1) de reden voor een bepaalde afbakening niet mag zijn gelegen in een ontduiking van de aanbestedingsplicht² en (2) de gemaakte keuzes de mededinging niet kunstmatig beperken.³ Zolang deze grenzen niet worden overschreden, is in feite elke door de aanbesteder gewenste afbakening toegestaan.

1 Zie, o.a. Vzr. Rb. Den Haag 13-02-2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:2188, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13-01-2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, «JAAN»2015/35 m.nt. T.H. Chen en Vzr. Rb. Midden-Nederland 04-12-2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5901, «JAAN» 2020/35 m.nt. G.E. van den Beuken.

2 Zie artikel 2.14 Aw 2012.

3 Zie artikel 1.10a Aw 2012 en, o.a., Vzr. Rb. Midden-Nederland 04-12-2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5901, «JAAN» 2020/35 m.nt. G.E. van den Beuken en Vzr. Rb. Den Haag 12-01-2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:133, «JAAN» 2022/42.

Pas indien de aanbesteder meerdere opdrachten afbakt/definieert en deze opdrachten vervolgens wenst samen te voegen, komt het clusterverbod en splitsingsgebod van artikel 1.5 Aw 2012 in beeld om te bepalen of (a) die samenvoeging niet onnodig is en (2) of het al dan niet passend is om de (onnodig) samengevoegde opdracht op te delen in percelen.⁴ Alleen als een aanbestedende dienst een samenvoeging van opdrachten overweegt, dienen de belangen van het MKB meegenomen te worden in zijn afweging (tot al dan niet samenvoegen) en wel op de in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 voorgeschreven wijze. Is er 'slechts' sprake van een enkelvoudige opdracht, dan is er geen plicht om de belangen van het MKB mee te wegen bij het afbakenen van de opdracht. Bij enkelvoudige opdrachten bestaat er, anders dan vaak wordt gedacht⁵, ook geen plicht om de opdracht op te delen in percelen. Het zogenaamde splitsingsgebod van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 geldt alleen in geval van (onnodig) samengevoegde opdrachten.⁶

Terug naar de basis. De afbakening van de (scope van de) opdracht op basis van de inkoopbehoefte van de aanbesteder is altijd de eerste stap en met die – door de aanbestedende dienst afgebakende en bepaalde opdracht – gaat de aanbesteder vervolgens de markt op via een aanbestedingsprocedure die past bij de aard en omvang van die, door hem bepaalde, opdracht.⁷ Het

feit dat er ook een andere opdrachtafbakening denkbaar is of dat de markt de betreffende producten, werken of diensten ook op andersoortige wijze kan aanbieden, maakt niet dat de aanbesteder zijn inkoopbehoefte dan maar moet aanpassen aan de markt of dat de door de aanbesteder gemaakte keuze onrechtmatig is.

In de praktijk kom ik regelmatig tegen dat dit primaat van de aanbesteder uit het oog raakt. Dan heb ik het niet eens zozeer over klachten vanuit marktpartijen, maar over kritiek uit een heel andere hoek: die van de accountant in het kader van de controle van de jaarrekening van aanbestedende diensten. Externe accountants verstrekken een controleverklaring met een oordeel over zowel de getrouwheid als de rechtmatigheid van de jaarrekening. Daaronder vallen ook aanbestedingen. Vermoedelijk omdat deze controle na afloop van een boekjaar in retrospectief wordt uitgevoerd, waarbij de opgetelde spend in het boekjaar aan een crediteur door de accountant als eerste aanknopingspunt wordt gebruikt, ontstaat veelvuldig een discussie over de vraag of alle uitgaven aan één en dezelfde crediteur niet ook als één opdracht moe(s)t worden gezien. Als er sprake is van meerdere onderdrempelige opdrachten in een boekjaar aan één en dezelfde crediteur/onderneming, welke opdrachten qua waarde opgeteld wel boven de drempelwaarde uitkomen, is mijn ervaring dat accountants snel geneigd zijn te oordelen dat er alleen om die reden – de achteraf opgetelde waarde – Europees aanbesteed had moeten worden in één totaalopdracht.

Het aanbestedingsrechtelijk perspectief is echter precies tegenovergesteld. Het aanbestedingsrecht kijkt en raamt vooruit. Dan staat nog niet alles vast en moet er dus een zo goed mogelijk onderbouwde schatting worden gemaakt van de te verwachten waarde van de opdracht: de *geraamde* waarde van de opdracht. Artikel 2.15 Aw 2012 bepaalt dat er dient te worden geraamd naar de (verwachte) waarde op het tijdstip van verzending van de aankondiging van de overheidsopdracht. Omdat het gaat om een "calculated guess" aan de start van de procedure, kan het voorkomen dat een aanbestedende dienst in haar raming uitkomt op een geraamde opdrachtwaarde die onder de toepasselijke Europese drempelwaarde ligt, maar dat zich vervolgens de situatie voordoet dat de hoogte van de ontvangen inschrijvingen boven de Europese drempel-

4 Zie voor een praktische beslisboom T.T.A. Oudenhoven en E.E. Zeelenberg, Het clusterverbod en splitsingsgebod nader beschouwd, Tender Nieuwsbrief, 2016-3.

5 De Commissie van Aanbestedingsexperts overwoog in haar adviezen 634 en 649, in afwijking van eerdere adviezen, plots dat het splitsingsgebod zou gelden voor alle opdrachten samengevoegd of niet. J.H.J. Bax en S.C. Brackmann hebben daar, naar mijn mening terecht, kritiek op geleverd in hun annotatie bij deze adviezen en concluderen dat deze adviezen juridisch onjuist zijn (zie CvAE 04-06-2021, advies 634 «JAAN» 2022/16 en CvAE 20-10-2021, advies 649, «JAAN» 2022/19, m. nt. J.H.J. Bax en S.C. Brackmann).

6 Zie voetnoten 4 en 5.

7 Met in achtneming van artikel 1.4 lid 1 Aw 2012, dat bepaalt dat de aanbestedende dienst de keuze voor zowel (a) de te volgen aanbestedingsprocedure als (b) welke ondernemer(s) worden toegelaten tot die procedure, moet baseren op objectieve criteria.

waarde blijkt te liggen en de daadwerkelijke opdrachtwaarde daarmee dus ook. Dat betekent echter niet dat de opdracht dan alsnog met terugwerkende kracht Europese aanbesteed moet worden.⁸ Tenzij sprake is van een wezenlijke wijziging, blijft de geraamde waarde op het tijdstip van verzending van de aankondiging van de opdracht leidend voor het antwoord op de vraag of de juiste procedure is gevolgd. Ter voorbereiding op de accountantscontrole is het dus zaak dat aanbestedende diensten de geraamde waarde van hun opdrachten, zeker waar het opdrachten betreft die dicht tegen de Europese drempelwaarde liggen, goed documenteren en vastleggen en hun accountant hierover informeren.

Eenzelfde soort discussie speelt ten aanzien van de afbakening van opdrachten. Als een aanbestedende dienst met meerdere zelfstandige vestigingen er bijvoorbeeld voor kiest het kantoormeubilair voor die verschillende vestigingen via afzonderlijke (projectmatige) opdrachten in de markt te zetten, omdat elke vestiging haar eigen functie en daarmee corresponderende inkoopbehoefte heeft, dan is dat een aanbestedingsrechtelijk toegestane keuze. Het enkele feit dat achteraf blijkt dat één leverancier meerdere van deze aanbestedingen wint, maakt niet dat de aanbestedende dienst dan met terugwerkende kracht alsnog één totaalopdracht in de markt had moeten zetten. Ook niet als het meervoudig of zelfs enkelvoudig onderhandse trajecten betreft die opgeteld in waarde de Europese drempel wel overschrijden.⁹ Accountants zijn echter in retrospectief in eerste instantie wel geneigd om de waarde van deze, door de betreffende leverancier gewonnen, opdrachten bij elkaar op te

tellen. Daarom is het ook hier zaak dat de aanbestedende dienst haar accountant voorziet van duidelijke documentatie waaruit blijkt dat er sprake is van afzonderlijke opdrachten en waarop die keuze is gebaseerd.¹⁰ Als daaruit blijkt dat de eerdergenoemde grenzen¹¹ niet zijn overschreden, zou dit mijns inziens niet tot een onrechtmatigheidsoordeel of een aantekening in het kader van de rechtmatigheidscontrole van de accountant mogen leiden.

Van rechtmatigheidscontrole naar rechtmatigheidsverantwoording

Met ingang van 1 januari 2023 treedt de Wet versterking decentrale rekenkamers (Wvdr) in werking.¹² Deze wet wijzigt de gemeentewet, Provinciewet en Waterschapswet met betrekking tot de rechtmatigheidsverantwoording als onderdeel van de jaarrekening. Het college van burgemeester en wethouders bij een gemeente, het college van gedeputeerde staten bij een Provincie en het dagelijks bestuur van een waterschap leggen in de jaarrekening voortaan zelf verantwoording af over de naleving van de regels voor het financiële reilen en zeilen in de organisatie, waaronder ook de naleving van Europese aanbestedingsverplichtingen.¹³ Daarmee komt voor deze decentrale overheden de huidige praktijk, waarin de accountant een oor-

8 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 08-07-2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5475, «JAAN» 2014/145 m. nt. R.S. Damsma. Dit wordt uiteraard anders als hogere opdrachtwaarde het gevolg is van een wezenlijke wijziging van de opdracht of van het na raming toevoegen van extra eisen en wensen aan de opdracht, waarop de raming niet meer wordt aangepast.

9 Indien geen sprake is van een duidelijke afbakening van verschillende opdrachten vooraf, maar van herhalingsopdrachten voor leveringen of diensten aan dezelfde partij, dient de waarde van die opdrachten wel bij elkaar opgeteld te worden (zie artikel 2.21 Aw 2012). Dat is echter niet de situatie waar ik hier op doel.

10 Het programma Beter aanbesteden biedt adviezen en modeldocumenten voor een goede administratie en het voorkomen van onrechtmatigheden, zo staat vermeld op Pianoo: Goed voorbereid op de accountantscontrole van aanbestedingen | PIANOo - Expertisecentrum Aanbesteden.

11 (1) De reden voor een bepaalde afbakening mag niet zijn gelegen in een ontduiking van de aanbestedingsplicht en (2) de gemaakte keuzes bepreken de mededinging niet kunstmatig.

12 *Kamerstukken II* 2019/2020, 35298, nr. 11.

13 Dit onderdeel treedt voor gemeenten en provincies ook in werking op 1 januari 2023 en zal het eerst voor het verslagjaar 2023 gelden. Voor de waterschappen treedt de wijziging van de rechtmatigheidsverantwoording met ingang van 1 januari 2025 in werking, vanaf het verslagjaar 2025. Zie de brief over de inwerkingtreding van de Wvdr die de minister van BZK aan gemeenteraden en colleges van burgemeester en wethouders, provinciale staten en colleges van gedeputeerde staten, en de algemene en dagelijkse besturen van de waterschappen heeft gestuurd.

deel velt over de financiële rechtmatigheid en daarover verslag uitbrengt, te vervallen. De accountant controleert de jaarrekening en bijbehorende rechtmatigheidsverantwoording in de nieuwe situatie alleen nog op getrouwheid. N.B.: Deze wijziging geldt alleen voor gemeenten, provincies en waterschappen. Dus niet voor andere aanbestedende diensten, zoals bijvoorbeeld onderwijsinstellingen. Bij die laatste groep aanbestedende diensten blijft de huidige praktijk van de accountantscontrole op zowel getrouwheid als rechtmatigheid – en daarmee ook de mogelijke discussies als gevolg van de tegenovergestelde perspectieven – bestaan.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Het is nog altijd de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst om een opdracht in de markt te zetten die aansluit bij zijn eigen inkoopbehoefte. In het kader van de accountantscontrole of – per 1 januari 2023 – de eigen rechtmatigheidsverantwoording van decentrale overheden, is het aan te bevelen dat aanbestedende diensten zorgen voor een duidelijke omschrijving en vastlegging van hun inkoopbehoefte en daaraan gekoppelde scope en geraamde waarde van de opdracht en gekozen aanbestedingsprocedure, zodat e.e.a. te herleiden is voor henzelf en voor de accountant.

Voor accountants en aanbestedende diensten is het van belang dat zij zich ervan bewust zijn dat zij in tegengesteld perspectief naar de gemaakte uitgaven kijken. Voor accountants is het van belang om zich te realiseren dat – met uitzondering van wezenlijke wijzigingen – het aanbestedingsrechtelijke toetsmoment aan de voorkant ligt, namelijk op het moment van publicatie van de opdracht. Controlevragen in het kader van de rechtmatigheidscontrole van aanbestedingen dienen dus op dat moment gericht te zijn en rekening te houden met de vrijheid van aanbestedende diensten om opdracht af te bakenen op basis van hun inkoopbehoefte. Aanbestedende diensten kunnen hun accountant, als gezegd, hierbij faciliteren door te voorzien in heldere documentatie van de gemaakte keuzes.

mr. E.E. Zeelenberg
zelfstandig aanbestedingsjurist bij MeesterZet
aanbestedingsrecht en aanbestedingsjurist bij
Wageningen University & Research

6

Vordering tot verbod uitvoering gunningsvoornemen

Rechtbank Den Haag
7 oktober 2022, C/09/633581/ KG ZA 22/726,
ECLI:NL:RBDHA:2022:12468
(mr. T.F. Hesselink)

Gelijkheidsbeginsel. Mededinging. Transparantiebeginsel.

De Staat heeft op 25 februari 2022 door middel van een 'Aankondiging van een opdracht' een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor de tijdelijke inzet van ICT-professionals ten behoeve van het ministerie van Defensie. Doel van de aanbesteding is het sluiten van zeven raamovereenkomsten.

In het Aanbestedingsdocument, dat op dezelfde datum is gepubliceerd, staat onder meer dat de aanbestedingsprocedure een 'Proeve van bekwaamheid' zal omvatten. Deze Proeve zal volgens een tijdschema op pagina 6 van het Aanbestedingsdocument op 11 mei 2022 om 9.00 uur aanvragen met het verstrekken van de opdracht aan de inschrijvers, waarna op 12 mei 15.00 uur de termijn voor het indienen van antwoorden eindigt. De Proeve van Bekwaamheid kon niet op de vooraf vastgestelde wijze worden uitgevoerd.

Op 12 juli 2022 is de gunningsbeslissing bekend gemaakt. Daarin is vermeld dat CIMSolutions eindigde als achtste en daardoor niet in aanmerking voor gunning komt. NCIM, Hero en Need Staffing zijn respectievelijk als tweede, vierde en zevende geëindigd en aan hen is bericht dat zij wel voor gunning in aanmerking komen.

CIMSolutions vordert dat het de Staat wordt verboden de opdracht definitief te gunnen, en wordt geboden een nieuwe Proeve van Bekwaamheid uit te schrijven en de scores van die nieuwe Proeve van Bekwaamheid te gebruiken voor het maken van een nieuwe gunningsbeslissing.

Beoordeling

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is geen sprake van schending van het transparantiebeginsel. Er is geen sprake van afwijking van de in