Mr. E.E. Zeelenberg en mr. T.T.A. Oudenhoven[1]

Bestuurlijk aanbesteden: mag het nu wel of niet onder de gewijzigde aanbestedingsregelgeving?

Van bestuurlijk aanbesteden naar dynamisch aankopen

Gst. 2016/63

In de aanbestedingsrechtelijke literatuur wordt discussie gevoerd over de vraag of het fenomeen 'bestuurlijk aanbesteden' na het verstrijken van de implementatieperiode voor de nieuwe aanbestedingsrichtlijn[2] op 18 april 2016 nog is toegestaan of niet. Van Nouhuys, één van de auteurs van het toonaangevende Handboek Aanbestedingsrecht, betoogt dat bestuurlijk aanbesteden na 18 april tot een abrupt einde zal komen.[3] Robbe, de bedenker van het fenomeen bestuurlijk aanbesteden, bepleit het tegendeel.[4] In dit artikel wegen wij de argumenten pro en contra tegen elkaar af en komen wij tot de conclusie dat bestuurlijk aanbesteden onder de gewijzigde aanbestedingsregelgeving nog wel kan, maar niet in ongewijzigde vorm. In dat kader dragen wij, gezien de behoefte aan handvatten voor de praktijk, een concreet en aanbestedingsrechtelijk houdbaar alternatief aan voor het bestuurlijk aanbesteden na 18 april 2016: het dynamisch aankoopsysteem. Wij zetten daarbij uiteen dat en waarom naar onze mening het dynamisch aankoopsysteem de beste juridische mogelijkheden biedt om op rechtmatige wijze invulling te geven aan de flexibiliteitsbehoeften binnen het sociaal domein. Alvorens hier nader op in te gaan, zetten wij hieronder eerst uiteen wat bestuurlijk aanbesteden grosso modo inhoudt en wat er verandert in de nieuwe aanbestedingsregelgeving.

1. Bestuurlijk aanbesteden

De inkoop van diensten binnen het sociale domein (in het kader van thans de Wmo 2015, de Jeugdwet en de Participatiewet) is sinds de decentralisatie daarvan de verantwoordelijkheid van de gemeenten. Om aan de complexe en steeds veranderende zorgbehoefte te kunnen voldoen wordt door veel gemeenten gezocht naar flexibiliteit bij de inkoop van die zorg- en welzijnsdiensten. In de praktijk maken gemeenten voor het verstrekken van diensten binnen het sociale domein onder meer gebruik van een "aanbestedingsprocedure" die in de volksmond ook wel 'bestuurlijk aanbesteden' wordt genoemd. Bestuurlijk aanbesteden is geen wettelijke term of aanbestedingsprocedure, maar een door de private markt gelanceerde marketingterm die staat voor een invulling van een "aanbestedingsprocedure" voor de inkoop van die zorg- en welzijnsdiensten binnen de zogenaamde 2B-uitzondering.[5]

Dit bestuurlijk aanbesteden kent meerdere vormen, maar houdt veelal in dat een gemeente[6] zorgaanbieders selecteert met wie zij onderhandelt om te komen tot langdurige, flexibele basisovereenkomsten ('convenanten'). Onder die algemene basisovereenkomsten hangen vervolgens verschillende (deel)overeenkomsten met de individuele zorgaanbieders met elk hun eigen voorwaarden en modaliteiten. Belangrijk kenmerk van bestuurlijk aanbesteden is dat er gedurende de looptijd van een opdracht voortdurend via onderhandeling en heronderhandeling nadere en/of gewijzigde afspraken kunnen worden gemaakt om zo via een consensusmodel tot concrete opdrachtverlening te komen. Tot slot is het binnen het bestuurlijk aanbesteden gebruikelijk dat er gedurende de looptijd van de opdracht nieuwe aanbieders kunnen toetreden of bestaande aanbieders uittreden.

2. Bestuurlijk aanbesteden onder de huidige Aanbestedingswet (tot april 2016)

De vraag rijst in welke context dit bestuurlijk aanbesteden juridisch moet worden gezien. Bij de aanbesteding van diensten bestaat er op grond van de Aanbestedingswet 2012 en Richtlijn 2004/18/EG[7] een onderverdeling tussen diensten waarbij het volledige regime van die Richtlijn van toepassing is, de zogenoemde 2A-diensten en diensten waarbij slechts een beperkt gedeelte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing is, de zogenoemde 2B-diensten.[8]

De 2B-diensten zijn diensten die volgens de Europese wetgever *geen* bijdrage leveren aan de eenwording van de interne markt, omdat de diensten door nationale dienstverleners (moeten) worden uitgevoerd en bovendien vaak sterk cultureel bepaald zijn, zoals bijvoorbeeld: onderwijs, gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening, en rechtskundige diensten. Op grond van artikel 2.38 Aanbestedingswet 2012 is het mogelijk om voor deze diensten te kiezen voor een verlicht aanbestedingsregime. Voor op-

1 Elise Zeelenberg en Tom Oudenhoven zijn beiden advocaat aanbestedingsrecht bij Hekkelman Advocaten & Notarissen te Nijmegen.

2 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement De Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG.

3 Zie mr. J.F. Van Nouhuys, '*Het abrupte einde van 'bestuurlijk aanbesteden'* in *TA* 2016/1.

4 Zie mr. drs. T.H.G. Robbe, '*Het abrupte einde van "bestuurlijk aanbesteden"? Ben je mal!*', gepubliceerd op: www.ar-advocaten.nl/pdf/20160223%20Ben%20je%20mal.pdf.

5 Zie hierna par. 2 voor de betekenis van deze uitzondering.

6 Wij spreken in dit artikel telkens over de gemeente als rechtspersoon dan wel over de aanbestedende dienst. Dit, omdat de rechtspersoon gemeente kwalificeert als aanbestedende dienst en de rechtspersoon degene is de aanbestedingsrechtelijke opdrachten verleent en de contracten aangaat.

7 Die van kracht was tot 18 april 2016.

8 Deze diensten zijn genoemd naar de bijlage(n) bij de Richtlijn 2004/18/EG, respectievelijk bijlage 2A en bijlage 2B.

drachten betreffende diensten voor gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening is aanbesteding via het verlichte regime op grond van artikel 2.38 lid 3 Aanbestedingswet 2012 zelfs het uitgangspunt. Dat verlichte regime houdt, samengevat, in dat alleen de voorschriften met betrekking tot de technische specificaties en de aankondiging achteraf van de gegunde overheidsopdracht van toepassing zijn. Een aanbestedingsprocedure (in die zin dat de opdracht in concurrentie moet worden weggezet) is bij het verstrekken van die 2B-diensten dan ook niet nodig, mits geen sprake is van een (duidelijk) grensoverschrijdend belang[9] en artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012[10] en de Gids Proportionaliteit[11] in acht worden genomen. Van belang is verder dat onder Aanbestedingswet 2012 de categorie 2B-diensten geen beperking in waarde kent. Onder Aanbestedingswet 2012 is bestuurlijk aanbesteden met inbegrip van (her)onderhandelen met individuele partijen in beginsel dus mogelijk, mits daarbij het gelijkheids- en transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel in acht wordt genomen[12].

3. Bestuurlijk aanbesteden onder de gewijzigde Aanbestedingsregelgeving (vanaf 18 april 2016)

Als gevolg van de (verplichte) implementatie van de Europese richtlijn 2014/24/EU, had de Aanbestedingswet uiterlijk op 18 april 2016 een aantal wijzigingen moeten ondergaan. De Nederlandse regering is er echter niet in geslaagd om de Aanbestedingswet binnen de implementatietermijn te wijzigen. Verderop in deze bijdrage wordt (beknopt) aandacht besteed aan de consequenties van de niet tijdige omzetting. Hieronder gaan wij eerst in op de wijzigingen zoals die voortvloeien uit de nieuwe richtlijn.

Onderdeel van deze wijzigingen is dat het aanbestedingsregime voor 2B-diensten komt te vervallen. Daarmee vervalt dus de huidige basis voor het bestuurlijk aanbesteden. Wel wordt er een 'nieuw' verlicht regime geïntroduceerd voor sociale en andere uitgezonderde diensten. Voor die diensten geldt dat enkel de specifieke verplichtingen uit artikel 75 van de Richtlijn (zie hierna) in acht hoeven te worden genomen als de geraamde waarde van de opdracht het drempelbedrag van € 750.000 overschrijdt.[13] De diensten die onder dit nieuwe verlichte aanbestedingsregime van Richtlijn 2014/24/EU vallen, staan genoemd in bijlage XIV van de Richtlijn. Onder de in die bijlage genoemde diensten zijn onder meer ook zorg en sociale en maatschappelijke diensten begrepen. De inkoop van diensten in het sociaal domein (zorgdiensten) blijft derhalve aanbestedingsrechtelijk een bijzondere positie hebben.

De verplichtingen die gelden voor sociale en andere specifieke diensten zijn:

a) de opdracht moet vooraf worden aangekondigd;
b) in de aankondiging moet worden medegedeeld welke procedure daarvoor wordt gekozen; en
c) achteraf moet worden gepubliceerd aan wie de opdracht is gegund.[14]

Voor het overige zijn (en blijven) lidstaten vrij om te bepalen hoe de opdracht wordt vormgegeven mits het gelijkheids- en transparantiebeginsel maar in acht worden genomen, zo volgt uit artikel 76 Richtlijn 2014/24/EU.

Ter implementatie van de Europese richtlijn heeft de Nederlandse wetgever voorgesteld om te volstaan met een minimale implementatie door het bestaande regime voor B-diensten te handhaven en alleen uit te breiden met de nieuwe (aanvullende) verplichtingen die uit de Richtlijn voortvloeien. In het wetsvoorstel is om die reden een nieuw artikel 2.39 opgenomen dat een overzicht geeft van de stappen die moeten worden doorlopen;

> "De aanbestedende dienst die de procedure voor sociale en andere specifieke diensten toepast doorloopt de volgende stappen. De aanbestedende dienst:
> a. maakt een vooraankondiging of een aankondiging van de overheidsopdracht bekend;
> b. toetst of de inschrijvingen voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde technische specificaties, eisen en normen;
> c. maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening;
> d. deelt de resultaten van de gunning mee aan de Europese Commissie;
> e. kan een aankondiging van de gegunde opdracht bekend maken."

Artikel 2.39 lid 2 van het wetsvoorstel geeft aan welke paragrafen van hoofdstuk 2.3 van de gewijzigde Aanbestedingswet op de procedure voor sociale en andere specifieke diensten van toepassing zijn. Naast de nu reeds geldende paragrafen met betrekking tot technische specificaties en verslaglegging en bekendmaking, worden de paragrafen 2.3.1.2 (communicatie en inlichtingen), 2.3.2.1 (vooraankondiging), 2.3.2.2 (aankondigingen) en afdeling 2.3.4 (eigen verklaring) toegevoegd.

In de praktijk betekent dit dat, in aanvulling op de reeds bestaande verplichtingen, de te verstrekken opdracht vooraf moet worden aangekondigd als het drempelbedrag van € 750.000 wordt overschreden. Als de drempel van € 750.000 niet wordt overschreden dan geldt ook onder de gewijzigde Aanbestedingswet dat alleen artikel 1.4 van deze wet en de Gids Proportionaliteit in acht moeten worden genomen.

Hoewel de implementatietermijn van Richtlijn 204/24/EU op 18 april 2016 is verstreken, heeft de verantwoordelijk

9 Volgens de toelichting op artikel 2.38 en 2.39 Aanbestedingswet 2012 volgt uit het An Post-arrest (HvJ EG 13 november 2007 (C-507/03) dat indien er bij B-diensten geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, deze diensten niet hoeven te worden aanbesteed.

10 Dit artikel bepaalt dat de aanbestedende dienst zowel (1) de keuze voor de te voeren procedure als (2) de keuze voor de ondernemers die uitgenodigd worden tot die procedure dient te maken op basis van objectieve criteria.

11 De Gids Proportionaliteit is een krachtens de Aanbestedingswet 2012 bij AMvB aangewezen richtsnoer dat aanbestedende diensten in beginsel moeten toepassen, maar waarvan zij ook gemotiveerd mogen afwijken. Zie artikel 1.10 lid 3-5, artikel 1.13 lid 3-5 Aanbestedingswet 2012.

12 Zie artikel 1.4 en artikel 1.14-1.16 Aanbestedingswet 2012.

13 Artikel 74 Richtlijn 2014/24/EU jo. artikel 4 sub d Richtlijn 2014/24/EU.

14 Artikel 75 Richtlijn 2014/24/EU.

Minister van Economische Zaken ondertussen aangegeven dat de implementatietermijn niet zal worden gehaald en dat hij ernaar streeft om de gewijzigde Aanbestedingswet op 1 juli 2016 in werking te laten treden. Los van de vraag wat hiervan nu in het algemeen de juridische consequenties zijn (is er sprake van rechtstreekse werking van de richtlijn of van richtlijnconforme interpretatie), heeft de Nederlandse regering onderkend dat er voor de periode tussen het verstrijken van de implementatietermijn (18 april 2016) en de beoogde inwerkingtreding van de gewijzigde Aanbestedingswet (gepland 1 juli 2016) een oplossing moet komen voor het verstrekken van sociale en andere specifieke diensten die het drempelbedrag van € 750.000 overstijgen. De Minister heeft in dat kader voorgesteld om een aantal bepalingen in de gewijzigde Aanbestedingswet terugwerkende kracht te verlenen[15]. Concreet komt dit erop neer dat van 18 april 2016 tot de inwerkingtreding van de gewijzigde Aanbestedingswet (gepland 1 juli 2016) het nieuwe verlichte regime, zoals voorgesteld in de gewijzigde Aanbestedingswet, kan of moet worden gevolgd voor het verstrekken van sociale en andere specifieke diensten.[16] Aanbestedende diensten zullen dan ook vanaf 18 april 2016 de verplichtingen zoals opgenomen in artikel 2.38 en 2.39 van het Wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet[17] in acht moeten nemen bij het verstrekken van diensten in het sociale domein. Daarmee gelden de verplichtingen uit de nieuwe richtlijn – in praktische zin – vanaf 18 april 2016 ook in Nederland. Voor deze bijdrage is het in die zin niet relevant of de nieuwe richtlijn rechtstreekse werking heeft of niet, aangezien het voorstel van de Minister en eventuele rechtstreekse werking van de richtlijn tot hetzelfde resultaat leiden.

Wel van belang is dat de wetgever heeft gekozen voor minimale implementatie van het nieuwe verlichte regime voor sociale en andere specifieke diensten, zonder voorwaarden aan te reiken voor een juiste invulling van dit regime. Als gevolg hiervan bestaat er (rechts)onzekerheid over de vraag wat wel en niet is toegestaan bij het vormgeven van procedures onder dit nieuwe verlichte regime.[18] Duidelijk is wel dat de basis voor het bestuurlijk aanbesteden zoals die onder de Aanbestedingswet 2012 gold, vervalt. Daarop rijst de vraag of bestuurlijk aanbesteden onder de gewijzigde Aanbestedingswet nog kan worden toegepast en, zo ja, op welke wijze.

15 Zie de Toelichting bij de Vierde nota van wijziging omtrent de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU d.d. 21 maart 2016. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie volgt dat implementatie van een richtlijn met terugwerkende kracht mogelijk is. Op die manier worden de nadelige gevolgen van een te late omzetting ongedaan gemaakt. Zie, o.a. HvJ EU 10 juli 1997, *AB* 1998/130, r.o. 54.

16 Diensten die thans kunnen worden gekwalificeerd als 2B-diensten maar die niet terugkomen op Bijlage XIV van de nieuwe richtlijn, vallen vanaf 18 april 2016 onder het volledige Europese aanbestedingsregime voor zover de waarde van de opdracht boven de reguliere drempel voor decentrale overheden van € 209.000,00 uitkomt. Dit geldt bijvoorbeeld voor de categorie 'arbeidsbemiddeling' die wel onder de 'oude' 2B-bijlage viel, maar niet terug is te vinden onder Bijlage XIV van de nieuwe richtlijn.

17 Welke artikelen artikel 74-76 van de Richtlijn implementeren.

18 Van Nouhuys uit in zijn artikel ook stevige kritiek op deze wijze van implementatie door de wetgever.

4. Samenvatting standpunt Van Nouhuys

Van Nouhuys stelt, kort samengevat, dat wegens de in de Richtlijn geïntroduceerde voorafgaande aankondigingsverplichting voor sociale en andere specifieke diensten ook uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria zullen moeten worden gehanteerd. Bijlage V deel H van Richtlijn 2014/24/EU schrijft namelijk voor dat in een aankondiging voor sociale en andere specifieke diensten de belangrijkste elementen van de gunningsprocedure dienen te worden vermeld. Dit leidt er volgens Van Nouhuys toe dat de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria in de aankondiging moeten worden opgenomen en objectief en transparant moeten worden toegepast. Wegens de voornoemde verplichtingen is Van Nouhuys van mening dat bestuurlijk aanbesteden onder het regime van de nieuwe richtlijn niet voldoet aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit en daarom onder de gewijzigde regelgeving niet meer toegestaan zal zijn.

5. Samenvatting standpunt Robbe

Robbe geeft in zijn artikel aan dat bestuurlijk aanbesteden zowel: (a) een toepassing van het nieuwe verlichte regime voor sociale en andere specifieke diensten kan zijn; als (b) een toepassing van een "gewone" aanbestedingsprocedure als vermeld in afdeling 2.2.1 en 2.2.3 van de (gewijzigde) Aanbestedingswet, namelijk het dynamisch aankoopsysteem met marktconsultatie; als (c) een vorm van enkele financiering/subsidiëring of vergunningverlening, waarbij er volgens Robbe geen sprake is van een aanbestedingsverplichting. Verder geeft Robbe in zijn artikel aan dat het fenomeen bestuurlijk aanbesteden een aantal wijzigingen zal moeten ondergaan om te passen binnen de nieuwe regelgeving. De belangrijkste aanpassingen zijn dat: (1) er onder de nieuwe regelgeving een voorafgaande aankondiging van de opdracht moet plaatsvinden en (2) als er inhoudelijke wijzigingen in de contracten nodig zijn die kwalificeren als wezenlijke wijziging, dit leidt tot een hernieuwde verplichting tot aankondiging en het volgen van een nieuwe transparante gunningsprocedure. Als gevolg van deze noodzakelijke wijzigingen om bestuurlijk aanbesteden te kunnen positioneren onder de gewijzigde regelgeving, geeft Robbe in feite aan dat het bestuurlijk aanbesteden kan worden omgevormd tot een sterk op het dynamisch aankoopsysteem lijkende, zelf ontworpen procedure met een voorafgaande marktconsultatie in de vorm van fysieke overlegtafels.

6. Reactie op beide standpunten

Begrijpen wij Van Nouhuys goed, dan is zijn voornaamste kritiekpunt dat de aankondigingsverplichting van opdrachten voor sociale diensten die het drempelbedrag van € 750.000 overschrijden (met als doel het oproepen tot concurrentie) niet past binnen het proces van bestuurlijk aanbesteden. Om die reden zou volgens hem een einde moeten komen aan het bestuurlijk aanbesteden. Binnen het

dwingende format van de aankondiging van opdrachten voor sociale diensten moet namelijk een aantal essentiële elementen van de te voeren procedure worden opgenomen. Volgens Van Nouhuys kan het niet anders dan dat deze verplichting niet in lijn is met het karakter van bestuurlijk aanbesteden, althans dat de aanbestedingsbeginselen in de nieuwe situatie geweld worden aangedaan binnen het proces van bestuurlijk aanbesteden. Robbe is daarentegen van mening dat het nieuwe regime voor sociale en andere diensten helemaal niet verplicht tot het hanteren van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en gunningscriteria. Daarbij wijst hij erop dat er bij bestuurlijk aanbesteden wel degelijk (maar volgens hem dus onverplicht) uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria worden gehanteerd en dat bestuurlijk aanbesteden ook gebruikmaakt van een gunningscriterium, namelijk de keuze van de cliënt. Verder wijst Robbe erop dat het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel wel degelijk worden gerespecteerd bij bestuurlijk aanbesteden, aangezien alle belangrijke documenten (zoals agenda's, notulen, de teksten van de (deel) overeenkomsten) op een website worden gepubliceerd die voor iedere deelnemer vrij toegankelijk is.

Wij zijn het met Robbe eens dat het nieuwe verlichte regime voor sociale en andere diensten niet verplicht tot het hanteren van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria, zoals het volledige aanbestedingsregime dat doet. Nadere bestudering van het dwingende format van de aankondiging leert dat de aanbestedende dienst 'slechts' twee belangrijke verplichtingen heeft bij de aankondiging voor een opdracht voor sociale diensten waarvan de geraamde waarde de drempel van € 750.000 overstijgt. De aanbestedende dienst moet: (1) de opdracht beknopt omschrijven; en (2) een beknopte omschrijving opnemen van de belangrijkste elementen van de toe te passen gunningsprocedure.[19] Meer is in principe niet benodigd. Dit in tegenstelling tot het dwingende format van de aankondiging voor bijvoorbeeld een Europese openbare of niet-openbare procedure, waarin veel meer informatie (zoals de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria) moet worden opgenomen door de aanbestedende dienst. Het is dus niet zo, zoals Van Nouhuys stelt, dat de aanbestedende dienst de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria in extenso moeten omschrijven in de aankondiging voor een opdracht voor sociale diensten. Een dergelijke vergaande verplichting past ook niet bij het karakter van het 'nieuwe' verlichte regime, waarvan de invulling zoveel mogelijk aan de lidstaten en de aanbestedende diensten wordt overgelaten. Wat ons betreft valt niet in te zien waarom de aankondiging van een opdracht onder het nieuwe verlichte regime dezelfde informatie moet bevatten als een aankondiging voor een opdracht waarop wel het volledige aanbestedingsregime van toepassing is. De (Europese) wetgever heeft juist vanwege het karakter van de sociale diensten minder eisen willen stellen aan de aankondigingsverplichting bij sociale diensten.[20]

Voor zover onder de verplichting om de essentiële elementen van de opdracht te vermelden in de aankondiging, ook moet worden begrepen dat de gunningscriteria vooraf bekend moeten zijn, voorzien wij (in tegenstelling tot Van Nouhuys) niet direct problemen. Eén van de kenmerken van het bestuurlijk aanbesteden is dat de cliënt de keuze mag maken voor welke aanbieder hij kiest. Het lijkt dan ook niet bezwaarlijk om het gunningscriterium 'de cliënt kiest' reeds in de aankondiging te vermelden. Een andere vraag is of het gunningscriterium 'de cliënt kiest' transparant en objectief genoeg is, althans in lijn is met de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving en -beginselen? Zolang de cliënt geen onbeperkte keuzevrijheid heeft en vooraf duidelijk is op basis waarvan de cliënt zijn keuze mag maken (hiervoor zijn wat ons betreft meerdere methodieken geschikt),[21] wordt niet in strijd gehandeld met de dwingende bepalingen uit de Richtlijn en/of met de aanbestedingsbeginselen.

Van Nouhuys stelt dat de introductie van de verplichte aankondiging het verlichte regime voor sociale diensten wezenlijk wijzigt ten opzichte van de oude situatie, in die zin dat er een grotere rol is weggelegd voor de aanbestedingsbeginselen. Wij vragen ons echter af of de verplichte aankondiging het door Van Nouhuys omschreven gevolg heeft. Immers, ook bij het verstrekken van opdrachten aan verschillende aanbieders in de 'oude' situatie van het bestuurlijk aanbesteden, dienden aanbestedende diensten de door Van Nouhuys genoemde beginselen in acht te nemen (alleen al wegens de in acht te nemen beginselen van behoorlijk bestuur en de toepasselijkheid van artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012). Het is wat ons betreft dan ook niet gezegd dat enkel de introductie van de (redelijk uitgeklede) aankondigingsverplichting het bestuurlijk aanbesteden een halt zou toeroepen, omdat geen gevolg zou kunnen worden gegeven aan het gelijkheids-, het transparantie- en proportionaliteitsbeginsel.

Wij signaleren echter een ander juridisch probleem ten aanzien van het bestuurlijk aanbesteden. Dat probleem is gelegen in het feit dat binnen de meeste vormen van bestuurlijk aanbesteden de overeenkomsten openstaan voor toetreding van nieuwe deelnemers. Hiermee wordt onmiskenbaar voorzien in een flexibiliteitsbehoefte. Aanbestedingsrechtelijk is die toetredingsmogelijkheid echter zeer discutabel. Dit is eens te meer relevant, aangezien de overeenkomsten die in het sociaal domein worden gesloten, veelal raamovereenkomsten zijn. Ten aanzien van dit type overeenkomsten bepaalt zowel Aanbestedingswet 2012, als het wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet,[22] als Richtlijn 2014/24/EU,[23] dat deze niet openstaan voor nieuwe deelnemers. Anders dan Robbe lijkt te betogen, doet een keuze

19 Het betreft Bijlage V deel H van Richtlijn 2014/24/EU.

20 Zie onder meer overweging 28 en 114 uit de considerans van Richtlijn 2014/24/EU.

21 Het gaat het bestek van dit artikel echter te buiten om daar nader op in te gaan.

22 Zie artikel 2.140 Aanbestedingswet en de MvT bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet in de artikelsgewijze toelichting bij artikel 2.140-2.143.

23 Artikel 33 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU.

voor toepassing van het nieuwe verlichte regime voor sociale en andere specifieke diensten hier niet aan af. Indien bij dat regime gekozen wordt voor het sluiten van raamovereenkomsten, geldt daarvoor (ook) het regime van artikel 2.140 e.v. Aanbestedingswet 2012. Dit volgt reeds uit het bepaalde in artikel 33 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU, welk artikel bepaalt:

> "Aanbestedende diensten kunnen raamovereenkomsten sluiten, mits zij de in deze richtlijn voorgeschreven procedures toepassen.
> Een raamovereenkomst is een overeenkomst tussen één of meer aanbestedende diensten en één of meer ondernemers met het doel voor een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen opdrachten vast te leggen, met name wat de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid betreft."

Dat, in geval van het sluiten van raamovereenkomsten in het sociaal domein, het zo kan zijn dat zowel het verlichte regime voor sociale diensten als het (volledige regime) voor raamovereenkomsten van toepassing is, volgt overigens ook uit overweging 114 van de considerans bij Richtlijn 2014/24/EU,[24] waar (onder meer) is bepaald:

> "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 lidstaten een grote vrijheid krijgen om de keuze van de dienstverlener te regelen op de wijze die hun het meest geschikt voorkomt. (...)
> De lidstaten moeten daarbij ook streven naar vereenvoudiging en lastenverlichting voor de aanbestedende diensten en de ondernemingen; duidelijk moet worden dat hiertoe mogelijkerwijs ook regels zullen moeten worden toegepast die gelden voor niet onder de specifieke regeling vallende opdrachten voor diensten."

Afgezien van deze specifieke regelgeving voor raamovereenkomsten, geldt meer in het algemeen dat het toevoegen van contractspartijen aan een reeds bestaande overeenkomst, zonder dat die contractspartijen hebben deelgenomen aan de daaraan voorafgaande aanbesteding, niet zonder meer is toegestaan. Anders dan Robbe lijkt te betogen, kan dit niet worden ondervangen door in de "aanbestedingsstukken" een herzieningsclausule op te nemen die voorziet in het toetreden van nieuwe deelnemers. In artikel 72 lid 1 sub d Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.163f lid 1 van het wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet wordt het weliswaar mogelijk gemaakt om een aanbieder te laten vervangen door een nieuwe aanbieder indien daarin in de aanbestedingsstukken is voorzien of als sprake is van rechtsopvolging, maar deze bepalingen voorzien niet in de mogelijkheid om een nieuwe aanbieder toe te laten toetreden zonder dat een oude aanbieder wordt vervangen. Het is dan ook maar zeer de vraag of het mogelijk is om met een beroep op dit artikel een nieuwe contractspartijen toe te laten zonder de opdracht opnieuw op de markt te zetten.[25]

7. Alternatief: het dynamisch aankoopsysteem

Vanwege de behoefte uit de praktijk aan handvatten om aanbestedingen in het sociaal domein op rechtmatige wijze vorm te geven en toch te voorzien in de behoefte aan flexibiliteit, hebben wij ons afgevraagd of er geen reguliere aanbestedingsprocedure beschikbaar is die hieraan tegemoetkomt. Naar onze mening is die procedure er, namelijk het dynamisch aankoopsysteem zoals dat onder Richtlijn 2014/24/EU kan worden ingevuld.
Het dynamisch aankoopsysteem is, kort samengevat, een elektronisch proces voor het doen van gangbare aankopen van werken, leveringen of diensten, welk proces gedurende de gehele looptijd openstaat voor ondernemers die daaraan willen deelnemen. Met name dit laatste aspect – dat de procedure gedurende de gehele looptijd openstaat voor ondernemers die eraan willen deelnemen – maakt het dynamisch aankoopsysteem wellicht een interessante procedure voor opdrachten in het sociaal domein, waarbij de behoefte bestaat dat er later nog andere ondernemers kunnen deelnemen. Onder Richtlijn 2014/24/EU en de gewijzigde Aanbestedingswet komt er een nieuwe, eenvoudigere, opzet van het dynamisch aankoopsysteem. Dat zal dan worden gebaseerd op de niet-openbare procedure en de indicatieve inschrijving komt te vervallen.[26] Verder vervalt in de gewijzigde opzet de verplichting om elke opdracht die binnen het dynamisch aankoopsysteem wordt geplaatst opnieuw openbaar aan te kondigen. De aanbestedende dienst kan dus direct de geselecteerde gegadigden uitnodigen om een inschrijving te doen.

7.1 *Vergelijking regulier dynamisch aankoopsysteem met wijzigingsvoorstel Robbe*

Interessant is dat Robbe in zijn artikel aangeeft dat de fysieke overlegtafels binnen het bestuurlijk aanbesteden in feite functioneren als een marktconsultatie die vooraf kan gaan aan een gewone aanbestedingsprocedure en dat de overeenkomsten die de gemeenten (vervolgens) elektronisch sluiten in een bestuurlijke aanbesteding voortdurend openstaan voor nieuwe deelnemers. Hierbij trekt hij de ver-

24 Welke overweging ziet op sociale en andere specifieke diensten.

25 Het uitgangspunt blijft dat wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan noopt tot het volgen van een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure. Artikel 72 Richtlijn 2014/24/EU definieert een aantal situaties waarin een eenmaal gesloten overeenkomst kan worden gewijzigd zonder dat er sprake is van een wezenlijke wijziging. Is wel sprake van wezenlijke wijziging is sprake van een 'nieuwe' opdracht die vervolgens weer op de markt kan worden gezet met inachtneming van de geldende regels voor die nieuwe opdracht.

26 In de huidige opzet van het dynamisch aankoopsysteem mogen alleen de inschrijvers waarop geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn, die voldoen aan de geschiktheidseisen en die een geldige indicatieve inschrijving hebben gedaan, worden toegelaten tot het dynamisch aankoopsysteem. Vervolgens worden binnen het dynamisch aankoopsysteem opdrachten weggezet, die in de huidige opzet telkens opnieuw moeten openbaar worden aangekondigd en waarop alle toegelaten inschrijvers dan een (tweede) inschrijving moeten doen.

gelijking met het dynamisch aankoopsysteem, dat een volledig elektronische aanbesteding is die gedurende de gehele looptijd openstaat voor nieuwe deelnemers. Die vergelijking is zeker te maken, maar juridisch is er wel een heel belangrijk verschil tussen de situatie waarin een *overeenkomst* wordt opengesteld[27] voor nieuwe deelnemers en de situatie van het dynamisch aankoopsysteem waarin een *aanbestedingsprocedure* continu openstaat voor nieuwe deelnemers. Zoals in de vorige paragraaf uiteengezet, is het toetreden van nieuwe contractpartners bij een overeenkomst aanbestedingsrechtelijk namelijk niet toegestaan. Bij een keuze voor het "reguliere" dynamisch aankoopsysteem speelt deze problematiek van de toetreding van nieuwe contractpartners niet, omdat dit een aanbestedingsprocedure is met een zeer lange looptijd en die procedure op grond van de wet gedurende de gehele looptijd openstaat voor nieuwe deelnemers. Aangezien die toetreding van nieuwe deelnemers dan in de aanbestedingsfase plaatsvindt en niet in de contractfase, speelt de hiervoor geschetste problematiek ten aanzien van de raamovereenkomst en de wezenlijke wijziging van overeenkomsten niet.

Wij adviseren dan ook het proces van het bestuurlijk aanbesteden vanaf 18 april 2016 in twee aparte fases in te richten. De eerste fase bestaat uit de marktconsultatie (die, indien gewenst, zeer vergelijkbaar met de 'fysieke overlegtafels' uit het bestuurlijk aanbesteden kan worden ingericht). De gemeenten zijn daarbij dan niet verplicht om alle geïnteresseerde partijen voor de marktconsultatie uit te nodigen, mits de uitkomsten van de marktconsultatie gedeeld worden met alle geïnteresseerde partijen. De tweede fase bestaat uit het reguliere dynamisch aankoopsysteem, waarbij het de gemeente vrijstaat om aanbieders toe- of af- te laten treden tot die procedure zonder dat er sprake is van een wezenlijke wijziging. Partijen moeten daarbij (zoals dat in de oude situatie ook het geval was) wel voldoen aan de vooraf kenbaar gemaakte geschiktheidseisen.[28]

8. Conclusie: bestuurlijk aanbesteden kan nog steeds, maar niet ongewijzigd

Op de keper beschouwd bevat de gewijzigde aanbestedingsregelgeving geen expliciet verbod op bestuurlijk aanbesteden, maar als gevolg van die gewijzigde regelgeving zal het bestuurlijk aanbesteden ook niet in ongewijzigde vorm kunnen worden voortgezet. Met wat (flinke) aanpassingen is het bestuurlijk aanbesteden, althans zijn de (flexibiliteits-)behoeften waarin het bestuurlijk aanbesteden voorziet, goed vorm te geven onder de nieuwe aanbestedingsregelgeving.

Wat ons betreft hoeft er dus zeker geen abrupt einde te komen aan de praktijk van het bestuurlijk aanbesteden, maar wij signaleren wel dat de benodigde aanpassingen meer juridische voetangels kennen dan Robbe in zijn artikel doet voorkomen. Bij (gewijzigde) vormgeving van het bestuurlijk aanbesteden onder het nieuwe verlichte regime voor sociale en andere specifieke diensten krijgen gemeenten bovendien te maken met de (rechts)onzekerheid die verbonden is aan het gebrek aan inkadering van die procedure in de gewijzigde Aanbestedingswet. Deze onzekerheid kan worden vermeden door te kiezen voor de nieuwe reguliere procedure van het dynamisch aankoopsysteem.

Voor welke variant gemeenten ook kiezen, het is geen overbodige luxe om de gewenste procedure voor opdrachtverlening in het sociaal domein kritisch te (laten) toetsen in het licht van en aan te passen aan de gewijzigde regelgeving.

27 Zoals bij de meeste vormen van bestuurlijk aanbesteden het geval is.

28 De verplichtingen uit Richtlijn 2014/24/EU die gelden voor het dynamisch aankoopsysteem worden in afdeling 2.4.2 van de gewijzigde Aanbestedingswet geïmplementeerd.