

**Notitie**

voor Gemeente Rotterdam  
van Pels Rijcken  
datum 29 juli 2021  
inzake advies besteding SPUK gelden  
zaaknr 11016391

---

**1 Inleiding en vraagstelling**

- 1.1 Openbaar Lichaam Jeugdhulp Rijnmond (hierna: GRJR) heeft in 2018 raamovereenkomsten gesloten met de aanbieders Horizon, Schakenbosch en Pluryn (hierna: aanbieders) voor de inkoop van gesloten jeugdhulp (hierna: raamovereenkomst). De met deze partijen gesloten raamovereenkomsten zijn in werking getreden op 1 januari 2018 en hebben een (basis)looptijd van drie jaar. De looptijd van deze overeenkomsten kan twee keer met één jaar worden verlengd. Naar wij begrijpen zijn de raamovereenkomsten thans reeds verlengd met twee jaar en eindigen deze derhalve op 1 januari 2023. <sup>1</sup>Zoals het er nu uitziet, zal in het najaar van 2021 worden aangevangen met een nieuwe aanbesteding teneinde met ingang van 1 januari 2023 te komen tot een nieuw contract.
- 1.2 Het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS) heeft op 25 september 2020 de Regeling specifieke uitkering vastgoedtransitie gesloten jeugdhulp 2020 gepubliceerd (hierna: de Regeling).<sup>2</sup> Op grond van de Regeling verstrekt VWS een specifieke uitkering (subsidie) aan coördinerende gemeenten die op hun beurt aanbieders van gesloten jeugdhulp (die per coördinerende gemeente in bijlage 1 van de regeling zijn genoemd) financieel in staat stellen hun vastgoed aan te passen aan de zogenoemde vastgoedtransitie. De vastgoedtransitie houdt verband met de beleidsmatige wens om te komen tot meer *kleinschalige* woonvormen voor jongeren met een machtiging gesloten jeugdhulp. Omdat niet alle accommodaties van aanbieders geschikt zijn om te verbouwen tot kleinschalig(er) woonvormen, kan ook het afstoten van (bestaand) vastgoed en/of het kopen of huren van vervangende nieuwbouw noodzakelijk zijn om aan deze beleidsmatige wens te voldoen. De Regeling moet alle (huidige) aanbieders van gesloten jeugdhulp financieel in staat stellen om de

---

<sup>1</sup> Naar u meedeelde heeft GRJR de overeenkomst nu reeds tot 1 januari 2023 verlengd omdat het contracteren voor slechts één (aanvullend) kalenderjaar in het zorgdomein geen optie is.

<sup>2</sup> Regeling van de Minister van VWS van 16 september 2020, houdende regeling met betrekking tot het verstrekken van een specifieke uitkering voor activiteiten ten behoeve van de vastgoedtransitie van de gesloten jeugdhulp, Stcrt 26 september 2020, nr. 49409.

hiermee gepaard gaande kosten te dekken c.q. investeringen te doen (zie met name artikel 2 lid 2 d t/m f). De (huidige) aanbieders van gesloten jeugdhulp zijn daartoe ingedeeld in verschillende bovenregionale gebieden.

- 1.3 De aanvragende coördinerende gemeenten kunnen de subsidie, met instemming van de zorgaanbieders die behoren tot "hun" gebied/regio, bij VWS aanvragen (zie artikel 4 lid 5). De *instemmingsverklaring* betreft een schriftelijke verklaring van de betreffende gesloten jeugdhulpinstelling waaruit blijkt dat deze aanspraak wenst te maken op de door de coördinerende gemeente aangevraagde gelden en deze de aanvraag ondersteunt (zie artikel 1: Definities).
- 1.4 Op grond van artikel 4 lid 4 van de Regeling dient de coördinerende gemeente zich bij de aanvraag van de uitkering te committeren aan de uitgangspunten in de "*Uitgangspuntennotitie*" (Uitgangspunten verdeling incidentele middelen Gesloten Jeugdhulp van 24 september 2020). Dit betreft het gezamenlijke document waarin Jeugdzorg Nederland, VNG en VWS de leidende uitgangspunten hebben beschreven van de vastgoedtransitie (zie artikel 1: Definities).

Uit de "*Uitgangspuntennotitie*" komt naar voren dat de vastgoedtransitie alleen betrekking heeft op accommodaties *die gebruikt zijn of worden* voor de uitvoering van gesloten jeugdhulp en dat de middelen *niet* mogen worden aangewend voor ontwikkel- en opstartkosten van een *nieuwe* kleinschalige voorziening zonder afbouw van de "oude" voorziening. Ook blijkt uit de "*Uitgangspuntennotitie*" dat bij de verdeling van het beschikbare budget is uitgegaan van alle accommodaties waarin op peildatum 1 juli 2020 JeugdzorgPlus werd aangeboden (met uitzondering van de per 1 augustus gesloten accommodatie van Pluryn).

- 1.5 Daarnaast dienen de coördinerende gemeenten er op grond van artikel 6 lid 4 van de Regeling zorg voor te dragen dat in nauwe samenwerking met de aanbieders van gesloten jeugdhulp een *bovenregionaal plan* wordt opgesteld waarin binnen het bovenregionale gebied:
- 1) vraag en aanbod voor de beschikbaarheid en continuïteit van gesloten jeugdhulp op elkaar worden afgestemd;
  - 2) afspraken worden gemaakt over het organiseren van de beschikbaarheid en (indien nodig) het financieren van gesloten jeugdhulp;
  - 3) de gewenste ontwikkeling van gesloten jeugdzorg.<sup>3</sup>
- 1.6 Ten slotte dienen de coördinerende gemeenten ervoor te zorgen dat de aanbieders over een *strategisch vastgoedplan* beschikken (artikel 6 lid 5 Regeling) dat in lijn is met het bovenregionale plan (zie toelichting Regeling, p. 3). Het strategisch vastgoedplan is een document dat inzicht geeft in de wijze waarop de aanbieder voor gesloten jeugdhulp vanuit de context van de bestaande accommodaties de vastgoedtransitie wenst vorm te geven op basis van het bovenregionaal plan (zie

---

<sup>3</sup> Zie de toelichting op artikel 2 van de Regeling.

artikel 1: Definities). Ook dit plan komt in nauwe samenwerking met de desbetreffende coördinerende gemeente tot stand:

P. 6 "Uitgangspuntennotitie":

"Zodra de coördinerende gemeenten en jeugdhulpinstelling overeenstemming hebben over de gewenste ontwikkelrichting en het resultaat daarvan in het strategisch vastgoedplan, vraagt de jeugdhulpinstelling een subsidie aan bij de gemeente.

(..)

indien de coördinerende gemeente en jeugdhulpinstelling niet tot overeenstemming komen over de aanwending van de middelen kan bemiddeling bij de Jeugdautoriteit worden gevraagd."

- 1.7 De gemeente Rotterdam (hierna: gemeente) vervult een coördinerende rol voor de regio Rotterdam Rijnmond (een van de 11 bovenregionale gebieden, zie bijlage 1 bij de Regeling). Binnen deze regio zijn Horizon en Schakenbosch aangewezen als zorgaanbieder waaraan de toe te kennen middelen derhalve (overwegend) ten goede dienen te komen (Pluryn is ondergebracht in een andere regio en ontvangt op basis van de Regeling geen financiële middelen binnen de regio Rotterdam Rijnmond). De specifieke uitkering die door de gemeente Rotterdam (als coördinerende gemeente) op grond van de Regeling bij VWS is aangevraagd én is toegekend betreft (€ 10.245.473, zie artikel 3 lid 2 Regeling). Er is inmiddels een bovenregionaal plan vastgesteld ("Bovenregionaal plan Zuidwest").

In het bovenregionaal plan Zuidwest is als beleidsdoelstelling geformuleerd dat door het ontwikkelen van alternatieven (zoals gezinsopnames) zo veel mogelijk gesloten plaatsingen worden voorkomen. Daarnaast zal door het ontwikkelen van meer kleinschalige en gezinsgerichte woonvormen worden gekomen tot *afbouw van gesloten plekken*. De inschatting is dat deze beleidsdoelstellingen zich zullen vertalen in een beddenafbouw van 235 naar 100 in 2024. Schakenbos en Horizon komen op basis van een analyse tot een gezamenlijke invulling van 100 gesloten bedden (50/50 verdeling) en 170 nieuwe alternatieven (50 Schakenbos en 120 Horizon). In de vastgoedwerkgroep zijn de jeugdhulpregio's en de aanbieders gekomen tot een afwegingskader, aanvullend op de SPUK.

- 1.8 Ook hebben Horizon en Schakenbosch huisvestingsplannen opgesteld, waarin is aangegeven hoe de beschikbare middelen over de twee aanbieders zullen worden verdeeld en (op hoofdlijnen) zullen worden benut. Deze plannen zijn opgenomen in het bovenregionale plan en vormen de input voor het (nog af te ronden) strategisch vastgoedplan ten behoeve van aanvraag van de SPUK middelen door de gemeente Rotterdam.
- 1.9 In het "Memorandum of Understanding ("Denkrichting Kosten en Bekostiging Transitie JHP ZW", hierna: *MOU*) zijn de bij het bovenregionale plan betrokken jeugdhulpregio's

en Horizon en Schakenbosch tot overeenstemming gekomen over de *denkrichting* ten aanzien van de kosten en bekostiging van de gezamenlijke geambieerde transitie van de JHP voor de periode 1 januari 2021 tot en met 31 december 2023.

Zo hebben de samenwerkende partners in het MOU neergelegd dat de 100 (doorontwikkelde) gesloten plaatsen zullen worden ingericht op een kleinere schaal (maximaal 6 jongeren per groep), waarbij een *reëel tarief* wordt vastgesteld/gehanteerd. De besparing die wordt gerealiseerd door het aanbieden van alternatieven (het tarief voor een gesloten plaats is hoger dan het tarief voor een alternatief) zal worden ingezet voor bekostiging van ontwikkelkosten en frictiekosten die benodigd zijn voor de transitie. Dit "garanderen" de regio's in het MOU. De regio's en de aanbieders voorzien niettemin dat de SPUK gelden niet voldoende zijn om de transitie te financieren. Voor het resterende bedrag dienen de regio's en de aanbieders een gezamenlijke inspanning te leveren op het aanvragen van aanvullende middelen bij de rijksoverheid.

- 1.10 Overigens hebben de regio's en de aanbieders aan de in het MOU neergelegde gemeenschappelijke "denkrichtingen" (nog) geen juridisch afdwingbaar karakter geven:

De zevende overweging van het MOU luidt:  
"Formele besluitvorming over contractuele afspraken tussen elke regio en de aanbieders vindt plaats in de bestuurlijke gremia van elke regio en is onder voorbehoud van de geldende contractuele, aanbestedingsrechtelijke en overige juridische randvoorwaarden. Voorwaarde hierbij is dat alle vijf regio's en de twee aanbieders meedoen bij de gehele beweging, tenzij in gezamenlijkheid anders wordt besloten".

- 1.11 De door VWS aan de gemeente Rotterdam als coördinerende gemeente verstrekte middelen dienen voor 1 januari 2023 aan Horizon (*maximaal* € 7.144.869) en Schakenbosch (*maximaal* € 3.100.604) te worden overgemaakt. Horizon en Schakenbosch dienen uiterlijk in 2023 tot aanwending van de toe te kennen middelen over te gaan. Beleidsmatig dienen de activiteiten echter al vanaf het jaar 2022 te worden uitgevoerd.

- 1.12 U heeft gevraagd om advies over het volgende:

"Hoe gaan we de beddenafbouw in 2022 bewerkstellingen bij onze aanbieders met de SPUK-gelden, terwijl we reeds tot 2023 "iets anders" bij dezelfde aanbieders gecontracteerd hebben? Hoe groot zijn de risico's en welke risico's zijn er als we ondanks het nog uit te dienen contractjaar 2022, opnieuw gaan aanbesteden onder de 10 aanbieders t.a.v. huidige contractpartners en de eventuele andere aanbieders?"

- 1.13 In deze notitie voldoen we graag aan dit verzoek. Daarbij merken we op dat onze advisering zich vooralsnog beperkt tot de aanbestedingsrechtelijke aandachtspunten bij de (beoogde) aanwending van de SPUK gelden. Eventuele staatssteunrechtelijke

en/of subsidierechtelijke aspecten zijn niet in dit advies betrokken. Desgewenst kunnen wij u hierover nader adviseren.

## 2 Toekennen SPUK gelden leidt tot (algehele) herziening aanbestede raamovereenkomst

- 2.1 Allereerst merken wij op dat de vastgoedtransitie, verband houdend met de beoogde beddenafbouw en de ontwikkeling van alternatieve vormen van opvang, niet op zichzelf staat. De hierover tussen partijen te maken afspraken kunnen niet los worden gezien van de (aanbestede) raamovereenkomst. In de raamovereenkomst is de GRJR immers juridisch bindende verplichtingen aangegaan met betrekking tot *de wijze waarop de gesloten jeugdzorg dient te worden aangeboden*. Uitvoering van de met de SPUK gelden te financieren activiteiten heeft dan ook onmiskenbaar gevolgen voor deze juridisch bindende afspraken. De activiteiten zullen immers moeten leiden tot *aangepaste dienstverlening op het gebied van gesloten jeugdzorg: aanpassing van het vastgoed is geen doel op zich, het gaat om de wijze waarop de jeugdzorg wordt aangeboden*. In de raamovereenkomst zijn geen afspraken gemaakt over het ontwikkelen van *kleinschalige(r)* woonvormen.

Naar wij begrijpen, laat de raamovereenkomst aanbieders vrij in de omvang van de woongroepen en gaat de huidige tariefstelling uit van leefgroepen van circa 9 a 10 jongeren. Dit zouden in de toekomst leefgroepen van circa 5 a 6 jongeren moeten worden. De tariefstelling zal volgens het MOU dan ook worden aangepast.

- 2.2 Daarnaast zullen – zoals hiervoor uiteengezet – veel minder “gesloten” bedden worden aangeboden, omdat de afbouw van de gesloten jeugdzorg hand in hand gaat met de opbouw van *alternatieve vormen van opvang*. Het zwaartepunt zal (qua aantallen bedden) bij deze alternatieve vormen van opvang komen te liggen. Binnen opdracht B2 bestaat echter geen ruimte voor het aanbieden van alternatieve vormen van opvang. Op grond van artikel 1.2.6 van de raamovereenkomst wordt alleen Jeugdhulp geleverd voor opdracht B2. Uit de aanbestedingsleidraad van opdracht B (Bed en Behandeling) blijkt dat bij een daling van (10 a 15%) van het aantal bedden zal worden gezocht naar andere oplossingen in opdrachten A, C, D & E.
- 2.3 Aldus kunnen de SPUK gelden alleen overeenkomstig het bovenregionaal plan, het vastgoedplan en het MOU worden aangewend, *indien partijen bereid zijn om elkaar – over en weer – toestemming te geven voor (algehele) herziening van de (huidige) raamovereenkomst c.q. nieuwe verplichtingen jegens elkaar aangaan*.

NB. Het gaat hier niet om een situatie als bedoeld in artikel 8.3.3. van de overeenkomst waarin Opdrachtgever gerechtigd is de overeenkomst *eenzijdig* (geheel of gedeeltelijk kan wijzigen of beëindigen omdat ongewijzigde voortzetting van de overeenkomst *niet mogelijk* zou zijn. Er zijn geen harde (financiële of wettelijke) kaders die de Gemeente *dwingen* tot gewijzigde

voortzetting van de overeenkomst. Ook indien dat wel het geval zou zijn, zou een eenzijdige (materiële) wijziging van de overeenkomst overigens op aanbestedingsrechtelijke bezwaren stuiten, zie hoofdstuk 3.

- 2.4 Blijkens het MOU zijn partijen zich terdege bewust van *de noodzaak om de nieuwe afspraken juridisch af te hechten*. In de zevende overweging (geciteerd onder randnummer 1.10 van dit advies) is immers aangegeven dat de formele besluitvorming over contractuele afspraken tussen elke regio en de aanbieders *nog tot stand moet komen*. Het overeen komen van nieuwe, rechtens afdwingbare afspraken ligt bepaald voor de hand, nu GRJR haar wettelijke taak op het terrein van de jeugdzorg zal willen (blijven) verzekeren.
- 2.5 Een en ander betekent dat GJRJ de transitie niet kan bewerkstelligen door aan Horizon en Schakenbosch "enkel" een *op zichzelf staande (incidentele) "zuivere" projectsubsidie* toe te kennen.<sup>4</sup> Het maken van nieuwe contractuele afspraken is - mede gegeven de lopende contractuele verplichtingen, de wettelijke taakstelling van GRJR en de met de Regeling te bereiken doelstellingen, onontkoombaar.

NB. Zou wél met een "zuivere" subsidie kunnen worden volstaan, waarbij over en weer geen rechtens afdwingbare afspraken worden gemaakt, dan dient op grond van Richtlijn 2014/24/EU te worden aangenomen dat deze subsidie geen 'overheidsopdracht' oplevert. De enkele verplichting van de subsidieontvanger om de subsidiegelden terug te betalen, indien de gesubsidieerde activiteiten niet worden uitgevoerd, is volgens de Europese wetgever onvoldoende om te kunnen spreken van een 'overheidsopdracht'.

Zie in dit verband overweging 4 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU:

"Bovendien valt het uitsluitend financieren met name via subsidies, van een activiteit, waaraan vaak de verplichting is gekoppeld de ontvangen bedragen terug te betalen indien deze niet worden benut voor de beoogde doeleinden doorgaans niet onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels."

- 2.6 Overigens zou, ook wanneer partijen een en ander niet contractueel zouden willen afhechten en op *papier* zouden kiezen voor een incidentele "zuivere" subsidie, in rechte toch kunnen worden aangenomen dat als gevolg van de subsidieverlening sprake is van een (stilzwijgend) *gewijzigde overheidsopdracht/raamovereenkomst*. Als gezegd is het immers niet mogelijk om uitvoering te geven aan de gesubsidieerde activiteiten zonder de lopende overeenkomst open te breken c.q. te herzien. Uit verschillende handelingen bestaande afspraken tussen aanbestedende diensten en ondernemingen dienen op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie steeds *in zijn geheel* te worden beschouwd, *rekening houdend met het doel ervan*:

---

<sup>4</sup> Voor de goede orde merken wij op dat wij in het kader van dit advies niet toetsen of het toekennen van een incidentele projectsubsidie aan Schakenbosch en Horizon bestuursrechtelijk mogelijk is. Desgewenst kunnen wij u hierover nader adviseren.

Zie in dit verband het arrest van het Hof (Vierde kamer) van 28 mei 2020. Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH tegen Stadt Köln (Zaak C-796/18).

“38.

“Om te beginnen dient in herinnering te worden gebracht dat voor het antwoord op de vraag of een verrichting die uit verschillende handelingen bestaat, als „overheidsopdracht“ in de zin van deze bepaling kan worden aangemerkt, deze verrichting in haar geheel moet worden beschouwd en daarbij rekening moet worden gehouden met het doel ervan (zie naar analogie arresten van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk, C-29/04, EU:C:2005:670, punt 41, en 21 december 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, punt 37).”

### **Conclusie**

**2.7 De conclusie is dat de SPUK gelden alleen overeenkomstig het bovenregionaal plan, het vastgoedplan en het MOU kunnen aangewend, indien partijen bereid zijn om elkaar – over en weer – toestemming te geven voor een (algehele) herziening van de (huidige) raamovereenkomst en nieuwe, rechtens afdwingbare verplichtingen jegens elkaar aangaan.**

2.8 Zoals hierna zal worden toegelicht, heeft het overeenkomen van nieuwe (afdwingbare) afspraken aanbestedingsrechtelijke consequenties: GRJR zal de lopende overeenkomst opnieuw moeten aanbesteden.

### **3 Aanbestedingsrechtelijke consequenties**

3.1 De (huidige) raamovereenkomst met Schakenbosch, Horizon en Pluryn is terecht Europees aanbesteed. De aanbestedingsplicht in de zorg is met ingang van 18 april 2016 ingevoerd. De achtergrond hiervan is dat de Europese wetgever veronderstelt dat opdrachten voor sociale dienstverlening boven de drempel van € 750.000,- op belangstelling kunnen rekenen van dienstverleners uit andere lidstaten (een zogenoemd “grensoverschrijdend belang” vertonen). Het is de vraag of dat in alle gevallen daadwerkelijk zo is, maar de Europese wetgever is daar wel vanuit gegaan. De Jeugdwet staat niet aan concurrentiestelling in de weg. Integendeel, deze biedt expliciet de mogelijkheid daartoe. In de aanbesteding van de (huidige) raamovereenkomst hebben vijf zorgaanbieders op de opdracht ingeschreven, waarna de opdracht aan drie zorgaanbieders is gegund.

3.2 De scope van een aanbestede opdracht dient in de uitvoeringsfase nauwgezet in het vizier te worden gehouden. In het bijzonder dient te worden bewaakt dat een aanbestede opdracht in de uitvoeringsfase *niet wezenlijk wordt gewijzigd*, bijvoorbeeld door het voorwerp/de scope van de opdracht op te rekken naar niet in de aanbesteding uitgevraagde diensten en/of projecten die geen onderdeel uitmaakten van de aanbesteding en/of wijziging aan te brengen in de algemene aard van de opdracht.

3.3 In de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie is bepaald dat indien een aanbestede overheidsopdracht tijdens de looptijd wordt gewijzigd, deze wijziging kan maken dat er sprake is van een nieuwe overheidsopdracht. Dit is het geval indien de overheidsopdracht na de doorgevoerde wijziging kenmerken vertoont die *wezenlijk (substantieel/materieel) verschillen van de oorspronkelijke overeenkomst*. Deze nieuwe overheidsopdracht dient dan op zijn eigen aanbestedingsrechtelijke merites te worden beoordeeld en in voorkomend geval (in zijn geheel) opnieuw te worden aanbesteed.

3.4 In het Pressetext-arrest<sup>5</sup> heeft het Hof van Justitie aangegeven welke wijzigingen van overheidsopdrachten in ieder geval als “wezenlijk” kunnen worden beschouwd en derhalve een nieuwe aanbesteding vergen. In deze gevallen is er sprake van een nieuwe overeenkomst omdat zij kenmerken vertoont die “wezenlijk” verschillen van (de bepalingen van) de oorspronkelijke overeenkomst.

Vgl. Hof van Justitie EG 19 juni 2008, C-454/06 (Pressetext), rov. 34:  
“Met het oog op het garanderen van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers, vormen wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst [..]”

3.5 De gedachte hierachter is dat de (gewijzigde) opdracht niet op transparante wijze is aangekondigd en voor mededinging is opengesteld en dat, indien dit wel het geval zou zijn geweest, hypothetisch de mogelijkheid bestaat dat een andere marktpartij de opdracht gegund zou hebben gekregen. Dat rechtvaardigt een nieuwe aanbesteding.

3.6 Het Pressetext arrest is gecodificeerd in de (huidige) algemene Europese aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2014/24/EU). De artikelen uit de richtlijn die zien op het leerstuk van de wezenlijke wijziging en de Pressetext-criteria zijn door de Nederlandse wetgever samengevoegd in één artikel in de Aanbestedingswet 2012, namelijk in artikel 2.163g. Dit artikel luidt als volgt:

- 1) Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien de wijzigingen, ongeacht de waarde ervan, niet wezenlijk zijn.
- 2) Een wijziging van een overheidsopdracht is wezenlijk als bedoeld in het eerste lid, indien de overheidsopdracht hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht.
- 3) een wijziging van een overheidsopdracht is in ieder geval wezenlijk indien:

---

<sup>5</sup> Hof van Justitie EG 19 juni 2008, C-454/06 (Pressetext), rov. 35-37



- a. de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, (i) de toelating van andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden of de gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt of (ii) bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken;
- b. de wijziging het economische evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht;
- c. de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht, of
- d. een nieuwe opdrachtnemer in de plaats is gekomen van de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de overheidsopdracht oorspronkelijk had gegund in een ander dan in artikel 2.163f bedoeld geval.

- 3.7 De afspraken rond de besteding van de SPUK gelden zullen onder andere zullen leiden tot:
- a) gewijzigde (kleinschaliger) dienstverlening op het terrein van "gesloten" jeugdhulp tegen betaling van een (aanzienlijk vastgoed gerelateerd budget en een hoger dienstverleningstarief;
  - b) verschuiving van het zwaartepunt van de overeenkomst (qua aantallen bedden) van "gesloten" jeugdhulp naar andere, alternatieve vormen van dienstverlening die niet tot de scope van de aanbestede raamovereenkomst behoren;
  - c) contractering met *twee in plaats van drie contractanten* (Pluyn wordt immers niet bij de nieuwe afspraken betrokken).
- 3.8 Hiermee is zonder meer sprake van een materiële/ontoelaatbare wijziging van een aanbestede opdracht als bedoeld in artikel 2.163g, tweede lid en derde lid onder c Aw.
- NB. Het enkele feit dat in het kader van de nieuwe afspraken afscheid wordt genomen van één van de drie raamcontractanten wijst al op een ontoelaatbare materiële wijziging van de opdracht.
- 3.9 Daarnaast is bepaald niet uitgesloten dat de (nieuwe) afspraken leiden tot een wijziging in het economisch evenwicht ten gunste van Horizon en Schakenbosch als bedoeld in artikel 2.163g, derde lid, onder b. Evenmin is niet uitgesloten dat de afspraken rond de alternatieve vormen van opvang, als zij deel hadden uitgemaakt van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure, zouden hebben geleid tot toelating van andere dan de oorspronkelijk geselecteerde aanbieders en/of de gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt als bedoeld in artikel 2.163g, derde lid, onder a.
- 3.10 Kortom, in velerlei opzichten zal het (op de beoogde wijze) aanwenden van de SPUK gelden leiden tot een *wezenlijk gewijzigde overeenkomst*, waardoor sprake is van een nieuwe, aan te besteden overheidsopdracht.

Ook zou het op de beoogde wijze aanwenden van de SPUK gelden kunnen leiden tot een ontoelaatbare wezenlijke wijziging van de overeenkomsten die zijn gesloten voor opdrachten A, C, D & E. (zie onder randnummer 2.2.).

- 3.11 Voor de volledigheid merken wij nog op dat in de (huidige) aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2014/24/EU) duidelijk is gemaakt welke wijzigingen *niet als wezenlijk worden beschouwd* en derhalve vallen binnen de *flexibiliteitsmarge* van de opdracht.<sup>6</sup> De wijzigingen die als gevolg van de huidige planvorming in de overeenkomst moeten worden doorgevoerd grijpen (zoals toegelicht) dermate op de lopende overeenkomst in dat deze niet passen binnen deze "flexibiliteitsmarge".
- 3.12 In het bijzonder merken wij op dat de in artikel 8.3.8. van de overeenkomst neergelegde bevoegdheid van partijen om de overeenkomst *te wijzigen indien dit "noodzakelijk" is in verband met de doorontwikkeling van het gemeentelijke beleid in het kader van de Jeugdwet (zie onder a) en/of de verbetering van de Jeugdhulp aan Jeugdigen/Ouders(s) niet voldoet aan de strenge eisen van artikel 2.163c Aw*. Wil een herzieningsclausule rechtmatig kunnen worden toegepast, dan zal de aard en omvang van deze clausule duidelijk in de aanbestedingsdocumentatie moeten zijn omschreven alsook de voorwaarden waaronder deze kan worden gebruikt (zie artikel 2.163c, tweede lid, onder a en b Aw). Dat is in casu niet het geval. Daar komt bij dat herzieningsclausules de algemene aard van een opdracht niet mogen wijzigen (zie artikel 2.163c lid 2 onder c Aw) en er (o.a.) niet toe kunnen leiden dat afscheid wordt genomen van één van de drie raamcontractanten. De gemeente dient haar opdrachtnemers bij het wijzigen van een lopende overeenkomst immers *gelijk* te behandelen.

Dat afscheid wordt genomen van één van de drie raamcontractanten toont in feite al aan dat wordt gekozen voor een algehele materiële wijziging van de huidige overeenkomst.

### **Conclusie**

**De conclusie is dat GRJR, wil zij komen tot de (met de SPUK gelden beoogde) afspraken omtrent een vastgoedtransitie, verband houdend met beddenafbouw en de ontwikkeling van alternatieve vormen van opvang, een nieuwe aanbesteding zal moeten organiseren.**

- 3.13 In een nieuwe aanbesteding zullen alle – op dat moment - erkende zorgaanbieders op gelijke voet naar deze (nieuwe) opdracht moeten kunnen meedingen. Voor de goede orde merken wij op dat ook overeenkomsten die ertoe strekken om in het kader van een beoogde transitie (al dan niet met het behulp van toe te kennen subsidie) ervaring op te doen met nieuwe samenwerkings- en opvangvormen van jeugdigen, moeten worden aangemerkt als nieuwe, aan te besteden overheidsopdrachten. Voor deze

<sup>6</sup> Deze uitzonderingen zijn te vinden in lid 1 en 2 van artikel 72 richtlijn 2014/24/EU en in de artikelen 2.163b t/m f Aw.

opdrachten (zoals pilots) bestaat geen algemene uitzondering op de aanbestedingsplicht.

- 3.14 Met de verplichting tot aanbesteding van diensten op het terrein van jeugdzorg verdraagt zich dan ook niet dat in het kader van de aan Horizon en Schakenbosch toe te kennen SPUK gelden voorafgaand aan de aanbesteding – voor het jaar 2022 en/of opvolgende jaren - afspraken worden gemaakt over de gewenste vastgoedtransitie, beddenafbouw en de ontwikkeling van alternatieve vormen van opvang. Deze afspraken doorkruisen niet alleen de huidige contractuele verplichtingen van GRJR (o.a. jegens de Pluryn en mogelijk ook jegens de raamcontracten van opdrachten A, C, D & E.), maar lopen tevens *op ontoelaatbare wijze op een nog te houden aanbesteding vooruit. De afspraken met Horizon en Schakenbosch zullen aannemelijk* leiden tot verstoring van het “level playing field” in de aanbesteding. Horizon en Schakenbosch worden immers voorafgaand aan de aanbesteding (mede op basis van de toe te kennen SPUK gelden) “in het zadel geholpen”. Het is bepaald niet uitgesloten dat de met Horizon en Schakenbosch te maken afspraken *zelfs in de weg staan* aan een nieuwe aanbesteding. De Regeling leidt feitelijk tot een marktverdeling. Het is immers de bedoeling dat in het kader van de toe te kennen SPUK gelden afspraken met Horizon en Schakenbosch worden gemaakt over de beschikbaarheid en continuïteit van gesloten jeugdhulp, het afstemmen van vraag- en aanbod (etc.). Het ligt voor de hand dat deze afspraken, mede gelet op de daarmee gepaard gaande investeringen, *ook de periode na 1 januari 2023 zullen bestrijken.*

NB. Zoals aangegeven in noot 1 is het naar uw mening in het zorgdomein niet haalbaar om voor één (aanvullend) kalenderjaar met zorgaanbieders te contracteren. Dat geldt eens te meer indien het contract, zoals hier, voorziet in gewijzigde dienstverlening, in het kader waarvan een transitie dient plaats te vinden.

- 3.15 De Regeling houdt geen rekening met de aanbestedingsplicht van gemeenten en gaat er vanuit dat het gemeenten vrij staat om met de zorgaanbieders, die in de Regeling aan “hun” regio zijn “toegewezen” bindende afspraken te maken (en de markt te verdelen). Aanbieders zijn echter, wat betreft de door hen aan te bieden diensten, niet gebonden aan de regio-indeling van de Regeling en dienen – aanbestedingsrechtelijk gezien – op gelijke voet te kunnen meedingen naar overheidsopdrachten in alle regio’s. Daarnaast is het mogelijk dat er vóór januari 2023 *nieuwe aanbieders* worden erkend die in verschillende regio’s naar nieuwe opdracht(en) willen meedingen. Dat zou eens te meer kunnen gelden wanneer wordt gekozen voor alternatieve vormen van opvang. Eventuele nieuwe aanbieders worden niet betrokken bij de toekenning/verdeling van de SPUK gelden en de in dat kader te maken afspraken.

#### 4 Toch geen aanbestedingsplicht in verband met beroep op technische redenen of uitsluitende rechten?

4.1 Een aanbestedende dienst kan op grond van artikel 32 lid 2 sub b van Richtlijn 2014/24/EU gebruik maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking indien de werken, leveringen of diensten alleen door een bepaalde ondernemer kunnen worden verricht, om één van de volgende redenen:

- i. (...);
- ii. mededinging ontbreekt om *technische redenen*; of
- iii. *uitsluitende rechten*, met inbegrip van intellectuele eigendomsrechten, moeten worden beschermd.

Artikel 32 lid 2 sub b van Richtlijn 2014/24/EU is geïmplementeerd in artikel 2.32 lid 1, aanhef en sub b (2 en 3) en lid 3 Aw.

4.2 De in de punten (ii) en (iii) genoemde uitzonderingen gelden alleen als er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het ontbreken van mededinging *niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht*.

NB ook in art. 18 Richtlijn 2014/24/EU en art. 1.10a Aw 2012 is bepaald dat overheidsopdrachten niet mogen worden opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding *is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen*.

4.3 Uit overweging 50 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU volgt dat de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking alleen in *zeer uitzonderlijke omstandigheden dient te worden gebruikt*:

"Gelet op de concurrentieschade dienen onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden te worden gebruikt. Deze uitzondering moet worden beperkt tot gevallen waarin bekendmaking niet mogelijk is wegens dwingende spoed als gevolg van gebeurtenissen die de aanbestedende dienst niet kon voorzien en die hem niet toegerekend kunnen worden, *of van meet af aan duidelijk is dat bekendmaking niet tot meer concurrentie of betere aanbestedingsresultaten zal leiden, niet het minst omdat objectief gezien slechts één ondernemer de opdracht kan uitvoeren*. Dit is het geval met kunstwerken, waarbij het unieke karakter en de waarde van het kunstvoorwerp inherent zijn aan de identiteit van de kunstenaar. De exclusiviteit kan ook uit een andere reden voortkomen, maar het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking is alleen in geval van *objectieve exclusiviteit te rechtvaardigen, als de exclusiviteit niet door de aanbestedende dienst zelf met het oog op de toekomstige aanbestedingsprocedure is gecreëerd*."

*Technische redenen*

- 4.4 Over de uitzondering vanwege "technische redenen" zegt overweging 50 nog het volgende:

"Indien technische redenen het exclusieve karakter bepalen, *moeten deze nauwkeurig worden omschreven en per geval gemotiveerd worden*. Deze redenen kunnen bijvoorbeeld zijn dat het voor een andere ondernemer *technisch onhaalbaar* is de vereiste prestaties te leveren, of dat specifieke kennis, instrumenten of *middelen* nodig zijn *die maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft*. Technische redenen kunnen ook verband houden met specifieke interoperabiliteitseisen waaraan moet worden voldaan met het oog op het goed functioneren van de aan te besteden werken, leveringen of diensten."

- 4.5 Met deze overwegingen sluit de Europese wetgever aan bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Uit deze jurisprudentie blijkt dat de hiervoor genoemde uitzondering zeer restrictief moeten worden geïnterpreteerd en dat de aanbestedende dienst die een beroep doet op deze uitzondering het bestaan van die uitzonderingssituatie dient aan te tonen.

Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 10 maart 1987, 199/85 (Commissie/Italië), r.o. 14: "14. Deze bepalingen, krachtens welke mag worden afgeweken van de regels die de doeltreffendheid van de door het Verdrag op het gebied van de overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken erkende rechten beogen te verzekeren, moeten strikt worden uitgelegd, en het staat aan degene die zich erop wil beroepen, *te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan*."

- 4.6 De aanbestedende dienst moet niet alleen kunnen aantonen dat de opdracht om technische redenen slechts door één opdrachtnemer kan worden uitgevoerd, maar ook dat het om de ingeroepen technische redenen *volstrekt noodzakelijk is dat de opdracht aan een bepaalde onderneming wordt verleend*. Om aan die *bewijslast* te kunnen voldoen kan een *marktonderzoek* noodzakelijk zijn. De inroepbaarheid van deze uitzondering veronderstelt immers dat er daadwerkelijk maar één geschikte aanbieder voor de opdracht is.

In een zaak over de levering van software voor het beheer van een motorvoertuigregistratie (HvJ EG 15 oktober 2009, C-275/08 (Commissie/Duitsland) oordeelde het Hof van Justitie dat geen beroep kon worden gedaan op de uitzondering van technische redenen. De "blote" bewering dat er omwille van technische redenen maar één leverancier was die de software kon leveren, ging niet op omdat niet was bewezen dat er *serieus onderzoek* was gedaan op de Europese markt naar andere mogelijke leveranciers.

Het Hof van Justitie stelt steeds hoge eisen aan de bewijslast.

Zie bijv: HvJ EG 14 september 2004, C-385/02 (Commissie/Italië), r.o. 20 en 21:

“20. Daaruit volgt dat de Italiaanse autoriteiten moeten bewijzen dat het om technische redenen noodzakelijk was de betrokken opdrachten aan de met de oorspronkelijke opdracht belaste aannemer te gunnen (zie in die zin arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 24).

21. Het doel van het verzekeren van de continuïteit van de werken ter uitvoering van ingewikkelde projecten om een gebied voor wateroverlast te behoeden, is weliswaar een technische overweging waarvan het belang moet worden erkend, doch de loutere stelling dat een geheel van werken complex en delicaat is, volstaat niet om aan te tonen dat dit slechts aan één en dezelfde aannemer kan worden opgedragen, in het bijzonder wanneer de werken gefaseerd verlopen en de verwezenlijking ervan over vele jaren moet worden gespreid.”

Zie ook: HvJ EG 2 juni 2005, C-394/02 (Commissie/Griekenland), r.o. 35-39:

“35. Zoals de advocaat-generaal in de punten 40 tot en met 45 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dient evenwel te worden vastgesteld dat, hoewel de betrokken werken technisch gecompliceerd zijn in de zin van artikel 20, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38, de Griekse regering niet overtuigend heeft aangetoond dat alleen de ondernemingsgroep Koch/Metka in staat was, deze werken uit te voeren en dat het bijgevolg volstrekt noodzakelijk was, de opdracht te gunnen aan deze ondernemingsgroep.

36. Noch de bijzondere eigenschappen van het te transporteren product, noch de instabiele ondergrond of de noodzaak, de transportbanden aan te sluiten op de bestaande installatie, *vormen op zich het bewijs dat deze ondernemingsgroep de enige aannemer in de Gemeenschap was die de voor de uitvoering van de werken nodige knowhow bezat.*

37. Overigens was DEI zelf ook van mening dat een andere onderneming dan de groep Koch/Metka in beginsel in staat was, deze werken uit te voeren, daar zij zich ook tot de onderneming Dosco heeft gewend.

38. Bovendien had DEI blijkens de stukken voor soortgelijke werken die op hetzelfde terrein moesten worden uitgevoerd, in het verleden reeds procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten met bekendmaking van een aankondiging gevolgd.”

In de toelichting op de Aw wordt eveneens naar de strenge jurisprudentie van het Hof van Justitie verwezen.

Zie MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32440, 3, p. 65:

“De aanbestedende dienst die zich beroept op de uitzondering genoemd in artikel 2.32, onder b, moet bewijzen dat er technische redenen zijn in de zin van die bepaling, maar ook dat die technische redenen het volstrekt noodzakelijk maken het in geding zijnde werk aan de onderneming in kwestie te gunnen (HvJEG van 18 mei 1995, Commissie/Italië, zaak C-57/94, Jur. 1995, blz. I-01249). Tevens moeten alle voorwaarden worden vervuld die aan de uitzondering worden gesteld waarop de aanbestedende dienst zich beroept (HvJEG van 28 maart 1996, Commissie/Duitsland, zaak C-318/94, Jur. 1996, blz. I-01949).

- 4.7 De lat voor (rechtmatige) toepassing van deze uitzondering ligt dus hoog. Wil GRJR zich rechtmatig op deze uitzondering kunnen beroepen, dan moet het zonneklaar zijn dat er op de markt geen andere zorgaanbieders dan Schakenbosch en Horizon zijn die de (nieuwe) opdracht kunnen uitvoeren. Het is GRJR die – zo nodig met behulp van marktonderzoek - moet bewijzen dat alleen deze twee zorgaanbieders *om technische redenen* in staat zijn het gevraagde – de gewenste vormen van jeugdzorg - te leveren, waardoor het volstrekt noodzakelijk is om één op één zaken met deze twee ondernemingen te doen. Indien Schakenbosch en Horizon met elkaar of met andere zorgaanbieders in concurrentie zouden kunnen treden, kan aan die bewijslast niet worden voldaan.
- 4.8 Naar verwachting zal GRJR niet aan de bewijslast kunnen voldoen om zich op de uitzondering van technische redenen te beroepen. Er zijn immers geen technische redenen aan te wijzen waarom Pluryn en/of andere bestaande (of nog te erkennen) zorgaanbieders op zichzelf niet in staat zouden zijn om de gevraagde diensten aan GRJR te leveren. Dat Schakenbosch en Horizon als (huidige) opdrachtnemers van GRJR beschikken over vastgoed waarmee de gesloten jeugdzorg thans wordt aangeboden is logisch en maakt de dienstverlening van Pluryn (die in de regio eveneens over vastgoed beschikt) en/of andere zorgaanbieders niet feitelijk/technisch onmogelijk. Vastgoed kan (zo nodig) na opdrachtverlening worden gehuurd of verworven. Sterker, nieuwe of andere aanbieders zullen mogelijk zelfs geen of veel minder transitiekosten maken om de gevraagde diensten aan GRJR aan te bieden, nu zij hun locaties niet hoeven te verbouwen en op dit moment (nog) geen jeugdigen opvangen.
- 4.9 In een aanbesteding zou – mede gelet op het in acht te nemen proportionaliteitsbeginsel - niet zou mogen worden verlangd dat de zorgaanbieder bij inschrijving al over het benodigde vastgoed beschikt om de diensten aan te bieden. Het door Horizon en Schakenbosch reeds beschikken over het benodigde vastgoed kan om die reden dan ook geen grond opleveren om een (rechtmatig) beroep te doen op de uitzondering van “technische redenen”. Zoals hiervoor uiteengezet (randnummer 4.2), geldt de uitzondering van “technische redenen” alleen als het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een ontoelaatbare/kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht. Daar komt bij dat het vastgoed van Schakenbosch en Horizon op dit moment niet geschikt is om aan de uitvraag/beleidsmatige wensen van GRJR te voldoen, zodat ook om die reden niet met succes een beroep zal kunnen worden gedaan op de uitzondering van “technische redenen”.
- 4.10 Op grond van artikel 18 van Richtlijn 2014/24/EU en art. 1.10a Aw 2012 mag de overheidsopdracht evenmin worden *vormgegeven/ontworpen* met het doel alleen Horizon en Schakenbosch als opdrachtnemer aan te wijzen. Ook door de opdracht vorm te geven als een “*transitie*” opdracht die alleen maar kan worden uitgevoerd door (huidige) aanbieders Horizon en Schakenbosch, mag GRJR de opdracht niet op

kunstmatige wijze naar deze twee opdrachtnemers toeschrijven (nog daargelaten dat Pluryn ook voor deze "transitie" opdracht in aanmerking zou moeten kunnen komen). Waar het om gaat, is dat GRJR behoefte heeft aan een gewijzigde vorm van dienstverlening, waarin diverse zorgaanbieders objectief gezien zouden kunnen voorzien. Dat deze opdracht een transitie van de markt vergt en de kosten daarvan zullen worden gecompenseerd, doet aan de aanbestedingsplicht van GRJR niet af.

- 4.11 Het Gerechtshof Amsterdam (arrest van 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1332) overwoog nog wel dat *de hoogte van de transitiekosten onder bijzondere omstandigheden met zich kunnen brengen dat van een redelijk alternatief of substituut in de zin van artikel 2.32 lid 3 Aanbestedingswet geen sprake is* waardoor (in theorie) zaken zou kunnen worden gedaan met een *bestaande opdrachtnemer*. Daargelaten of de hoogte van transitiekosten, bezien in het licht van de strenge jurisprudentie van het Hof van Justitie, inderdaad een (geldige) *technische* reden zouden kunnen opleveren om tot onderhandse gunning over te gaan, worden de transitiekosten in dit geval juist (grotendeels) *financieel gecompenseerd*. *Het is dus niet zo dat GRJR zich erop zou kunnen beroepen dat, door de opdracht aan Horizon en Schakenbosch te gunnen, transitiekosten kunnen worden bespaard.*

*Uitsluitende rechten?*

- 4.12 Uit het arrest Commissie/Spanje (Hof van Justitie EG 3 mei 1994, nr. C-328/92) volgt dat ook deze uitzondering *zeer restrictief* moet worden toegepast. Een gerechtvaardigd beroep op de uitzondering van bescherming van uitsluitende rechten kan enkel worden gedaan indien de aanbestedende dienst kan aantonen dat er daadwerkelijk *geen enkele mededinging* mogelijk is voor een dienst/product *als gevolg van (de bescherming van) uitsluitende/exclusieve rechten*.

Zie: S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Thomson Reuters 2014, p. 1070:

"It is insufficient for a contracting authority to show that it wishes to purchase a particular product or service which protected by such rights: it is necessary, as with "technical reasons" ground, also to show that there is no available "equivalent" that could be offered by some other provider. If an equivalent exists the authority will violate the rules on specifications by insisting on the protected product or service (..)"

Zie ook MvT bij Aw, Kamerstukken II 2009/10, 32440, 3, p. 65:

Ten aanzien van de uitzondering voor uitsluitende rechten, tevens genoemd in artikel 2.32, onderdeel b, van deze wet, is naar aanleiding van de uitspraak van het Hof inzake Commissie/Spanje (HvJEG van 3 mei 1994, Commissie/Spanje, zaak C-328/92, Jur. 1994, blz. I-01569) duidelijk geworden dat hiervoor niet voldoende is dat de betrokken levering of de betrokken dienst door een uitsluitend recht, zoals een octrooi wordt beschermd, maar dat de aanbestedende dienst ook moet bewijzen dat de betrokken levering of dienst slechts door een bepaalde leverancier kunnen



worden vervaardigd of geleverd, respectievelijk slechts door een bepaalde dienstverlener kan worden verleend. Aan deze laatste voorwaarde kan volgens het Hof alleen worden voldaan met betrekking tot die producten en specialiteiten waarvoor op de markt geen concurrentie plaats vindt.”

- 4.13 In de handleiding bij de oude Richtlijn Diensten merkte de Europese Commissie nog op dat het gaat om een zeer beperkt toe te passen uitzondering, waarbij openstelling van mededinging een 'anomalie' zou zijn omdat slechts één dienstverlener de dienst kan verlenen. Indien het exclusieve recht ook aan anderen is gegeven of redelijkerwijs kan worden verkregen, gaat de uitzondering niet op.

Handleiding bij richtlijn 92/50/EEG, p. 33:

“Dit is een zeer beperkte uitzondering, die alleen geldt voor gevallen waarin kan worden gesteld dat een oproep tot het indienen van offertes of blijken van belangstelling een anomalie zou zijn omdat er slechts één dienstverlener is die die bepaalde dienst kan verlenen<sup>63</sup>. De gevallen waarin men zich het veiligst op deze uitzondering kan beroepen, zijn die waarin een bepaalde dienstverlener het exclusieve recht heeft om een bepaalde dienst te verrichten. *De uitzondering geldt evenwel niet indien dit exclusieve recht aan anderen in licentie is gegeven of indien een dergelijke licentie redelijkerwijs kan worden verkregen.*”

- 4.14 GRJR zal zich ten behoeve van (onderhandse) opdrachtverlening aan Schakenbosch en Horizon dan ook niet met succes op deze uitzondering kunnen beroepen. Het enkele feit dat de door GRJR gevraagde dienstverlening door *erkenning* van zorgaanbieders en/of *erkenning* van opvanglocaties wordt beschermd, maakt niet dat andere zorgaanbieders hun diensten niet aan GRJR zouden kunnen aanbieden. Er zijn op dit moment immers al meer erkende aanbieders en opvanglocaties (ook binnen de regio). Ten tweede kunnen (nieuwe) erkenningen redelijkerwijs worden verkregen (NB. In het kader van de aanbesteding van een nieuw contract zal voor het eventueel verkrijgen van de noodzakelijke erkenningen voldoende tijd moeten worden geboden, zodat de mededinging niet onnodig/ontoelaatbaar wordt beperkt).

### **Conclusie**

- 4.15 **De Regeling dwingt GRJR om de lopende, aanbestede overeenkomsten met Horizon, Schakenbosch en Pluryn open te breken en een nieuwe overheidsopdracht aan Horizon en Schakenbosch te gunnen. Vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief bestaat echter geen ruimte om een gewijzigde overheidsopdracht rechtstreeks (d.w.z. zonder voorafgaande aanbesteding) aan Horizon en Schakenbosch te gunnen, ook niet wanneer deze opdracht alleen de zogenoemde “transitieperiode” (het jaar 2022) zou betreffen en de dienstverlening met ingang van januari 2023 (opnieuw) zou worden aanbesteed. Naar verwachting zal ten behoeve van onderhandse opdrachtverlening niet met succes een beroep op de uitzondering van “technische redenen” of “uitsluitende rechten” kunnen worden gedaan. Ook**

**andere uitzonderingen zijn niet voorhanden. Daarnaast bestaat een grote kans dat een nieuwe aanbesteding strandt wegens verstoring van het level playing field en/of het bestaan van (door)lopende afspraken met Horizon en Schakenbosch.**

- 4.16 U verzocht mij om in beeld te brengen welke risico's er aan het onderhands gunnen van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht zijn verbonden.

## **5 Risico's**

### *Aanbestedingsrechtelijk*

- 5.1 Indien de aanbestede overheidsopdracht wezenlijk wordt gewijzigd maar niet opnieuw wordt aanbesteed, bestaat het risico dat concurrenten van Horizon en Schakenbosch (waaronder Pluryn) in een civiele bodemprocedure met succes een beroep doen op vernietiging van de (nieuwe) overheidsopdracht (artikel 4.15 lid 1 sub a Aw). In dat geval is immers sprake van schending van de verplichting tot voorafgaande bekendmaking van zo'n (nieuwe) opdracht.
- 5.2 Het risico is dan dat de gewijzigde overheidsopdracht wordt vernietigd en de uitvoering als gevolg daarvan stil komt te liggen. Ook in kort geding kan uiteraard een verbod worden gevorderd om uitvoering te geven aan de (gewijzigde) overeenkomst. Zo'n vordering zal doorgaans worden toegewezen indien de Voorzieningenrechter verwacht dat de overeenkomst in een bodemprocedure voor vernietiging in aanmerking komt. Daarnaast zou een marktpartij in een bodemprocedure schadevergoeding kunnen vorderen wegens een gemiste kans op gunning van een overheidsopdracht. Ook zal de accountant bij de rechtmatigheidscontrole vraagtekens kunnen zetten bij de rechtmatig van de uitgaven. Ten slotte bestaat het risico van een door de Europese Commissie – al dan niet naar aanleiding van een klacht van een belanghebbende concurrent - geïnitieerde inbreukprocedure.

### *Contractueel*

- 5.3 Ongeacht of een (nieuwe) overheidsopdracht – in aanbestedingsrechtelijke zin - al dan niet toelaatbaar wordt gewijzigd en/of rechtmatig of onrechtmatig onderhands aan Horizon en Schakenbosch wordt gegund, zal Pluryn in een civiele procedure nakoming van de (huidige) overeenkomst kunnen vorderen en/of schadevergoeding indien deze overeenkomst zonder rechtsgeldige grond wordt opgezegd of ontbonden. Pluryn wordt als gevolg van de nieuwe afspraken immers volledig buiten spel gezet.
- 5.4 De opdrachtnemers van de andere percelen zouden in een civiele procedure eveneens nakoming van hun raamovereenkomsten kunnen vorderen en/of schadevergoeding,

indien lopende contractuele verplichtingen als gevolg van de nieuwe opdrachtverlening aan Horizon en Schakenbosch niet worden nagekomen.<sup>7</sup>

*Risicoafweging?*

- 5.5 De aanbestedingsrechtelijke uitgangspunten en daarbij behorende risico's staan uiteraard los van de *kans* dat de concurrenten van Schakenbosch en Horizon zich daadwerkelijk zullen roeren. Naar wij begrijpen, worden alle huidige zorgaanbieders (waaronder Pluryn) in "een" regio bij de transitie betrokken en financieel gecompenseerd. Het zou om die reden minder voor de hand kunnen liggen dat zorgaanbieders zich in rechte zullen beklagen over – in het kader van de transitie – onderhands gegunde overheidsopdrachten. Echter in het geval zorgaanbieders hun diensten in *meer regio's* willen kunnen aanbieden en/of *nieuwe* aanbieders zich aandienen, zou dat anders kunnen liggen.
- 5.6 Mocht een (bestaande of nieuwe) zorgaanbieder naar aanleiding van een onderhands aan Schakenbosch en/of Horizon gegunde opdracht een civielrechtelijk een kort geding entameren, dan zal een voorlopige voorziening mogelijk op grond van een belangenafweging achterwege blijven omdat de (gewijzigde) overeenkomsten er toe strekken om *in het belang van jeugdigen* een (noodzakelijk) transitie mogelijk te maken en de dienstverlening behoefte van de jeugdigen zeker te stellen gedurende de periode die de GRJR nodig heeft om een nieuwe aanbesteding voor te bereiden.
- 5.7 Hoe een Voorzieningenrechter de eventuele aanbestedingsrechtelijke bezwaren van bestaande of nieuwe aanbieders zal "wegen" is niet zeker, maar de kans dat de gemeente in een civielrechtelijk kort geding een *verbod* zal worden opgelegd om – hangende een nieuwe aanbesteding - uitvoering te geven aan (gewijzigde) overeenkomsten lijkt, gelet op de daarmee gemoeide belangen voor de jeugdigen, relatief klein.
- 5.8 Niettemin moeten de aanbestedingsrechtelijke risico's van een (eventuele) onderhandse gunning van (gewijzigde) opdrachten aan Schakenbosch en Horizon wel onder ogen worden gezien, ook in relatie tot de te organiseren aanbesteding. Hoe minder de met Schakenbosch en Horizon te maken afspraken vooruitlopen en/of ingrijpen op toekomstige dienstverlening (dat wil zeggen: de dienstverlening na 1 januari 2023), hoe kleiner de kans dat een andere zorgaanbieder zich zal "roeren". Over de positie van Pluryn zal, voorafgaand aan het gunnen van een (tijdelijke) onderhandse opdracht aan Schakenbosch en Horizon, overleg moeten worden gezocht. Naar wij begrijpen, is nog niet duidelijk of Pluryn voornemens is om haar activiteiten binnen de regio voort te zetten. Op basis van het overleg met Pluryn zou een betere inschatting kunnen worden gemaakt van de kans dat Pluryn GRJR zal aanspreken op

---

<sup>7</sup> Wij focussen ons in dit advies (vooralnog) op de aanbestedingsrechtelijke aspecten van de SPUK regeling en niet zozeer op de contractuele aspecten. Mocht u daarover nader advies wensen, dan vernemen wij dat graag.

naleving van de huidige contractuele afspraken en/of haar aanbestedingsplicht.

- 5.9 Daarnaast zou kunnen worden gekozen voor *vrijwillige transparantie*, voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst(en) met Schakenbosch en Horizon. Zoals hierna zal worden toegelicht, neemt een dergelijke maatregel de hiervoor geschetste aanbestedingsrechtelijke risico's bepaald niet weg, maar zou deze kunnen bijdragen aan het (enigszins) beheersen daarvan.

## 6 Betrachten van vrijwillige transparantie

- 6.1 Een aanbestedende dienst die een nieuwe overheidsopdracht wil gunnen *en van mening is dat aanbesteding daarvan niet verplicht is*, kan "vrijwillige transparantie vooraf" betrachten. De aanbestedende dienst publiceert dan het voornemen daartoe en houdt een termijn van 20 kalenderdagen aan alvorens de nadere overeenkomst daadwerkelijk te sluiten. Artikel 4.17 lid 1 Aw vermeldt welke gegevens deze aankondiging tenminste dient te bevatten. Zo dient de aanbestedende dienst op grond van sub c van dit *artikel de rechtvaardiging van de beslissing om de opdracht te gunnen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht (de aanbesteding) te vermelden*.
- 6.2 Door middel van deze "vrijwillige transparantie vooraf" kunnen marktpartijen kennismaken van de beoogde overeenkomst en hebben zij de tijd om te reageren bij de aanbestedende dienst (of de rechter). Daarmee wordt hen de mogelijkheid geboden om doeltreffend rechtsmiddelen aan te wenden vóórdát de overeenkomst is gesloten. Indien deze rechtsmiddelen niet worden aangewend, *kan de overeenkomst niet langer vernietigd worden* (waarvoor normaal gesproken een termijn van een half jaar geldt na sluiten van de overeenkomst, artikel 4.15 lid 2 sub b Aw).
- 6.3 *Dat is het enige gevolg. De vrijwillige transparantie heelt de eventuele onrechtmatigheid van de onderhandse gunning van een overheidsopdracht niet en vormt dus ook geen "vrijbrief" voor een onrechtmatige gunning.* Het hanteren van "vrijwillige transparantie vooraf" beschermt de aanbestedende dienst ook niet tegen latere *schadevergoedingsvorderingen* in een bodemprocedure wegens bijvoorbeeld een gemiste kans op gunning van een overheidsopdracht.

Vergelijk HvJ EU 11 september 2014, C-19/13, (Fastweb), rov 62:

"Bovendien zij opgemerkt dat de ondernemingen die schade hebben geleden, zelfs na het verstrijken van de in [de rechtsbeschermingsrichtlijn, red. JM] gestelde opschortende minimumtermijn van 10 kalenderdagen nog steeds een vordering tot schadevergoeding kunnen indienen op grond van artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665.

Een vordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden,

en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (artikel 3:310 lid 1 BW).

- 6.4 Kortom: ook bij toepassing van de "vrijwillige transparantie vooraf" blijft de mogelijkheid bestaan dat andere marktpartijen schadevergoeding claimen van GRJR wegens het mislopen van een kans in een aanbesteding.
- 6.5 GRJR zou in het formulier van de "vrijwillige transparantie vooraf" uitdrukkelijk aan kunnen geven dat van aanbieders verwacht wordt dat zij – indien zij van oordeel zijn het (onderhands) gunnen van opdrachten aan Schakenbosch en Horizon niet is toegestaan – hiertegen in kort geding *dienen op te komen binnen de termijn die is opgenomen in de "vrijwillige transparantie vooraf"* (NB. Deze termijn dient tenminste even lang te zijn als de wettelijke opschortende termijn van 20 dagen). *Dit op straffe van verval van recht, dan wel rechtsverwerking*. Een dergelijke bepaling zou niet alleen moeten zien op eventuele vorderingen tot vernietiging, maar ook op andere vorderingen, zoals een vordering tot *schadevergoeding*.
- 6.6 Of deze mededeling(en) het gewenste effect zullen sorteren, is echter niet zeker. Bedacht dient te worden dat de 20 dagen termijn om een vernietiging te vorderen - slechts - om een "opschortende" termijn betreft.<sup>8</sup> Een opschortende termijn is een termijn waarbinnen het de aanbestedende dienst niet is toegestaan om iets te doen (namelijk: het sluiten van de overeenkomst). Die termijn legt geen verplichting op aan marktpartijen om hun bezwaren *daadwerkelijk* binnen die termijn kenbaar te maken of een rechtszaak aan te spannen. Het is dan ook zeer de vraag of een vervalbeding met succes *eenzijdig* door een aanbestedende dienst kan worden opgelegd.
- Vergelijk de zogenaamde wettelijke "Alcateltermijn": dit is ook een *opschortende* "standstill" termijn voor de aanbestedende dienst en geen wettelijke vervaltermijn. Indien de aanbestedende dienst wil dat de 20 dagen termijn toch een *vervaltermijn* is, zal hij dat moeten vermelden in de aankondiging van (het voornemen) tot onderhandse gunning, waarna de vervaltermijn een *contractuele* betekenis krijgt (inschrijvers dienen immers doorgaans met alle door de aanbestedende dienst gestelde voorwaarden in te stemmen).
- 6.7 Uit een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland (vonnis van 10 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3919) blijkt dat de rechter kritisch omgaat met *eenzijdig opgelegde* vervaltermijnen en nauwgezet toetst of er daadwerkelijk omstandigheden zijn die maken dat een aanspraak op schadevergoeding niet geldend kan worden gemaakt. De Voorzieningenrechter overwoog in het vonnis dat er geen algemene rechtsregel is die inhoudt dat een inschrijver door niet te procederen (in kort geding) tegen een voorlopige gunningsbeslissing, daarmee de gerechtvaardigde verwachting wekt bij de aanbestedende dienst dat de opdracht

<sup>8</sup> Zie in dit verband ook overweging 26 van de considerans bij de rechtsbeschermingsrichtlijn (Richtlijn 2007/66/EG) moet worden afgeleid) worden afgeleid.

definitief mag worden gegund en die gunning rechtmatig is.

Dat zou dus ook kunnen gelden voor het niet-procederen tegen een aangekondigde voorgenomen onderhandse gunning.

- 6.8 Daarnaast overwoog de Voorzieningenrechter dat een aanbestedende dienst zich in zo'n situatie niet met succes kan beroepen op de "eigen schuld" van de benadeelde voor het ontstaan van (een deel van) de schade:

"Gemeente Utrecht heeft, tot slot, een beroep gedaan op eigen schuld aan de zijde van [eiseres] . [eiseres] had een kort geding moeten starten om de voorlopige gunningsbeslissing aan te vechten, zodat Gemeente Utrecht geen onomkeerbare stappen zou zetten. Nu zij dat niet heeft gedaan, heeft zij bijgedragen aan de schade, zo begrijpt de rechtbank het betoog. Dit gaat niet op. De verantwoordelijkheid van een aanbestedende dienst voor het rechtmatige verloop van een aanbestedingsprocedure heeft tot gevolg dat het niet-aanvechten van een onrechtmatige gunningsbeslissing niet een omstandigheid is die meebrengt dat een deel van de schade voor rekening van de benadeelde moet blijven. Voor 'eigen schuld' is in die context geen ruimte." (ro 3.33)

- 6.9 Ook anderszins bestaat het risico dat toepassing van de "vrijwillige transparantie" als risicobeheersingsmaatregel niet "slaagt". Een onderhands aan Horizon en Schakenbosch gegunde opdracht zou *toch voor vernietiging in aanmerking zouden kunnen komen*, indien in rechte zou worden aangenomen dat GRJR *niet te goeder trouw* heeft gehandeld omdat zij wist, althans behoorde te weten, dat geen gebruik kon worden gemaakt van de uitzondering van "technische redenen" (of een andere uitzondering op de aanbestedingsplicht).
- 6.10 In het kader van haar toezicht dient de rechter te beoordelen of GRJR zorgvuldig handelde en van mening kon zijn dat daadwerkelijk aan de voorwaarden voor een onderhandse gunning was voldaan. Daarbij moet de rechter onder meer rekening houden met de omstandigheden en de redenen die zijn vermeld in de aankondiging van de voorgenomen contractsluiting.<sup>9</sup> Duidelijk uit de jurisprudentie van het HvJ EU is dat een aanbestedende dienst die *niet te goeder trouw heeft gehandeld*, geen bescherming geniet van een "vrijwillige transparantie vooraf"; een onwettige onderhandse gunning van opdrachten vormt de voornaamste schending van het aanbestedingsrecht en dient volgens het HvJ EU in beginsel dan ook bestraft te worden met onverbindendverklaring (c.q. vernietiging) van de overeenkomst.<sup>10</sup>

### **Conclusie**

- 6.11 Het betrachten van vrijwillige transparantie voorafgaand aan het gunnen van onderhandse opdrachten aan Horizon en Schakenbosch kan bijdragen aan het bereiken van (meer) rechtszekerheid wat betreft het kunnen uitdienen (de**

<sup>9</sup> Vergelijk HvJ EU 11 september 2014, C-19/13, (Fastweb), rov 50 en 51.

<sup>10</sup> HvJ EU 11 september 2014, C-19/13, (Fastweb), rov 43.



**niet-vernietigbaarheid) van de overeenkomst, maar biedt geen garantie tegen (eventuele) onrechtmatigheid van de overeenkomst en/of schadeclaims van derden.**

- 6.12 Tot zover onze opmerkingen naar aanleiding van uw verzoek om advies.  
Tot een mondelinge toelichting of een nadere uitwerking zijn wij uiteraard graag bereid.