



Handreiking aanbesteden Gemeentepolis

Gemeente **NAAM**

december 2016



Inhoudsopgave

1. Aanbestedingswet is gewijzigd

1.1 Aanleiding

1.2 Europese Concessierichtlijn kan leiden tot verplicht aanbesteden Gemeentepolis

1.3 Stilzwijgende verlenging mag niet (meer)

1.4 Waardebepaling

1.5 Potentiële risico's van niet aanbesteden

2. Nadere uitwerking

2.1 Situatie 1: Opdrachtwaarde < €5.225.000

2.2 Situatie 2: Opdrachtwaarde > €5.225.000 en 1 te contracteren verzekeraar

2.3 Situatie 3: Opdrachtwaarde > €5.225.000 en > 1 te contracteren verzekeraars

Bijlage 1. Nadere toelichting waardebeplating

Bijlage 2. Overzicht

1. Aanbestedingswet is gewijzigd

1.1 Aanleiding

Op 1 juli 2016 is de Europese Concessierichtlijn geïmplementeerd in Nederlandse wetgeving. De Aanbestedingswet 2012 heeft hiermee een aantal wijzigingen ondergaan die van invloed kunnen zijn op de te volgen procedure bij het gunnen van een begunstigingsovereenkomst voor een Gemeentepolis.¹ Zo'n begunstigingsovereenkomst wordt binnen het aanbestedingsrecht (nog steeds) aangemerkt als concessieovereenkomst voor diensten.

BS&F heeft Loyens & Loeff Advocaten verzocht te onderzoeken of het door hen in mei 2014 uitgebrachte memorandum over de aanbestedingsplicht van de Gemeentepolis aangepast dient te worden naar aanleiding van de inwerkingtreding² van de Europese Concessierichtlijn.

Dit heeft geleid tot een nieuw memorandum. Deze handreiking heeft als doel u de consequenties van de inhoud van het nieuwe memorandum³ voor uw gemeente nader te duiden en te concretiseren. De handreiking bestaat uit twee hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk start met een korte samenvatting van het memorandum, vervolgens wordt ingegaan op overeenkomsten die een stilzwijgende verlenging kennen, de wijze van waardebepaling van de te gunnen opdracht en de risico's van niet aanbesteden terwijl dit eigenlijk wel zou moeten. In het tweede hoofdstuk worden drie mogelijke scenario's nader uitgewerkt.

1.2 Europese Concessierichtlijn kan leiden tot verplicht aanbesteden Gemeentepolis

De conclusie van het memorandum d.d. mei 2014 was kort gezegd dat de Gemeentepolis niet verplicht aanbesteed hoefde te worden. Deze conclusie is niet veranderd voor opdrachten die een waarde hebben van minder dan €5.225.000. Voor opdrachten met een waarde hoger dan €5.225.000 is de conclusie wel veranderd. Deze begunstigingsovereenkomsten moeten in beginsel wel aanbesteed worden. Voor opdrachten met een waarde hoger dan €5.225.000 die ondergebracht worden bij één zorgverzekeraar kunnen gemeenten ervoor kiezen een uitsluitend recht te vestigen. Wanneer zij dat doen hoeft de opdracht niet aanbesteed te worden. Wanneer de waarde hoger is dan €5.225.000 en meerdere zorgverzekeraars gecontracteerd worden kan geen uitsluitend recht gevestigd worden en dient de opdracht aanbesteed te worden. Wel kan dan gebruik gemaakt worden van het zogenaamde verlicht regime.

1.3 Stilzwijgende verlenging mag niet (meer)

Veel van de huidige begunstigingsovereenkomsten kennen een initiële looptijd van 1 jaar met daarna intredende stilzwijgende verlengingen van telkens nog een jaar. Deze stilzwijgende verlenging is niet meer toegestaan nu de Gemeentepolis in bepaalde gevallen aanbesteed moet worden.

Het wijzigen van een concessieopdracht tijdens de looptijd kan leiden tot een 'wezenlijke wijziging'. Deze situatie krijgt in de aanbestedingswetgeving bijzondere aandacht. Als de wijziging namelijk een waardeverandering van meer dan 10% met zich meebrengt is sprake van een wezenlijke wijziging. Dit betekent dat bij het wijzigen van de looptijd van een

¹ Wij gebruiken de term Gemeentepolis, maar deze is bekend onder meerdere namen waaronder Collectieve Zorgverzekering voor Minima (CZM), Collectieve Aanvullende Verzekering (CAV), gemeentelijke collectiviteit, et cetera. Waar wij het begrip Gemeentepolis gebruiken worden al deze verzekeringen bedoeld.

² Juridisch gezien gaat het hierbij om de implementatie van de Concessierichtlijn in de Aanbestedingswet 2012.

³ Wanneer u het memorandum niet in uw bezit heeft, kunt u deze opvragen bij uw contactpersoon van BS&F.

concessieopdracht de waarde opnieuw bepaald moet worden. Dit kan ertoe leiden dat de opdracht opnieuw moet worden aanbesteed.

1.4 Waardebepaling

Om de vraag te kunnen beantwoorden of de Gemeentepolis aanbestedingsplichtig is, is het van belang vast te stellen wat de waarde van de opdracht is en vast te stellen hoeveel zorgverzekeraars de gemeente wenst te contracteren. Wij zien drie mogelijke situaties:

- Situatie 1: Opdrachtwaarde < €5.225.000: geen aanbestedingsplicht⁴
- Situatie 2: Opdrachtwaarde > €5.225.000 en 1 te contracteren verzekeraar: in beginsel aanbestedingsplicht, mogelijkheid tot uitzondering van aanbestedingsplicht door vestiging van een uitsluitend recht
- Situatie 3: Opdrachtwaarde > €5.225.000 en >1 te contracteren verzekeraars: aanbestedingsplicht, mogelijk via een verlicht aanbestedingsregime

De formule voor de waardebepaling luidt:

$$\text{Opdrachtwaarde} = \text{Jaarpremie} * \text{Aantal deelnemers} * \text{Looptijd overeenkomst}$$

Op het moment van waardebepaling is onduidelijk aan welke verzekeraar(s) de opdracht zal worden gegund, wat de premie gaat worden en hoeveel personen daadwerkelijk zullen deelnemen.

BS&F heeft de waarde van de opdracht van de gemeente NAAM berekend op €BEDRAG.

Bij het berekenen van dit bedrag zijn enkele aannames gemaakt. Het is aan de gemeente om te bepalen of zij deze onderschrijft en welke keuzes zij op basis daarvan maakt. De aannames zijn in bijlage 1 nader toegelicht.

1.5 Potentiële risico's van niet aanbesteden

Wanneer een gemeente zich al dan niet bewust niet aan de aanbestedingswetgeving houdt loopt zij een aantal risico's. Een zorgverzekeraar die zich benadeelt voelt kan namelijk naar de rechter stappen om de gesloten overeenkomst te laten vernietigen wanneer deze ten onrechte niet Europees is aanbesteed. Tegelijkertijd kan deze verzekeraar een vordering tot schadevergoeding instellen, maar dit is relatief lastig te bewijzen en in de praktijk worden maar weinig van dergelijke vorderingen toegewezen. Een praktisch risico is dat een accountant zijn goedkeuring onthoudt vanwege twijfels over de rechtmatigheid van de gunning van een contract. Daarnaast kan de Autoriteit Consument en Markt de gemeente een bestuurlijke boete opleggen wanneer een rechter oordeelt dat de overeenkomst had moeten worden aanbesteed, maar deze in stand houdt om dwingende redenen van algemeen belang. Dit is sinds de inwerkingtreding van deze mogelijkheid in 2010 voor zover wij weten nog niet voorgekomen.

⁴ Hier geldt de redenering van het vorige memo, kort gezegd: een concessie zonder grensoverschrijdend belang hoeft niet verplicht aanbesteed te worden.

2. Nadere uitwerking

2.1 Situatie 1: Opdrachtwaarde < €5.225.000

Wanneer de drempelwaarde van €5.225.000 niet gehaald wordt is het niet van belang hoeveel verzekeraars de gemeente gaat contracteren. In alle gevallen hoeft de Gemeentepolis dan niet verplicht aanbesteed te worden. Aanbesteden is daarmee een keuze, geen plicht. Gemeenten kunnen in deze situatie hun eigen afwegingen maken bij de keuze welke verzekeraar(s) zij willen contracteren. Gemeenten kunnen ervoor kiezen om deze vrijheid in te vullen aan de hand van de informatie uit de jaarlijkse BS&F Marktanalyse.

Wanneer een gemeente in deze situatie de looptijd van de huidige begunstigingsovereenkomst wenst aan te passen (omdat een stilzwijgende verlenging is opgenomen) is het dus niet verplicht om een aanbesteding op te starten. Er kan bijvoorbeeld ook voor gekozen worden om in samenspraak met verzekeraar(s) te komen tot een addendum of een nieuwe overeenkomst waarin de huidige overeenkomst op het punt van de looptijd gewijzigd wordt naar een overeenkomst van bepaalde duur.

2.2 Situatie 2: Opdrachtwaarde > €5.225.000 en 1 te contracteren verzekeraar

Wanneer de drempelwaarde van €5.225.000 wordt overschreden en de gemeente 1 zorgverzekeraar gaat contracteren kan ervoor gekozen worden om een zogenaamd 'uitsluitend recht' te vestigen. Een uitsluitend recht kan gevestigd worden wanneer er (1) een concessie (begunstigingsovereenkomst) wordt gegund aan een zorgverzekeraar (2) aan wie het recht is voorbehouden een Gemeentepolis aan te bieden (3) binnen de betreffende gemeente (eis van geografische afbakening) (4) op grond van een bekendgemaakt besluit of verordening (5) in overeenstemming met de vrij verkeer bepalingen van het EU-verdrag (6) waarbij transparantie achteraf in acht genomen wordt. Voorafgaand aan het daadwerkelijk sluiten van de overeenkomst moeten de belangrijkste commerciële punten met de betreffende verzekeraar(s) afgestemd worden. Het vestigen van een uitsluitend recht kan via een eenvoudig besluit van het College of via een gemeentelijke verordening. Wanneer het uitsluitend recht gevestigd wordt bij eenvoudig besluit van het college kan volledige zekerheid over de juridische houdbaarheid van het uitsluitend recht verkregen worden door een vrijwillige aankondiging van de gunning te publiceren.⁵ In de betreffende aankondiging motiveert de gemeente waarom geen sprake is van een aanbestedingsplicht (er is een uitsluitend recht gevestigd). Hierbij wordt vervolgens een opschortende termijn van 20 dagen in acht genomen, die meteen geformuleerd kan worden als vervaltermijn waarbinnen andere partijen in rechte moeten opkomen tegen deze opdrachtverlening (wat na het verlopen van die termijn niet meer mogelijk is). Tot slot moet hierbij transparantie achteraf gegeven worden (publicatie van de gunning). Volledige zekerheid over de juridische houdbaarheid van het uitsluitend recht wordt ook verkregen wanneer het uitsluitend recht gevestigd wordt in een gemeentelijke verordening.

Wanneer gemeenten in deze situatie de looptijd van de huidige begunstigingsovereenkomst wensen aan te passen is de betreffende gemeente verplicht om een aanbesteding op te starten tenzij ze een uitsluitend recht vestigt. Wanneer zij dat heeft gedaan kan ervoor gekozen worden om in samenspraak met de verzekeraar te komen tot een addendum waarin de huidige overeenkomst op het punt van de looptijd gewijzigd wordt naar een overeenkomst van bepaalde duur. Ook kan dan met de huidige verzekeraar afgesproken worden om een nieuwe overeenkomst te sluiten waarin deze bepaalde duur correct is vastgelegd.

⁵ Zie hierover randnummers 37 e.v. van het memorandum.

Indien een gemeente in deze situatie geen uitsluitend recht vestigt is de inhoud van de volgende paragraaf van toepassing.

2.3 Situatie 3: Opdrachtwaarde > €5.225.000 en > 1 te contracteren verzekeraars

Wanneer de drempelwaarde van €5.225.000 wordt overschreden en de gemeente meerdere zorgverzekeraars gaat contracteren dienen de betreffende begunstigingsovereenkomsten aanbesteed te worden.⁶ Er kan geen uitsluitend recht gevestigd worden, dit kan alleen bij 1 te contracteren verzekeraar. De gemeente heeft bij deze aanbesteding de keuze: aanbesteden volgens het reguliere regime of volgens het zogenaamde verlicht regime.⁷

De belangrijkste verschillen tussen het reguliere en het verlicht regime zijn dat aanbestedende diensten bij het verlicht regime niet gebonden zijn aan de strenge eisen met betrekking tot procedures en termijnen die in de wet zijn opgenomen. Er zijn geen minimumtermijnen zo lang de aanbestedende dienst voldoet aan de eisen van proportionaliteit en transparantie. Daarnaast gelden niet de strenge eisen met betrekking tot het hanteren van gunningscriteria, selectiecriteria, geschiktheidseisen, uitsluitingsgronden en technische specificaties en de onderlinge verschillen daartussen. Al met al kan geconcludeerd worden dat het verlicht regime veel ruimte biedt om de te volgen procedure naar eigen inzicht in te delen. Zo is er bijvoorbeeld voldoende ruimte voor overleg en afstemming over maatwerk.

⁶ Wanneer er al een lopend contract aanwezig is en de gemeente besluit vanwege een gewijzigd inzicht om hier een tweede verzekeraar naast te contracteren, dan mag de waarde van dit tweede contract op zichzelf getaxeerd worden om te bepalen of aanbesteed moet worden.

⁷ Ook wel vereenvoudigde procedure genoemd. Zie voor meer informatie over het verlicht regime het memorandum (inclusief bijlage 2 daarbij).

Bijlage 1. Nadere toelichting waardebeoordeling

Zoals gezegd dient de waarde van de opdracht geraamd te worden volgens de formule $\text{Jaarpremie} * \text{Aantal deelnemers} * \text{Looptijd overeenkomst}$. In de door BS&F berekende waarde zijn deze variabelen als volgt ingevuld:

Premie: We hebben de gemiddelde premie berekend van de 27 in de BS&F Marktanalyse opgenomen aanbiedingen. Deze bedraagt in 2017 €1.857,24

Deelnemers: Uitgangspunt is dat iedere zorgverzekeraar een gelijke kans heeft om het contract gegund te krijgen. Daarnaast hebben we gesteld dat gedurende de contractduur de verwachte gemiddelde deelname hoger zal zijn bij de verzekeraar(s) die een dominant marktaandeel heeft dan bij verzekeraars die dat niet hebben. We zijn uitgegaan van een gedurende de looptijd van de overeenkomst gemiddelde deelname van 33% van de doelgroep bij de verzekeraar(s) met een marktaandeel groter dan 25%. Dit omdat landelijk gemiddeld 33% van de doelgroep deelneemt aan een Gemeentepolis en bijna alle gemeenten betreffende Gemeentepolissen hebben ondergebracht bij zorgverzekeraar(s) met een marktaandeel van meer dan 25%. Bij verzekeraars met een marktaandeel van minder dan 25% zijn we uitgegaan van een gemiddelde deelname van 22%. Dit levert onderstaande verwachte deelname op:

- 1 verzekeraar met een marktaandeel > 25%: $(33\% + (8 * 22\%)) / 9 = 23\%$
- 2 verzekeraars met een marktaandeel > 25%: $((2 * 33\%) + (7 * 22\%)) / 9 = 24\%$
- 3 verzekeraars met een marktaandeel > 25%: $((3 * 33\%) + (6 * 22\%)) / 9 = 26\%$

In de berekening voor uw gemeente is uitgegaan van een verwacht deelnamepercentage van **23/24/26%**.

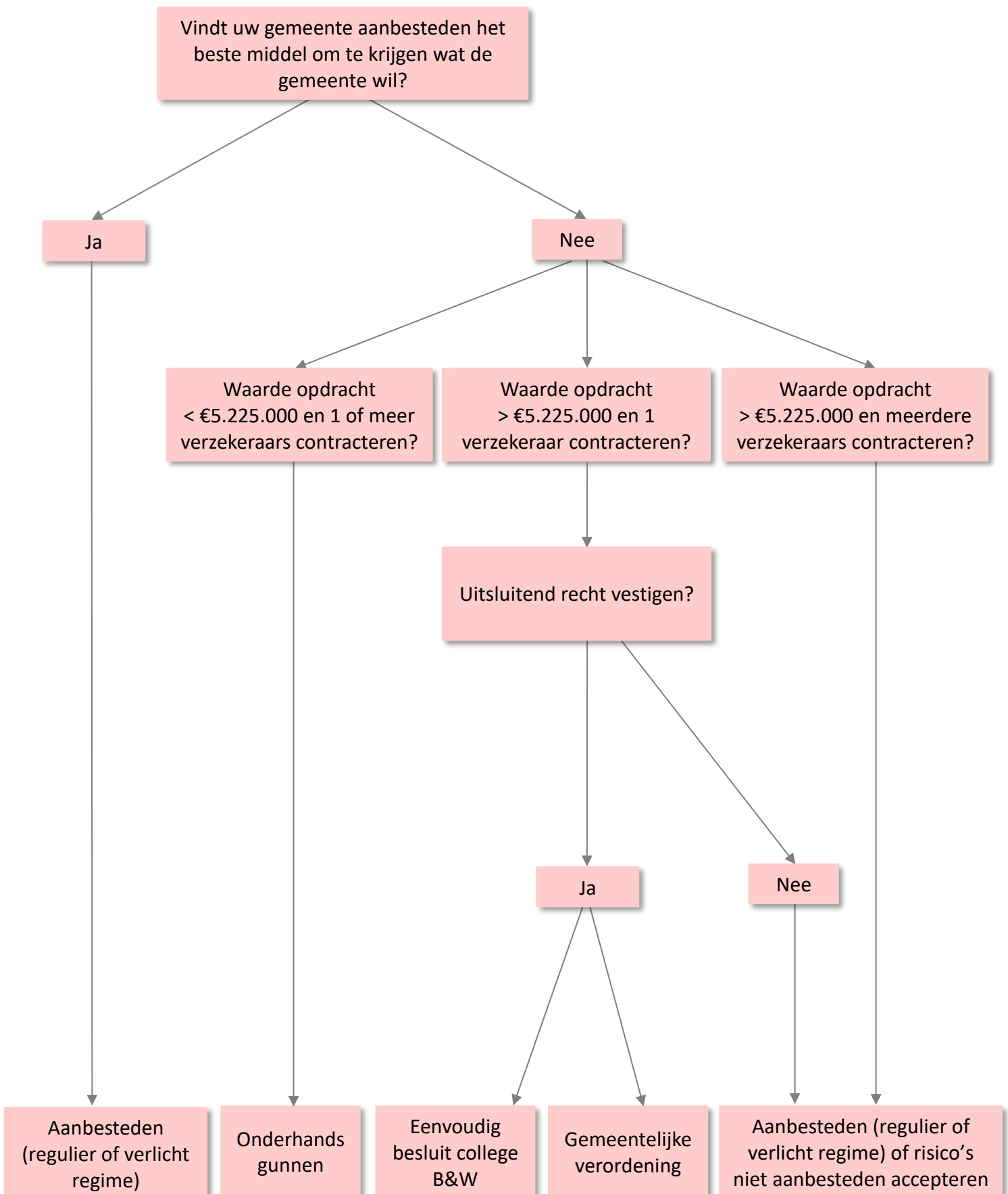
Looptijd: Het aantal jaren dat de begunstigingsovereenkomst loopt. In de berekening is uitgegaan van **3/4/5** jaar⁸. Over het algemeen sluit een dergelijke looptijd aan bij de duur van vastgesteld gemeentelijk minimabeleid. Onder omstandigheden kan een langere looptijd ook gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld bij bepaalde investeringen door de verzekeraar binnen de gemeente. Bij een looptijd van minder dan 3 jaar is het van belang goed te kunnen onderbouwen dat geen sprake is van het 'opknippen' van de opdracht om niet te hoeven aanbesteden. Gemeenten moeten bij het bepalen van de looptijd rekening houden met de anti-misbruikbepalingen die in de Aanbestedingswet 2012 zijn opgenomen.

Uit bovenstaande blijkt dat er de nodige aannames gemaakt dienen te worden bij het bepalen van de variabelen. Er bestaat geen strak omliggend kader voor de waardebeoordeling van een Gemeentepolis. De waardebeoordeling moet worden gezien als een instrument waarmee de redelijkheid van de gemaakte keuze kan worden verdedigd. Dit instrument mag niet worden gebruikt om aanbestedingsregels te ontlopen. Zo mag de opdracht bijvoorbeeld niet worden 'opgeknipt'.

BS&F reikt met de formule een standaard aan voor het vooraf bepalen van de waarde van de begunstigingsovereenkomst voor de Gemeentepolis. De gemeente is zelf verantwoordelijk voor de invulling ervan en de keuzes die op basis hiervan worden gemaakt. Wij achten deze redenering verdedigbaar.

⁸ Er kan ook een looptijd van 1 jaar worden overeengekomen, met daarbij een bepaald aantal automatisch intredende opties voor verlenging van 1 jaar. Dit geeft meer flexibiliteit ten aanzien van de looptijd.

Bijlage 2. Overzicht





BS&F

Copyright

Niets uit deze publicatie mag zonder uitdrukkelijke, voorafgaande, schriftelijke toestemming van BS&F worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook.

Bureau BS&F

Dokter Klinkertweg 10c
8025 BS Zwolle

T. 038 - 455 29 20

I. www.bsenf.nl

E. info@bsenf.nl