

Memorandum

AAN BS&F B.V.
VAN mr. drs. M.G.A.M. Custers en mr. L.M. de Jonge – Advocaten
REFERENTIE 50887150
DATUM 20 juni 2023
BETREFT Aanbesteding Gemeentepolis

I INLEIDING

1 Gemeenten stellen zich regelmatig de vraag of hun Begunstigingsovereenkomst¹ met een zorgverzekeraar inzake een Gemeentepolis moet worden aanbesteed. Om antwoord te krijgen op deze vraag heeft BS&F Loyens en Loeff N.V. gevraagd of het naar haar oordeel mogelijk is om de Begunstigingsovereenkomst niet verplicht aan te besteden binnen het aanbestedingsrecht. Deze notitie geeft antwoord op deze vraag.

2 De opbouw van dit memorandum is als volgt:

- Paragraaf I: Inleiding
- Paragraaf II: Vraagstelling
- Paragraaf III: Conclusie
- Paragraaf IV: Toelichting
 - IV.1 Gemeentepolis
 - IV.2 Aanbestedingswet 2012 en Concessierichtlijn
 - IV.3 Uitzondering aanbestedingsplicht situatie (ii): uitsluitend recht
 - IV.4 Uitzondering aanbestedingsplicht situatie (iii): open house model
 - IV.5 Aanbestedingsplicht situatie (iii): verlicht regime
- Bijlage 1: Achtergrondinformatie
 - Aanbestedingsplichtige opdrachten
 - Overheidsopdracht voor diensten
 - Concessie voor diensten
- Bijlage 2: Verlicht regime

¹ In een begunstigingsovereenkomst is een bepaald voordeel (begunstiging) afgesproken voor een bepaalde groep. In het geval van de Gemeentepolis gaat het hierbij om een korting op de premie van de basis- en aanvullende verzekering en (mogelijk) een premiebijdrage door de gemeente (**Begunstigingsovereenkomst**). De Begunstigingsovereenkomst is daarmee geen verzekeringsovereenkomst: de leden van deze groep (in casu minima) treden zelf op als verzekeringnemer ten aanzien van hun basis- en aanvullende verzekering. De gemeente kan overigens in een bepaalde variant van de Begunstigingsovereenkomst (variant B, zoals omschreven in paragraaf IV) wel als verzekeringnemer optreden onder het Gemeentepakket. Dit is nader toegelicht in paragraaf IV.

II VRAAGSTELLING

- 3 Is het binnen de wettelijke kaders van het aanbestedingsrecht mogelijk om de Begunstigingsovereenkomst tussen een gemeente en een zorgverzekeraar inzake de Gemeentepolis niet verplicht aan te besteden?

III CONCLUSIE

- 4 Wij menen in de eerste plaats dat goed verdedigbaar is dat de Begunstigingsovereenkomst, voor alle drie de varianten van de Gemeentepolis (zoals omschreven in paragraaf IV), kan kwalificeren als een **concessieovereenkomst** voor diensten, omdat:
- (a) er sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel tussen de gemeente en de verzekeraar;
 - (b) de verzekeraar het recht heeft om premie van de verzekerden te innen; en
 - (c) afhankelijk van de tussen de gemeente en de verzekeraar gemaakte contractuele afspraken, het volume van de vergoeding(en) die de gemeente aan de verzekeraar betaalt (in de vorm van bijdragen in de premie of kosten) niet zodanig is dat daarmee het op de verzekeraar rustende exploitatierisico wordt weggenomen.
- 5 Vervolgens is het afhankelijk van de waarde van de betreffende concessieovereenkomst voor diensten en het aantal te contracteren zorgverzekeraars of en hoe deze verplicht aanbesteed moet worden. De waarde bestaat kort gezegd uit alle vergoedingen die de verzekeraar kan verkrijgen gedurende de looptijd. Het gaat in dit geval om de totale premie (BV en AV en de kosten van een eventueel gemeentepakket), exclusief omzetbelasting en minus eventuele kortingen (vanaf randnummer 33 volgt meer achtergrond bij de waardebepaling). Hierbij zijn de volgende drie situaties mogelijk:
- (i) de concessie heeft een waarde onder de drempel van EUR 5.382.000;
 - (ii) de concessie heeft een waarde boven de drempel van EUR 5.382.000 en de gemeente is voornemens deze aan één zorgverzekeraar te gunnen; of
 - (iii) de concessie heeft een waarde boven de drempel van EUR 5.382.000 en de gemeente is voornemens deze aan meerdere zorgverzekeraars te gunnen.
- 6 In situatie (i) geldt dat deze concessie net zo behandeld wordt als voor de implementatie van de Concessierichtlijn 2014/23/EU in de Aanbestedingswet 2012 (**Aw**). Dit betekent dat deze niet verplicht aanbesteed hoeft te worden, omdat geen sprake is van een grensoverschrijdend belang.
- 7 Ter onderbouwing en nadere toelichting van deze conclusie verwijzen wij naar Bijlage 1, met daarin algemene informatie omtrent het aanbestedingsrecht, wanneer sprake is van

een overheidsopdracht voor diensten en ten slotte wanneer sprake is van een concessieovereenkomst.

- 8 In situatie (ii) zien wij een werkbare mogelijkheid om een Begunstigingsovereenkomst (concessie) te gunnen zonder een wettelijke plicht om deze aan te besteden. Dit kan de gemeente bewerkstelligen door verlening van een **uitsluitend recht**² aan een zorgverzekeraar naar keuze. Dit kan bij eenvoudig besluit van het college van B&W op grond van de Participatiewet of op grond van een gemeentelijke verordening (zie rnr. 42 e.v.). Na de verlening van het uitsluitend recht is de gunning van een Begunstigingsovereenkomst uitgezonderd van de aanbestedingsplicht. Hierbij moet transparantie achteraf in acht genomen worden, wat betekent dat een aankondiging van de gegunde concessie(s) moet(en) worden geplaatst.
- 9 Ter onderbouwing en nadere toelichting van deze conclusie verwijzen wij naar paragraaf IV inzake de opbouw en de werking van de Gemeentepolis en inzake de analyse van een mogelijke aanbestedingsplicht voor de verschillende varianten van de Gemeentepolis.
- 10 In situatie (iii) geldt dat geen uitsluitend recht kan worden verleend, aangezien de concessie aan meerdere zorgverzekeraars gegund wordt. Wel bestaat in deze situatie de mogelijkheid om het zogenaamde open house model toe te passen wat inhoudt dat de desbetreffende gemeente(n) een contract sluit met alle zorgverzekeraars die voldoen aan de gestelde eisen. Alternatief kan er voor worden gekozen om een aanbesteding te organiseren om tot één partij te komen. In dat geval kan het verlichte regime van artikel 2.38 Aw worden toegepast, wat inhoudt dat de desbetreffende gemeente meer vrijheid heeft bij de vormgeving van de aanbesteding dan bij aanbestedingen die onder het reguliere regime vallen.

IV TOELICHTING

IV.1 Gemeentepolis

- 11 Een gemeente en een zorgverzekeraar kunnen een Begunstigingsovereenkomst met elkaar sluiten op basis waarvan minima³ die wonen in de gemeente:
 - (a) een basisverzekering (de **Basisverzekering**) kunnen afsluiten bij de zorgverzekeraar⁴;

² Het begrip uitsluitend recht is als volgt gedefinieerd: een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen.

³ In de regel inwoners van een gemeente met een inkomen dat niet hoger is dan 130% van de op hen van toepassing zijnde bijstandsnorm. Het gaat dan dus zowel om uitkeringsgerechtigden als werkenden met een laag inkomen.

⁴ Op grond van artikel 18 van de Zorgverzekeringswet (Zvw) kan een zorgverzekeraar met een gemeente overeenkomen dat hij een geldelijk voordeel verstrekt indien diens minima verzekerd worden op basis van een in de Begunstigingsovereenkomst aan te wijzen modelovereenkomst.

- (b) een reguliere of integrale⁵ (maatwerk) aanvullende verzekering (de **Aanvullende Verzekering**) kunnen afsluiten bij de zorgverzekeraar (eventueel aangevuld met tanddekking); en/of
- (c) in bepaalde gevallen een gemeentepakket (het **Gemeentepakket**) kunnen afnemen van de zorgverzekeraar. Het Gemeentepakket bestaat uit dekking voor kostensoorten waarvoor de gemeente normaal gesproken (individuele) bijzondere bijstand verleent op basis van artikel 35 lid 1 Participatiewet (bijv. tandartskosten, brillen, fysiotherapie).⁶

Dit totale pakket aan verzekeringen en diensten (waarvan de samenstelling kan verschillen per gemeente) vormt de Gemeentepolis.

12 Gemeenten hebben verschillende redenen om een Begunstigingsovereenkomst voor een Gemeentepolis aan te gaan met een zorgverzekeraar. BS&F geeft aan dat de Gemeentepolis op meerdere manieren bijdraagt aan gemeentelijke doelstellingen in het brede sociale domein:

(a) Compenseren zorgkosten

De Gemeentepolis maakt het door de verschillende pakketten mogelijk om inwoners met een lage, gemiddelde of hoge zorgvraag gericht te compenseren.

(b) Administratieve eenvoud

De Gemeentepolis biedt één loket voor vergoeding van zorgkosten, dat bovendien relatief laagdrempelig en eenvoudig is.

(c) Verbeteren verzekeringspositie kwetsbare inwoners

Met de Gemeentepolis kunnen gemeenten inwoners met een laag inkomen en/of een hoge zorgvraag een passende zorgverzekering bieden. Bovendien geven de meeste zorgverzekeraars korting op de aanvullende zorgverzekering als onderdeel van de Gemeentepolis.

(d) Verschuiven budget van uitvoering naar inhoud

Maatwerkoplossingen vanuit Wmo en bijzondere bijstand voor medische kosten vragen relatief veel uitvoeringscapaciteit. En daarmee budget wat niet direct ten goede komt aan de aanvrager. Gemeenten zetten de Gemeentepolis in als categoriale voorziening die de meest aangevraagde zorg(kosten) vergoedt. Hiermee wordt het aantal aanvragen bijzondere bijstand voor medische kosten teruggebracht en gaat minder budget op aan uitvoeringslasten omdat zorgverzekeraars hierop als geen ander zijn ingericht.

⁵ Met een 'integrale aanvullende verzekering' wordt bedoeld dat een bestaande aanvullende verzekering van de verzekeraar zodanig is aangepast dat hierin ook kostensoorten zijn opgenomen waarvoor de gemeente normaal gesproken bijzondere bijstand verleent.

⁶ Ingevolge artikel 35 lid 1 Participatiewet kunnen gemeenten in bepaalde gevallen (individuele) bijzondere bijstand verstrekken.

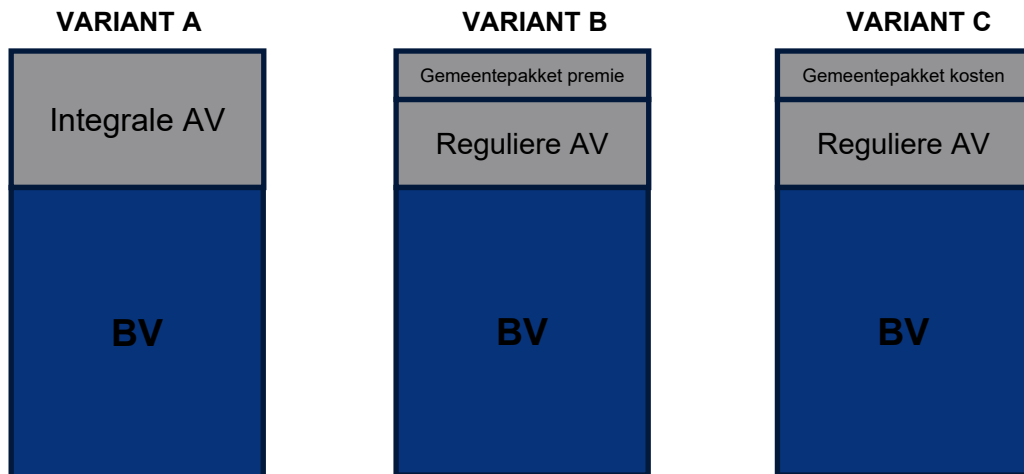
(e) Vermindering schuldenproblematiek

Juist mensen met een laag inkomen dreigen zich beperkt te verzekeren, waardoor (onverwacht) hoge kosten voor zorg of het eigen risico niet betaald kunnen worden. Dan dreigt roeyement van de aanvullende verzekering of zelfs instroom in de bestuursrechtelijke premieheffing. Met de Gemeentepolis kan dit voorkomen worden: een passende verzekering voor (on)verwachte zorgkosten wordt toegankelijker dankzij onder meer een gemeentelijke premiebijdrage. Verder houden veel gemeenten zorgpremies in op de uitkering van bijstandsgerechtigden. Ook hiermee wordt het risico op wanbetaling en dus schulden beperkt. Ten slotte kunnen inwoners in het wanbetalersregime uitstromen naar de Gemeentepolis, via de regeling uitstroom bijstandsgerechtigden (RUB).

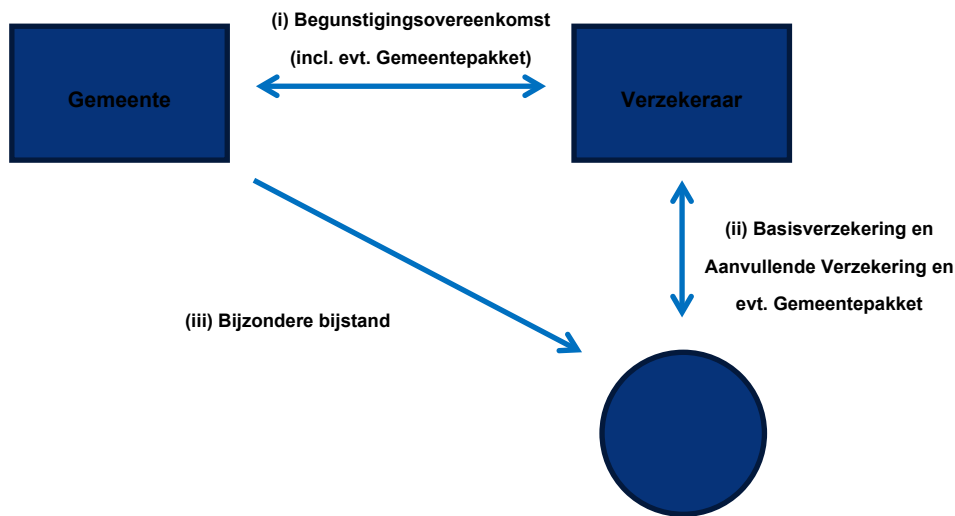
(f) Verbinden zorgverzekeraar aan domeinen gezondheidsbevordering en participatie

De Gemeentepolis biedt de mogelijkheid om de zorgverzekeraar te verbinden aan gemeentelijke doelstellingen in het bredere sociale domein, niet alleen qua armoedebeleid (van oudsher) maar ook op terreinen als preventie (gezondheidsbevordering) en participatie.

13 In de praktijk zien wij drie varianten van de Gemeentepolis:



14 Wij hebben schematisch uiteengezet hoe de verschillende betaalstromen lopen bij de verschillende varianten van de Gemeentepolis aan de hand van de verschillende contractuele relaties:



15 Hieronder volgt een toelichting op de betaalstromen, waarbij wij hebben aangegeven wat van toepassing is voor welke variant:

(i) Begunstigingsovereenkomst (incl. evt. Gemeentepakket)

- (a) Alle varianten: De verzekeraar verleent veelal een korting op de premie voor de Basisverzekering (BV) en Aanvullende Verzekering (AV) van de minima die gebruik maken van de Gemeentepolis. Een verzekeraar is gelet op artikel 18 lid 5 Zorgverzekeringswet bevoegd om een korting (tot maximaal 5%) op de premie voor de Basisverzekering af te spreken. Een verzekeraar is daarnaast ook vrij om een collectiviteitskorting te geven op de premie voor de Aanvullende Verzekering. In de Begunstigingsovereenkomst wordt vastgelegd of deze korting ten gunste komt van de gemeente, de verzekeringnemer of van de gemeente en de verzekeringnemer gezamenlijk. Vaak gaat deze voor 100% naar de verzekeringnemer. Verder kan worden besloten een deel van de korting in de vorm van een projectbudget ten gunste van de doelgroep aan te wenden.
- (b) Alle varianten: De gemeente ontvangt soms van de verzekeraar een vergoeding (incassokorting), indien hij de premie inhoudt op de uitkering van de verzekeringnemer.
- (c) Alle varianten: De gemeente verplicht zich om zich er voor in te spannen te bevorderen dat personen die in aanmerking komen voor de Gemeentepolis daadwerkelijk deelnemen.
- (d) Variant B en C: Onderdeel van de Begunstigingsovereenkomst kan een Gemeentepakket (tegen premie of werkelijke kosten) zijn. Indien het Gemeentepakket tegen premie wordt afgesloten, gaat de gemeente een verzekeringsovereenkomst aan met de verzekeraar. De gemeente is in dat geval premie verschuldigd aan de verzekeraar. In het geval dat het Gemeentepakket tegen werkelijke kosten wordt

afgesloten, betaalt de gemeente aan de verzekeraar een vergoeding voor de zorg die de verzekeraar levert aan de deelnemers onder het Gemeentepakket. Daarnaast betaalt de gemeente dan vaak een uitvoeringsvergoeding aan de verzekeraar (bijvoorbeeld 10% van de werkelijk gemaakte kosten). Een dergelijke vergoeding dient te gelden als een (ondeelbaar) onderdeel van de gehele opdracht. Sprake is van een nauwe samenhang tussen de verzekeringsdiensten en de door de verzekeraar geleverde administratieve diensten. Niet aannemelijk is dat de verzekeraar een vergoeding voor administratiekosten zou ontvangen indien zij niet ook het overige pakket aan (verzekerings)diensten zou leveren.

(ii) Basisverzekering en/of Aanvullende Verzekering en/of Gemeentepakket

- (a) *Alle varianten: De verzekeringnemer betaalt aan de verzekeraar een premie voor de Basisverzekering en Aanvullende Verzekering. Indien sprake is van een premieachterstand, kan de gemeente bij bijstandsgerechtigde deelnemers besluiten deze premie namens de verzekeringnemer te betalen door deze in te houden op de uitkering. Het debiteurenrisico blijft bij de verzekeraar rusten. De verzekeringnemer wordt kortom geacht uit zijn eigen inkomen (al dan niet in de vorm van een bijstandsuitkering) de premie te voldoen.*
- (b) *Alle varianten: De verzekeraar vergoedt de kosten van de zorg van de verzekeringnemer onder de Basisverzekering en/of Aanvullende Verzekering.*
- (c) *Variant B en C: De verzekeraar vergoedt aanvullende kosten waarvoor de gemeente normaal gesproken (individuele) bijzondere bijstand verleent op basis van artikel 35 lid 1 Participatiewet (bijv. tandartskosten, brillen, fysiotherapie).*

(iii) Bijzondere bijstand

- (a) *Alle varianten: De gemeente kan er voor kiezen een bijdrage te leveren in de premie voor de Aanvullende Verzekering.⁷ Dit houdt in dat de gemeente per verzekeringnemer die premie is verschuldigd voor een Aanvullende Verzekering een bedrag vergoedt aan de verzekeringnemer, dat de verzekeraar in mindering brengt op de premie die zij aan de verzekeringnemer in rekening brengt. Naast het reguliere budget voor de bijzondere bijstand kan hierbij ook geput worden uit de voormalige Wtcg/CER-budgetten, zoals die zijn gedecentraliseerd naar gemeenten.⁸*
- (b) *Alle varianten: de bijdrage kan ofwel aan de verzekeringnemer betaald worden ofwel direct aan de verzekeraar worden overgemaakt die het relevante bedrag op de*

⁷ Op grond van artikel 35 lid 3 Participatiewet kan een gemeente bijzondere bijstand verlenen in de vorm van een collectieve aanvullende zorgverzekering of in de vorm van een tegemoetkoming in de kosten van de premie van een dergelijke verzekering zonder dat wordt nagegaan of ten aanzien van die persoon de kosten van die verzekering of die premie ook daadwerkelijk noodzakelijk zijn of gemaakt zijn.

⁸ Zie voor meer informatie over deze mogelijkheid optie 2 uit de Handreiking gemeentelijk maatwerk voor personen met een chronische ziekte en/of beperking van het TransitieBureau Wmo.

verschuldigde premie in mindering brengt. In dat laatste geval is er voor het bedrag ter hoogte van de bijdrage geen sprake van een debiteurenrisico voor de verzekeraar.

IV.2 Aanbestedingswet 2012 en Concessierichtlijn

16 De vraag is of de Begunstigingsovereenkomst voor de verschillende varianten van de Gemeentepolis onder de hiervoor genoemde omstandigheden moet worden aanbesteed door de gemeente. Hieronder zullen wij voor variant A, B en C nagaan (1) of de Begunstigingsovereenkomst kwalificeert als een overheidsopdracht en zo ja, (2) of de Begunstigingsovereenkomst kwalificeert als een concessieovereenkomst voor diensten. Vervolgens is van belang (3) of de concessie een waarde heeft die de drempel van EUR 5.382.000 overschrijdt.

Is sprake van een overheidsopdracht?

17 De Begunstigingsovereenkomst kwalificeert als overheidsopdracht voor diensten, als sprake is van “een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten (...)”.

18 De vraag is of de Begunstigingsovereenkomst een bezwarende titel oplevert. De minima betalen immers de premie voor de Basis- en Aanvullende Verzekering (mogelijk met een premiebijdrage van de gemeente). De gemeente betaalt verder voor het Gemeentepakket (in de vorm van een premie of op basis van werkelijke kosten). Daarnaast zijn de minima de uiteindelijke begunstigen van de verzekeringsuitkeringen en niet de gemeente.

19 Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie menen wij dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. In het arrest Commissie/Duitsland (C-271/08, 15 juli 2010) heeft het Hof aangenomen dat er sprake was van een bezwarende titel in de situatie dat gemeentelijke overheden met verzekeraars bedrijfspensioenverzekeringsovereenkomsten aangingen voor hun werknemers. Hier deed niet aan af dat (i) de werkgever de premies op het aan de belanghebbenden verschuldigde loon inhield en (ii) de uiteindelijke begunstigen van de pensioenuitkeringen de werknemers waren en niet de werkgever.

Is sprake van een concessieopdracht?

Wettelijk kader

20 Op 1 juli 2016 is een gewijzigde versie van de Aanbestedingswet 2012 in werking getreden waarin de Concessierichtlijn 2014/23/EU van 26 februari 2014 (**CR**) is geïmplementeerd.⁹ In de Aanbestedingswet 2012 is de volgende definitie opgenomen:

⁹ De CR is enkel van toepassing op opdrachten met een waarde die hoger is dan de drempelwaarde van EUR 5.382.000. Dit is een relatief hoge drempelwaarde. In casu dient te worden gekeken naar alle vergoedingen die de verzekeraar als concessionaris kan verkrijgen (artikel 8 lid 2 CR). Het gaat hier om de totale premievergoeding, minus eventuele kortingen maar plus premies/gemeentelijke bijdrage in premie/eventuele vergoedingen voor het gemeentepakket.

concessieopdracht voor diensten: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken, en waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling;

- 21 Belangrijk is dat de gunning van de concessie de overdracht inhoudt van “*operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de ...diensten en dat het vraagriscico of het aanbodriscico of beide omvat. De concessiehouder wordt geacht het operationeel risico op zich te nemen wanneer er onder normale exploitatieomstandigheden geen garantie bestaat dat de gedane investeringen of [te maken kosten van exploitatie] kunnen worden terugverdiend*”.¹⁰
- 22 Deze ‘overdracht’ moet niet te letterlijk worden genomen en dient vooral om het verschil met een overheidsopdracht voor diensten te duiden. Zo zal de gemeente niet zelf als verzekeraar optreden in het kader van de Gemeentepolis, net zoals deze geen bussen zal laten rijden in het kader van een busconcessie.
- 23 Met andere woorden, van een concessie is sprake als een operationeel risico van economische aard aanwezig is met de mogelijkheid dat de gedane investeringen en de met het exploiteren van de gegunde werken of diensten gepaard gaande kosten onder normale omstandigheden niet zullen worden terugverdiend. Niet vereist is dat het gehele risico bij de opdrachtnemer ligt, een deel van het risico mag voor rekening van de aanbesteder komen.¹¹
- 24 Een overeenkomst geldt niet als concessieovereenkomst op het moment dat de aanbesteder minimumkosten garandeert die gelijk aan of hoger zijn dan de investeringen/kosten die met de uitvoering van de overeenkomst gemoeid gaan als de ondernemer daarmee van elk potentieel verlies wordt ontlast. Wel mag er sprake zijn van een vergoeding door de aanbesteder. Een dergelijke vergoeding mag zelfs volledig zijn. Dit is het geval wanneer het terugverdienen van de kosten die door de opdrachtnemer worden gemaakt, afhankelijk is van de werkelijke vraag naar of het aanbod van de dienst of goed.¹²
- 25 Het feit dat het risico van meet af aan beperkt is, hoeft niet te beletten dat de overeenkomst als een concessie wordt aangemerkt. Verder is van belang dat het exploitatierisico moet voortvloeien uit factoren waarop de partijen geen enkele invloed hebben.¹³

¹⁰ Zie definitie van een “concessie voor diensten” in art. 5 lid 1 sub b CR.

¹¹ Overweging 18 bij de CR.

¹² Overweging 18 bij de CR.

¹³ Overweging 19 bij de CR.

26 Kortom, het risico dient weliswaar overwegend bij de opdrachtnemer te liggen maar het risico als zodanig kan zeer beperkt zijn. Een voldoende exploitatierisico is aanwezig indien er geen garantie is dat de gemaakte kosten zullen worden terugverdiend (artikel 5 CR).

De Begunstigingsovereenkomst

27 De Begunstigingsovereenkomst zou voor alle drie de varianten van de Gemeentepolis als een concessieovereenkomst kunnen worden gekwalificeerd, indien:

- i. de concessiehouder (lees: verzekeraar) het recht heeft om vergoedingen van derden te innen;
- ii. de contractuele afspraken die de gemeente en de verzekeraar maken (over alle financiële bijdragen van de gemeenten aan de deelnemer, respectievelijk de verzekeraar) ertoe leiden dat de verzekeraar een reëel exploitatierisico loopt. Beknopt en zakelijk weergegeven moet het exploitatierisico volgens het Hof van Justitie EU worden opgevat als het risico van blootstelling aan de grillen van de markt, dat zijn neerslag kan vinden in:
 - a. het gevaar voor mededinging van andere marktdeelnemers;
 - b. het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod van diensten;
 - c. het risico van insolventie van degenen die de verrichte diensten moeten betalen;
 - d. het risico dat de exploitatiekosten niet volledig door de inkomsten worden gedekt; en
 - e. het risico van aansprakelijkheid voor schade wegens gebrekkige dienstverlening.¹⁴

28 Aan voorwaarde (i) wordt voldaan, aangezien de verzekeraar het recht heeft om vergoedingen (premies) van derden (de deelnemende minima) te innen.

29 Of aan voorwaarde (ii) wordt voldaan, hangt ervan af of het exploitatierisico (voor een aanzienlijk deel) bij de verzekeraar komt te liggen. Wij menen dat hiervoor goede argumenten zijn, omdat:

- (i) minima niet verplicht zijn gebruik te maken van de Gemeentepolis, maar bij iedere willekeurige zorgverzekeraar een zorgverzekering kunnen afsluiten. Hoewel er op zichzelf een sterke prikkel is om de verzekering via de gemeentelijke regeling af te sluiten bijvoorbeeld vanwege de regeling t.a.v. een Gemeentepakket, zijn minima hiertoe niet verplicht. In dit kader zou gekeken kunnen worden welk percentage van

¹⁴ HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09 (Privater Rettungsdienst).

de minima (op gemeenteniveau) van het Gemeentepakket gebruik maakt. Wij begrijpen dat het landelijk gemiddelde rond de 40% ligt. Verder geldt dat voor de minima die ook het Gemeentepakket afnemen, de overige risico-elementen (debiteurenrisico, risico verkeerde inschatting zorgvraag, hogere zorgvraag gezien de doelgroep, e.d.) onverminderd van toepassing blijven;

- (ii) de verzekeraar het risico loopt op een lage deelnamegraad. Zo weet bijvoorbeeld een eventuele opvolgende contractverzekeraar niet of het deelnamepercentage gelijk zal blijven. Verder kunnen een hertoetsing van het zittende bestand door de gemeente of de beslissing van een gemeente om de inkomensgrens lager vast te stellen nadelig uitpakken voor de deelname;
- (iii) wanbetaling van de zorgverzekering momenteel een groot probleem is. Zo betekent het inhouden van premies op de uitkering van de verzekeringnemer niet automatisch dat er geen risico op insolventie meer is. Overigens houdt ongeveer de helft van de gemeenten de premie voor de zorgverzekering in op de uitkering van deelnemers. Daar komt bij dat slechts ongeveer een derde van de (potentiële) deelnemers een bijstandsuitkering heeft en dus bij een ruime meerderheid inhouding van premies geen optie is. Verder is incasso van het verplicht eigen risico bij minima een groeiend probleem. Minima maken meer dan gemiddeld gebruik van het wettelijke eigen risico. Deze minima worden met een grote extra uitgave geconfronteerd;
- (iv) het tarief (de premie) gewoonlijk in jaarlijkse onderhandelingen met de gemeente wordt vastgesteld. De gemeente heeft hierbij een belang om een zo hoog mogelijke korting en een zo laag mogelijke premie te bedingen. De uitkomst van deze onderhandelingen zal elk jaar – zij het binnen een beperkte bandbreedte – onzeker zijn;
- (v) bij een eventuele overstap door de gemeente van verzekeraar onzeker zal zijn hoeveel van de verzekeringnemers zullen overstappen naar deze nieuwe verzekeraar;
- (vi) de doelgroep zich kenmerkt door een hoge zorgvraag waardoor het onzeker is of de kosten worden terugverdiend (ofwel, een minder gezonde verzekerdenpopulatie);
- (vii) verzekeraars te maken kunnen krijgen met klachten van verzekeringnemers; en
- (viii) bij het inhouden en doorbetalen van premie financiële verschillen kunnen ontstaan door gebrekkige uitvoering.

30 De bovenstaande elementen vormen een belangrijke indicatie dat het exploitatierisico in de regel bij de verzekeraar ligt. Van geval tot geval moet worden gezien of hier daadwerkelijk sprake van is en of er sprake is van voldoende risico-elementen (zie randnummer 27). Voor alle duidelijkheid: het is niet zo dat (premie)betaling door de gemeente voor het

Gemeentepakket of een gemeentelijke bijdrage in de premie voor de aanvullende verzekering het exploitatierisico automatisch bij de verzekeraar wegneemt. Ten eerste, omdat de kosten van het Gemeentepakket ten opzichte van de premies die worden betaald door de minima een relatief klein bedrag betreffen en ten tweede, omdat de plicht om premie te betalen voor zowel Basis- als Aanvullende Verzekering en de eigen bijdragen en het verplicht eigen risico bij de verzekeringnemer blijft liggen.

31 Uit de CR blijkt, zoals hierboven beschreven (zie randnummers 25 en 26), dat al vrij snel sprake is van een concessie. Zo mag een deel van het risico bij de aanbesteder blijven liggen, mag sprake zijn van een volledige kostenvergoeding en mag er onder omstandigheden sprake zijn van een compensatie bij overmacht. Wel is denkbaar dat het risico vanaf meet af aan klein kan zijn (afhankelijk van de toepasselijke afspraken), maar dat hoeft zoals gezegd niet aan de kwalificatie concessie in de weg te staan.

32 Kortom, in de regel zal sprake zijn van een Begunstigingsovereenkomst met voldoende risico-elementen zodat de betreffende overeenkomst als een concessie kan worden gezien.

Is sprake van een concessieopdracht boven de drempelwaarde van EUR 5.382.000?

33 Hiervoor is vastgesteld dat de Begunstigingsovereenkomst vaak als concessie aangemerkt kan worden. Vervolgens is van belang welke waarde deze concessie vertegenwoordigt, om te bezien of de drempelwaarde van EUR 5.382.000 wordt overschreden. Hierdoor is een aantal situaties denkbaar. Deze behandelen wij hieronder, inclusief aanbestedingsrechtelijke gevolgen.

34 Situatie (i): De concessie heeft een waarde onder de drempel van EUR 5.382.000. In dit geval is de CR niet van toepassing en gelden de regels zoals deze van toepassing waren vóór de implementatie van de CR in de Aanbestedingswet 2012. Dit betekent dat geen plicht aanwezig is om aan te besteden.

(i) EUR 5.382.000 is een relatief hoge drempelwaarde. Bij de berekening van de waarde van de opdracht dient rekening te worden gehouden met het geraamde totaalbedrag, met inbegrip van de eventuele opties en eventuele verlengingen van het contract.¹⁵ Dit betekent bijvoorbeeld dat bij een concessieopdracht voor één jaar met een optie tot jaarlijkse verlenging (met een maximum van vier verlengingen), de volle vijf jaar moeten worden meegenomen bij de berekening van de waarde van de opdracht. Er dient vervolgens gekeken te worden naar alle vergoedingen die de verzekeraar als concessionaris kan verkrijgen gedurende de looptijd (artikel 8 lid 2 CR). Het gaat in

¹⁵ Art. 2a.10 lid 2, 2a.11 lid 2 sub a en 2a.27 Aanbestedingswet 2012. Voor concessieopdrachten geldt in beginsel een maximale duur van vijf jaar (inclusief verlengingen), daarboven "wordt de maximale looptijd beperkt tot de periode waarin van een concessiehouder redelijkerwijs verwacht mag worden dat hij de investeringen die hij heeft gedaan voor de exploitatie van de werken of diensten samen met een rendement op geïnvesteerd vermogen, kan terugverdienen, rekening houdend met de investeringen die nodig zijn om de contractuele doelstellingen te halen" (art. 2a.27 lid 2 Aanbestedingswet 2012).

dit geval om de totale premie (BV en AV en de kosten van een eventueel gemeentepakket), exclusief omzetbelasting en minus eventuele kortingen.

- (ii) De vrijheid van een gemeente om de looptijd van de opdracht te bepalen wordt beperkt door de antimisbruikbepalingen in de Aanbestedingswet 2012. Ingevolge artikel 2a.6 lid 6 Aanbestedingswet 2012 is het niet toegestaan een opdracht (voor een concessie) te plaatsen met het oogmerk zich te onttrekken aan toepassing van de Aanbestedingswet 2012. De gemeente dient zich bij het omschrijven van de opdracht te laten leiden door de behoefte aan de dienst waarop de opdracht betrekking heeft en dient hier een objectieve reden voor te geven. Een voorbeeld van een objectieve reden die kan worden herleid uit de jurisprudentie is wanneer een opdrachtgever een bepaalde mate van flexibiliteit beoogt te behouden teneinde te bezien hoe het te ontwikkelen product in de praktijk uitwerkt.¹⁶

Wij begrijpen dat een looptijd van vier jaar het meest gebruikelijk is. Indien de waarde van de betreffende overeenkomst voor vier jaar onder de drempel blijft, dan hoeft – zoals hierboven uiteengezet – de concessieopdracht niet aanbesteed te worden. Als de looptijd echter verstreken is en in de overeenkomst geen verlengingsoptie is opgenomen, dan expireert de overeenkomst.

Op grond van het proportionaliteitsbeginsel dienen de gemeenten na expiratie van de overeenkomst, de inkoopstrategie te bepalen waardoor het beste in de behoeften van de gemeenten wordt voorzien. Het proportionaliteitsbeginsel is verder uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit. In dit kader dienen de gemeenten dus opnieuw de afweging te maken of er wel of geen aanbestedingsprocedure georganiseerd dient te worden of dat er een uitzondering van toepassing is. In dit verband dient ook de geschatte waarde van de opdracht in acht te worden genomen (waarvan de looptijd dus een onderdeel is). Daarnaast dient acht te worden geslagen op het inkooprisico (i.e. zijn er alternatieven of is de aanbestedende dienst, om welke reden dan ook, strikt gebonden aan één of een zeer beperkt aantal dienstverleners).¹⁷

- (iii) Een contract met een optie tot stilzwijgende verlenging zonder maximum aantal verlengingen is waarschijnlijk niet toegestaan omdat het gelijkstaat aan een contract voor onbepaalde duur (zie hieronder (vii)).
- (iv) Een verlenging achteraf kan gezien worden als een verlenging van een bestaande opdracht, maar ook als een nieuwe opdracht, die bij overschrijding van de Europese

¹⁶ Vزر. Rb. 's-Gravenhage 16 mei 2012, [ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7424](#) en Gerechtshof Arnhem 2 juni 2009, [ECLI:NL:GHARN:2009:BJ5616](#). Ook is het bijvoorbeeld verdedigbaar dat de looptijd in het geval van een Begunstigingsovereenkomst wordt gekoppeld aan de looptijd van het gemeentelijk armoedebeleid.

¹⁷ Paragraaf 2.4 Gids Proportionaliteit.

aanbestedingsdrempel moet worden aanbesteed. Om de kans te vergroten dat de verlenging achteraf wordt aangemerkt als een nieuwe opdracht is het raadzaam om na het aflopen van het contract geen identieke opdracht te plaatsen, maar ervoor te zorgen dat de nieuwe opdracht wezenlijk verschilt van de vorige opdracht. Wordt wel een identieke opdracht geplaatst, dan loopt de gemeente het risico dat een rechter achteraf zal oordelen dat sprake was van een ‘verkapte’ verlenging die in de waardebeoordeling mee had moeten worden genomen. Om de schijn van een verkapte verlenging tegen te gaan, verdient het de voorkeur om een beslismoment in te plannen voorafgaand aan een mogelijke verlenging waarbij de prestaties van de concessiehouder worden geëvalueerd.

- (v) Als de waarde van de opdracht op het tijdstip van de gunning meer dan 20% hoger is dan het aanvankelijk geraamde bedrag, dan moet de waarde op het tijdstip van de gunning worden gebruikt om te bepalen of de drempelwaarde is gehaald (art. 2a.3 Aanbestedingswet 2012).
- (vi) Een concessieopdracht kan zonder aanbestedingsprocedure worden gewijzigd indien het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan 10% van de waarde van de oorspronkelijke concessieopdracht (art. 2.163b jo. art. 2a.53 Aanbestedingswet 2012). Bij wijzigingen boven de marge van 10% is het mogelijk dat een rechter oordeelt dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht en dat de gemeente de extra opdracht moet aanbesteden.
- (vii) Voor lopende contracten die vóór 18 april 2016¹⁸ zijn gesloten¹⁹ geldt dat er geen plicht was om aan te besteden, ook niet als de waarde van het contract hoger was dan de toepasselijke drempelwaarde.²⁰ Het is echter onzeker of deze contracten juridisch houdbaar zijn als ze voor onbepaalde tijd zijn gesloten.²¹ Dit komt doordat het Europese Hof van Justitie in haar arresten inzake Pressetext (HvJEU 19 juni 2008 C-454/06) en Müller (HvJEU 25 maart 2010 C-451/08) heeft geoordeeld dat er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat concessieovereenkomsten voor onbepaalde tijd in strijd zijn met het aanbestedingsrecht. Voor zover ons bekend is er in het aanbestedingsrecht geen regel die expliciet bepaalt dat contracten voor bepaalde duur met een jaarlijkse verlengingsoptie zonder maximum aantal verlengingen contracten voor onbepaalde duur zijn. Wij achten echter wel goed denkbaar dat een rechter tot die conclusie zal komen (ook bij stilzwijgende verlengingsopties is de markt immers voor onafzienbare tijd afgesloten). Dit betekent

¹⁸ De datum waarop de CR geïmplementeerd had moeten zijn. Uiteindelijk is dit in Nederland pas op 1 juli 2016 gebeurd met de inwerkingtreding van de wijziging van de Aanbestedingswet 2012.

¹⁹ Het moment van sluiting betekent het moment waarop (mogelijk mondeling) overeenstemming is bereikt over de inhoud van het contract tussen de gemeente en de verzekeraar.

²⁰ Vóór 18 april 2016 gold geen aanbestedingsplicht voor concessies voor diensten. Er was dus ook geen methode voor het berekenen van de waarde van de opdracht zoals deze in de CR is opgenomen. Het is daarom niet duidelijk hoe deze waarde berekend zou moeten worden.

²¹ Dit geldt ongeacht de waarde van de opdracht en ongeacht de vraag of de opdracht gegund is aan één of meerdere verzekeraars. Overigens geldt dit ook voor contracten die op of na 18 april 2016 zijn gesloten.

dat er een risico bestaat dat geïnteresseerde partijen (zoals concurrent-verzekeraars) met succes rechtszaken starten om stopzetting van de gesloten overeenkomsten te bevelen. Wij tekenen wel aan dat dit een enigszins theoretisch risico is (ons is geen enkel precedent uit de praktijk bekend).²² Gemeenten die dit risico willen vermijden, kunnen ervoor kiezen om geen gebruik te maken van de verlengingsoptie en een nieuw contract te sluiten na afloop van de eerste termijn van het contract.²³

- (viii) Voor lopende contracten die tussen 18 april 2016 en 1 juli 2016 zijn gesloten, geldt dat deze op grond van de rechtstreekse werking²⁴ van de CR hadden moeten worden aanbesteed voor zover de waarde van deze contracten boven de toepasselijke drempelwaarde²⁵ lag. Hetzelfde geldt (uiteraard) voor contracten die vanaf 1 juli 2016 zijn gesloten. Dergelijke contracten zijn daarmee vernietigbaar door een geïnteresseerde partij zoals een concurrent-verzekeraar (op grond van artikel 4.15 lid 2 Aw) tot zes maanden na de dag dat ze zijn gesloten. Contracten boven de drempelwaarde die voor onbepaalde tijd zijn gesloten, zijn juridisch niet houdbaar. Onder de drempelwaarde geldt om dezelfde reden als hierboven onder (vii) beschreven dat het onzeker is of deze contracten juridisch houdbaar zijn.²⁶ Voor zover ons bekend is er in het aanbestedingsrecht geen regel die expliciet bepaalt dat contracten voor bepaalde duur met een jaarlijkse verlengingsoptie zonder maximum aantal verlengingen contracten voor onbepaalde duur zijn. Wij achten echter wel goed denkbaar dat een rechter tot die conclusie zal komen (ook bij stilzwijgende verlengingsopties is de markt immers voor onafzienbare tijd afgesloten). Gemeenten die het risico van stopzetting van dit type overeenkomst willen vermijden, kunnen

²² Indien een vordering tot vernietiging tijdig is ingesteld, kan een rechter – ondanks dat voldaan is aan de vernietigingsgrond vanwege het ten onrechte niet aanbesteden van de opdracht – van vernietiging afzien indien dwingende redenen van algemeen belang dat verlangen (artikel 4.18 lid 1 Aw). De lat ligt hiervoor wel hoog. Gedacht kan worden aan regels van openbare orde waarbij de rechter een belangenafweging zal maken (i.e. het belang van de ondernemer op een kans op de opdracht versus de mogelijke (ernstige) nadelige gevolgen voor de gemeente). Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de betrokken overeenkomst, kunnen echter geen dwingende redenen zijn (artikel 4.18 lid 2 Aw). Wanneer op grond van artikel 4.18 lid 1 Aw een overeenkomst niet wordt vernietigd, kan de Autoriteit Consument en Markt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een bestuurlijke boete opleggen. Dit is, voor zover wij weten, in de praktijk sinds inwerkingtreding van (de voorloper van) artikel 4.18 Aw (te weten: februari 2010) nog niet voorgekomen.

²³ Zie situatie (i) hierboven en (ii) en (iii) hieronder voor een beschrijving van de mogelijke scenario's.

²⁴ Rechtstreekse werking houdt in dat wanneer de implementatietermijn van een richtlijn (zoals de CR) verstreken is en de richtlijn niet tijdig, onjuist of onvolledig is geïmplementeerd, ondernemers zich bij de rechter, tegenover de overheid rechtstreeks kunnen beroepen op richtlijnbevestigingen die onvoorwaardelijk, voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn, ongeacht het bestaan van regelgeving in het nationale recht (zie o.a. HvJ zaak 148/78, Ratti en zaak C-397-403/01, Pfeiffer). Andersom mag de overheid zich niet tegenover de burger beroepen op de niet geïmplementeerde Richtlijn (zie o.a. HvJ zaak 80/86, Kolpinghuis). De aanbestedingsplicht in artikel 8 lid 1 CR is voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk zodat aangenomen moet worden dat ondernemers zich bij de rechter kunnen beroepen op deze aanbestedingsplicht.

²⁵ Voor de berekening van de drempelwaarde, zie hierboven onder (i). Als sprake is van een reeds gesloten contract met een jaarlijkse verlengingsoptie zonder maximaal aantal verlengingen, dan dient ons inziens de waarde gebaseerd te worden op de eerste termijn van het contract (ervan uitgaande dat de gemeente de overeenkomst niet verlengt omdat zij niet het risico wenst te lopen dat de overeenkomst via een rechtszaak wordt stopgezet – zie hierboven onder (vii)). Dit betekent dat als de eerste termijn van het contract één jaar is, dat de waarde van de opdracht wordt berekend op basis van dat ene jaar.

²⁶ Dit geldt ongeacht de waarde van de opdracht en ongeacht de vraag of de opdracht gegund is aan één of meerdere verzekeraars. Overigens geldt dit ook voor contracten die op of na 18 april 2016 zijn gesloten.

ervoor kiezen om geen gebruik te maken van de verlengingsoptie en een nieuw contract te sluiten na afloop van de eerste termijn van het contract.²⁷

- 35 Situatie (ii): De concessie heeft een waarde boven de drempel van EUR 5.382.000 en de gemeente is voornemens deze aan één zorgverzekeraar te gunnen. In dit geval bestaat in beginsel de plicht om de concessie aan te besteden. Hierop is een uitzondering mogelijk in de vorm van het uitsluitend recht. Zie hierover paragraaf IV.3.
- 36 Situatie (iii): De concessie heeft een waarde boven de drempel van EUR 5.382.000 en de gemeente is voornemens deze aan meerdere zorgverzekeraars te gunnen. In dit geval bestaat de plicht om de concessie aan te besteden. Doordat meerdere zorgverzekeraars gecontracteerd worden, kan echter geen uitsluitend recht verleend worden en kan dus geen gebruik gemaakt worden van die uitzonderingsgrond. Wel kan gekozen worden voor een open house systematiek of om aan te besteden op basis van een verlicht regime. Zie hierover paragraaf IV.4.1.

IV.3 Aanbestedingsplicht situatie (ii) en uitzondering daarop: uitsluitend recht

- 37 Een Begunstigingsovereenkomst moet in situatie (ii) beginsel worden aanbesteed volgens de procedure die is beschreven in deel 2a van de Aanbestedingswet 2012. Hierop bestaat echter een uitzonderingsmogelijkheid in de vorm van het **uitsluitend recht** (artikel 10 lid 1 CR en art. 2a14 Aanbestedingswet 2012).

IV.3.1 Uitsluitend recht

- 38 Artikel 2a.14 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt het volgende:

In afwijking van de artikelen 2a.1 tot en met 2a.3 is het bepaalde bij of krachtens deel 2a van deze wet niet van toepassing op concessieopdrachten voor diensten die aan een ondernemer worden gegund op basis van een uitsluitend recht, mits dit uitsluitend recht verenigbaar is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en met rechtshandelingen van de Europese Unie tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften betreffende de toegang tot de markt die van toepassing zijn op in bijlage II van richtlijn 2014/23/EU bedoelde activiteiten.

²⁷ Zie situatie (i) hierboven en (ii) en (iii) hieronder voor een beschrijving van de mogelijke scenario's.

39 Het begrip uitsluitend recht is als volgt gedefinieerd in de Aanbestedingswet:²⁸

uitsluitend recht: een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen.

40 Op grond van de Aanbestedingswet 2012 en de CR kan worden afgeleid dat aan de volgende voorwaarden voldaan moet zijn wil een gunning onder de uitsluitend recht uitzondering van art. 2a.14 lid 2 Aanbestedingswet 2012 vallen:

- (a) een concessieopdracht voor diensten (de Begunstigingsovereenkomst) gegund aan een onderneming (een zorgverzekeraar);
- (b) aan wie het recht is voorbehouden om binnen een bepaald gebied een dienst te verrichten uit hoofde van een bekendgemaakte wettelijk of bestuursrechtelijke bepaling / bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan;
- (c) in overeenstemming met onder meer de vrij verkeer bepalingen in het EU-werkingsverdrag;
- (d) transparantie achteraf.²⁹

Wat gunt de Gemeente?

41 De gemeente gunt een Begunstigingsovereenkomst aan de zorgverzekeraar aan wie het uitsluitend recht is verleend. Praktisch punt is dat de gemeente de inhoud van de Begunstigingsovereenkomst (althans, de belangrijkste commerciële punten daarvan) met de betreffende zorgverzekeraar dient af te stemmen (maar niet te sluiten) voorafgaand aan de verlening van het uitsluitend recht. Doet de gemeente dit niet, dan is er een risico dat de houder van het uitsluitend recht zijn positie uitbuit door bijvoorbeeld hoge tarieven te vragen.

Wat is de grondslag voor de gunning?

²⁸ In de CR is de volgende definitie opgenomen: "een recht dat door een bevoegde autoriteit van een lidstaat is verleend op grond van een met de Verdragen verenigbare wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van een activiteit wordt beperkt tot één enkele ondernemer en die de bevoegdheid van andere ondernemers om een dergelijke activiteit uit te oefenen, wezenlijk beïnvloed". Als de uitoefening van een bepaalde activiteit is voorbehouden aan twee of meer ondernemers, is sprake van een bijzonder recht: "een recht dat door een bevoegde autoriteit van een lidstaat is verleend op grond van een met de Verdragen verenigbare wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van een activiteit wordt beperkt tot twee of meer ondernemers en die de bevoegdheid van andere ondernemers om een dergelijke activiteit uit te oefenen, wezenlijk beïnvloed". De uitzondering op de aanbestedingsplicht geldt enkel voor uitsluitende rechten. Mocht een gemeente twee zorgverzekeraars aanwijzen om een Gemeentepolis aan te bieden binnen de gemeentegrenzen, dan is sprake van een bijzonder recht en is de gunning van de Begunstigingsovereenkomst aan de twee verzekeraars niet vrijgesteld van de aanbestedingsplicht (althans niet op grond van de uitsluitend recht uitzonderingsgrond).

²⁹ Volgens overweging 33 CR moet bij de verlening van een alleenrecht aan een private partij transparantie achteraf worden betracht. Dat wil zeggen dat in geval van gebruikmaking van deze uitzondering een aankondiging van de gegunde concessie(s) moet(en) worden geplaatst.

- 42 De grondslag voor de gunning is gelegen in een uitsluitend recht dat deze zorgverzekeraar geniet uit hoofde van een bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling. Dit komt erop neer dat het uitsluitend recht en (daarmee) het sluiten van een Begunstigingsovereenkomst moet worden gerechtvaardigd door een bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling. Omdat de Begunstigingsovereenkomst zowel de basisverzekering als aanvullende verzekeringen betreft, dient ook de rechtvaardiging deze beide typen verzekeringen te betreffen.
- 43 Het is verdedigbaar – hoewel wij dit niet met zekerheid kunnen concluderen – dat het college van B&W een besluit kan nemen tot de verlening van een uitsluitend recht aan een bepaalde verzekeraar op grond van de volgende bepalingen:³⁰
- (i) **art. 35 lid 1 Participatiewet:** *de alleenstaande of het gezin [heeft] recht op bijzondere bijstand voor zover de alleenstaande of het gezin niet beschikt over de middelen om te voorzien in de uit bijzondere omstandigheden voortvloeiende noodzakelijke kosten van het bestaan.* Colleges van burgemeesters en wethouders kunnen op grond van dit artikel een bepaalde zorgverzekeraar het uitsluitend recht geven om een gemeentepakket voor minima aan te bieden.
 - (ii) **art. 35 lid 3 Participatiewet:** *In afwijking van het eerste lid kan bijzondere bijstand ook aan een persoon worden verleend in de vorm van een collectieve aanvullende zorgverzekering of in de vorm van een tegemoetkoming in de kosten van de premie van een dergelijke verzekering zonder dat wordt nagegaan of ten aanzien van die persoon de kosten van die verzekering of die premie ook daadwerkelijk noodzakelijk zijn of gemaakt zijn.* Colleges van burgemeesters en wethouders kunnen op grond van dit artikel een bepaalde zorgverzekeraar het uitsluitend recht geven om een collectieve aanvullende verzekering voor minima aan te bieden. Het is verdedigbaar dat deze bepaling tevens het aanbieden van een collectieve basisverzekering dekt, aangezien collectieve aanvullende zorgverzekeringen in de praktijk altijd gekoppeld zijn aan een basisverzekering. Zekerheid kan verkregen worden door middel van een vrijwillige publicatie (zie onder).
 - (iii) een **gemeentelijke verordening**. Het uitsluitend recht dient zowel het aanbieden van de collectieve basis- als aanvullende zorgverzekeringen te betreffen. Met deze variant weet de gemeente zeker dat de verlening van het uitsluitend recht juridisch houdbaar is.³¹ De gemeentelijke verordening mag een willekeurige verordening zijn die speciaal is vastgesteld in verband met het beoogde sluiten van de Begunstigingsovereenkomst door de gemeente.

³⁰ De meest laagdrempelige praktische invulling lijkt een besluit van het college van B&W op basis van art. 35 lid 1 en lid 3 te zijn omdat op deze manier geen goedkeuring van de gemeenteraad nodig is.

³¹ Als grondslag voor de verlening van het uitsluitend recht kan ook aansluiting worden gezocht bij art. 35 lid 1 en lid 3 Participatiewet. Het is echter onzeker of deze bepaling het aanbieden van een collectieve basisverzekering dekt.

- (iv) Op grond van **art. 7 lid 4 van de Participatiewet** kunnen colleges van burgemeesters en wethouders de uitvoering van de Participatiewet (waaronder dus de uitvoering van art. 35 lid 1 en lid 3 van de Participatiewet) door derden laten verrichten, behoudens de vaststelling van de rechten en plichten van de belanghebbende en de daarvoor noodzakelijke beoordeling van zijn bevoegdheden.
- 44 Zoals gezegd is naar onze mening een collegebesluit voldoende voor het vestigen van een uitsluitend recht. De CR bepaalt dat, om gebruik te kunnen maken van een vrijstelling op de aanbestedingsplicht, alleenrechten moeten worden verstrekt op basis van 'bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen'. In de Aanbestedingswet is dit in de definitie van uitsluitend recht vertaald naar 'bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan'.
- 45 In een uitspraak van 29 juli 2015 (ECLI:NL:RBGEL:2015:5490) heeft rechtbank Gelderland echter het standpunt ingenomen dat een uitsluitend recht niet slechts middels een besluit van het college van burgemeester en wethouders kan worden gevestigd. De rechtbank is van mening dat het moet gaan om algemeen verbindende voorschriften, zoals die kunnen zijn vervat in een wet, een algemene maatregel van bestuur of een verordening.
- 46 Wij zijn van mening dat deze uitspraak van rechtbank Gelderland niet in lijn is met de tekst van de CR en de Aanbestedingswet 2012. Zoals ook aangegeven in een annotatie³² bij deze uitspraak door twee voormalige kantoorgenoten, lijkt de letterlijke tekst van de CR immers niet uit te sluiten dat het alleenrecht bij besluit wordt verleend, en wekken ook de Engelse ('published law, regulation or administrative provision') en Franse ('dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées') versies van de richtlijn niet de indruk dat het alleenrecht bij algemeen verbindend voorschrift moet worden verstrekt. In ieder geval is de interpretatie van de rechtbank in strijd met de letterlijke tekst van de definitie van 'uitsluitend recht' in de Aanbestedingswet 2012 ('bij besluit van een bestuursorgaan').
- 47 In dezelfde annotatie wordt ook gewezen op een arrest van het Hof van Justitie EU, waarin het Hof overwoog dat het 'essentieel is, dat het alleenrecht zijn grondslag heeft in bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen' en 'dat de rechtsvorm van de bepalingen waarin die behoeften zijn geformuleerd, in dit verband niet van belang is'. Het Hof benadrukt daarmee onzes inziens dat vooral van belang is dat de grondslag van het

³² JAAN 2015/216.

alleenrecht goed is verankerd in het nationaal recht, en dat de vorm waarin het alleenrecht wordt verleend dan niet relevant is (althans op basis van Europees aanbestedingsrecht).³³

- 48 Echter, zelfs indien aangenomen moet worden dat de uitspraak van rechtbank Gelderland juist is, geldt dat indien het besluit tot het verlenen van een uitsluitend recht gebaseerd wordt op de Participatiewet, aan het vereiste van grondslag in een wettelijk voorschrift wordt voldaan en daarmee dus ook wordt voldaan aan de eis zoals die uit de uitspraak van rechtbank Gelderland volgt.³⁴ Kortom, met artikel 35 lid 1 en lid 3 van de Participatiewet als basis voor het vestigen van een uitsluitend recht wordt voldaan aan het vereiste uit artikel 1.1 Aanbestedingswet, waar de definitie van uitsluitend recht vereist dat deze bij wettelijk voorschrift wordt verleend.

Vrijwillige aankondiging

- 49 Mocht de gemeente hechten aan meer zekerheid, dan kan worden overwogen om op grond van artikel 4.16 Aanbestedingswet 2012 een vrijwillige aankondiging te publiceren in het Publicatieblad van de EU, inhoudende dat de gemeente voornemens is een concessie en/of een uitsluitend recht aan een nader te noemen marktpartij te gunnen. Dit biedt uitkomst als de gemeente het besluit tot de verlening van een uitsluitend recht op de Participatiewet wil baseren. Als de gemeente een gemeentelijke verordening als grondslag kiest, dan is een vrijwillige aankondiging niet nodig omdat deze constructie zoals hierboven opgemerkt juridisch houdbaar is.
- 50 De vrijwillige aankondiging is een risico beperkende maatregel. In deze aankondiging motiveert de gemeente waarom geen sprake is van een aanbestedingsplicht. In dit geval zou die motivering eruit bestaan dat in de optiek van de gemeente geen sprake is van een aanbestedingsplicht omdat de opdracht wordt gegund aan een partij die een uitsluitend recht geniet op grond van de Participatiewet. De publicatie zal tot gevolg hebben dat de overeenkomst die tussen de gemeente en een marktpartij wordt gesloten, na een door de gemeente in acht te nemen opschortende termijn van ten minste twintig dagen niet langer vernietigbaar is op grond van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012.³⁵ Dit houdt in dat binnen deze termijn de gemeente de overeenkomst niet met een marktpartij mag sluiten. Deze termijn van twintig dagen kan bovendien worden geformuleerd als een vervaltermijn

³³ Arrest Hof van Justitie van 10 november 1998, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden/BFI Holding B.V., zie de zesde prejudiciële vraag: Maakt het voor de beantwoording van de vragen 1 tot en met 5 verschil of de behoeften van algemeen belang andere dan van industriële of commerciële aard, waarin de instelling geacht wordt te voorzien, ontleend zijn aan een wet in formele zin, bestuursrechtelijke bepalingen, daden van bestuur of anderszins? Het ging hier om de interpretatie van art. 6 van Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992, een voorganger van Richtlijn 2004/18/EG.

³⁴ Overigens zijn wij van mening dat deze uitspraak van Rechtbank Gelderland niet in lijn is met de tekst van de CR en de Aanbestedingswet die uitgaat van wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling en dat kan naar onze mening ook een Collegebesluit zijn. Zie in dit kader ook de annotatie van een van ons bij deze uitspraak (JAAN 2015/216).

³⁵ Als de gemeente geen vrijwillige aankondiging doet, dan geldt voor het instellen van een vordering tot vernietiging een termijn van zes maanden na het sluiten van de overeenkomst tussen de gemeente en de verzekeraar(s) (zie art. 4.15 lid 2 sub b Aanbestedingswet 2012). Deze termijn van zes maanden geldt overigens ook als een opdracht boven de drempelwaarde van EUR 5.382.000 miljoen onderhands (d.w.z. zonder voorafgaande publicatie van de opdracht) gegund wordt.

waarbinnen partijen in rechte moeten opkomen tegen de opdrachtverlening, op straffe van verval van recht om dat na verloop van de twintigdagertermijn alsnog te doen. De vrijwillige publicatie heeft als voordeel dat de gemeente zekerheid verkrijgt dat zij na verloop van de twintigdagertermijn tot sluiting van de overeenkomst kan overgaan zonder het risico te lopen dat die achteraf wordt vernietigd op grond van schending van het aanbestedingsrecht.

Inhoud besluit

- 51 Het besluit van het college van B&W dient ten minste een bepaling ten aanzien van de geografische reikwijdte (de gemeentegrenzen) van het uitsluitend recht te bevatten. Het ligt ook voor de hand dat een bepaling ten aanzien van de duur van het uitsluitend recht wordt opgenomen. Het aanbestedingsrecht geeft geen regels voor de maximale duur van een uitsluitend recht, al dienen al te lange looptijden te worden vermeden.
- 52 In dit kader is van belang dat de mededinging op de betreffende markt niet voor een te geruime tijd wordt beperkt. Marktomstandigheden kunnen immers veranderen (zo is het denkbaar dat nieuwe marktpartijen tot de markt toetreden of dat er (technologische) ontwikkelingen plaatsvinden waardoor de inhoud van de gesloten overeenkomst die op het uitsluitend recht berust niet goed meer aansluit op de marktomstandigheden). Zoals aangegeven bij de looptijd van concessieopdrachten, dienen gemeenten zich ervan te vergewissen wat de (inkoop)behoefte is en welke inkoopstrategie daar het beste bij aansluit.

Hoe bepaalt de gemeente aan wie het uitsluitend recht wordt verleend?

- 53 De gemeente kan zelf kiezen aan wie zij het uitsluitend recht wil verlenen zolang geen sprake is van een grensoverschrijdend belang (zie hieronder).

In overeenstemming met EU-werkingsverdrag

- 54 De verlening van het uitsluitend recht moet verder in overeenstemming met onder meer de vrijverkeersbepalingen in het EU-werkingsverdrag plaatsvinden. Deze bepalingen zijn echter enkel van toepassing wanneer sprake is van een (duidelijk) grensoverschrijdend belang.³⁶ Het is in dit geval verdedigbaar dat geen sprake is van een grensoverschrijdend belang, aangezien het om het aanbieden van zorgverzekeringen gaat. Hiertoe het volgende.
- 55 Op basis van vaste jurisprudentie³⁷, moet aan de hand van met name de volgende factoren worden beoordeeld of van een duidelijk grensoverschrijdend belang sprake is:
- (a) Waarde van de betrokken opdracht;

³⁶ O.a. HvJEU Belgacom, arrest van 14 november 2013, JAAN 2014/3, HvJEU Spezzino, arrest van 11 december 2014, zaak C-113/13, HvJEU Tecnoedi, arrest van 6 oktober 2016, C-318/15.

³⁷ Zie vorige voetnoot.

- (b) plaats van uitvoering van de opdracht (met name: vinden de werkzaamheden plaats in de grensstreek?);
 - (c) specifieke kenmerken van de betrokken producten;
 - (d) of sprake is van een daadwerkelijke buitenlandse interesse.
- 56 Met name de factoren onder (a) en (d) hebben een wisselwerking. Naar mate de waarde van de opdracht groter wordt, is belangstelling van buitenlandse partijen niet vereist. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het al in voetnoten aangehaalde Belgacom-arrest, waarin het ging om een telecom-concessie van 425 miljoen EUR. Daarin overwoog het Hof dat buitenlandse interesse niet vereist was om grensoverschrijdend belang aan te nemen. Daarentegen overwoog het Hof in het eveneens genoemde Tecnoedi arrest het tegenovergestelde – in die casus was volgens het Hof geen sprake van duidelijk grensoverschrijdend belang ondanks het bestaan van buitenlandse interesse voor de opdracht. De belangrijkste reden hiervoor was dat het in Tecnoedi om een zeer kleine opdracht ging die ruim onder de drempelwaarde voor diensten (circa EUR 200.000) lag. Uit een belangrijk arrest van de Hoge Raad inzake concessies voor reclames op abri's (18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720) blijkt dat de hiervoor genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie zo moeten worden verstaan: wanneer de waarde van de opdracht aanzienlijk boven de drempelwaarde van de aanbestedingsrichtlijnen uitkomt, vormt dit een aanwijzing dat van een duidelijk grensoverschrijdend belang sprake is.
- 57 In dit geval gaat het niet om economisch grote en/of aantrekkelijke opdrachten. De opdrachten komen in voorkomend geval boven de drempelwaarde voor concessies uit, met name omdat de verzekeringspremie als geheel telt voor het bepalen van de waarde van de opdracht – ook al is de bijdrage van de desbetreffende gemeente vaak aanzienlijk lager dan de totale premie. Al met al lijkt ons de economische waarde van de opdracht relatief gering omdat een kenmerk van dit soort opdrachten lijkt te zijn dat de winstmarges uiterst beperkt zijn, wat erop duidt dat daadwerkelijke buitenlandse interesse vereist is om van buitenlands belang te kunnen spreken.
- 58 Daar komt nog bij dat van een opdrachtnemer verwacht wordt dat hij goed zijn weg weet in Nederlandse sociale wetgeving. Ook praktisch gezien zijn er hoge toetredingsdrempels, zoals het inrichten van een declaratiestelsel en het contracteren van zorgaanbieders. Om die reden lijkt de opdracht niet erg aantrekkelijk voor buitenlandse verzekeraars.
- 59 Het is ons bekend dat sinds 1 januari 2019 twee buitenlandse verzekeraars actief zijn c.q. actief zijn geweest op de Nederlandse zorgverzekeringsmarkt. Dit betekent echter nog niet dat daadwerkelijke buitenlandse interesse bestaat voor een opdracht voor zorgverzekeringen voor minima. Dit lichten wij kort toe.
- 60 Bij de vraag of sprake is van duidelijk grensoverschrijdend belang, kan, zoals aangegeven, van belang zijn of sprake is van daadwerkelijke buitenlandse belangstelling. Deze bewijslast

rust op de klagende partij. De Hoge Raad oordeelde dat de belangstelling voor een bepaalde opdracht erin kan bestaan dat een buitenlandse partij de opdracht probeert te verwerven via een Nederlandse dochtervennootschap.³⁸ Wanneer echter uitsluitend de Nederlandse dochtervennootschap belangstelling heeft getoond, brengt dit niet mee dat die belangstelling moet worden aangemerkt als belangstelling van de buitenlandse moedervennootschap. Dit geldt ook als de Nederlandse moedervennootschap mede door de buitenlandse moedervennootschap wordt bestuurd.

- 61 In dit kader kan worden gewezen op een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 1 oktober 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:7985), waarin werd beslist dat sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang op grond van verschillende omstandigheden. Zo werd niet alleen belangstelling getoond in de opdracht door de Nederlandse dochtervennootschap, maar ook door (vertegenwoordigers van) de buitenlandse moedervennootschap. Verder vertegenwoordigde de overeenkomst een aanzienlijke waarde die ruim boven de drempelwaarde van de Richtlijn Concessieovereenkomsten lag.³⁹
- 62 In dit geval speelt iets soortgelijks als bij het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad. Voor één van de twee bedoelde buitenlandse verzekeraars geldt dat zijn rol, voor zover ons bekend, strikt beperkt was tot die van risicodrager en dat de zorginkoop, polisadministratie en het declaratiestelsel waren uitbesteed. Overigens heeft deze buitenlandse verzekeraar de Nederlandse zorgverzekeringsmarkt ook alweer verlaten. De overgebleven buitenlandse partij biedt zijn verzekeringsproducten aan via onderliggende Nederlandse zorglabels. De betreffende verzekeraar heeft daartoe portefeuilles opgekocht van intermediairs en treedt nu op als risicodrager in plaats van Nederlandse verzekeraars. Voor deze verzekeraar geldt dat hij louter formeel als ‘buitenlands’ heeft te gelden. Deze partij heeft vanuit regulatorisch oogpunt gekozen voor het land waarbij de vergunning van de financiële toezichthouder het beste aansloot bij de inrichting van de activiteiten. Met andere woorden, enkel de vennootschap en de vergunning zijn buitenlands, de leiding en de inrichting van de onderneming zijn echter Nederlands. Eventuele interesse van deze partij in Gemeentepolissen geldt derhalve naar onze mening niet als daadwerkelijke buitenlandse interesse.
- 63 Vandaar dat wij goed verdedigbaar vinden dat het feit dat op enig moment twee buitenlandse verzekeraars zijn toegetreden tot de Nederlandse zorgverzekeringsmarkt, nog niet tot de conclusie leidt dat er ook concrete buitenlandse belangstelling bestaat voor overheidsopdrachten inzake zorgverzekeringen voor sociale minima.
- 64 Voor de volledigheid merken we nog op dat de toekenning van een uitsluitend recht – naast dat het uitsluitend recht verenigbaar moet zijn met het EU-werkingsverdrag – ook verenigbaar dient te zijn met *‘rechtshandelingen van de Europese Unie tot vaststelling van*

³⁸ HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720.

³⁹ Zie bijvoorbeeld ook HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720.

gemeenschappelijke voorschriften betreffende de toegang tot de markt die van toepassing zijn op in bijlage II van richtlijn 2014/23/EU bedoelde activiteiten.⁷ Dit is echter alleen van toepassing wanneer een uitsluitend recht wordt verleend voor de verrichting van een van de in Bijlage II bij Richtlijn 2014/23/EU bedoelde activiteiten. In dat geval dient de lidstaat de Europese Commissie daarvan binnen een maand na de verlening van dat uitsluitend recht in kennis te stellen. Geen van de in deze Bijlage II genoemde activiteiten, die allen gerelateerd zijn aan de nutssectoren, houden verband met de verstrekking van zorgverzekeringen. Om die reden staat dit niet in de weg aan de toekenning van een uitsluitend recht.

Openbaar belang

- 65 Het verlenen van een uitsluitend recht hoeft niet gerechtvaardigd te worden door een noodzaak van openbaar belang, althans dit is geen vereiste dat is te vinden in de Aanbestedingswet. Voldoende is dat het uitsluitend recht zijn grondslag vindt in de in randnummer 43 genoemde bepalingen.⁴⁰

Marktconsultatie/-verkenning

- 66 Tot slot merken wij op dat indien uit een marktconsultatie/-verkenning (al dan niet formeel) blijkt dat geen interesse van zorgverzekeraars aanwezig is ofwel van slechts één partij en de opdracht boven de drempelwaarde van EUR 5.382.000 uitkomt, dit een (extra) reden voor een gemeente kan zijn om te kiezen voor de verlening van een uitsluitend recht. Het 'mislukken' van een marktconsultatie/-verkenning is echter geen valide reden voor een onderhandse gunning (anders dan de verlening van een uitsluitend recht).
- 67 In dit kader merken we nog op dat vrijwillige transparantie geen uitkomst biedt of kan bieden indien voor de gunning van de concessieopdracht gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Van deze mogelijkheid tot onderhandse gunning kan namelijk slechts in een beperkt aantal specifieke gevallen gebruik worden gemaakt. Zoals gezegd kan het mislukken van een marktconsultatie (dus als de verwachting is dat er gebrek aan concurrentie zal zijn) niet een onderhandse gunning rechtvaardigen. Wel geldt dat als er geen of geen geschikte inschrijvingen op een Europese aanbesteding zijn gedaan, onderhandse gunning mogelijk is.

⁴⁰ Als het uitsluitend recht een grensoverschrijdend belang heeft, dan moet het uitsluitend recht gerechtvaardigd zijn door een uitdrukkelijk in het Verdrag genoemde uitzondering (uitoefening van het openbaar gezag (artikel 51 VWEU), openbare orde, openbare veiligheid of openbare gezondheid (artikel 52 VWEU) of in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof, door dwingende redenen van algemeen belang, die geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder mogen gaan dan wat ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in elk geval zonder discriminatie moeten worden toegepast. Zie Europese Commissie, Werkdocument van de diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking"), Officiële vertaling door DG MARKT, 4 oktober 2011, paragraaf 4.3.

IV.4 Situatie (iii) – meerdere zorgverzekeraars

- 68 Een Begunstigingsovereenkomst moet in situatie (iii) in beginsel worden aanbesteed volgens de procedure die is beschreven in deel 2a van de Aanbestedingswet 2012. Hierop zijn echter twee uitzonderingen mogelijk. De eerste uitzondering is het zogenoemde **open house model**. De gemeente mag bij toepassing van dit model slechts toelatingscriteria stellen, maar de Gemeente mag niet selecteren op aanbieders van de Gemeentepolis. Deze wijze van inkoop is populair binnen het sociaal domein, omdat dit model met zich meebrengt dat het aanbestedingsrecht niet van toepassing is aangezien geen sprake is van een overheidsopdracht. Kort gezegd mag iedere verzekeraar die voldoet aan de door de gemeente gestelde voorwaarden meedoen binnen open house. De tweede uitzondering betreft het **verlicht regime** waaraan concessieopdrachten voor sociale en andere diensten onderworpen zijn (artikel 19 en 74-76 CR en 2a.29 Aanbestedingswet 2012). In de praktijk zal een Gemeentepolis voornamelijk uit dergelijke diensten bestaan zodat gemeenten van dit verlicht regime gebruik kunnen maken.
- 69 Het open house model (Optie 1) is bij uitstek geschikt voor het verlenen van een opdracht aan meerdere partijen. Het is niet de gemeente die de partijen uiteindelijk selecteert, maar de burger zelf, waardoor de keuzevrijheid van de burger behouden blijft. Een veelgehoord nadeel van het open house model is dat het contractmanagement intensief kan zijn als gevolg van een groot aantal inschrijvingen van partijen die voldoen aan de gestelde voorwaarden. Wij verwachten echter dat het aantal partijen dat zich zal aanmelden voor het aanbieden van de Gemeentepolis beperkt blijft, gelet op de geringe winstmarges die daarmee kunnen worden behaald.
- 70 Het verlicht regime (Optie 2) leent zich goed voor de gunning van een opdracht aan twee partijen. Dit kan door de opdracht in percelen te verdelen of door één overeenkomst met twee partijen te sluiten. Door te werken met de minimumeisen als omschreven in randnummer 82 e.v. wordt gewaarborgd dat enkel geschikte partijen in aanmerking komen voor gunning van de opdracht.

IV.4.1 Optie 1: open house systematiek

- 71 Bij het open house model maakt de gemeente zelf geen keuze voor een of meerdere partijen. Hierdoor valt deze inkoopmethode buiten de werking van de Aanbestedingswet 2012. Dit volgt uit o.a. het Falk Pharma arrest van 2 juni 2016 waarin het HvJ EU⁴¹ oordeelde dat selectie een wezenlijk element is van de definitie van een overheidsopdracht. Binnen een open house-procedure kan hierdoor een relatief kort en eenvoudig proces doorlopen worden.

Procedure

⁴¹ Zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399.

- 72 De open house procedure dient bekend te worden gemaakt via een openbare aankondiging. Dit kan bijvoorbeeld via de eigen website, maar in de praktijk wordt vaak gebruik gemaakt van TenderNed of van vergelijkbare platformen. Het is niet nodig dat het systeem tijdens de gehele looptijd open staat voor nieuwe aanmeldingen, maar het mag wel.⁴²
- 73 Tijdens de openstelling van het systeem dient de gemeente overeenkomsten te sluiten met iedere inschrijver die zich ertoe verbindt te leveren tegen de vooraf vastgestelde voorwaarden. In principe wordt niet onderhandeld over de voorwaarden van de overeenkomst.⁴³ Wel kan een Nota van Inlichtingen ronde worden georganiseerd, waarbij inschrijvers vragen kunnen stellen over bijvoorbeeld de uitleg van de overeenkomst.
- 74 Individuele opdrachten verleent de gemeente op basis van een overeenkomst nadat een ander dan de gemeente de betreffende partij uitkiest om een Gemeentepolis aan te bieden. Het ligt voor de hand dat het de burger is die de keuze maakt voor een bepaalde partij. Volgens vaste rechtspraak past de omstandigheid dat een ander dan de aanbestedende dienst de keuze maakt voor welke partij individuele opdrachten mag uitvoeren, binnen het open house model. Dit heeft het Hof van Justitie duidelijk bepaald inzake opdrachten op het gebied van gezondheidszorg waar het de patiënt is die bepaalt welke zorgverlener hem/haar behandelt.⁴⁴

Voorwaarden

- 75 De gemeente kan het aantal aanbieders alleen beperken met het stellen van voorwaarden. Inschrijvers die niet aan de gestelde voorwaarden voldoen worden uitgesloten. De partijen die wel voldoen worden toegelaten. Er geldt geen limiet voor het aantal partijen dat kan worden toegelaten, mits men maar voldoet aan de gestelde voorwaarden. Het aantal gestelde voorwaarden kan relatief beperkt zijn en kan daarmee voor zowel gemeente als zorgverzekeraar een laagdrempelige manier zijn om tot afspraken over een Gemeentepolis te komen.
- 76 Door de gestelde voorwaarden stelt de gemeente de “minimale bodemplaat” waar het aanbod van de zorgverzekeraar aan moet voldoen. De volgende voorwaarden kunnen in hierbij overweging worden genomen:
- (i) Een omschrijving van de doelgroep, bijvoorbeeld minima met een inkomen tot maximaal 130% van de toepasselijke bijstandsnorm, al dan niet inclusief een vermogensgrens. De gemeente bepaalt in de praktijk wie in aanmerking komt voor deelname op basis van deze criteria.

⁴² Zie in dit kader HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*).

⁴³ Wat wel mogelijk is, is om de voorwaarden van de overeenkomst geheel vrij te laten of slechts zeer beperkt voor te schrijven. Voor zover de voorwaarden niet dwingend zijn voorgeschreven, is het mogelijk om verzekeraars hun eigen polisvoorwaarden te laten hanteren (voor zover dat niet botst met het programma van eisen).

⁴⁴ Idem. Zie ook HvJEU Falk Pharma, (arrest van 2 juni 2016, zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399).

- (ii) De pakketcombinatie waaruit de gevraagde Gemeentepolis bestaat, zoals een combinatie van een basisverzekering (naturapolis of combinatiepolis), aangevuld met bijvoorbeeld minimaal twee aanvullende verzekeringen, gericht op de doelgroep minima met een lage, gemiddelde dan wel hoge zorgvraag.
- (iii) Deelnemers hebben geen mogelijkheid om te kiezen voor een vrijwillig eigen risico.
- (iv) Het aanbod omvat een oplossing voor betaling van het verplicht eigen risico (bijvoorbeeld verzekerd binnen de aanvullende verzekering of de mogelijkheid gespreid te betalen).
- (v) De aanvullende verzekeringen bieden een ruime vergoeding voor de kostensoorten waarvoor de gemeente normaal gesproken bijzondere bijstand verleent, zoals brillen/lenzen, fysiotherapie, tandheelkunde, etc., waarbij wordt gestreefd naar zo min mogelijk eigen bijdragen en eigen betalingen.
- (vi) Potentiële deelnemers kunnen zich digitaal aanmelden voor de Gemeentepolis via Gezondverzekerd.nl.
- (vii) De mogelijke wijzen van premiebetaling, zoals rechtstreeks door de verzekeringnemer zelf of via de gemeente door inhouding op de uitkering.
- (viii) De gemeentelijke premiebijdrage wordt door de zorgverzekeraar verrekend met de door de deelnemer verschuldigde premie.
- (ix) Zorgverzekeraar en gemeente zetten zich gezamenlijk in ter voorkoming van betalingsachterstanden en het beëindigen van de aanvullende verzekering binnen de Gemeentepolis.
- (x) Zorgverzekeraars die kunnen en willen voldoen aan de voorwaarden kunnen jaarlijks per 1 januari toetreden als aanbieder van de Gemeentepolis. Hiertoe dient de zorgverzekeraar een overeenkomst inclusief administratief protocol aan te bieden, die in lijn zijn met deze voorwaarden (dit mag het eigen modelcontract van de zorgverzekeraar zijn).
- (xi) In geval van strijdigheid prevaleren deze voorwaarden in rangorde boven de betreffende bepalingen uit de overeenkomst van de zorgverzekeraar. Deze voorwaarden maken daarom als bijlage deel uit van de te sluiten overeenkomst.
- (xii) Een eventuele Nota van Inlichtingen wordt openbaar gepubliceerd op TenderNed en maakt dan onderdeel uit van deze voorwaarden.
- (xiii) Zorgverzekeraars kunnen jaarlijks per 1 januari uittreden als aanbieder van de Gemeentepolis binnen deze open house procedure en dienen dit minimaal 6 maanden van tevoren kenbaar te maken aan de gemeente.

- (xiv) De gemeente kan jaarlijks per volgende 1 januari besluiten deze open house procedure te beëindigen en zal dit minimaal 6 maanden van te voren kenbaar maken aan de zorgverzekeraar(s).
- (xv) In geval van grote belangstelling vanuit zorgverzekeraars behoudt de gemeente zich het recht voor om deze open house procedure te muteren naar een aanbestedingsprocedure.
- (xvi) Vergunningvereisten (o.a. op grond van de Wet op het financieel toezicht)

IV.4.2 Optie 2: verlicht regime

77 Door toepassing van het verlicht regime kan een gemeente zich kwijten van een aantal verplichtingen die voortvloeien uit de aanbestedingsplicht voor concessieopdrachten voor diensten.⁴⁵ Artikel 2a.29 Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat concessieopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten die zijn opgenomen in bijlage IV van de CR zijn onderworpen aan een verlicht regime. Deze bijlage IV kent de volgende categorieën:

75300000-9	Diensten voor verplichte sociale verzekering
75310000-2	Uitkeringsdiensten
75200000-8	Diensten ten behoeve van de gemeenschap

- 78 Het is verdedigbaar dat het toegankelijk maken van een collectiviteitsregeling voor (basis en aanvullende) zorgverzekeringen voor minima onder een van deze categorieën valt.
- 79 Toepassing van het verlicht regime betekent dat enkel bepaalde verplichtingen nageleefd hoeven te worden uit de Aanbestedingswet 2012 (zie **Bijlage 1** voor een overzicht van de relevante artikelen). Hieronder gaan wij in op procedurele en inhoudelijke aspecten van een aanbesteding onder het verlicht regime.

Procedure

80 Het voornemen tot het plaatsen van een concessieopdracht voor diensten moet worden aangekondigd (via Tendered).⁴⁶ Ook gelden de algemene bepalingen uit deel 1 van de

⁴⁵ Zoals hiervoor aangegeven geldt de CR (en daarmee het verlicht regime) alleen voor concessieopdrachten voor diensten die de Europese drempelwaarde halen van EUR 5.382.000 (zie voetnoot bij rnr. 20). Dit is een relatief hoge drempelwaarde. In casu dient te worden gekeken naar alle vergoedingen die de verzekeraar als concessionaris kan verkrijgen (artikel 8 lid 2 CR). Het gaat hier om de totale premie (BV en AV en de kosten van een eventueel gemeentepakket), minus eventuele kortingen.

⁴⁶ Zie art. 2a.33 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

Aanbestedingswet (bijvoorbeeld de eisen van transparantie en gelijke behandeling van inschrijvers).

- 81 De gemeente kan kiezen voor een openbare procedure (waarbij iedereen zich kan inschrijven) of een niet-openbare procedure (waarbij de gemeente bepaalde inschrijvers uitnodigt om een inschrijving te doen). In verband met de kortere duur van de procedure ligt het voor de hand om te kiezen voor een openbare procedure in combinatie met minimumeisen (zie onder).⁴⁷ Na de aankondiging verstrekt de gemeente geïnteresseerde partijen een kopie van het bestek en verduidelijkt zij dit bestek waar nodig in een nota van inlichting. Vervolgens dienen partijen inschrijvingen in welke door de gemeenten worden beoordeeld op basis van de minimumeisen en gunningscriteria in het bestek.

Minimumeisen

- 82 Slechts bepaalde aanbieders van een Gemeentepolis komen in aanmerking voor gunning van de opdracht. Een inschrijver die niet aan een of meer van de gestelde geschiktheidseisen voldoet, wordt door de gemeente uitgesloten. In het verlichte regime gelden voor minimumeisen niet de strikte eisen van art. 2.90 e.v. Aanbestedingswet 2012, maar wel de eisen uit hoofdstuk 1 Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit⁴⁸ met betrekking tot minimumeisen.⁴⁹ Dit betekent dat minimumeisen in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht (art. 1.10 Aanbestedingswet 2012 en Voorschrift 3.5 B Gids Proportionaliteit).⁵⁰ Daarnaast geldt dat minimumeisen de mededinging tussen aanbieders van een Gemeentepolis niet mogen uitsluiten (zie bijvoorbeeld art. 2a.50 lid 1 Aanbestedingswet 2012).
- 83 Daarbij kan gedacht worden aan de volgende minimumeisen:
- (i) marktaandeel van ten minste [●]⁵¹%: enkel inschrijvers met een marktaandeel van ten minste [●]% in de betreffende gemeente mogen deelnemen.
 - (ii) inhoud van het pakket: de gemeente kan op specifieke kostensoorten een minimum dekkingsniveau definiëren.

⁴⁷ Een niet-openbare procedure duurt langer (30 dagen voor de selectie van de verzekeraars) terwijl een selectiefase naar verwachting geen concrete voordelen zal opleveren omdat het aantal geïnteresseerde verzekeraars toch al beperkt is.

⁴⁸ Gids Proportionaliteit, 1^e herziening, april 2016.

⁴⁹ In rechte zullen de eisen in het kader van een procedure op basis van het "verlicht regime" naar verwachting minder indringend getoetst worden, zie Rechtbank Den Haag 11 februari 2010 ECLI:NL:RBSGR:2010:BL4880, r.o. 3.4.

⁵⁰ Zie ook Voorschrift 3.5 B van de Gids Proportionaliteit van januari 2013: "*Geschiktheidseisen worden gesteld om bepaalde risico's af te dekken. De aanbestedende dienst dient altijd na te gaan welke daadwerkelijke risico's er zijn en of die risico's worden afgedekt door de eisen die worden gesteld. Tenslotte speelt dan de vraag of de eis wel in redelijke verhouding staat tot het af te dekken risico en de aard en omvang van de opdracht. Belangrijk is dat de geschiktheidseisen die aan een onderneming en eventuele onderaannemer worden gesteld, direct terug te voeren zijn op de betreffende opdracht, en inspelen op competenties die concreet nodig zijn om de betreffende opdracht goed te kunnen uitvoeren.*"

⁵¹ Dit percentage mag er niet toe leiden dat de mededinging tussen inschrijvers effectief wordt uitgesloten. Naar onze mening dienen gemeenten ernaar te streven dat ten minste drie inschrijvers meedoen aan de aanbesteding van de opdracht.

- (iii) uitvoeringsaspecten: de gemeente kan specifieke eisen stellen ten aanzien van de uitvoering. Denk bijvoorbeeld aan de wijze van premies inhouden op de uitkering en doorbetaling aan de verzekeraar.
- (iv) digitaal aanmelden: nieuwe deelnemers kunnen zich digitaal aanmelden voor de Gemeentepolis via Gezondverzekerd.nl.

Gunningscriteria

- 84 Gunningscriteria dienen ter beoordeling van de inschrijvingen. Op grond van de gunningscriteria wordt bepaald of een inschrijver voor gunning in aanmerking komt. Gunningscriteria en het relatieve gewicht daarvan dienen in de aankondiging of in de aanbestedingsstukken te worden vermeld zodat voor inschrijvers duidelijk is aan welke maatstaven hun inschrijving moet voldoen. Het is niet verplicht om de methode aan de hand waarvan de offertes *in concreto* zullen worden beoordeeld en gerangschikt (op basis van de gunningscriteria en het relatieve gewicht ervan) ter kennis te brengen van de potentiële inschrijvers (HvJ EU 14 juli 2016 C-6/15, r.o. 27).
- 85 In dit geval ligt het voor de hand dat gemeenten gunnen op basis van een beoordeling van de Gemeentepolis. Bij deze beoordeling kan naast prijs, ook kwaliteit een rol spelen. Voor deze kwaliteitsbeoordeling en de daarvoor vereiste gunningscriteria zou aansluiting gezocht kunnen worden bij kwaliteitsindicatoren voor verzekeringspakketten die zijn opgenomen in de jaarlijkse BS&F marktanalyse.⁵²
- 86 Voorbeelden van kwalitatieve gunningscriteria zouden kunnen zijn:
- (i) de verhouding tussen premie en dekking van de Gemeentepolis zoals opgenomen in de jaarlijkse BS&F marktanalyse;
 - (ii) klantvriendelijkheid;⁵³
 - (iii) communicatieplan overstapperperiode;⁵⁴
 - (iv) bevordering gezondheid; en

⁵² BS&F Marktanalyse 2019, mei 2019.

⁵³ Dit gunningscriterium dient te worden onderverdeeld in subgunningscriteria: bijvoorbeeld de bereidheid om kosteloos mee te werken aan onderzoek van de gemeente, ervaring met dit type concessieovereenkomst in een gemeente met meer dan [100.000] inwoners, verstrekking van kwartaaloverzichten en/of nieuwsbrieven aan de gemeente (en/of aan minima). De gemeente zal in de aankondiging moeten vermelden hoeveel punten op ieder van de subgunningscriteria kunnen worden gescoord.

⁵⁴ Inschrijvers wordt gevraagd in een plan uiteen te zetten hoe zij ervoor zorgen dat zoveel mogelijk minima overstappen na ingang van het contract. Daarbij zal uiteen moeten worden gezet hoe dit plan wordt beoordeeld. De gemeente kan daartoe aangeven dat ten minste een aantal onderwerpen (toepassing geautomatiseerde hulpmiddelen voor verwerken overstappers, communicatie met minima, taakverdeling tussen gemeente en inschrijver) in het plan aan de orde moeten komen (wat impliceert dat punten worden afgetrokken als dat niet gebeurt) en dat de gemeente verwacht dat de inschrijver concreet (op welke wijze, in welke mate en met welke omvang) aangeeft hoe invulling zal worden gegeven aan ieder van deze punten. De methode waarop de plannen van inschrijvers worden beoordeeld (door één commissie in gezamenlijk overleg/door drie beoordelaars onafhankelijk van elkaar/etc.) hoeft niet ter kennis van de inschrijvers te worden gebracht.

(v) preventie wanbetaling.

BIJLAGE 1

ACHTERGRONDINFORMATIE

- 87 In deze bijlage vindt u algemene informatie omtrent het aanbestedingsrecht, wanneer sprake is van een overheidsopdracht voor diensten en ten slotte wanneer sprake is van een concessieovereenkomst.

AANBESTEDINGSPLICHTIGE OPDRACHTEN

Algemeen

- 88 Gemeenten kwalificeren als aanbestedende diensten in de zin van de Aanbestedingswet 2012⁵⁵ en de Aanbestedingsrichtlijnen. Een gemeente zal een Begunstigingsovereenkomst dienen aan te besteden, indien deze kwalificeert als een overheidsopdracht voor diensten en de toepasselijke meldingsdrempels worden overschreden. De Begunstigingsovereenkomst kwalificeert als overheidsopdracht voor diensten, als sprake is van *“een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten (...)”*.
- 89 De aanbestedingsdrempel voor een overheidsopdracht voor diensten is voor de jaren 2020 en 2021 een bedrag van EUR 214.000 (exclusief btw).⁵⁶ Met betrekking tot opdrachten inzake verzekeringsdiensten vormen de te betalen premie en andere vormen van beloning het basiselement voor de berekening van de geraamde waarde van de betrokken opdracht. Ook andere vergoedingen (door de gemeente) moeten worden meegerekend. Op het tijdstip van het aangaan van de Begunstigingsovereenkomst zal het wellicht lastig zijn de totale waarde van de premies te berekenen, omdat elke verzekeringnemer de keuze heeft om al dan niet een verzekering af te sluiten onder de Gemeentepolis. In dat geval zal de waarde moeten worden gebaseerd op een raming van het gemiddelde maandelijkse bedrag aan premies voor de looptijd van de overeenkomst. Indien deze lang of onbepaald is, zal uit moeten worden gegaan van een looptijd van 48 maanden.
- 90 Op een opdracht met een waarde onder de drempel zijn de fundamentele regels en de algemene beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU), waaronder het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, alsook de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, alleen van toepassing voor zover de betrokken opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, met name gelet op het belang en de plaats van uitvoering ervan. Wij achten het niet aannemelijk dat er een duidelijk grensoverschrijdend belang is, nu de zorgverzekeringsmarkt een puur nationale markt is.

⁵⁵ Stb. 2012, 542. De Aanbestedingswet 2012 is in werking getreden op 1 april 2013.

⁵⁶ Voor concessieovereenkomsten zoals de Gemeentepolis geldt een hogere drempelwaarde, deze lagere waarde geldt voor reguliere overheidsopdrachten voor diensten (niet zijnde een concessie).

OVERHEIDSOPDRACHT VOOR DIENSTEN

- 91 De Begunstigingsovereenkomst voldoet in ieder geval aan de voorwaarde dat sprake moet zijn van een schriftelijke overeenkomst gesloten tussen een aanbestedende dienst (de gemeente) en een dienstverlener (de verzekeraar). De vraag is echter of de Begunstigingsovereenkomst “onder bezwarende titel” is gesloten.
- 92 In de Aanbestedingswet 2012 is geen definitie opgenomen van “bezwarende titel”. De woorden “onder bezwarende titel” indiceren volgens Pijnacker Hordijk dat door de aanbestedende dienst een tegenprestatie in geld, of althans op geld waardeerbaar, dient te worden geleverd.⁵⁷ Het Hof van Justitie heeft echter de term “bezwarende titel” nader uitgelegd in een aantal arresten:
- (i) Helmut-Müller (25 maart 2010, C-451/08): er kan al sprake zijn van een bezwarende titel, als een prestatie voor de aanbestedende dienst een ‘rechtstreeks economisch belang’ inhoudt. Het arrest *Helmut-Müller* zag op een overheidsopdracht voor werken.
 - (ii) Commissie/Duitsland (15 juli 2010, C-271/08): de uitleg door het Hof in *Helmut-Müller* wordt analoog toegepast in het kader van overheidsopdrachten voor diensten. In deze zaak ging het om een aantal gemeentelijke overheden en bedrijven die bedrijfspensioenverzekeringsovereenkomsten zonder aanbesteding rechtstreeks hadden gegund aan verzekeraars, omdat zij ervan uitgingen dat er geen sprake was van overheidsopdrachten. Het Hof oordeelt hier anders over:
 - (a) Artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 maakt geen onderscheid tussen overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst worden geplaatst ter vervulling van zijn taak om te voorzien in behoeften van algemeen belang, en die welke geen verband houden met deze taak. Dat een dergelijk onderscheid ontbreekt, wordt verklaard door het doel van deze richtlijnen, namelijk het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van een opdracht de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden.
 - (b) De gemeentelijke werkgevers onderhandelen over de voorwaarden van een groepsverzekeringsovereenkomst met een beroepsverzekeraar die onderworpen is aan specifieke bedrijfseconomische eisen die zijn financiële soliditeit waarborgen.
 - (c) De door de beroepsverzekeraar verstrekte diensten stellen de werkgever in staat te voldoen aan zijn verplichting tot correcte uitvoering van die uit de omzetting van loon in pensioenpremies voortvloeiende vorm van uitgestelde beloning.

⁵⁷ Pijnacker-Hordijk, Aanbestedingsrecht, 4e druk, p. 76.

- (d) De werkgever moet de maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies ten uitvoer leggen bij de genoemde organen of, bij gebreke daarvan, bepalen welke van de vermelde ondernemingen aangeboden uitvoeringsmodaliteiten van toepassing zijn.
 - (e) De gemeentelijke werkgever betaalt premies die hij op het aan de belanghebbenden verschuldigde loon heeft ingehouden, aan het betrokken orgaan of de betrokken onderneming als tegenprestatie voor het verkrijgen van diensten die absoluut noodzakelijk zijn voor zijn verplichting om in te staan voor de uitvoering van de pensioenuitkeringen aan de werknemers die met zijn instemming voor de omzetting van loon in pensioenpremies hebben geopteerd.
 - (f) De omstandigheid dat de uiteindelijke begunstigen van de pensioenuitkeringen de werknemers zijn die voor die maatregel hebben geopteerd, kan het bezwarende karakter van een dergelijke overeenkomst niet op losse schroeven zetten.
- (iii) ASL Lecce (19 december 2012, C-159/11): ook een vergoeding die beperkt blijft tot terugbetaling van kosten die zijn gemaakt om een overeengekomen dienst te verrichten, kan leiden tot een bezwarende titel.

CONCESSIE VOOR DIENSTEN

- 93 Als sprake is van een overheidsopdracht voor diensten, rust er in situatie (i) toch geen aanbestedingsplicht op een gemeente, als de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat uit een recht de dienst te exploiteren, al dan niet gecombineerd met een betaling.⁵⁸
- 94 In dat geval is sprake van een concessieovereenkomst voor diensten in de zin van artikel 1.7 van de Aanbestedingswet 2012.⁵⁹ Het Hof van Justitie heeft in een aantal arresten verduidelijkt wanneer sprake is van een concessie voor diensten⁶⁰:
- (i) Norma-A en Dekom (10 november 2011, C-348/10): Uit de begrippen „overheidsopdracht voor diensten” en „concessieovereenkomst voor diensten”, volgt dat het verschil tussen een opdracht voor diensten en een concessieovereenkomst

⁵⁸ Het recht om de dienst te exploiteren kan gecombineerd worden met een betaling. Dit houdt in dat ook gevallen waarin de aanbestedende dienst een prijs betaalt als tegenprestatie voor de uitvoering van diensten onder de definitie van concessieovereenkomst vallen, op voorwaarde dat deze prijs niet een belangrijk deel van het exploitatierisico wegneemt (Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (2000/C 121/02)).

⁵⁹ Indien een concessieovereenkomst voor diensten een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, zijn wel de beginselen van gelijke behandeling en transparantie via de bepalingen inzake het vrije verkeer - en het daaraan ten grondslag liggende verbod van discriminatie op grond van nationaliteit - van toepassing en moet de opdracht met een passende mate van openbaarheid bekend gemaakt worden. Wij achten het niet aannemelijk dat er een duidelijk grensoverschrijdend belang is, nu de zorgverzekeringsmarkt een puur nationale markt is.

⁶⁰ De vraag of sprake is van een concessie of van een overheidsopdracht dient uitsluitend op basis van het Europese recht te worden beoordeeld. Hof van Justitie, 10 maart 2011, C-274/09; Hof van Justitie, 10 november 2011, C-348/10.

voor diensten is gelegen in de tegenprestatie voor de dienstverlening. De opdracht voor diensten behelst een tegenprestatie die door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverrichter wordt betaald, terwijl bij een concessieovereenkomst voor diensten de tegenprestatie voor de dienstverlening bestaat in het recht om de dienst te exploiteren, al dan niet gepaard gaande met een prijs. De omstandigheid dat een opdrachtnemer niet rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, maar het recht heeft om vergoedingen van derden te innen, voldoet aan het voorgeschreven vereiste van een tegenprestatie. Dit is het geval wanneer degene die de openbare busvervoersdiensten verricht het recht verkrijgt om de diensten te exploiteren en als tegenprestatie daarvoor door de gebruikers van die diensten wordt vergoed tegen een vastgesteld tarief.

- (ii) Eurawasser (10 september 2009, C-206/08): Ook al is het risico voor de aanbestedende dienst erg beperkt, het is voor de conclusie dat sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten hoe dan ook noodzakelijk dat de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder.⁶¹
- (iii) Privater Rettungsdienst (10 maart 2011, C-274/09): Ook al is de wijze van vergoeding dus een van de factoren die bepalend zijn voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten, uit de rechtspraak volgt voorts dat de concessieovereenkomst voor diensten impliceert dat de opdrachtnemer het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt, en dat de omstandigheid dat het aan de verlening van de dienst verbonden risico niet wordt overgedragen op de dienstverrichter, erop duidt dat de bedoelde transactie een overheidsopdracht voor diensten vormt en niet een concessieovereenkomst voor diensten. (...) Een economisch exploitatierisico moet worden opgevat als: “(...) *het risico van blootstelling aan de grillen van de markt (...), dat zijn neerslag kan vinden in het gevaar voor mededinging van andere marktdeelnemers, het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod van diensten, het risico van insolventie van degenen die de verrichte diensten moeten betalen, het risico dat de exploitatiekosten niet volledig door de inkomsten worden gedekt of ook het risico van aansprakelijkheid voor schade wegens gebrekkige dienstverlening.*” Slecht beheer of beoordelingsfouten van de marktdeelnemer zijn niet bepalend voor deze kwalificatie.

In deze zaak liepen de uitvoerders het gevaar dat hun vergoedingen niet de exploitatiekosten dekten. Er was daarnaast geen sprake van een wettelijke garantie voor volledige vergoeding van de kosten. Op grond van een debiteurenrisico van niet-verzekerden en particulier verzekerden in combinatie met de constatering dat niet was uitgesloten dat meerdere marktdeelnemers in hetzelfde gebied hun diensten

⁶¹ Zie voor meer uitspraken hieromtrent: <http://www.pianoo.nl/regelgeving/jurisprudentie/overheidsopdrachten-uitgezonderde-opdrachten/concessies-voor-diensten>.

konden aanbieden, oordeelde het Hof dat de opdracht kwalificeerde als een dienstenconcessie.

BIJLAGE 2

VERLICHT REGIME

Artikel 2a.30 lid 2⁶² jo. artikel 2.81 lid 2: Een aanbestedende dienst verzoekt de inschrijvers of de gegadigden aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het recht van de Europese Unie, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X van richtlijn 2014/24/EU vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

Artikel 2a.31: Afdeling 2.3.1 is van overeenkomstige toepassing op concessieopdrachten. Deze afdeling bevat algemene bepalingen over inschrijvers, communicatie en inlichtingen.

Artikel 2a.49 jo. artikel 2.108: De aanbestedende dienst neemt geen kennis van de inhoud van het verzoek tot deelneming of de inschrijving voordat de uiterste termijn voor het indienen is verstreken.

Artikel 2a.50:

1. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gunnen een concessieopdracht op basis van objectieve criteria en bewerkstelligen dat de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging worden beoordeeld waardoor een algeheel economisch voordeel voor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan worden vastgesteld.
2. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven stellen gunningscriteria vast die verband houden met het voorwerp van de opdracht.
3. De gunningscriteria kunnen onder meer sociale, innovatiegerelateerde of milieucriteria omvatten.
4. De gunningscriteria gaan vergezeld van eisen die het mogelijk maken de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk te controleren.
5. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf somt de gunningscriteria op in afnemende volgorde van belangrijkheid.
6. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gaat na of de inschrijvingen daadwerkelijk voldoen aan de gunningscriteria.
7. In afwijking van het vijfde lid kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, indien hij of zij een offerte ontvangt waarin een innovatieve oplossing met een uitzonderlijk hoog functioneel prestatieniveau wordt voorgesteld dat door een zorgvuldig handelende aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf niet kon worden voorzien, bij wijze van

⁶² Het wetsvoorstel vermeldt abusievelijk 2a.30, derde lid.

uitzondering de volgorde van de gunningscriteria wijzigen, zodat rekening kan worden gehouden met de nieuwe mogelijkheden die door de innovatieve oplossing worden geboden.

8. In het in het zevende lid bedoelde geval stelt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf alle inschrijvers op de hoogte van de wijziging van de volgorde van de gunningscriteria en doet een nieuwe oproep tot het indienen van inschrijvingen, met inachtneming van de in artikel 2a.37, bedoelde termijnen.

9. Indien de gunningscriteria zijn bekendgemaakt op het tijdstip van de bekendmaking van de concessieaankondiging, maakt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf bij toepassing van het achtste lid, een nieuwe concessieaankondiging bekend met inachtneming van de in artikel 2a.36, vermelde termijn.

10. Wijziging van de volgorde van de gunningscriteria mag niet leiden tot discriminatie.

Artikel 2a.51: Paragraaf 2.3.8.8 is van overeenkomstige toepassing op concessieopdrachten. Deze paragraaf bevat bepalingen over de gunningsbeslissing.

Artikel 4.15 en 4.16: deze bepalingen bevatten bepalingen over vernietigbaarheid van een gegunde overeenkomst.

Op grond van art. 2a.33 lid 2 moet het voornemen tot het plaatsen van een concessieopdracht daarnaast worden aangekondigd. Ook gelden de algemene bepalingen uit deel 1 van de Aanbestedingswet.