

# Tender Nieuwsbrief 2021

## De zaak: inkopen in het sociaal domein

Auteur(s): mr. A. Stellingwerff Beintema

Gemeenten zijn sinds 1 januari 2015 verantwoordelijk voor de uitvoering van de Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo 2015). In hoeverre zijn zij vrij om het tarief te bepalen waartegen zij de zorg willen inkopen?

### De zaak

Ter uitvoering van de Jeugdwet zijn elf gemeenten in de regio Haaglanden (de H10-gemeenten) een open-house-procedure gestart voor het verlenen van jeugdhulp voor de periode 2020-2024. Dit houdt in dat met alle partijen die zich aanmelden en die niet vallen onder de uitsluitingsgronden, die voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen en zich wensen te conformeren aan de gestelde voorwaarden (waaronder de tarieven) een raamovereenkomst wordt gesloten.

Twaalf jeugdhulpaanbieders hebben een kort geding gevoerd tegen de H10-gemeenten. Volgens hen zijn de vastgestelde tarieven te laag en niet kostendekkend. De Haagse voorzieningenrechter bespreekt de door de H10-gemeenten gehanteerde parameters (productiviteit, no show, reistijd, functiemix, overhead, indexering) die deel uitmaken van de kostprijsberekening waarop de vastgestelde tarieven zijn gebaseerd. De voorzieningenrechter komt tot het oordeel dat de H10-gemeenten:

1. zich bij het vaststellen van de tarieven hebben gebaseerd op cijfers en percentages in rapporten waarin andere uitgangspunten voor productiviteit, no-show, en overhead werden gehanteerd dan dat de H10-gemeenten doen, en er aldus 'appels met peren' zijn vergeleken;
2. geen rekening hebben gehouden met een redelijke reistijd;
3. moeten uitgaan van de benodigde functie-mix om de vereiste kwaliteit te leveren, en onvoldoende rekening hebben gehouden met regionale en organisatie-specifieke aspecten die van invloed zijn op de kostprijs;
4. bij de indexering volledig rekening moeten houden met de door de overheid vastgestelde indexering (OVA) en de opslagen conform de toepasselijke CAO's.

De voorzieningenrechter onderkent de specifieke situatie van vrijgevestigden (die op onderdelen afwijkt van die van andere aanbieders), en geeft de H10-gemeenten in overweging om op deze onderdelen nader inzicht te verschaffen en/of in samenspraak met de markt zo nodig wijzigingen door te voeren.

De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat de H10-gemeenten opnieuw naar de tarieven moeten kijken en deze in overeenstemming moeten brengen met de Jeugdwet, zodat de tarieven alsnog kostendekkend en reëel worden.

De H10-gemeenten zijn in hoger beroep gegaan. Het Haagse gerechtshof oordeelt:

1. De H10-gemeenten zijn op grond van art. 2:12 Jeugdwet gehouden om reële tarieven te hanteren, die niet ten koste mogen gaan van de kwaliteit.
2. Bij het vaststellen van reële tarieven moeten de H10-gemeenten rekening houden met de sectorale uitvoeringswerkelijkheid. Dit betekent dat rekening moet worden gehouden met regionale en organisatie-specifieke kenmerken. Dit houdt in dat het vastgestelde tarief de reële kostprijs moet dekken van de in te kopen jeugdhulp zoals die dient te worden verleend door de groep van aanbieders van de desbetreffende vorm van jeugdhulp om aan de vraag in de regio te kunnen voldoen. Hierbij moet het bestaande aanbod van jeugdhulpaanbieders in aanmerking worden genomen.
3. De VNG-Handreiking bekostiging J-GGZ inspanningsgericht is bij het vaststellen van de tarieven relevant. Deze geeft een bruikbare indicatie van aspecten/kostenfactoren die in aanmerking genomen moeten worden bij de inschatting van een reële kostprijs (niet alleen voor de jeugd-GGZ-activiteiten, maar ook voor de andere jeugdhulpactiviteiten).
4. Meer in het bijzonder moeten de H10-gemeenten bij de kostprijs-elementen productiviteit, verhouding tussen directe en indirecte cliëntgebonden uren, het percentage no show, reistijd, en functiemix rekening houden met organisatie-specifieke aspecten en regionale omstandigheden.
5. Gelet op de uit het bestuursrecht afkomstige motiveringsplicht moeten de H10-gemeenten onderbouwen dat een goede verhouding bestaat tussen de prijs voor de levering van jeugdhulp (die zij door de jeugdhulpaanbieders willen laten uitvoeren) en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit, rekening houdend met de deskundigheid van beroepskrachten en de toepasselijke arbeidsvoorwaarden. De motivering moet – gelet op de bestuursrechtelijke beginselen van zorgvuldigheid en transparantie – zodanig zijn dat jeugdhulpaanbieders kunnen toetsen of voldoende rekening is gehouden met (onder meer) de organisatie-specifieke aspecten en regionale omstandigheden.

Het Haagse gerechtshof bekrachtigt het vonnis.

## Commentaar

In 2015 zijn gemeenten verantwoordelijk geworden voor het hele sociale domein, zodat gemeenten een integrale aanpak op het terrein van armoede, schulden of huisvesting kunnen hanteren. Dit is neergelegd in de Jeugdwet en de Wmo 2015.

Gemeenten mogen, als zij de uitvoering door derden (zorgaanbieders) laten verrichten, zelf de tarieven bepalen. Wel moeten zij een goede verhouding waarborgen tussen (i) de prijs voor de levering van de zorg en (ii) de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit daarvan. Daarbij moet rekening worden gehouden met de deskundigheid van de beroepskrachten en de toepasselijke arbeidsvoorwaarden. Anders gezegd: de tarieven moeten reëel zijn en niet ten koste gaan van de kwaliteit. Dit volgt niet alleen uit de aanbestedingsrechtelijke en bestuursrechtelijke beginselen van proportionaliteit en evenredigheid, maar staat meer in het bijzonder in art. 2.12 Jeugdwet en art. 2.6.6 Wmo 2015.

Op 1 juni 2017 trad de AMvB Reële prijs Wmo 2015 in werking. Ingevolge deze AMvB is aan het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 een nieuw artikel (art. 5.4) toegevoegd. Conform dit artikel moet een gemeente de reële prijs vaststellen met inachtneming van de daarin genoemde elementen. De Jeugdwet kent een dergelijke specifieke bepaling niet. Dit neemt niet weg dat hierbij wel aansluiting kan worden gevonden.

Op grond van de AMvB hebben gemeenten drie mogelijkheden:

1. een reële prijs vaststellen als vaste prijs;
2. een reële prijs vaststellen als minimumprijs;
3. geen prijs vaststellen en de bepaling van de hoogte van een reële prijs overlaten aan de inschrijvers conform de in de Nota van Toelichting bij de AMvB beschreven procedure.

Bij de laatste mogelijkheid mogen gemeenten een maximumtarief vaststellen. Echter, dit tarief moet gelijk zijn aan of hoger zijn dan de reële prijs.<sup>1</sup>

Gemeenten krijgen structureel te weinig geld van het Rijk om goede hulp te kunnen bieden.<sup>2</sup> Dit leidt regelmatig tot het vaststellen van (te) lage tarieven voor bijvoorbeeld jeugdhulp en hulp in de huishouding. Aanbieders zijn veelal afhankelijk van contractering met de gemeente in de regio waarin zij zijn gevestigd. Een aanbieder die structureel tegen te lage tarieven contracteert, loopt het risico op faillissement. Faillissement dreigt inmiddels voor een groot aantal aanbieders.<sup>3</sup> Sinds GGZ Breburg als eerste jeugdhulpaanbieder met succes in rechte opkwam tegen de door de gemeente Tilburg vastgestelde niet reële tarieven, volgden vele anderen, eveneens met succes.<sup>4</sup>

Inmiddels is er een vaste lijn in de jurisprudentie ontstaan.<sup>5</sup> Het Haagse gerechtshof volgt deze lijn, en heeft bovengenoemde nadere verdieping aangebracht. Op grond van de jurisprudentie moeten gemeenten:

1. op basis van deugdelijk onderzoek komen tot de vaststelling van de tarieven, waarbij rekening moet worden gehouden met de sectorale uitvoeringswerkelijkheid. Hierbij moet de kostprijs van de daadwerkelijk te leveren zorg (tegen de vereiste kwaliteit) door een redelijk efficiënt functionerende aanbieder tot uitgangspunt worden genomen. Het tarief hoeft dus niet kostendekkend te zijn voor een aanbieder die niet redelijk efficiënt functioneert;
2. meer in het bijzonder:
  - a. Wmo 2015: uitgaan van de kostprijselementen die in art. 5.4 lid 3 AMvB staan;
  - b. gebruik maken van de relevante door de VNG opgestelde handreiking of rekentool. Afwijken mag, mits de gemeenten de afwijkingen kunnen verklaren, althans op andere wijze inzichtelijk kunnen maken op welke wijze zij tot de vastgestelde prijzen zijn gekomen;
  - c. acht slaan op bepaalde organisatie-specifieke aspecten die een significante impact kunnen hebben op de kostenopbouw van de (groep) aanbieders die de betreffende zorg leveren. Voorbeelden: zorginhoud/complexiteit van zorg, de kosten van vastgoed, de beschikbaarheid van voldoende gekwalificeerd personeel, aanrijtijden, en bepaalde specialisaties;
  - d. rekening houden met gelegitimeerde regionale of anderszins goed onderbouwde kostenverschillen;
3. differentiëren in prijs naar gelang de aard en type van de door een aanbieder te verlenen dienst verschilt;
4. een indexeringsclausule in de overeenkomst opnemen die volledig rekening houdt met de door de overheid vastgestelde indexering (OVA) en (opslagen conform of aanpassingen van) de toepasselijke CAO's;
5. bovenop de kostprijs ten minste nog een opslag zetten om financiële risico's te kunnen afdekken;
6. op transparante wijze kenbaar maken (i) op welke wijze en (ii) met inachtneming van welke elementen zij tot het vaststellen van de tarieven zijn gekomen. In het geval de Wmo 2015 van toepassing is, moet de onderbouwing geschieden langs de in de AMvB genoemde elementen. De onderbouwing moet op een dusdanige wijze openbaar worden gemaakt dat aanbieders kunnen toetsen of gemeenten voldoende rekening hebben gehouden met voornoemde verplichtingen.

Deze verplichtingen gelden niet alleen bij het aangaan van een overeenkomst, maar gelden ook bij een verlenging van de overeenkomst waarbij gemeenten nieuwe tarieven vaststellen.

Het feit dat gemeenten de door hen te maken zorgkosten voor de komende jaren wensen te beperken omdat zij te kampen hebben met forse budgettaire problemen, al dan niet wegens een onvoldoende hoge bijdrage van het Rijk, rechtvaardigt niet het vaststellen van een te laag tarief.

De voornoemde verplichtingen rusten niet alleen op gemeenten. Ook de Staat der Nederlanden en zorgkantoren zijn hieraan gehouden, als zij lagere tarieven wensen vast te stellen dan de maximum tarieven, die de Nederlandse Zorgautoriteit op grond van de Wet marktordening gezondheidszorg heeft vastgesteld. Te denken valt daarbij aan de inkoop van forensische zorg en aan de inkoop van zorg in het kader van de Wiz.<sup>6</sup>

1. Vزر. Rb. Noord-Nederland, 20 november 2020, [ECLI:NL:RBNNE:2020:3982](#).

2. Binnenlands Bestuur 24 november 2020, 'Gemeenten krijgen structureel te weinig jeugdbudget'.

3. AD, 21 oktober 2019, 'Tientallen jeugdzorginstellingen dreigen failliet te gaan'.

4. Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, 13 november 2017, [ECLI:NL:RBZWB:2017:7312](#); Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 30 oktober 2018, [ECLI:NL:GHSHE:2018:4534](#).

5. Zie ook: Vزر. Rb. Noord-Nederland, 20 november 2020, [ECLI:NL:RBNNE:2020:3982](#); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 21 januari 2020, [ECLI:NL:GHARL:2020:437](#); Vزر. Rb. Noord-Nederland, 13 december 2019, [ECLI:NL:RBNNE:2019:5168](#); Vزر. Rb. Den Haag, 22 oktober 2019, [ECLI:NL:RBDHA:2019:11096](#).

6. Vزر. Rb. Den Haag, 1 oktober 2020, [ECLI:NL:RBDHA:2020:9527](#); Vزر. Rb. Den Haag, 28 januari 2020, [ECLI:NL:RBDHA:2020:544](#).

**VIND Inkoop en Aanbesteding**

