

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 507 | Samenvatting

De klacht ziet op een inkoopprocedure voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor sociale en andere specifieke diensten, in dit geval specialistische jeugdhulp.

In klachtonderdeel 1 klaagt ondernemer dat de gemeente in strijd handelt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie doordat ten tijde van het indienen van de klacht nog niet duidelijk was tegen welke precieze voorwaarden de ondernemer de opdracht dient uit te voeren als hij de opdracht gegund krijgt.

In klachtonderdeel 2 klaagt ondernemer dat de gemeente in strijd handelt met het proportionaliteitsbeginsel doordat onvoorwaardelijk moet worden ingeschreven op de opdracht terwijl de precieze voorwaarden nog niet bekend zijn en de ondernemer geen mogelijkheid heeft de raamovereenkomst op te zeggen op het moment dat de voorwaarden voor uitvoering van de opdracht wél duidelijk zijn.

De Commissie stelt vast dat sprake is van een toelatingsprocedure in de zin van de arresten Falk Pharma en Tirkkonen van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het door de gemeente opgezette systeem bestaat er uit dat zij diensten op de markt inkoopt door overeenkomsten te sluiten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken diensten te leveren op basis van vooraf vastgestelde voorwaarden. Verder is het géén eigenschap van het door de gemeente opgezette systeem dat een selectie plaatsvindt onder de belangstellende ondernemingen die leidt tot exclusiviteit voor de uitgekozen ondernemingen. Bovendien kunnen belangstellende ondernemers gedurende de looptijd van de overeenkomst toetreden tot het systeem.

Naar het oordeel van de Commissie kan de onderhavige procedure weliswaar als een inkoopprocedure worden gekwalificeerd, maar niet als een aanbestedingsprocedure. Daarmee zijn Richtlijn 2014/24/EU en Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet op deze inkoopprocedure van toepassing.

De vrijheid van de gemeente is echter niet onbeperkt. Indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, zal de gemeente wel de fundamentele regels van het VWEU in acht moeten nemen, in het bijzonder de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie. Op basis van het transparantiebeginsel zal de inkoopprocedure in dat geval door middel van een aankondiging bekend moeten worden gemaakt. De Commissie neemt tot uitgangspunt dat er geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Naar het oordeel van de Commissie is onduidelijk of het de bedoeling van de wetgever is geweest dat Afdeling 1.2.3 ook van toepassing is op toelatingsprocedures als de onderhavige.

Verder is niet gesteld of gebleken dat de gemeente in de aankondiging of in de tijdens de inkoopprocedure aan geïnteresseerde ondernemingen verstrekte stukken de Aanbestedingswet 2012 of de aanbestedingsrechtelijke beginselen op de procedure van toepassing heeft verklaard.

Bij gebreke van duidelijke aanwijzingen van de wetgever omtrent de toepasselijkheid van Afdeling 1.2.3 op de onderhavige toelatingsprocedure, kan de Commissie

niet tot een gegrondverklaring van de klachtonderdelen komen op basis van de artikelen in deze afdeling. Daarmee acht de Commissie beide klachtonderdelen ongegrond.

Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. In gevallen als het onderhavige zijn de gemeenten uiteraard wel gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheids-, rechtszekerheids- en evenredigheidsbeginsel. De Commissie vraagt zich af of de gemeenten daarmee in overeenstemming handelen door zichzelf het recht voor te behouden de raamovereenkomsten eenzijdig te mogen wijzigen. Verder is het volgens de Commissie niet ondenkbaar dat een contractspartij van de gemeenten in voorkomend geval met succes een beroep zal kunnen doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

#### Aanbeveling

De Commissie constateert dat zowel in de inkooppraktijk als in de rechtspraktijk onduidelijkheid bestaat over het antwoord op de vraag of – en zo ja: in welke mate – een aanbestedende dienst van rechtswege gebonden is aan de beginselen van aanbestedingsrecht en aan Deel 1 van de Aanbestedingswet 2012, in het geval hij een toelatingsprocedure als de onderhavige aankondigt die buiten het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 valt. In de praktijk bestaat tevens onduidelijkheid over het antwoord op de vraag wat de inhoud en strekking is van de verplichtingen die een aanbestedende dienst op zich neemt in het geval hij er zelf toe overgaat een of meer bepalingen van Deel 1 en – eventueel – de bepalingen van Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 op de aangekondigde toelatingsprocedure van toepassing te verklaren.

De Commissie beveelt de wetgever aan om de praktijk duidelijkheid te verschaffen ten aanzien van de hiervoor gestelde vragen. De Commissie geeft de wetgever in dat verband, onder meer, het volgende in overweging.

Wanneer een aanbestedende dienst een toelatingsprocedure als de onderhavige algemeen aankondigt en men uit zou gaan van de premisse van gebondenheid aan de beginselen van aanbestedingsrecht – hetzij van rechtswege, hetzij via zelfbinding – dan hebben deze beginselen naar het oordeel van de Commissie in de kern de functie om te waarborgen dat een onderneming, die verzoekt tot de procedure te worden toegelaten, in gelijke gevallen niet anders wordt behandeld dan andere ondernemingen. In zoverre is de strekking van de toepassing van de beginselen vergelijkbaar met de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het geval dat een burger bij de overheid een aanvraag indient voor een (niet schaarse) vergunning. In een dergelijk geval hebben de beginselen echter niet de functie om een eerlijke competitie tussen ondernemingen onderling te waarborgen. In een toelatingsprocedure als de onderhavige vindt immers geen selectie onder de belangstellende ondernemingen plaats die leidt tot exclusiviteit voor de uitgekozen ondernemingen. Het ontbreken van competitie brengt naar het oordeel van de Commissie met zich mee dat de beginselen bij een toelatingsprocedure anders zullen moeten uitwerken dan bij een aanbestedingsprocedure.

De Commissie illustreert het hiervoor bedoelde verschil aan de hand van het volgende voorbeeld. In een aanbestedingsprocedure zal een onderneming op grond van aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie slechts bij hoge uitzondering in de gelegenheid mogen worden gesteld om een fout in zijn aanmelding of inschrijving te herstellen. De reden daarvoor is dat het bieden van een onbeperkte herstelmogelijkheid botst met het belang van een eerlijke competitie tussen de ondernemingen die meedingen naar die ene (schaarse) opdracht. In een toelatingsprocedure als de onderhavige speelt dat probleem niet. Aangezien in een dergelijke procedure

geen sprake is van verdeling van een of meer schaarse rechten, zal het bieden van een herstelmogelijkheid aan de ene onderneming in beginsel geen afbreuk behoeven te doen aan het belang van de andere ondernemingen die aan de procedure deelnemen. De toewijzing van een recht aan de ene onderneming heeft – anders dan in een aanbestedingsprocedure – immers niet tot gevolg dat de andere ondernemingen aanspraken verliezen.

Het voorgaande voorbeeld laat zien dat de beginselen – in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het proportionaliteitsbeginsel – zich in een toelatingsprocedure als de onderhavige mogelijk anders tot elkaar verhouden en op een andere manier zullen moeten worden toegepast dan in het geval van een aanbestedingsprocedure. De Commissie ziet meer voorbeelden voor zich waarin dat het geval zal zijn. Dat geldt ook voor de toepassing van diverse bepalingen in de Aanbestedingswet 2012, die een uitwerking vormen van die beginselen.

De Commissie geeft de wetgever in overweging om – gelet op de bijzondere aard en context van toelatingsprocedures als de onderhavige – expliciet te regelen dat dergelijke procedures buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 vallen. Vervolgens zou de wetgever in een afzonderlijke regeling van die procedures kunnen voorzien, waarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan als uitgangspunt voor die regeling worden gehanteerd.

De wetgever zou ook kunnen overwegen om toelatingsprocedures als de onderhavige expliciet binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 te houden en daarbij duidelijk kunnen maken hoe de beginselen en bepalingen van die wet dan dienen te worden toegepast gelet op de bijzondere aard en context van de toelatingsprocedure.

De Commissie schat in dat de eerstgenoemde optie de inkoop- en rechtspraktijk meer duidelijkheid zal bieden dan de tweede gesuggereerde optie.

**Advies 507**

**1. Feiten**

- 1.1. Gemeente A heeft namens zeven gemeenten op 2 oktober 2018 een inkoopprocedure aangekondigd op TenderNed voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor sociale en andere specifieke diensten, in dit geval specialistische jeugdhulp.
- 1.2. In de aankondiging 'Sociale en andere specifieke diensten – overheidsopdrachten' is, onder meer, bepaald:

'AFDELING II: VOORWERP

**II.2) BESCHRIJVING**

(...)

**II.2.7) Looptijd van de opdracht of van de raamovereenkomst**

Looptijd in maanden: 24

(...)

AFDELING IV: PROCEDURE

**IV.1) BESCHRIJVING**

(...)

**IV.1.3) Inlichtingen over de raamovereenkomst**

De aanbesteding betreft het sluiten van een raamovereenkomst

In het geval van raamovereenkomsten - motivering voor een looptijd van meer dan vier jaar:

[De gemeenten] spreken de intentie uit om voor een langere termijn met de zorgaanbieders te willen samenwerken.

De inhoudelijke ontwikkeling en het wederzijds van elkaar leren beperkt zich niet tot inkoopmomenten of de duur van raamovereenkomst. Daardoor kan de raamovereenkomst de komende jaren inhoudelijk mogelijk nog enigszins gaan veranderen. Daarom is gekozen om de raamovereenkomst aan te gaan voor een periode van twee (2) jaar, ingaande 1 januari 2020 en derhalve eindigende 31 december 2021.

(...)

AFDELING VI: AANVULLENDE INLICHTINGEN

(...)

**VI.3) NADERE INLICHTINGEN**

Aanbesteding conform: Jeugdwet, de Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het inkoopbeleid van [Gemeente A]

(...)'

- 1.3. In de 'Offerteaanvraag Specialistische jeugdhulp, segment B (...)' (hierna: de Offerteaanvraag) van 2 oktober 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

'Voorwoord

In deze inschrijving aanvraag staan de voorwaarden en instructies voor zorgaanbieders die willen deelnemen aan de inkoopprocedure volgens het Zeeuws model.  
(...)

## **1 Beschrijving opdracht**

### **1.1 Doel van de opdracht**

Deze offerteaanvraag richt zich op de inkoop van de Specialistische Jeugdhulp (segment B) binnen de zeven (7) [gemeenten].

(...)

### **1.2 Inkoopprocedure**

Het betreft een inkoopprocedure volgens het 'Zeeuws model'. Dit betekent dat iedere inschrijver die voldoet aan de gestelde eisen in aanmerking kan komen voor een raamovereenkomst. De inkoopprocedure wordt via het inkoopplatform TenderNed gepubliceerd om iedere potentiële inschrijver de gelegenheid te geven zich aan te melden. Zie verder hoofdstuk vier (4).

### **1.3 Wettelijk kader**

[Gemeente A] is door de zeven (7) [Gemeenten] aangewezen als inkopende dienst en voor inkoop gehouden aan een aantal wettelijke bepalingen zoals onder andere de Jeugdwet, de Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het gemeentelijk inkoopbeleid van [Gemeente A].

(...)

### **1.4 Raamovereenkomst**

De inkopende dienst is met dit inkooptraject voornemens diensten in te kopen door raamovereenkomsten te sluiten met iedere zorgaanbieder die voldoet aan de eisen uit deze offerteaanvraag en die akkoord gaat om hulp en ondersteuning te verlenen volgens de in dit inkooptraject vastgestelde voorwaarden.

Met iedere gegunde inschrijver zal een raamovereenkomst worden afgesloten. Vanuit de raamovereenkomst geldt geen afnameverplichting.

### **1.5 Looptijd**

De samenwerking met en tussen zorgaanbieders en het transformatieproces binnen het Sociaal Domein in [het gebied van de Gemeenten] zijn nog in volle gang. [De gemeenten] spreken daarom de intentie uit om voor een langere termijn met de zorgaanbieders te willen samenwerken.

De inhoudelijke ontwikkeling en het wederzijds van elkaar leren beperkt zich niet tot inkoopmomenten of de duur van raamovereenkomst. Daardoor kan de raamovereenkomst de komende jaren inhoudelijk mogelijk nog enigszins gaan veranderen. Daarom is gekozen om de raamovereenkomst aan te gaan voor een periode van twee (2) jaar, ingaande 1 januari 2020 en derhalve eindigende 31 december 2021.

Na afloop van de initiële looptijd kan opdrachtgever de raamovereenkomst tweemaal verlengen met een periode van maximaal één (1) jaar. De verlenging vindt plaats door middel van een schriftelijke kennisgeving aan de zorgaanbieder. De inkopende dienst zal uiterlijk drie (3) maanden voor het aflopen van de looptijd van de raamovereenkomst aangeven of zij intentie heeft de raamovereenkomst te verlengen en zo ja, op welke wijze.

### **1.6 Tussentijdse toetreding van aanbieders**

Gedurende de looptijd van de raamovereenkomst (dus na 1 februari 2020) kunnen zorgaanbieders zich aanmelden om in aanmerking te komen voor een nog niet gecontracteerde raamovereenkomst. Er is sprake van een maandelijks toetreding via TenderNed. De gunning van de raamovereenkomst wordt slechts dan verstrekt, wanneer de nieuwe zorgaanbieder voldoet aan alle gestelde criteria, waaraan ook de oorspronkelijk gecontracteerde zorgaanbieders moeten voldoen op het moment van de ingangsdatum voor de nieuwe raamovereenkomst. Daarnaast moet de inschrijver ook voldoen aan de eisen die eventueel naderhand zijn ingesteld. De einddatum voor raamovereenkomst met tussentijdse toetreders is in alle gevallen dezelfde als die voor de al eerder gecontracteerde zorgaanbieders, namelijk 31 december 2021 of in het geval van verlenging de dan geldende einddatum voor de verlenging.

### **1.7 Het voorbehoud om aanvullende afspraken te maken**

Ondanks het streven om de in deze inkoop beschreven dienstverlening volledig te contracteren, bestaat de mogelijkheid dat deze onvolledig blijft. Indien voor bepaalde diensten of [gemeenten] geen of onvoldoende aanbod is gecontracteerd, heeft de inkopende dienst de mogelijkheid om met één (1) of meerdere zorgaanbieders aanvullende afspraken te maken. Dit middel mag alleen worden ingezet om de betreffende hiaten in de dienstverlening van een passende oplossing te voorzien.

Inkopende dienst kan in gezamenlijkheid met gecontracteerde zorgaanbieders besluiten (gedurende de looptijd van de raamovereenkomst) om innovatieve diensten in de bestaande raamovereenkomst op te nemen of geconstateerde omissies op te lossen. Ook kunnen niet langer passende of afgenomen diensten worden uitgefaseerd. Op deze wijze kan de raamovereenkomst passend worden gemaakt in het veranderende zorglandschap.

### **1.8 Resultaten meten**

Ten behoeve van de kwaliteit gaat inkopende dienst sturen op de resultaten van zorgaanbieders door het meten en inzichtelijk maken van deze resultaten. Er wordt op twee (2) niveaus naar deze resultaten gekeken:

- Op cliëntniveau (of de gestelde doelen/resultaten naar tevredenheid zijn behaald); én
- Op niveau van de individuele gemeente en de regio als totaal (hoe presteert de zorgaanbieder binnen de gemeente/regio).

Gestreefd wordt naar regionale kwaliteitsstandaarden die vergelijkbaar zijn met landelijke standaarden. Deze resultaten dragen bij aan het gezamenlijk leren en optimaliseren. Resultaten meten valt uiteen in twee (2) aspecten:

1. Prestatie-indicatoren
2. Managementinformatie

De prestatie-indicatoren zijn gebaseerd op de landelijke outcome-standaarden en zullen primair dienen om de prestaties van zorgaanbieders in kaart te brengen en te kunnen beoordelen. Zie verder paragraaf 1.10

Managementinformatie daarentegen zal onder andere worden gebruikt ten behoeve van de contractmanager en toezichthouder. Op basis van deze managementinformatie zal structureel (minimaal één (1) keer per jaar, maar zoveel vaker als nodig geacht) een evaluatie op zorgaanbiederniveau worden uitgevoerd waarbij de volgende onderwerpen met de zorgaanbieder worden besproken:

- Kwaliteit van dienstverlening;
- Naleving gemaakte afspraken;
- Leerproces en verbeteringen inkoopende dienst en zorgaanbieder;
- Doelrealisatie (zie paragraaf 1.9).

Om goed voorbereid het gesprek met de zorgaanbieder aan te gaan verzamelt de inkoopende dienst informatie. De te verzamelen informatie komt uit enquêtes bij cliënten, informatie uit het berichtenverkeer en van de lokale toegang. Met het oog op minimale administratieve lasten sluit inkoopende dienst zoveel mogelijk aan bij meetinstrumenten van andere regio's en/of landelijk ontwikkelde indicatoren en bestaande kwaliteitsmanagementsystemen.

Zorgaanbieder zal naast het gesprek met de inkoopende dienst, incidenteel in gesprek gaan met de toezichthouder. De lokale toegang zal op individueel niveau in contact treden met de cliënt. De basis voor het gesprek met de lokale toegang is het perspectiefplan met daarin de opgestelde doelen. Vanwege de geldende wet- en regelgeving met betrekking tot privacy zullen enkel het lokale team en de toezichthouder op dit individuele niveau in contact treden met de cliënt.

### **1.9 Prestatie-indicatoren**

We monitoren om te kunnen sturen op de resultaten, hiervoor gebruiken we prestatie-indicatoren. De normstelling die zal bepalen of het resultaat is gehaald, wordt geagendeerd op één (1) van de ontwikkeltafels. Zie hierover ook de uitgangspunten (ontwikkeltafel).

De totstandkoming van de indicatoren is op basis van het landelijk harmonisatietraject (de samenwerking tussen de VNG, KING en een brede vertegenwoordiging van zorgaanbieders). Daarnaast is gekeken naar andere regio's.

Inkoopende dienst hanteert de volgende drie (3) prestatie-indicatoren:

1. Uitval
2. Cliënttevredenheid
3. Doelrealisatie

Doelrealisatie wordt uitgesplitst in drie (3) onderdelen:

- a) De mate waarin er na beëindiging geen nieuwe start ondersteuning plaatsvindt;
- b) De mate waarin cliënten met lichtere ondersteuning verder kunnen;
- c) De mate waarin overeengekomen doelen gerealiseerd zijn.

Het betreft hier doelrealisatie van beschikte ondersteuning, dus geen preventie.

Het meetinstrument voor onderdeel a en b is het berichtenverkeer. Voor onderdeel c is het meetinstrument en zal het perspectiefplan als basis dienen. Inkoopende dienst agendeert dit onderdeel voor één (1) van de ontwikkeltafels.

(...)

### **1.11 Administratieprotocol Specialistische Jeugdhulp**

In deze offerteaanvraag wordt verwezen hoe administratieve processen plaatsvinden. De volledige beschrijving van administratieve processen, de financiële afwikkeling, de verantwoording, controle van declaraties, de noodzakelijke gegevens en welke procedures gelden is eenduidig beschreven in het administratieprotocol. Dit protocol is als bijlage bij de offerteaanvraag gevoegd om u een beter beeld te geven over de wijze waarop [de Gemeenten] resultaatsturing vorm willen geven.

Het administratieprotocol betreft een dynamisch document, dit betekent dat de processen gedurende de loop van de overeenkomst kunnen worden verbeterd en aangepast. Op de website van [de Gemeenten] [website] zal te allen tijde de meest actuele versie van het administratieprotocol worden geplaatst.

### **1.12 Tarieven**

De tarieven zoals opgenomen in deze offerteaanvraag en inschrijfblad gelden voor de duur van de raamovereenkomst. De tarieven zijn berekend voor het jaar 2019 en kunnen voor aanvang van 2020 geïndexeerd worden. Bij een jaarovergang, kan een indexering toegepast worden (voor het eerst per 1 januari 2021). Het percentage zal uiterlijk 1 november van ieder kalenderjaar bekend worden gemaakt.

De hoogte van de indexatie wordt gebaseerd op ramingen van het Centraal Planbureau (CPB). Hierbij wordt een gewogen gemiddelde berekend van overheidsbijdrage in de arbeidskostenontwikkeling (OVA) en de prijsindexcijfers materiële kosten en kapitaal. Het indexatiecijfer wordt voorafgaand aan ieder contractjaar (T-1) vastgesteld op basis van de voorlopige indexcijfers van het CPB. Er vindt geen nacalculatie plaats op basis van de definitieve indexcijfers in het betreffende contractjaar (T), vanwege de administratieve last die dit met zich mee brengt.

De tarieven die worden gehanteerd zijn integrale tarieven waarbij alle voorkomende kosten voor de dienstverlening inbegrepen zijn in het tarief. Alle vermelde tarieven zijn in euro's, exclusief btw en alle overige belastingen en/of heffingen.

(...)

## **2 Specialistische jeugdhulp in [het gebied van de Gemeenten] en verder**

### **2.1 Vertrekpunt**

De ambitie van dit inkooptraject is om de transformatie en zorgvernieuwing beter te faciliteren en tot hun recht te laten komen. Daarbij staat de inkoopstrategie 2019 niet op zichzelf maar bouwt voort op de transformatievisie en de uitgangspunten zoals die door de gezamenlijke gemeenten zijn vastgesteld.

Uit oogpunt van continuïteit in de zorgverlening is in de startjaren van de transitie van 2015 tot en met 2019 grotendeels aangesloten bij de zorgproducten van vóór de transitie. Door deze pragmatische keuzes is de doelstelling bereikt van continuïteit in de zorgverlening, zowel voor de individuele jeugdige als voor de betrokken marktpartijen.

Keerzijde van deze werkwijze is dat de transitie is geslaagd, maar de transformatie nog (goed) op gang moet komen. Hoewel alle partijen de oprechte intentie hebben tot zorginhoudelijke samenwerking en innovatie, staan de schotten tussen de diverse sectoren (GGZ, LVB, JOH) in de productenstructuur, de zorgtoewijzing en de bekostigingswijze nog grotendeels overeind en daadwerkelijke samenwerking en innovatie te veel in de weg.

### **2.2 Transformatie**



Dit inkooptraject richt zich op de Specialistische Jeugdhulp. Er wordt echter een inhoudelijke koppeling gemaakt met andere domeinen in het Sociaal Domein zoals het Onderwijs, de Wmo en Werk & Inkomen. Zonder een goede verbinding met deze domeinen is effectieve jeugdhulp niet mogelijk. In paragraaf 2.3 en verder wordt een algemeen beeld gegeven van wat de visie en strategie beogen.

[De Gemeenten] willen het transformatieproces binnen het sociaal domein stimuleren. Dit doen [de Gemeenten] door per 2020 resultaatgericht te bekostigen. Door resultaatgericht te bekostigen komt het sturen op kwaliteit en resultaten centraal te staan. Het doel van deze nieuwe manier van werken en bekostigen is dat er meer ruimte komt voor de professional om combinaties van zorg en ondersteuning (arrangementen) in te zetten die bijdragen aan de resultaten die cliënten willen bereiken. Daarbij biedt het ook ruimte voor een integrale aanpak en innovatie.

Hiervoor zijn in de zeven (7) [Gemeenten] recent de kaders voor de inkoop Sociaal Domein vastgesteld. Deze bevatten zes (6) veranderopgaven voor de inkoop van de jeugdhulp en de Wmo-ondersteuning:

1. Vereenvoudiging van aanbodordering op basis van segmentatie (marktorde-ning);
2. Werken met ondersteuningsprofielen en intensiteiten;
3. Werken met een integraal perspectiefplan;
4. Regierol beter beleggen door te werken met regisseur en/of hoofdaannemer;
5. Sturen op resultaat door resultaatmeting en dialoog;
6. Resultaatgestuurd bekostigen.

### **2.3 Uitgangspunten en doelstellingen**

[De Gemeenten] willen de noodzaak tot ondersteuning van het gezin centraal stellen en afspraken maken over doelen en gewenste resultaten. Gemeenten willen dat gebeurt wat nodig is en een realistische prijs betalen voor de behaalde resultaten. Gemeenten willen flexibiliteit, kwaliteit en eenvoud. We hebben daarom de volgende uitgangspunten benoemd:

- De integrale en noodzakelijke ondersteuning van het gezin staat centraal in de jeugdhulp, waarbij integraal tevens betekent dat alle relevante elementen uit de leefwereld van de jeugdige of het gezin een plek krijgen in deze ondersteuning.
- (...)
- Eén (1) zorgaanbieder is verantwoordelijk voor de inzet van Specialistische Jeugdhulp bij een jeugdige. Dat betekent dat deze zorgaanbieder verantwoordelijkheid neemt voor het behalen van resultaten zoals geformuleerd in het perspectiefplan. De inzet van jeugdhulp is er altijd op gericht om resultaten over de hele noodzakelijke ondersteuning te realiseren.
- Het resultaat telt, wat betekent dat het gezin daadwerkelijk op een bepaald moment verder kan zonder (of met de meest minimale) inzet van Specialistische Jeugdhulp. Het gaat er voor gemeenten niet om hóe het resultaat wordt behaald, maar dát het wordt behaald. Zorgaanbieders zullen vrij zijn om het hóe in te vullen. Gemeenten zullen monitoren of dat resultaat ook daadwerkelijk is behaald.
- (...)

### **2.4 De verwijzing**

[De Gemeenten] kiezen voor keuzevrijheid voor de jeugdige/gezin en daarmee voor een breed palet aan zorgaanbieders. De sturingsfilosofie voor de inrichting van het nieuwe model is gebaseerd op zorginhoudelijke sturing. Het model gaat uit van de volgende principes:

- De sturing heeft de ondersteuningsbehoefte van de jeugdige als startpunt, op basis van de hulpvraag wordt een te behalen resultaat geformuleerd;

- Binnen de zorginhoudelijke sturing is een sleutelrol weggelegd voor de verwijzers. Zij bekijken samen met de jeugdige welke aanvullende ondersteuning nodig is en welk aanbod daarbij past;
- Verwijzers bepalen het ondersteuningsprofiel;
- De zorgaanbieder formuleert zijn aandeel in het te behalen resultaat met een passende intensiteit (doelrealisatie);
- Verwijzers bepalen het WAT (resultaat) en niet het HOE (behandelplan); dit doet de zorgaanbieder;
- Daar waar nodig voor het te behalen resultaat betreft de zorgaanbieder andere zorgaanbieders om een aandeel te leveren in het traject;
- Voorafgaand, tijdens en na het leveren van de hulp wordt deze – per jeugdige en in het totaal – verantwoord en gemonitord;
- [Gemeenten] maken op termijn de gerealiseerde resultaten van de ondersteuning per zorgaanbieder kenbaar bij verwijzers.

#### **2.4.1 Selectie door verwijzer van aanbieder voor uitvoering van de ondersteuning**

Om te waarborgen dat de verwijzing op objectieve, transparante en non-discriminatoire wijze plaatsvindt gelden voor de lokale toegang om tot een verwijzing naar een zorgaanbieder voor Specialistische Jeugdhulp te komen een aantal criteria. Daarbij kan één (1) criterium op zichzelf al doorslaggevend zijn en wordt naar een volgend criterium gekeken als er op basis van het daarvoor staande criteria geen keuze kan worden gemaakt:

1. De wens van jeugdige/gezin en zijn netwerk;
2. De specifieke zorgbehoefte van de jeugdige/gezin;
3. Nabijheid zorgaanbieder, liefst zo dicht mogelijk bij huidige woonplaats;
4. Wachttijden/beschikbaarheid bij zorgaanbieder;
5. Levensovertuiging;
6. Vanuit zorgperspectief vereiste zorgcontinuïteit.

Als op grond van bovenstaande (objectieve) criteria blijkt dat meerdere aanbieders aan deze criteria kunnen voldoen, en de cliënt heeft nog steeds geen voorkeur, dan beslist de cliënt via loting. Deze loting wordt vastgelegd door de lokale toegang.

(...)

#### **2.5 Hoofd- onderaannemerschap**

[De Gemeenten] hechten aan het behalen van resultaten. De zorgaanbieder neemt de verantwoordelijkheid om te doen wat nodig is om het resultaat/doel voor en samen met jeugdige/gezin te behalen. Dat betekent feitelijk dat de hulp zoals vastgelegd in het perspectiefplan wordt geleverd.

De zorgaanbieder dient tenminste de volgende kritieke taken zelf uit te voeren:

- Het in samenspraak met de jeugdige opstellen van het behandelplan met de daarin te behalen doelen;
- De afstemming met de lokale toegang gedurende de gehele periode van hulp aan een jeugdige;
- Het opstellen van het perspectiefplan;
- Het voeren van regie over de uitvoering van de hulp.

De zorgaanbieder is als hoofdaannemer verantwoordelijk voor het behalen van het gestelde resultaat/doel zoals benoemd in het behandelplan, welke in lijn is met het perspectiefplan van het gezin.

#### **2.6 Ondersteuningsprofielen en intensiteiten**

De gemeenten zetten geen producten of traditionele zorgsoorten meer in. Vanaf 1 januari 2020 wordt de jeugdhulp ingedeeld in tien ondersteuningsprofielen. Zie de

bijlage ondersteuningsprofielen voor een uitgebreide omschrijving. De arrangementen kunnen gedurende de raamovereenkomst nog worden aangescherpt. (...)

### **3 Ontwikkel tafels**

De nieuwe vormen van inkopen in [het gebied van de Gemeenten] (het sturen op resultaten) zal de komende periode verder ontwikkeld worden. Daarmee beogen we niet om te komen tot een perfect systeem, maar juist het gesprek te starten en te blijven voeren over de ontwikkeling van het stelsel en over de kwaliteit van de jeugdhulp. Dit vraagt de komende jaren een blijvende investering van zorgaanbieders en gemeenten.

De dialoog tussen zorgaanbieders en gemeenten wordt vormgegeven door middel van ontwikkel tafels. Dit zijn bijeenkomsten waarbij de visie op en de uitvoering van de jeugdhulp gezamenlijk doorontwikkeld worden. Ook kunnen ontwikkel tafels worden ingezet om met gemeenten en zorgaanbieders de voortgang te bespreken van het realiseren van de [transformatie bij de Gemeenten], op basis van regionale resultaten. In beide gevallen kunnen ontwikkel tafels leiden tot verdere uitwerking en verbetering van het systeem. Het doel is van elkaar te leren.

De gemeenten zien de ontwikkel tafels met zorgaanbieders als belangrijk instrument om gezamenlijk tot implementatie van de nieuwe methodiek te komen. Om die reden starten ontwikkel tafels met diverse thema's zodra de inkoopprocedure in 2019 is afgerond. Ook in de komende jaren vinden er minimaal drie (3) ontwikkel tafels per jaar plaats, ook in de eventuele verlengingsjaren. Tafelgenoten bestaan uit vertegenwoordigers van gecontracteerde zorgaanbieders, verwijzers en gemeenten.

De opsomming van ontwikkel tafels is niet limitatief.

#### **3.1 Ontwikkeltafel 'Soepele Overgang 18-/18+'**

(...)

#### **3.2 Ontwikkeltafel Resultaten meten**

(...)

#### **3.3 Ontwikkeltafel Expertteam**

(...)

#### **3.4 Ontwikkeltafel Onderwijszorgarrangementen**

(...)

#### **3.5 Ontwikkeltafel Toegang- en Perspectiefplan**

(...)

#### **3.6 Ontwikkeltafel Multidisciplinaire Aanpak (MDA) ++**

(...)

#### **4.7 Beoordelingsprocedure**

Na de opening van de kluis start de beoordelingsprocedure.

Eerst bepaalt de inkopende dienst of de inschrijving compleet is. Is dat niet het geval, dan verklaart de inkopende dienst de inschrijving ongeldig en neemt deze niet verder mee in de beoordeling. (...)

Ten tweede beoordeelt de inkopende dienst of de uitsluitingsgronden op inschrijver van toepassing zijn. Als dit zo is dan neemt de inkopende dienst de inschrijving niet verder mee in de beoordeling.

Ten derde beoordeelt de inkoopende dienst of inschrijver voldoet aan de geschiktheidseisen en of deze akkoord gaat met de eisen en voorwaarden zoals beschreven in hoofdstuk vijf (5) in deze offerte aanvraag. Als dit niet zo is, dan neemt de inkoopende dienst de inschrijving niet verder mee in de beoordeling.

(...)

#### **4.8 Gunning en afwijzing**

Indien een zorgaanbieder voldoet aan de eisen zal deze zonder een opschortende termijn in aanmerking komen voor een gunning. (...)

### **5 Eisen en voorwaarden**

(...)

#### **5.3 Algemene eisen Specialistische Jeugdhulp**

Door in te schrijven gaat u akkoord met de volgende eisen:

(...)

3. Inschrijver werkt mee aan een Multidisciplinaire Aanpak (MDA++) van kindermishandeling, huiselijk en seksueel geweld.

4. Inschrijver draagt op verzoek bij aan de ontwikkeltafels, conformeert zich aan en werkt volgens de werkafspraken die op de ontwikkeltafels gemaakt worden, ook als inschrijver er niet bij was. Dit geldt met name voor de ontwikkeltafel 'De Multidisciplinaire Aanpak MDA++.

(...)

24. Van zorgaanbieders wordt geëist dat het model Soepele Overgang wordt onderschreven en geïmplementeerd. De werkwijze staat beschreven in bijlage Model soepele overgang 18-/18+ en in de ontwikkeltafel 'Soepele overgang 18-/18+' zullen gemeenten en zorgaanbieders tot een nadere uitwerking komen van de implementatie in het primaire werkproces.

(...)

- 1.4. In Bijlage 4 bij de Offerteaanvraag "Concept raamovereenkomst" is, onder meer, het volgende bepaald:

#### **'Artikel 8 Acceptatieplicht**

8.1 Er geldt een acceptatieplicht voor opdrachtnemer, ongeacht [de woonplaats in het gebied van de Gemeenten] van de inwoner.

8.2 De start van de ondersteuning vindt altijd plaats binnen een termijn van drie (3) weken na de verzenddatum van het toewijzing (...)

(...)

#### **Artikel 17 Tarieven, Facturatie en bekostiging**

17.1 Opdrachtnemer committeert zich aan de jaarlijks vastgestelde tarieven door opdrachtgever. De tarieven zijn niet onderhandelbaar. Er kunnen géén meerkosten in rekening worden gebracht.

17.2 De tarieven die worden gehanteerd zijn integrale tarieven waarbij alle voorkomende kosten voor de dienstverlening inbegrepen zijn in het tarief. Alle vermelde tarieven zijn in euro's, exclusief btw en alle overige belastingen en/of heffingen. De gekozen procedure van inkoop staat geen tariefonderhandelingen toe. De tarieven zoals vastgelegd in deze raamovereenkomst gelden voor de duur van deze raamovereenkomst. Bij een jaarovergang, kan een indexering worden toegepast (voor het eerst per 1 januari 2021).

(...)

#### **Artikel 18 Prijsherzieningsclausule**

18.1 Uitgangspunt voor de tarieven Wmo is dat deze marktconform zijn, waarbij de dienstverlening wordt uitgevoerd binnen het beschikbare budget van opdrachtgever. Partijen onderkennen het volgende:

- a) Partijen hanteren een nieuwe tarievenstructuur, waarbij de tarieven zijn berekend op basis van relevante data en een kostenonderzoek uit 2017. De beperkte data (uit één jaar) en ervaring met deze tarievenstructuur heeft als risico dat de tarieven, zoals opgenomen in deze raamovereenkomst, niet-marktconform blijken te zijn.
- b) Het risico dat het budget van opdrachtgever voor de uitvoering van de Wmo wordt overschreden, omdat het beschikbare budget beperkt is. Een overschrijding van het budget is voor opdrachtgever een onwenselijke situatie.

18.2 Opdrachtgever behoudt zich het recht voor om eenzijdig de tarieven te wijzigen indien deze wijziging bijdraagt aan de uitgangspunten van lid 1. Het wijzigen van de tarieven vindt plaats middels de volgende procedure:

- Voorafgaand aan de start van de uitvoering van deze raamovereenkomst: In 2019 voert opdrachtgever een extra tarieven-/kostenonderzoek, over een (1) of meerdere profielen, uit. Indien opdrachtgever over onvoldoende informatie beschikt om dit kostenonderzoek uit te voeren, kan opdrachtgever aanvullende informatie (bijvoorbeeld over gehanteerde loonschalen) uitvragen bij opdrachtnemer. Opdrachtnemer is verplicht om hierin te voorzien. Opdrachtnemer wordt voorafgaand aan de ingangsdatum van deze raamovereenkomst geïnformeerd over de uitkomsten van het onderzoek en eventueel, tot welke tariefsaanpassingen opdrachtgever voornemens is. Opdrachtnemer heeft maximaal 14 kalenderdagen, nadat deze informatie is verstrekt, om hierop te reageren. Opdrachtgever heeft eenzijdig het recht om de tarieven aan te passen en informeert de opdrachtnemer hier uiterlijk drie (3) maanden voor de ingangsdatum van deze raamovereenkomst over.

18.3 Indien tarieven worden herzien, heeft opdrachtnemer het recht om de overeenkomst enkel voor wat betreft de herziene tarieven, op te zeggen. Hierbij bestaat geen recht op schadevergoeding. In dat geval moet de opdrachtnemer aantonen dat de kostprijs aantoonbaar hoger is. Dit dient opdrachtnemer binnen 14 kalenderdagen, na bekendmaking van de herziene tarieven, bekend te maken bij opdrachtgever.

18.4 De toepassing van lid 2 mag echter niet leiden tot vermindering van de kwaliteit van de dienstverlening zoals bepaald in deze raamovereenkomst.

18.5 Tijdens de looptijd van deze raamovereenkomst kan opdrachtgever de opdrachtnemer verplichten om deel te nemen aan een overleg om tot afwijkende financiële afspraken te komen ten opzichte van deze raamovereenkomst. Aanleiding hiervoor kan zijn dat budgetoverschrijding of -onderschrijding dreigt te ontstaan, als mogelijk signaal voor niet-marktconforme tarieven. Partijen dienen binnen acht (8) weken na uitnodiging van opdrachtgever te komen tot een oplossing.

(...)

## **Artikel 20 Wijziging raamovereenkomst**

20.1 Partijen zijn gehouden elkaar tijdig te informeren indien en voor zover sprake is van zodanige ontwikkelingen dat deze van wezenlijke invloed kunnen zijn op een zorgvuldige uitvoering van deze raamovereenkomst. Opdrachtnemer informeert opdrachtgever altijd indien er sprake is van verandering van de juridische structuur, het aangaan of beëindigen van garantiestellingen of het tot stand komen dan wel beëindigen van deelnemingen.

20.2 Indien ontwikkelingen zoals bedoeld in het eerste lid van dit artikel leiden tot een situatie die een ongewijzigde instandhouding van hetgeen in deze raamovereenkomst overeengekomen is niet langer toelaten, treden partijen met elkaar in gesprek teneinde de raamovereenkomst zodanig te wijzigen dateen zorgvuldige uitvoering van deze raamovereenkomst wordt gewaarborgd. Deze wijzigingen worden schriftelijk vastgelegd.

20.3 Opdrachtgever is bevoegd om de raamovereenkomst schriftelijk te wijzigen en/of aan te vullen, na overleg over de gevolgen van de wijziging en/ of aanvulling.

### **Artikel 21 Wijziging wet- of regelgeving en overig**

21.1 In geval van veranderingen in wet- en regelgeving en/of de ontwikkeling en uitvoering van overheidsbeleid (op nationaal, supranationaal en internationaal niveau) dan wel een gemeentelijk beleid, dan wel wijzigingen aangaande het budget van opdrachtgever(s) gedurende de looptijd van deze raamovereenkomst en/of op grond van onvoorziene omstandigheden als gevolg van invoering van de Jeugdwet, die de ongewijzigde uitvoering van deze raamovereenkomst voor tenminste één partij onredelijk bezwarend maken, treden partijen in overleg.

21.2 Opdrachtgever kan in redelijkheid, indien zij daartoe gehouden is gezien bedoelde veranderingen in wet- en regelgeving en/of de ontwikkeling en uitvoering van overheidsbeleid (op nationaal, supranationaal en internationaal niveau) dan wel een gemeentelijk beleid, gedurende de looptijd van deze raamovereenkomst dwingende wijzigingen van de raamovereenkomst opleggen. Partijen treden met elkaar in overleg over de ontstane situatie en zoeken gezamenlijk een oplossing.

21.3 Indien gedurende de looptijd van deze raamovereenkomst, de overeengekomen opdracht of een deel daarvan door een wijziging in wet- en regelgeving niet langer door opdrachtgever vergoed wordt, eindigt van rechtswege dat deel van deze raamovereenkomst dat betrekking heeft op de dan niet meer vergoede specialistische jeugdhulp, en wel met ingang van de inwerkingtreding van de gewijzigde wet- of regelgeving. Opdrachtgever is in een dergelijke situatie niet gehouden tot enige (schade)vergoeding.

(...)'

1.5. In de eerste Nota van Inlichtingen van 6 november 2018 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.5.1. Vraag 49 (betreffende het Administratieprotocol): 'Hoe definieert u op een eenduidige wijze de 'gemiddelde duur' van arrangementen? Gebeurt dit per groep per soort arrangement of anderszins? Kunt u een dit verder expliciteren en definiëren?'

Antwoord: 'Dit geldt voor de jaarafsluiting van 2020 en daar zullen we in de loop van 2020 nog op terugkomen.'

1.5.2. Vraag 69: 'Is het juist dat de afspraken voortvloeien uit de ontwikkeltafels een ingangsdatum hebben van 2022?'

Antwoord: 'De ontwikkeltafels starten na de gunning, in 2019. De afspraken kunnen ingaan vanaf 1 januari 2020.'

1.5.3. Vraag 70 en 76: 'Op basis waarvan wordt een aanbieder geselecteerd/gevraagd om deel te nemen aan de ontwikkeltafel?'

Antwoord op vraag 70 (in het antwoord op vraag 76 wordt naar het antwoord op vraag 70 verwezen): 'Op basis van expertise, complexiteit en omvang. We willen een zo breed mogelijke vertegenwoordiging van de zorgmarkt aan tafel.'

1.5.4. Vragen 72 en 74: 'Kunt u aangeven wat de verwachte tijdsinvestering en planning is van de ontwikkeltafels? Er moeten resources vrijgemaakt worden.'

Antwoord op vraag 72 en 74: 'Nee. Planning en tijdsinvestering zullen per ontwikkeltafel verschillen. Daarover wordt meer bekend gemaakt na de gunning.'

- 1.5.5. Vraag 95 (betreffende de raamovereenkomst): 'Er ontbreekt een opzeggingsmogelijkheid voor opdrachtnemer. Graag opnemen in overeenkomst. Met name omdat de volledige uitwerking van het contract nog niet heeft plaatsgevonden. Wat als een aanbieder zich niet kan vinden in bijvoorbeeld de uitwerking van de doelrealisatie? Dan zit hij vast aan een contract zonder opzegmogelijkheid.'

Antwoord: 'Opzegging is alleen mogelijk als er sprake is van een wezenlijke wijziging van de raamovereenkomst. Doelrealisatie is onderdeel van een van de ontwikkeltafels. De uitwerking is niet per definitie een wezenlijke wijziging.'

- 1.5.6. Vraag 96: 'Neem aan dat het uitgangspunt ook reële tarieven voor de Jeugdzorg betreft?'

Antwoord: 'Het uitgangspunt reële tarieven geldt ook voor jeugdhulp.'

- 1.6. In de tweede Nota van Inlichtingen van 27 november 2018 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.6.1. Vraag 4 (betreffende vraag 69 eerste NvI): 'Zie ook vraag 49 [*bedoeld zal zijn in de eerste Nota van Inlichtingen, de tweede heeft namelijk geen vraag 49, Commissie*]. Bent u zich er van bewust dat de afspraken/definities voortvloeiend uit de ontwikkeltafels een tweezijdige getekende (zowel gemeente als zorgaanbieder) addendum behoeft?'

Antwoord: 'Deze aanname is niet correct. Tijdens de ontwikkeltafels wordt gezamenlijk met de zorgaanbidders ontwikkeld op de diverse thema's. de opdrachtgever is alleen bevoegd tot het nemen van een besluit. Dit zal middels een addendum aan de overeenkomst worden toegevoegd.'

- 1.6.2. Vraag 12 (betreffende vraag 49 eerste NvI): 'Bent u er zich van bewust dat als u gedurende de implementatie fase begrippen nader gaat definiëren hiervoor tweezijdig (zowel gemeente/regio als zorgaanbieder) overeenstemming vereist is?'

Antwoord: 'Dat klopt, zie ook het antwoord op vraag 4.'

- 1.6.3. Vraag 19: 'Vragen aangaande ontwikkeltafels  
Op tal van plekken in de nota van toelichting wordt verwezen naar de ontwikkeltafels. Deze opmerking/vraag is gerelateerd aan alle antwoorden in de nota van inlichtingen waarin de ontwikkeltafels genoemd worden.

In de offerteaanvraag wordt op pagina 30 gesteld dat al in 2019, dus voor de inwerkingtreding van de overeenkomst, gestart wordt met de ontwikkeltafels. De gemeenten en zorgaanbidders gaan daarmee in 2019 gezamenlijk een intensief implementatieproces in dat moet leiden tot een optimale start op 1 januari 2020. We kunnen daarmee 2019 gebruiken om aanpassingen te doen op het moment dat in het implementatietraject duidelijk wordt dat zaken beter kunnen of als we zaken over het hoofd hebben gezien.

Op welke wijze worden deze aanpassingen en verbeteringen aan de overeenkomst die eind 2018 gesloten wordt toegevoegd (addendum?)?'

Antwoord: 'Afspraken die voortvloeien uit de ontwikkeltafels kunnen op verschillende wijze worden verwerkt. Dit kan zijn door middel van een addendum, een gewijzigde overeenkomst of aanpassing in het administratieprotocol.'

- 1.6.4. Vraag 20: 'Op het moment dat een aanbieder zich niet kan vinden in de aanpassingen en verbeteringen die in 2019 bedacht worden, hoe wordt daarmee dan omgegaan? Met andere woorden, wordt eind 2019 aan de in 2018 gesloten overeenkomst nog een document toegevoegd met daarin de verbeterpunten die in 2019

zijn gevonden en is de overeenkomst dan pas echt definitief? Kunt u uw antwoord op deze vraag niets slechts beantwoorden met ja of nee maar ook toelichten?’

Antwoord: ‘De aanpassingen en verbeteringen in 2019 zijn slechts een doorontwikkeling van de huidige uitgangspunten. De overeenkomst is dus definitief na gunning.’

- 1.7. Op 4 december 2018 heeft ondernemer een klacht ingediend bij gemeente A. Ondernemer stelt zich ten eerste op het standpunt dat gemeente A in strijd handelt met het gelijkheids- en transparantiebeginsel nu niet alle voorwaarden en modaliteiten van de inkoopprocedure in de offerteaanvraag worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, doordat ten tijde van het indienen van de klacht nog niet duidelijk was tegen welke precieze voorwaarden ondernemer de opdracht op 1 januari 2020 dient uit te voeren als zij de opdracht gegund krijgt. Ten tweede stelt ondernemer zich op het standpunt dat gemeente A in strijd handelt met het proportionaliteitsbeginsel door voorwaarden op te nemen die niet in verhouding staan met het voorwerp van de opdracht. Gemeente A verlangt van ondernemer dat hij onvoorwaardelijk inschrijft op een opdracht, waarbij hij de precieze voorwaarden nog niet kent, zonder dat hij de mogelijkheid heeft om de raamovereenkomst op te zeggen op het moment dat de voorwaarden voor uitvoering van de opdracht wél duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn. Zie verder de onderbouwing van de klacht onder 3 hierna.
- 1.8. Bij brief van 13 december 2018 heeft gemeente A op de klacht van ondernemer gereageerd. De klacht is in behandeling genomen door een extern onafhankelijk bureau (een advocaat). Het bureau heeft geadviseerd om de klacht ongegrond te verklaren. Gemeente A geeft aan dit advies over te nemen. In het bijgevoegde advies van het bureau is, onder meer, het volgende overwogen:

### **‘1. Relevante feiten**

(...)

1.3 Een van de gestelde eisen betreft de deelname aan zogenoemde Ontwikkeltafels. Met deze Ontwikkeltafels beogen de gemeenten om de resultaatgerichte wijze van inkopen, waarin de inkoopprocedure voorziet, verder te ontwikkelen. Alle zorgaanbieders en de gemeenten nemen gedurende de looptijd van de raamovereenkomst deel aan de Ontwikkeltafels. Het doel daarvan is om in gezamenlijkheid tot implementatie van de nieuwe methodiek te komen. De uitkomsten van de Ontwikkeltafels kunnen leiden tot wijzigingen in de raamovereenkomst.

### **2. De klacht van [Ondernemer]**

2.1 [Ondernemer] klaagt er kort gezegd over dat er naar aanleiding van de Ontwikkeltafels in 2019 nog aanvullingen en aanpassingen mogelijk zijn en de raamovereenkomst in de artikelen 17, 18, 20 en 21 veel vrijheid geeft aan de Opdrachtgever om eenzijdig wijzigingen door te voeren. Dit zou strijdig zijn met de beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. Dat geldt des te meer omdat er geen mogelijkheid bestaat om de gewijzigde raamovereenkomst te beëindigen.

2.2 De klacht van [Ondernemer] valt in grote lijnen uiteen in twee onderdelen. In de eerste plaats heeft de klacht betrekking op het doorvoeren van wijzigingen in de raamovereenkomst als gevolg van de Ontwikkeltafels, zonder dat er een



opzeggingsmogelijkheid bestaat. In de tweede plaats ziet de klacht op de mogelijkheid om de tarieven te wijzigen. Ook hierbij zou er geen opzeggingsmogelijkheid zijn.

### **3. Juridisch kader**

3.1 Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 is niet op de inkoopprocedure van toepassing. Het Zeeuws model kenmerkt zich door het ontbreken van een nadere selectie van inschrijvingen met behulp van gunningscriteria. Iedere inschrijver die aan de gestelde eisen voldoet, kan in aanmerking komen voor het sluiten van een raamovereenkomst. Op grond van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (Falk Pharma) en HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (Tirkkonen)) valt een dergelijk inkoopstelsel buiten het bereik van de Europese aanbestedingsrichtlijn en dienengevolge ook buiten het bereik van deel 2 van de Aanbestedingswet.

3.2 De algemene beginselen uit deel 1 van de Aanbestedingswet zijn wel op de inkoopprocedure van toepassing. Die beginselen gelden bij een voornemen van een aanbestedende dienst om een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van (onder meer) diensten te sluiten. Daarvan is hier sprake.

3.3 Dit impliceert dat de gemeenten niet gebonden zijn aan de stringente regels van deel 2 van de Aanbestedingswet en mitsdien een ruime vrijheid hebben om de procedure in te richten op de wijze die hen geraden voorkomt. Wel zijn de gemeenten gebonden aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, zoals de beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit.

### **4. Beoordeling**

4.1 Hieronder zal ik eerst ingaan op de klacht met betrekking tot de mogelijkheid van wijzigingen als gevolg van de uitkomsten van de Ontwikkelafels. Vervolgens behandel ik de klacht over de mogelijkheid om de tarieven te wijzigen.

#### *A. Wijzigingen ten gevolge van de Ontwikkelafels*

4.2 Uit de Offerteaanvraag blijkt dat Ontwikkelafels als doel hebben om de resultaatgerichte wijze van inkoop van jeugdhulp verder uit te werken en te verbeteren. Dat is blijkens de Offerteaanvraag geen eenzijdig traject van de gemeenten, maar het gevolg van overleg met alle zorgaanbieders. Uiteindelijk beslist de gemeente, maar dat wil niet zeggen dat de zorgaanbieders op die beslissing geen invloed kunnen uitoefenen. Dat kan wel degelijk en dat lijkt juist het idee te zijn van de Ontwikkelafels.

4.3 Tegen die achtergrond is het voorstelbaar dat moet worden voorkomen dat iedere wijziging die naar aanleiding van de Ontwikkelafels wordt doorgevoerd, kan leiden tot een opzegging van de raamovereenkomst door een opdrachtnemer die het niet eens is met de betreffende wijziging. Dat zou de continuïteit van de jeugdhulpverlening in gevaar brengen en de effectiviteit van de Ontwikkelafels bovendien ondermijnen.

4.4 Zoals tot uitdrukking is gebracht in het antwoord op vraag 95 van de 1e vragenronde, is dat anders indien sprake zal zijn wezenlijke wijzigingen. De gemeenten hebben niet nader gespecificeerd wat daaronder moet worden verstaan. Omdat deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 toepassing mist, kan niet zonder meer worden aangesloten bij de definitie van dit begrip in artikel 2.163g lid 3 van die wet. Per geval zal moeten worden beoordeeld of een wijziging als wezenlijk is aan te merken. Het ligt voor de hand dat daarvan in ieder geval sprake zal zijn bij een

wijziging die dermate ingrijpend is dat het onredelijk is om de betreffende zorgaanbieder aan het contract te houden.

4.5 Uit de beschrijving van hoofdstuk 3 van de Offerteaanvraag maak ik op dat de Ontwikkeltafels voornamelijk ten doel hebben om werkprocessen nader af te stemmen en uit te werken. Het lijkt daarom niet voor de hand te liggen dat de resultaten uit de ontwikkeltafels zullen leiden tot wezenlijke wijzigingen in de raamovereenkomst, alhoewel dat natuurlijk niet onmogelijk is.

4.6 Anders dan [Ondernemer] stelt, is er gelet op het voorgaande naar mijn mening geen strijd met de beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. De Ontwikkeltafels gelden gelijkelijk voor alle zorgaanbieders en eventuele wijzigingen zullen ook voor alle zorgaanbieders gelden. De procedure rondom de Ontwikkeltafels is bovendien voldoende transparant beschreven in de Offerteaanvraag en de overige inkoopdocumenten. Weliswaar zal het systeem nog nader ontwikkeld moeten worden, maar dat is juist het doel van de Ontwikkeltafels.

## **B. De mogelijkheid om de tarieven aan te passen**

4.7 In artikel 18.2 van de raamovereenkomst is een prijsherzieningsclausule opgenomen. Hiervan kan gebruik worden gemaakt indien de tarieven niet meer voldoen aan het uitgangspunt zoals dat is vermeld in artikel 18.1. Dat uitgangspunt houdt kort gezegd in dat de tarieven marktconform dienen te zijn.

4.8 De bevoegdheid om financiële wijzigingen door te voeren is daarmee voldoende ingekaderd. Het is geen willekeurige beslissing, maar doet juist recht aan steeds veranderende marktomstandigheden. Zoals is opgenomen in artikel 18.1 van de raamovereenkomst is het uitgangspunt dat de tarieven marktconform zijn. Indien dat op enig moment niet meer het geval is, ontstaat een wijzigingsbevoegdheid, zowel opwaarts als neerwaarts. Ik neem aan dat de gemeenten ook daadwerkelijk op deze manier gebruik zullen maken van deze bevoegdheid. Het spreekt bovendien voor zich dat de gemeenten de tarieven voor alle zorgaanbieders gelijkelijk dienen aan te passen.

4.9 Hierbij komt dat er in artikel 18.3 wel degelijk een opzegmogelijkheid in de raamovereenkomst is opgenomen ingeval van herziening van de tarieven.

### **Advies**

Gelet op het voorgaande is er geen reden om aan te nemen dat de inkoopprocedure en de raamovereenkomst niet voldoen aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Ik adviseer dus om de klacht ongegrond te verklaren.'

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

Gemeente A handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel nu niet alle voorwaarden en modaliteiten van de inkoopprocedure in de offerteaanvraag worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Ten tijde van het indienen van de klacht was nog niet duidelijk tegen welke precieze voorwaarden ondernemer de opdracht op 1 januari 2020 dient uit te voeren als zij de opdracht gegund krijgt. Indien zorgaanbieders zich later aanmelden zijn de voorwaarden voor hen wel duidelijk.

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

Gemeente A handelt in strijd met het proportionaliteitsbeginsel door voorwaarden op te nemen die niet in verhouding staan met het voorwerp van de opdracht. Gemeente A verlangt van ondernemer dat hij onvoorwaardelijk inschrijft op een opdracht, waarbij hij de precieze voorwaarden nog niet kent, zonder dat hij de mogelijkheid heeft om de raamovereenkomst op te zeggen op het moment dat de voorwaarden voor uitvoering van de opdracht wél duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn.

### **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Gemeente A heeft namens zeven gemeenten de 'Offerteaanvraag specialistische jeugdhulp, segment B (...)' aangekondigd op 2 oktober 2018. Met deze inkoopprocedure wensen de gemeenten specialistische jeugdhulp in te kopen conform het Zeeuws model. Gemeente A treedt hierbij op als Inkoopende dienst namens de samenwerkende gemeenten. De opdracht ziet op specialistische jeugdhulp en meer specifiek op individuele voorzieningen voor jeugdigen, toegang tot specialistische jeugdhulp op basis van onderzoek en indicatie door de gemeente, of toegang tot specialistische jeugdhulp op basis van een verwijzing van een autonome verwijzer (bijvoorbeeld een huisarts of gecertificeerde instelling). Tot slot ziet de opdracht eveneens op het treffen van voorzieningen met specialistische kennis en expertise.
- 3.2. Gemeente A is voornemens om een raamovereenkomst te sluiten met iedere zorgaanbieder die voldoet aan de eisen uit de offerteaanvraag en die akkoord gaat met het verlenen van hulp en ondersteuning volgens de in het inkooptraject vastgestelde voorwaarden. De raamovereenkomst kent een initiële looptijd van twee jaar (ingående op 1 januari 2020) en kan tweemaal worden verlengd met een periode van maximaal één jaar.
- 3.3. Tot slot is een belangrijk kenmerk van de onderhavige inkoopprocedure dat de inkoopende dienst na gunning van de opdracht (gepland voor medio januari 2019) reeds voorafgaand aan de aanvang van de opdracht (1 januari 2020) diverse zogenoemde 'Ontwikkeltafels' zal organiseren (zie hoofdstuk 3 van de offerteaanvraag in 1.3 hiervoor). Deze ontwikkeltafels zijn bedoeld om een dialoog gaande te houden tussen zorgaanbieders en de gemeenten, waarbij de visie op en de uitvoering van de jeugdhulp gezamenlijk moet worden doorontwikkeld. Aan het begin van hoofdstuk 3 van de offerteaanvraag is beschreven dat de ontwikkeltafels kunnen leiden tot verdere uitwerking en verbetering van het systeem. Een vertegenwoordiging van gecontracteerde zorgaanbieders dient (daar waar nodig) deel te nemen aan deze Ontwikkeltafels. Een belangrijk gevolg van deze Ontwikkeltafels is dat de uitkomsten hiervan kunnen leiden tot wijzigingen in de Raamovereenkomst (zie onder andere vraag en antwoord 19 in de tweede Nota van Inlichtingen, in 1.6.3 hiervoor).
- 3.4. Voordat ondernemer zijn klachten toelicht, acht hij het van groot belang om aan te geven dat hij het zeer op prijs heeft gesteld dat de gemeenten de zorgaanbieders al in een vroeg stadium hebben betrokken bij het ontwikkelen van de nieuwe inkoopstrategie. Ondernemer heeft getracht hier ook van meet af aan een bijdrage aan te leveren en wil dat ook graag in het jaar voorafgaande aan het contract, blijven doen. De zorgvuldige wijze waarop de gemeenten het proces hebben ingericht en de ruimte en tijd die is genomen voor implementatie wordt zeer op prijs gesteld. Het feit dat nu een klacht wordt ingediend heeft geenszins als doel het proces te frustreren. Wel is het doel om te komen tot nadere duiding van afspraken opdat deze afspraken in de aanloop naar de contractperiode en gedurende de contractperiode voor alle betrokkenen helder zijn en derhalve de samenwerking optimaal kan worden vormgegeven.

### 3.5. Klachtonderdeel 1

- 3.5.1. Gemeente A handelt in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel nu niet alle voorwaarden en modaliteiten van de inkoopprocedure in de offerteaanvraag worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Ten tijde van het indienen van de klacht was nog niet duidelijk tegen welke precieze voorwaarden ondernemer de opdracht op 1 januari 2020 dient uit te voeren als zij de opdracht gegund krijgt.
- 3.5.2. Ondernemer acht de mogelijkheden tot wijziging van de raamovereenkomst in strijd met het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel. Ondernemer gaat eerst in op het juridisch kader.
- 3.5.3. De algemene beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (het VwEU), Hoofdstuk 1 van de (gewijzigde) Aanbestedingswet 2012 en de herziene Gids Proportionaliteit zijn van toepassing op de onderhavige Inkoopprocedure.
- 3.5.4. In dat kader bepaalt artikel 1.8 Aw dat ondernemers op een gelijke en niet-discriminerende wijze moeten worden behandeld. Artikel 1.9 Aw bepaalt voorts dat het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen.
- 3.5.5. Het gelijkheidsbeginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen waarbij alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen (zie onder meer HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236 (Succhi di Frutta)).
- 3.5.6. Het transparantiebeginsel brengt voorts met zich mee dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de inkoopdocumenten worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de inkopende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn (zie opnieuw het arrest Succhi di Frutta).
- 3.5.7. Gemeente A is voornemens een raamovereenkomst te sluiten met iedere zorgaanbieder die voldoet aan de eisen uit de offerteaanvraag en die akkoord gaat met het verlenen van hulp en ondersteuning volgens de in het inkooptraject vastgestelde voorwaarden. In het onderhavige geval kan echter niet worden gesteld dat sprake is van vastgestelde voorwaarden. Uit hoofdstuk 3 van de offerteaanvraag blijkt dat gemeente A ten aanzien van de volgende onderwerpen nog voorwaarden moet vastleggen voor de uitvoering van de opdracht:
  - a. 'Soepele Overgang 18-/18+' (paragraaf 3.1 offerteaanvraag)

Gemeente A heeft weliswaar de basis vastgesteld voor de wijze waarop een soepele overgang van 18- naar 18+ kan worden gerealiseerd, maar een basis is onvoldoende. Gemeente A erkent dat ook. Hij geeft aan dat hij samen met de zorgaanbieders wil komen tot nadere gezamenlijke samenwerkingsafspraken en het definiëren van de regierollen van partijen per fase. Op dit moment is echter nog niet bekend hoe deze nadere afspraken eruit komen te zien vanaf 1 januari 2020, terwijl de zorgaanbieders hier al wel zonder meer akkoord mee moesten gaan bij inschrijving, zie in dat kader ook eis 4 en eis 24 in paragraaf 5.3 van de offertevraag. In eis 24 wordt zelfs van de zorgaanbieders geëist dat het model Soepele Overgang wordt onderschreven en geïmplementeerd. Voor ondernemer is het van belang om vooraf te weten wat precies van haar wordt verlangd in het kader van de soepele overgang. De nadere invulling

van de soepele overgang is immers bepalend voor de hoeveelheid personeel die ondernemer hiervoor zal inzetten.

b. Resultaten meten (paragraaf 3.2 offerteaanvraag)

Het is de bedoeling van gemeente A om op gemeentelijk en zorgaanbiederniveau de resultaten te gaan meten van de specialistische jeugdhulp, op basis waarvan 'regionale standaarden' voor de zorgverlening zullen worden ontwikkeld. Gemeente A zal tijdens de ontwikkeltafels samen met de zorgaanbieders nog het volgende moeten bereiken c.q. vaststellen:

- Normstelling bepalen op basis van datahistorie;
- Normstelling per doelgroep of profiel bepalen, waarbij het type norm kan gaan verschillen;
- Zorginhoudelijke onderbouwing van normen;
- Overeenstemming normen door zowel gemeente als zorgaanbieder;
- Consequenties bij het wel/niet behalen van de norm.

Op dit moment is het voor ondernemer dus niet bekend welke resultaten er van hem verwacht worden bij het uitvoeren van de specialistische jeugdhulp, omdat de normen hiervoor nog nader moeten worden ingevuld.

c. Expertteam (paragraaf 3.3 offerteaanvraag)

Gemeente A is voornemens om in 2019 een regionaal expertiseteam in te richten. Hij wil daarbij de mogelijkheid openhouden om (gecontracteerde) zorgaanbieders te vragen expertise en capaciteit in te brengen. Onder welke voorwaarden het inbrengen van expertise en capaciteit zal gaan geschieden, is echter nog niet bekend voor de zorgaanbieders.

d. Onderwijszorgarrangementen (paragraaf 3.4 offerteaanvraag)

Gemeente A wil in de periode tot 31 december 2019 'de ruimte nemen' om samen met betrokkenen te komen tot de ontwikkeling en beschrijving van twee typen arrangementen die de aansluiting tussen onderwijs en jeugdhulp moeten verbeteren: zorg in onderwijsarrangementen en onderwijs in zorgarrangementen. Deze arrangementen zullen (naar alle waarschijnlijkheid) ook door de gecontracteerde zorgaanbieders moeten worden uitgevoerd vanaf 1 januari 2020. Dat terwijl de zorgaanbieders op dit moment nog niets bekend is over de voorwaarden waaronder zij deze arrangementen moeten gaan aanbieden.

e. Toegang- en Perspectiefplan (paragraaf 3.5 offerteaanvraag)

Gemeente A wil gaan werken met een perspectiefplan. Dit is een document waarin moet worden vastgelegd welk perspectief voor de jongere men met behulp van de ondersteuning wil bereiken. Voordat echter gewerkt kan gaan worden met het perspectiefplan moeten tijdens de 'Ontwikkeltafel Toegang- en Perspectiefplan' nog meerdere aspecten worden ontwikkeld:

- het werkproces toegang en het gebruik van het perspectiefplan;
- hoe de systemen moeten worden ingericht, op welke wijze gegevens zullen worden uitgewisseld; en
- een website met informatie over ondersteuning en zorgaanbieders.

Aspecten zoals een werkproces en de te gebruiken systemen zijn cruciaal voor zorgaanbieders. Dit soort elementen bepalen immers of de vergoeding die tegenover de te leveren dienstverlening staat, in een goede verhouding tot de te leveren dienstverlening staat en dus proportioneel is. Daarnaast is deze informatie van belang voor zorgaanbieders om te bepalen of zij überhaupt kunnen of willen inschrijven op een opdracht. Deze informatie ontbreekt op dit moment echter nog.

f. Multidisciplinaire Aanpak (MDA) ++ (paragraaf 3.6 offerteaanvraag)

Gemeente A organiseert voor dit onderwerp eveneens een ontwikkeltafel. Het doel van gemeente A bij deze ontwikkeltafel is het doorontwikkelen van de aanpak van kindermishandeling, huiselijk en seksueel geweld zodat deze voorziet in een bundeling van psychosociale, medische, forensische en justitiële specialisten. Gemeente A wenst geen separate dienst of afdeling te belasten met 'MDA ++', maar heeft voor ogen dat medewerkers van verschillende

organisaties werkzaam op alle leefgebieden 'elkaar moeten gaan vinden'. Hoe dit uiteindelijk moet gaan gebeuren vanaf 1 januari 2020 is nog onbekend. De inrichting van 'MDA ++' en het uitwerken van de rollen, taken, verantwoordelijkheden en doorzettingsmacht moet namelijk nog worden vormgegeven in samenwerking met de gecertificeerde instellingen, Veilig Thuis, de Raad voor de Kinderbescherming, partners uit het veiligheidsdomein en ook de zorgaanbieders. Ook op dit onderdeel is derhalve nog grotendeels onbekend wat van de zorgaanbieders verwacht zal gaan worden vanaf de aanvang van de opdracht op 1 januari 2020, terwijl zij nu reeds akkoord moesten gaan bij inschrijving met 'hun bijdrage' aan de 'MDA ++', zie bijvoorbeeld ook eis 3 en eis 4 in paragraaf 5.3 van de offerteaanvraag.

- 3.5.8. Uit de offerteaanvraag volgt dus dat veel voorwaarden waaronder de opdracht uiteindelijk moet worden uitgevoerd, nog niet duidelijk zijn zodat reeds op deze grond sprake is van strijd met het transparantiebeginsel.
- 3.5.9. Daarnaast is eveneens sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel. De offerteaanvraag bevat in paragraaf 1.6 namelijk de mogelijkheid voor (niet reeds gecontracteerde) zorgaanbieders om zich gedurende de looptijd van de raamovereenkomst aan te melden om in aanmerking te komen voor de raamovereenkomst. Deze zorgaanbieders kunnen zich na 1 februari 2020 aanmelden. Bij aanmelding dienen deze zorgaanbieders te voldoen aan de eisen en voorwaarden die ten tijde van de huidige inkoopprocedure zijn gesteld, zij dienen echter eveneens te voldoen aan de eisen en voorwaarden die naderhand zijn gesteld (bijvoorbeeld gedurende de ontwikkeltafels die in 2019 zullen plaatsvinden). De nieuwe zorgaanbieders zullen dus wél voorafgaand aan hun inschrijving kennis hebben kunnen nemen van de uitgewerkte voorwaarden waaronder zij specialistische jeugdhulp moeten gaan verlenen. Dat levert strijd op met het gelijkheidsbeginsel.
- 3.5.10. Ook de raamovereenkomst biedt veel ruimte voor gemeente A om wijzigingen door te voeren in de voorwaarden waaronder de zorgaanbieders specialistische jeugdhulp moeten leveren.
- 3.5.11. Artikel 17 – dat ziet op tarieven, facturatie en bekostiging – biedt in lid 4 de mogelijkheid voor de opdrachtgever om gewijzigde en/of nieuwe tarieven vast te stellen die vervolgens ingaan op de eerste dag van een nieuw kalenderjaar. In welke gevallen tarieven kunnen worden gewijzigd of nieuwe tarieven kunnen worden vastgesteld, is onduidelijk. Hier zijn evenmin kaders voor omschreven in de raamovereenkomst. Dit brengt eveneens strijd met het transparantiebeginsel met zich mee.
- 3.5.12. In artikel 18 van de raamovereenkomst behoudt de opdrachtgever zich het recht voor om de tarieven eenzijdig te wijzigen indien die wijziging bijdraagt aan het uitgangspunt dat de tarieven marktconform zijn, waarbij de dienstverlening wordt uitgevoerd binnen het beschikbare budget van opdrachtgever (zie artikel 18.1 Raamovereenkomst). De gecontracteerde zorgaanbieders hebben weliswaar het recht om te reageren op de voorgenomen gewijzigde tarieven, maar als de gecontracteerde zorgaanbieders niet akkoord kunnen gaan met de voorgenomen gewijzigde tarieven, staat dat er niet aan in de weg dat opdrachtgever de voorgenomen gewijzigde tarieven toch invoert. Artikel 18.2 van de raamovereenkomst bepaalt immers (met onderstreping door ondernemer):

'Opdrachtgever heeft eenzijdig het recht om de tarieven aan te passen en informeert de opdrachtnemer hier uiterlijk drie (3) maanden voor de ingangsdatum van de raamovereenkomst over.'

- 3.5.13. Op het moment dat opdrachtgever ervoor kiest om de tarieven te herzien, krijgen de gecontracteerde zorgaanbieders op basis van artikel 18.3 de mogelijkheid om de raamovereenkomst enkel voor wat betreft de herziene tarieven, op te zeggen. Het is echter niet duidelijk wat hiervan de gevolgen zullen zijn, aangezien dit zou kunnen betekenen dat de raamovereenkomst voor het overige in stand blijft. Ook dit levert strijd op met het transparantiebeginsel.
- 3.5.14. De enige inkadering van de eenzijdige bevoegdheid van gemeente A is erin gelegen dat de wijziging van de tarieven moet bijdragen aan het uitgangspunt dat de tarieven marktconform zijn. Het begrip 'marktconform' is echter een open norm die niet nader gedefinieerd is. In andere sectoren van de gezondheidszorg (met betrekking tot de Zorgverzekeringswet) bestaan er eindeloze discussies over de uitleg van het begrip 'marktconform', zelfs als hiervan wel een definitie is gegeven (zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW9803 en Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710).
- 3.5.15. Voorts kan de opdrachtgever de gecontracteerde zorgaanbieders op basis van artikel 18.5 verplichten om deel te nemen aan een overleg om tot afwijkende financiële afspraken te komen ten opzichte van de raamovereenkomst, waarbij een strikte deadline van acht weken is opgenomen om te komen tot een oplossing. Hierbij worden een budgetoverschrijding of – onderschrijding als voorbeelden genoemd. De bepaling is echter niet zo geformuleerd dat sprake is van een limitatieve opsomming. De gecontracteerde zorgaanbieders kunnen dus ook in andere situaties worden gedwongen om deel te nemen aan overleggen om tot afwijkende financiële afspraken te komen. Indien geen oplossing wordt bereikt, is onbekend wat daarvan de gevolgen zullen zijn. Dit is in strijd met het transparantiebeginsel.
- 3.5.16. Ook artikel 20 van de raamovereenkomst biedt de mogelijkheid voor de opdrachtgever om de raamovereenkomst te wijzigen en/of aan te vullen. De opdrachtgever dient in dat geval weliswaar overleg te voeren, maar onbekend is wat de voorwaarden zijn waaronder opdrachtgever wijzigingen kan doorvoeren en het is eveneens onbekend wat de gevolgen zullen zijn als er weliswaar overleg wordt gevoerd met de gecontracteerde zorgaanbieders maar zij niet kunnen instemmen met de voorgestelde wijzigingen. Dit is in strijd met het transparantiebeginsel.
- 3.5.17. Tot slot is in artikel 21 van de raamovereenkomst een mogelijkheid opgenomen om de raamovereenkomst te wijzigen in geval van gewijzigde wet- en regelgeving en/of de ontwikkeling en uitvoering van overheidsbeleid dan wel beleid van de gemeenten. De gecontracteerde zorgaanbieders kunnen in dat geval worden geconfronteerd met dwingende wijzigingen van de raamovereenkomst. Ook hier is opgenomen dat partijen in een dergelijk geval met elkaar in overleg treden en gezamenlijk op zoek moeten gaan naar een oplossing, maar volgt uit de tekst van artikel 21.2 dat als er geen overeenstemming wordt bereikt, de gecontracteerde zorgaanbieders aan het kortste eind trekken zonder dat zij weten waar zij op dit moment voor zullen tekenen. Er moet dan ook worden geconcludeerd dat ook dit strijd met het transparantiebeginsel oplevert.
- 3.5.18. In de Nota's van Inlichtingen zijn vragen gesteld over de hiervoor beschreven onduidelijkheden en met name vrijheden van gemeente A. Deze vragen waren met name gericht op het opnemen van een opzeggingsmogelijkheid voor de gecontracteerde zorgaanbieders wegens de onvolledige uitwerking van de voorwaarden voor uitvoering van de opdracht. Zie onder andere de vragen 95 in de eerste Nota van Inlichtingen (zie 1.5.5 hiervoor) en vragen 4, 19 en 20 in de tweede Nota van Inlichtingen (zie 1.6.1, 1.6.3 en 1.6.4 hiervoor).
- 3.5.19. Uit de beantwoording van de vragen volgt onmiskenbaar dat gemeente A zich dusdanig veel vrijheid voorbehoudt bij het doorvoeren van wijzigingen naar aanleiding

van de ontwikkeltafels en op basis van de raamovereenkomst, dat sprake is van strijd met de algemene beginselen, waaronder in elk geval het transparantiebeginsel.

- 3.5.20. Bij de beantwoording van vraag 95 in de eerste Nota van Inlichtingen lijkt de mogelijkheid tot wijziging nog te worden begrensd door aan te geven dat opzegging mogelijk is als sprake is van een wezenlijke wijziging. Gemeente A laat echter na te omschrijven wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging, zodat ook ten aanzien hiervan niet kan worden gesteld dat dit het gebrek aan transparantie herstelt.
- 3.5.21. Op basis van het voorgaande concludeert ondernemer dat sprake is van strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel nu niet alle voorwaarden en modaliteiten van de inkoopprocedure in de Offerteaanvraag (en haar bijlagen) worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Het is op dit moment immers nog niet duidelijk tegen welke precieze voorwaarden ondernemer de opdracht op 1 januari 2020 dient uit te voeren als zij de opdracht gegund krijgt.
- 3.5.22. De (summiere) reactie (zie 1.8 hiervoor) op de klacht van ondernemer (zie 1.7 hiervoor) is onvoldoende om tot een andere conclusie te komen. Integendeel, deze reactie bevestigt zelfs dat de voorwaarden van de onderhavige inkoopprocedure onvoldoende transparant zijn. Zo concludeert het bureau dat de klacht heeft beoordeeld bijvoorbeeld in overweging 4.4 van zijn advies dat gemeente A niet heeft gespecificeerd wat onder een wezenlijke wijziging moet worden verstaan. Voorts blijkt uit overweging 4.5 van het advies dat ook het bureau de uitkomsten van de ontwikkeltafels nog als een onbekende factor ziet. Tot slot is nog van belang om op te merken dat het bureau wijst op de beëindigingsmogelijkheid in geval van herziening van de tarieven. Het bureau gaat hier echter voorbij aan het feit dat deze beëindigingsmogelijkheid enkel voor wat betreft de herziene tarieven geldt. Hoe voor het overige moet worden omgegaan met dat deel van de raamovereenkomst dat in stand is gebleven, is onbekend en hier gaat het bureau dan ook niet op in.
- 3.5.23. Om het bezwaar van ondernemer weg te nemen, stelt zij aan gemeente A voor om na toelating niet direct tot het sluiten van de overeenkomst over te gaan. Deze (voorwaardelijke) toelating kan dan dienen als toelating van de zorgaanbieders die worden betrokken bij de ontwikkeltafels en in beginsel ook tot de raamovereenkomst die per 1 januari 2020 kan worden ondertekend. Als gevolg van de (voorwaardelijke) toelating kunnen de zorgaanbieders dan de raamovereenkomst definitief bevestigen. Op deze wijze treden slechts zorgaanbieders toe die voorafgaand aan toetreding tot de raamovereenkomst bekend zijn met de voorwaarden waaronder de opdracht moet worden uitgevoerd.

### 3.6. Klachtonderdeel 2

- 3.6.1. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat gemeente A in strijd handelt met het proportionaliteitsbeginsel door voorwaarden op te nemen die niet in verhouding staan met het voorwerp van de opdracht. Gemeente A verlangt van ondernemer dat hij onvoorwaardelijk inschrijft op een opdracht, waarbij hij de precieze voorwaarden nog niet kent, zonder dat hij de mogelijkheid heeft om de raamovereenkomst op te zeggen op het moment dat de voorwaarden voor uitvoering van de opdracht wél duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn. Een dergelijke voorwaarde acht ondernemer disproportioneel.
- 3.6.2. Ondernemer voert aan dat de algemene beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (het VwEU), Hoofdstuk 1 Aw 2012 en (daarmee) de Gids Proportionaliteit van toepassing zijn op de onderhavige inkoopprocedure. Dat brengt met zich mee dat op grond van artikel 1.10 Aw 2012 voorwaarden en



criteria aan inschrijvers en inschrijvingen gesteld moeten worden die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Hierbij dient in elk geval rekening te worden gehouden met (onder andere) de voorwaarden van de overeenkomst.

3.6.3. De Gids Proportionaliteit bepaalt in dat kader ook dat:

‘het geheel van clausules in een contract inclusief inkoopvoorwaarden worden het best gezien in hun onderlinge samenhang. Immers, de individuele bepalingen kunnen elk voor zich proportioneel zijn, maar in hun onderlinge samenhang kunnen zij, vanwege cumulatieve-effecten, disproportioneel worden.’

3.6.4. Daarnaast bepaalt de Gids Proportionaliteit in Voorschrift 3.9A dat risico's moeten worden gealloceerd bij partijen die het risico het beste kan beheersen of beïnvloeden.

3.6.5. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat in het onderhavige geval reeds sprake is van individuele voorwaarden die disproportioneel zijn, maar dat als moet worden gekeken naar de cumulatieve-effecten van de onduidelijke voorwaarden die de gemeente A aan de zorgaanbieders stelt, zonder meer sprake is van strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

3.6.6. Enerzijds levert de onduidelijkheid van de voorwaarden ten aanzien van de ontwikkeltafels een grote onzekerheid op voor de gecontracteerde zorgaanbieders, zoals ondernemer ook reeds heeft aangegeven en onderbouwd bij klachtonderdeel 1. Het kan immers zo zijn dat zij op dit moment een veel lagere administratieve werkdruk verwachten dan die uiteindelijk het geval zal zijn. Deze onzekerheid resulteert in (financieel) risico die nu volledig en van onbekende hoogte aan de zijde van de zorgaanbieders komt te rusten.

3.6.7. Anderzijds levert de ruime mogelijkheid tot wijziging van de raamovereenkomst eveneens risico's op voor de gecontracteerde aanbieders, zoals ondernemer tevens heeft aangegeven en onderbouwd bij klachtonderdeel 1. Wijzigingen in prijs of wijze van uitvoering van de opdracht kunnen immers flinke financiële gevolgen hebben voor zorgaanbieders. Het risico van financiële nadelige gevolgen moet op dit moment grotendeels worden gedragen door de gecontracteerde zorgaanbieders en aan de zijde van de opdrachtgever lijkt er slechts een marginaal risico te bestaan. Dit levert strijd op met het proportionaliteitsbeginsel, artikel 1.10 Aw en Voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit (vgl. Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, waarin het Hof oordeelde dat het neerleggen van de risico's van budgetoverschrijding en aansprakelijkheid bij de jeugdhulpaanbieders in strijd was met de Gids Proportionaliteit).

3.6.8. Concluderend verlangt gemeente A van ondernemer dat hij onvoorwaardelijk inschrijft op een opdracht, waarbij hij de precieze voorwaarden nog niet kent, zonder dat hij de mogelijkheid heeft om de raamovereenkomst op te zeggen op het moment dat de voorwaarden voor uitvoering van de opdracht wél duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn. Een dergelijke voorwaarde is disproportioneel en in strijd met het proportionaliteitsbeginsel, artikel 1.10 Aw en voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit.

3.6.9. Ook ten aanzien van klachtonderdeel 2 meent ondernemer dat de reactie op de klacht van ondernemer door gemeente A voorgaande conclusie niet kan wijzigen. Het bureau dat de klacht heeft beoordeeld gaat zelfs nagenoeg niet in op het argument van ondernemer dat sprake is van strijd met het proportionaliteitsbeginsel. De overwegingen van ondernemer op dit punt bij klachtonderdeel 1 gelden eveneens ten aanzien van klachtonderdeel 2.

- 3.6.10. Om de bezwaren van ondernemer weg te nemen dient gemeente A een bepaling in de raamovereenkomst op te nemen waarmee een evenwichtige, wederzijdse mogelijkheid wordt geboden om de raamovereenkomst te beëindigen in het geval dat de opdrachtnemer niet akkoord kan gaan met de door opdrachtgever vast te stellen aanvullingen en aanpassingen naar aanleiding van de ontwikkeltafels dan wel op basis van de raamovereenkomst.

#### **4. Reactie gemeente A**

- 4.1. Gemeente A heeft de reactie ingediend namens alle zeven gemeenten die als opdrachtgever betrokken zijn bij de 'Raamovereenkomst voor Specialistische jeugdhulp, segment B (...)'.  
4.2. In 2015 is de uitvoering van de Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) overgeheveld van het Rijk naar de gemeenten. In de eerste jaren van deze transitie hebben de zeven gemeenten ervoor gekozen om nauw aan te sluiten bij de werkwijze van het Rijk. Deze werkwijze hield kort gezegd in dat er zorgproducten zijn onderscheiden die vervolgens werden ingekocht door de gemeenten bij de zorgaanbieders. Deze werkwijze heeft als nadeel dat te veel de focus komt te liggen op de behandeling en niet op het resultaat. Met name bij complexe zorgvragen, waarbij meerdere problemen spelen, is deze wijze van zorginkoop niet geschikt.  
4.3. Na enige jaren ervaring te hebben opgedaan met de uitvoering van de jeugdhulp, hebben de gemeenten ervoor gekozen om de onderhavige inkoopprocedure anders vorm gegeven. Het zorgproduct staat niet langer centraal, maar het resultaat. Een van de uitgangspunten is dat de zorgaanbieder meer vrijheid krijgt en dat gestuurd en beoordeeld wordt op het resultaat. Bij de verwijzing wordt slechts vastgesteld wat het eindresultaat moet zijn; zorgaanbieders zijn in het behandelplan vrij om te bepalen hoe dat resultaat moet worden bereikt.  
4.4. De gemeenten hebben na een uitvoerige marktconsultatie met onder meer zeven bijeenkomsten op 2 oktober 2018 een offerteaanvraag gepubliceerd met betrekking tot de inkoop van specialistische jeugdhulp (segment B). De procedure betreft geen aanbestedingsprocedure maar een inkoop volgens het 'Zeeuws model', waarbij met alle partijen op wie geen uitsluitingsgronden (zie paragraaf 5.1 van de offerteaanvraag) van toepassing zijn, die aan de geschiktheidseisen voldoen (zie paragraaf 5.2 van de offerteaanvraag) en die akkoord gaan met de eisen en voorwaarden uit de inkoopprocedure, een raamovereenkomst wordt gesloten.  
4.5. Omdat de beschreven resultaatgerichte wijze van zorginkoop nieuw is, willen de gemeenten dit proces gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst tezamen met de circa 80 zorgaanbieders met wie een overeenkomst zal worden gesloten, nader uitwerken en verbeteren. Daartoe zullen zogenoemde ontwikkeltafels worden georganiseerd, waarbij alle zorgaanbieders en de gemeenten aanwezig zijn en waarin met elkaar de voortgang en de resultaten kunnen worden besproken. Als gevolg van de ontwikkeltafels kunnen nadere, vooral procesmatige afspraken worden gemaakt over de wijze waarop efficiënter en beter kan worden samengewerkt.  
4.6. De kaders waarbinnen de opdracht moet worden uitgevoerd, staan voldoende vast en zijn tot stand gekomen tijdens de marktconsultatie met de zorgaanbieders, waaronder ondernemer. Als bijlagen worden de verslagen van zeven bijeenkomsten overgelegd. Hierin zijn ook de zorgarrangementen, die de kern vormen van de opdracht, uitvoerig aan de orde gekomen.

- 4.7. Om een beeld te geven van de doelstelling die de gemeenten hebben met de ontwikkeltafels, geeft gemeente A hier een toelichting op de in de offerteaanvraag benoemde ontwikkeltafels:

#### Soepele Overgang 18-/18+

De Jeugdwet is van toepassing op personen tot een leeftijd van 18 jaar. Om ervoor te zorgen dat personen na het bereiken van de leeftijd van 18 jaar op een soepele manier in een vervolgtraject kunnen belanden, moeten samenwerkingsafspraken gemaakt worden. Daar zal een ontwikkeltafel voor worden georganiseerd.

#### Het meten van resultaten

Zoals vermeld staan de resultaten van de jeugdhulpverlening centraal en niet het zorgproduct zelf. Gedurende de looptijd van de raamovereenkomst moeten de gemeenten en de zorgaanbieders afspraken maken over welke normen daarbij gelden en wat de consequenties zijn als de normen niet behaald worden. Ook hiervoor worden ontwikkeltafels georganiseerd.

#### Expertteams

(Boven)regionale expertteams worden geformeerd die ervoor zorgen dat snel passende zorg wordt geboden. De hulp en expertise van zorgaanbieders wordt verlangd om deze expertteams nader vorm te geven.

#### Onderwijszorgarrangementen

Met deze Ontwikkeltafels beogen de gemeenten om arrangementen te ontwikkelen waarin onderwijs en zorg worden gecombineerd. Met hulp van de zorgaanbieders worden deze onderwijszorgarrangementen vorm gegeven.

#### Toegang- en Perspectiefplan

Het perspectiefplan wordt bij aanvang van de jeugdhulpondersteuning opgesteld en bevat het perspectief dat met de ondersteuning bereikt moet worden. Alle betrokken partijen (verwijzers, aanbestedende dienst, zorgaanbieders en cliënten) moeten gebruik kunnen maken van het perspectiefplan. In de ontwikkeltafels zal worden besproken hoe de werkprocessen rondom het perspectiefplan worden uitgewerkt.

#### Multidisciplinaire Aanpak (MDA) ++

Deze ontwikkeltafel ziet op het uitwerken van de werkprocessen met betrekking tot de aanpak van kindermishandeling, huiselijk en seksueel geweld. Tezamen met diverse andere instanties moet worden gekomen tot een werkbare aanpak.

- 4.8. De gemeenten beogen met de ontwikkeltafels dus om het gesprek met de zorgaanbieders doorlopend te blijven voeren, van elkaar te leren en waar nodig verbeteringen door te voeren. In een steeds veranderend zorglandschap is die flexibiliteit ook daadwerkelijk noodzakelijk.
- 4.9. De inhoudelijke verlening van de zorg en de gekozen wijze van zorginkoop zullen niet wijzigen. Naar verwachting zullen alle verbeteringen kunnen worden doorgevoerd zonder dat een wijziging van de voorwaarden van de raamovereenkomst noodzakelijk is. De verbeteringen die met de ontwikkeltafels bereikt kunnen worden, zijn vooral procesmatig van aard. Desalniettemin zien de gemeenten het wel als essentieel dat zorgaanbieders deelnemen aan de ontwikkeltafels en zich conformeren aan de resultaten daarvan. Om die reden is dit als eis opgenomen in de offerteaanvraag (paragraaf 5.3, eis 4, zie 1.3 hiervoor).
- 4.10. Indien noodzakelijk moet het ook mogelijk zijn om ondergeschikte wijzigingen door te voeren zonder dat alle 80 zorgaanbieders daarmee hoeven in te stemmen en zonder dat dit leidt tot een opzegging van de raamovereenkomst door een partij

die zich daarmee niet kan verenigen. Dit laatste zou de zorgcontinuïteit in gevaar kunnen brengen, terwijl daar geen objectieve rechtvaardiging voor is.

- 4.11. Om duidelijk te maken dat een wijziging slechts op ondergeschikte punten mogelijk is, heeft gemeente A bij Nota van Inlichtingen duidelijk gemaakt dat wanneer een wijziging 'wezenlijk' is er wel een opzegmogelijkheid bestaat. Wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld. Indien het (tegen iedere verwachting in) zo is dat de administratieve werkdruk zo hoog wordt dat het aannemelijk is dat zorgaanbieders de raamovereenkomst niet onder deze voorwaarden hadden willen accepteren, zou daar bijvoorbeeld sprake van kunnen zijn. De gemeenten zullen in dat geval overigens ook bereid zijn om te bezien in hoeverre een hogere vergoeding gerechtvaardigd is.
- 4.12. De klacht van ondernemer valt uiteen in twee klachtonderdelen. Beide klachtonderdelen zijn nauw met elkaar verweven en gaan er in de kern over dat ondernemer het ontoelaatbaar vindt dat gedurende de looptijd van de raamovereenkomst nadere voorwaarden gesteld kunnen worden. Uit de klacht die ondernemer op 4 december 2018 heeft ingediend bij gemeente A zelf (zie 1.7 hiervoor) maakt gemeente A op dat het ondernemer vooral gaat om eventuele wijzigingen van de voorwaarden als gevolg van de ontwikkeltafels.
- 4.13. Alhoewel dat niet duidelijk uit haar klacht naar voren komt, gaat gemeente A er ook vanuit dat ondernemer zich nog steeds niet kan vinden in de uit artikel 18 van de raamovereenkomst voortvloeiende mogelijkheid om de tarieven aan te passen indien deze niet langer marktconform zijn.
- 4.14. Gemeente A is van mening dat de klacht op alle onderdelen ongegrond moet worden verklaard en voert daartoe het volgende aan.
- 4.15. De gekozen inkoopprocedure is geen aanbestedingsprocedure in de zin van de Aanbestedingswet 2012. De gemeenten hebben zodoende dus een ruimere vrijheid om de procedure en de voorwaarden in te richten op de wijze zoals hen dat goeddunkt. In dit geval hebben zij ervoor gekozen om enige flexibiliteit in te bouwen, juist vanwege de nieuwe manier van zorginkoop.
- 4.16. De gemeenten voldoen met de inkoopprocedure aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alsmede aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.
- 4.17. Naar de mening van gemeente A is er geen sprake van strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Alle inschrijvers worden op eenzelfde manier behandeld. Voor alle inschrijvers gelden dezelfde raamovereenkomst en dezelfde voorwaarden. Ook indien zich wijzigingen zouden voordoen als gevolg van de ontwikkeltafels, gelden deze gelijk voor alle inschrijvers.
- 4.18. De gemeenten zijn van mening dat er juist sprake zou zijn van strijd met het gelijkheidsbeginsel als zij de mogelijkheid zouden openlaten dat sommige zorgaanbieders niet gebonden zouden zijn aan eventuele nadere wijzigingen als gevolg van de ontwikkeltafels. Door de zorgaanbieders te verplichten om de afspraken uit de ontwikkeltafels na te leven, worden alle inschrijvers op dezelfde manier behandeld.
- 4.19. Van strijd met het transparantiebeginsel is volgens gemeente A ook geen sprake. De gemeenten handelen transparant omdat de gehele procedure voor zover mogelijk is uitgeschreven en de wijze waarop eventuele wijzigingen kunnen worden doorgevoerd, vooraf is kenbaar gemaakt. Gemeente A benadrukt dat die wijzigingen niet eenzijdig door een aanbestedende dienst worden opgelegd, maar juist het gevolg zijn van afspraken met de zorgaanbieders. Het doel is niet om de

zorgaanbieders tegen hun wil te binden aan ongewenste voorwaarden, maar om van elkaar te leren en gezamenlijk tot werkbare procesafspraken te komen.

- 4.20. Het feit dat het mogelijk is dat als gevolg van de ontwikkelafspraken (ondergeschikte) wijzigingen kunnen plaatsvinden in de raamovereenkomst, betekent niet dat de inkoopprocedure niet transparant is.
- 4.21. Ook de mogelijkheid om de tarieven aan te passen is transparant omschreven. In de raamovereenkomst is niet alleen bepaald dat deze mogelijkheid bestaat, maar ook waarom deze mogelijkheid er is. De tarieven uit de inkoopprocedure zijn gebaseerd op een kostenonderzoek uit 2017. Door de beperkte data bestaat het risico dat de tarieven niet marktconform zijn, terwijl dat wel het uitgangspunt is. De gemeenten hebben bovendien in artikel 18.2 vastgelegd welke procedure zal worden gehanteerd voor het vaststellen van de marktconformiteit van de tarieven.
- 4.22. Een vergelijking met de door ondernemer aangehaalde uitspraak van het Hof Den Haag van 14 februari 2017 (ECLI:NL:GHDHA:2017:260) gaat volgens gemeente A alleen al niet op omdat het in die uitspraak ging om de verplichting om alle dienstverlening uit te voeren binnen het vastgestelde budget. Op die manier wordt het risico dat het budget ontoereikend is, volledig afgewenteld op de zorgaanbieders. Een dergelijke verplichting bestaat in de onderhavige inkoopprocedure niet. Uitsluitend is de verplichting opgenomen om in geval van een dreigende budgetoverschrijding te overleggen over afwijkende financiële afspraken (artikel 18.5).
- 4.23. Volgens gemeente A is er ook geen sprake van strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Gemeente A heeft er begrip voor dat zorgaanbieders niet tegen hun zin aan voorwaarden gebonden willen worden die zij vooraf niet hebben kunnen verwachten. Tegelijkertijd is het onwenselijk als een zorgaanbieder iedere ondergeschikte verandering of procesafpraak aangrijpt om de raamovereenkomst op te zeggen of te heronderhandelen over de voorwaarden. De gemeenten menen een middenweg te hebben gevonden door toe te staan dat de raamovereenkomst wordt opgezegd bij een wezenlijke wijziging in de voorwaarden van de raamovereenkomst.
- 4.24. Het is uitdrukkelijk niet zo dat het (financieel) risico volledig bij de zorgaanbieders komt te rusten. Gemeente A heeft in de inkoopprocedure duidelijk gemaakt dat de gemeenten te allen tijde een marktconforme vergoeding nastreven. Dat betekent dat de tarieven kunnen worden aangepast indien veranderde omstandigheden daartoe aanleiding geven. Indien het dus al zo is dat een administratieve lastenverzwaring het resultaat is van een wijziging in de raamovereenkomst, dan geeft dat naast de gelegenheid om bij een wezenlijke verandering de overeenkomst op te zeggen, de mogelijkheid tot een verhoging van de vergoeding. Er is dus geen strijd met voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit.
- 4.25. Met de hiervoor beschreven werkwijze meent gemeente A een evenwicht te hebben gevonden, dat recht doet aan enerzijds het belang van alle partijen om nadere, vooral procesmatige afspraken te kunnen maken die voor alle partijen gelden en anderzijds het belang van de zorgaanbieders om niet tegen hun wil gebonden te zijn aan onvoorziene voorwaarden. De handelswijze van de gemeenten is daarmee alleszins proportioneel.
- 4.26. Dat geldt ook voor de mogelijkheid om voorafgaande aan de start van de opdracht, op 1 januari 2020, de tarieven aan te passen conform artikel 18.2 van de raamovereenkomst. De gemeenten hebben nauwkeurig omschreven welke procedure zij volgen en dat het uitgangspunt zal zijn dat de tarieven marktconform zijn. Zorgaanbieders hebben bovendien op grond van artikel 18.3 de mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen bij herziening van de tarieven.

- 4.27. Ten slotte gaat gemeente A in op de door ondernemer voorgestelde oplossingen. Ondernemer stelt voor om te wachten tot 1 januari 2020 met definitieve ondertekening van de Raamovereenkomsten. Deze oplossing stuit echter op bezwaren, aangezien daarmee de zorgcontinuïteit onvoldoende is gewaarborgd. In het hypothetische geval dat geen van de inschrijvers de raamovereenkomst definitief bevestigt, zijn er immers geen zorgaanbieders die de jeugdhulpverlening kunnen uitvoeren.
- 4.28. Gemeente A is bovendien van mening dat de mogelijkheid om bij wezenlijk andere voorwaarden het contract op te zeggen, voldoende tegemoet komt aan de bezwaren.
- 4.29. Daar komt bij dat de voorgestelde oplossing eraan voorbij gaat dat ook na de start van de opdracht nadere afspraken gemaakt kunnen worden. De Ontwikkeltafels zijn immers niet beperkt tot 2019, maar zullen gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst plaatsvinden.
- 4.30. Ondernemer stelt daarnaast voor dat een evenwichtige, wederzijdse mogelijkheid wordt geboden om de raamovereenkomst te beëindigen in het geval dat de opdrachtnemer niet akkoord kan gaan met de door opdrachtgever vast te stellen aanvullingen en aanpassingen naar aanleiding van de ontwikkeltafels dan wel op basis van de raamovereenkomst.
- 4.31. Deze oplossing gaat eraan voorbij dat gemeente A al in vraag 95 van de Nota van Inlichtingen heeft toegezegd dat de raamovereenkomsten kunnen worden opgezegd bij een wezenlijke wijziging van de contractvoorwaarden. Langs de weg van artikel 2.2 van de Raamovereenkomst maakt die toezegging reeds deel uit van de Raamovereenkomst.
- 4.32. Zoals gezegd meent gemeente A dat met deze opzegmogelijkheid een voldoende evenwichtige oplossing is geboden die recht doet aan de belangen van zowel de gemeenten als de zorgaanbieders.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat gemeente A op 2 oktober 2018 namens zeven gemeenten een inkoopprocedure heeft aangekondigd op TenderNed voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor sociale en andere specifieke diensten, in dit geval specialistische jeugdhulp.
- 5.2. Alvorens tot behandeling van de klacht over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 5.2.1. Eerst moet worden nagegaan hoe het door gemeente A opgezette systeem van inkoop van diensten – zoals dat hiervoor onder 1 is uiteengezet – binnen het Europees en nationaal aanbestedingsrecht moet worden geduid. In dat kader zijn de arresten van het HvJ EU van 2 juni 2016, zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (Falk Pharma) en HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (Tirkkonen) en de laatste alinea van overweging 114 van de considerans in relatie tot artikel 74 van Richtlijn 2014/24/EU van belang (vgl. ook Advies 349 en 350, 441 en 529).
- 5.2.2. De Commissie stelt allereerst vast dat het door gemeente A opgezette systeem er uit bestaat dat zij diensten op de markt inkoopt door schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel te sluiten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken diensten te leveren op basis van vooraf vastgestelde voorwaarden (vgl. de laatste alinea van overweging 114 van de considerans in relatie tot

artikel 74 van Richtlijn 2014/24/EU en HvJ EU van 2 juni 2016, zaak C-410/14 (Falk Pharma), r.o. 36-40 en HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (Tirkkonen), r.o. 29-31).

- 5.2.3. De Commissie stelt voorts vast dat het géén eigenschap is van het door gemeente A opgezette systeem dat zij haar beslissing om met een individuele ondernemer een overeenkomst te sluiten baseert op een selectie onder de belangstellende ondernemingen die leidt tot exclusiviteit voor de uitgekozen ondernemingen. In zoverre beantwoorden de hiervoor bedoelde overeenkomsten niet aan de definitie van het begrip overheidsopdracht (of raamovereenkomst, vgl. arrest Falk Pharma, r.o. 38 en arrest Tirkkonen, r.o. 30).
- 5.2.4. Bovendien kunnen belangstellende ondernemers gedurende de looptijd van de overeenkomst toetreden tot het systeem, net als in de zaak Falk Pharma (zie r.o. 41). Dit element is overigens niet relevant voor de vraag of sprake is van een overheidsopdracht (of raamovereenkomst) in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen of de Aanbestedingswet 2012 (zie arrest Tirkkonen, r.o. 35).
- 5.2.5. Naar het oordeel van de Commissie kan de onderhavige procedure weliswaar als een inkoopprocedure worden gekwalificeerd, maar niet als een aanbestedingsprocedure (vgl. het arrest Falk Pharma, r.o. 40-42). Daarmee zijn Richtlijn 2014/24/EU en Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet op deze inkoopprocedure van toepassing.
- 5.2.6. De vrijheid van gemeente A is echter niet onbeperkt. Indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, zal gemeente A immers wel de fundamentele regels van het VWEU in acht moeten nemen, in het bijzonder de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie (zie het arrest Falk Pharma, r.o. 44 en ook overweging 114 van de considerans bij Richtlijn 2014/24/EU). Op basis van het transparantiebeginsel zal de inkoopprocedure in dat geval door middel van een aankondiging bekend moeten worden gemaakt, zodat belangstellende ondernemers van het verloop en de wezenlijke kenmerken van de toelatingsprocedure kennis kunnen nemen (zie het arrest Falk Pharma, r.o. 45).
- 5.2.7. Nu niet is gesteld dat er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang en partijen zich hierover niet hebben uitgelaten, zal de Commissie tot uitgangspunt nemen dat er geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.
- 5.2.8. Zoals de Commissie in 5.2.5 heeft overwogen, is deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing. Vervolgens is het de vraag of – en zo ja: in hoeverre – deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 op de onderhavige inkoopprocedure van toepassing is.
- 5.2.9. Afdeling 1.2.1 van de Aanbestedingswet 2012 is van toepassing indien een aanbestedende dienst het voornemen heeft een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van (onder meer) diensten te sluiten. Daarvan is hier sprake. Op basis van artikel 1.4, lid 1, sub a, Aw 2012 moet een aanbestedende dienst in dat geval op basis van objectieve criteria de keuze bepalen voor de wijze waarop hij de overeenkomst tot stand zal brengen. Gemeente A heeft gekozen voor een toelatingsprocedure die zij algemeen heeft aangekondigd, maar had bijvoorbeeld ook kunnen kiezen voor een aanbestedingsprocedure.
- 5.2.10. Gegeven de keuze die gemeente A heeft gemaakt, is het vervolgens de vraag of ook Afdeling 1.2.3 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is. De titel van Afdeling 1.2.3 luidt: 'Uitgangspunten bij nationale aanbestedingen'. Ook in artikel 1.11 Aw 2012 is bepaald dat Afdeling 1.2.3 van toepassing is indien een

aanbestedende dienst een aankondiging heeft bekend gemaakt, voordat hij een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van (onder meer) diensten heeft gesloten.

- 5.2.11. De Commissie betwijfelt echter of het de bedoeling van de wetgever is geweest om Afdeling 1.2.3 van toepassing te laten zijn op toelatingsprocedures als de onderhavige die geen aanbestedingsprocedures zijn. De Aanbestedingswet 2012 is immers ruim vóór het arrest Falk Pharma in werking getreden. De wetgever heeft destijds een bewuste keuze gemaakt om in, onder meer, Afdeling 1.2.3 regels te stellen voor bepaalde opdrachten buiten het toepassingsgebied van de Aanbestedingsrichtlijnen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter niet dat de wetgever daarbij – naast aanbestedingsprocedures – ook het oog heeft gehad op toelatingsprocedures als de onderhavige. Ook in de parlementaire geschiedenis van de wetwijziging per 1 juli 2016 is dit aspect onderbelicht gebleven. Pas gaandeweg, naar aanleiding van de arresten Falk Pharma en Tirkkonen, is in de praktijk onderkend dat dergelijke procedures buiten het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen vallen.
- 5.2.12. Al met al is het naar het oordeel van de Commissie onduidelijk of het de bedoeling van de wetgever is geweest dat Afdeling 1.2.3 van de Aanbestedingswet 2012 ook van toepassing is op toelatingsprocedures als de onderhavige. Dat betekent dat de Commissie die bedoeling dan ook niet bij haar beoordeling van de klacht tot uitgangspunt kan nemen.
- 5.2.13. Dat gemeente A er zelf vanuit gaat dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen op deze inkoopprocedure van toepassing zijn (zie het advies onder 3.2 en 3.3 van het door gemeente A ingeschakelde bureau in het kader van de bij hem ingediende klacht dat aanbesteder heeft overgenomen in 1.8 hiervoor en 4.16 hiervoor), doet aan het voorgaande niet af. Niet gesteld of gebleken is immers dat gemeente A in aankondiging of in de tijdens de inkoopprocedure aan geïnteresseerde ondernemingen verstrekte stukken de Aanbestedingswet 2012 of de aanbestedingsrechtelijke beginselen op de procedure van toepassing heeft verklaard.
- 5.3. Bij gebreke van duidelijke aanwijzingen van de wetgever omtrent de toepasselijkheid van Afdeling 1.2.3 van de Aanbestedingswet 2012 op de onderhavige toelatingsprocedure, kan de Commissie niet tot een gegrondverklaring van de klachtonderdelen komen op basis van de artikelen in deze afdeling.
- 5.4. Daarmee acht de Commissie beide klachtonderdelen ongegrond.
- 5.5. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. In gevallen als het onderhavige zijn de gemeenten uiteraard wel gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheids-, rechtszekerheids- en evenredigheidsbeginsel. De Commissie vraagt zich af of de gemeenten daarmee in overeenstemming handelen door zichzelf het recht voor te behouden de raamovereenkomsten eenzijdig te mogen wijzigen. Verder is het volgens de Commissie niet ondenkbaar dat een contractspartij van de gemeenten in voorkomend geval met succes een beroep zal kunnen doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (zie artikel 6:248, lid 2, BW). De Commissie kan zich over voorgaande kwesties niet verder uitlaten, omdat deze kwesties buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 vallen (zie artikel 1 onder c van het Reglement van de Commissie).

## 6. Advies

De Commissie acht beide klachtonderdelen **ongegrond**.



## 7. Aanbeveling

- 7.1. De Commissie constateert dat zowel in de inkooppraktijk als in de rechtspraktijk onduidelijkheid bestaat over het antwoord op de vraag of – en zo ja: in welke mate – een aanbestedende dienst van rechtswege gebonden is aan de beginselen van aanbestedingsrecht en aan Deel 1 van de Aanbestedingswet 2012, in het geval hij een toelatingsprocedure als de onderhavige aankondigt die buiten het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 valt. In de praktijk bestaat tevens onduidelijkheid over het antwoord op de vraag wat de inhoud en strekking is van de verplichtingen die een aanbestedende dienst op zich neemt in het geval hij er zelf toe overgaat een of meer bepalingen van Deel 1 en – eventueel – de bepalingen van Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 op de aangekondigde toelatingsprocedure van toepassing te verklaren.
- 7.2. De Commissie beveelt de wetgever aan om de praktijk duidelijkheid te verschaffen ten aanzien van de in 7.1 hiervoor gestelde vragen. De Commissie geeft de wetgever in dat verband het volgende in overweging.
- 7.3. Wanneer een aanbestedende dienst een toelatingsprocedure als de onderhavige algemeen aankondigt en men uit zou gaan van de premisse van gebondenheid aan de beginselen van aanbestedingsrecht – hetzij van rechtswege, hetzij via zelfbinding (zie 7.1 hiervoor) – dan hebben deze beginselen naar het oordeel van de Commissie in de kern de functie om te waarborgen dat een onderneming, die verzoekt tot de procedure te worden toegelaten, in gelijke gevallen niet anders wordt behandeld dan andere ondernemingen. In zoverre is de strekking van de toepassing van de beginselen vergelijkbaar met de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het geval dat een burger bij de overheid een aanvraag indient voor een (niet schaarse) vergunning. In een dergelijk geval hebben de beginselen echter niet de functie om een eerlijke competitie tussen ondernemingen onderling te waarborgen. In een toelatingsprocedure als de onderhavige vindt immers geen selectie onder de belangstellende ondernemingen plaats die leidt tot exclusiviteit voor de uitgekozen ondernemingen. Het ontbreken van competitie brengt naar het oordeel van de Commissie met zich mee dat de beginselen bij een toelatingsprocedure anders zullen moeten uitwerken dan bij een aanbestedingsprocedure.
- 7.4. De Commissie illustreert het hiervoor bedoelde verschil aan de hand van het volgende voorbeeld. In een aanbestedingsprocedure zal een onderneming op grond van aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie slechts bij hoge uitzondering in de gelegenheid mogen worden gesteld om een fout in zijn aanmelding of inschrijving te herstellen (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG), ECLI:EU:C:2012:191 en HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12 (Manova), ECLI:EU:C:2013:647). De reden daarvoor is dat het bieden van een onbeperkte herstelbaarheid botst met het belang van een eerlijke competitie tussen de ondernemingen die meedingen naar die ene (schaarse) opdracht. In een toelatingsprocedure als de onderhavige speelt dat probleem niet. Aangezien in een dergelijke procedure geen sprake is van verdeling van een of meer schaarse rechten, zal het bieden van een herstelbaarheid aan de ene onderneming in beginsel geen afbreuk behoeven te doen aan het belang van de andere ondernemingen die aan de procedure deelnemen. De toewijzing van een recht aan de ene onderneming heeft – anders dan in een aanbestedingsprocedure – immers niet tot gevolg dat de andere ondernemingen aanspraken verliezen.

- 7.5. Het voorgaande voorbeeld laat zien dat de beginselen – in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het proportionaliteitsbeginsel – zich in een toelatingsprocedure als de onderhavige mogelijk anders tot elkaar verhouden en op een andere manier zullen moeten worden toegepast dan in het geval van een aanbestedingsprocedure. De Commissie ziet meer voorbeelden voor zich waarin dat het geval zal zijn. Dat geldt ook voor de toepassing van diverse bepalingen in de Aanbestedingswet 2012, die een uitwerking vormen van die beginselen.
- 7.6. De wetgever zou kunnen overwegen om – gelet op de bijzondere aard en context van toelatingsprocedures als de onderhavige – expliciet te regelen dat dergelijke procedures buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 vallen. Vervolgens zou de wetgever in een afzonderlijke regeling van die procedures kunnen voorzien, waarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan als uitgangspunt voor die regeling worden gehanteerd.
- 7.7. De wetgever zou ook kunnen overwegen om toelatingsprocedures als de onderhavige expliciet binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 te houden en daarbij duidelijk kunnen maken hoe de beginselen en bepalingen van die wet dan dienen te worden toegepast gelet op de bijzondere aard en context van de toelatingsprocedure.
- 7.8. De Commissie schat in dat de in 7.6 gesuggereerde optie de inkoop- en rechtspraktijk meer duidelijkheid zal bieden dan de in 7.7 gesuggereerde optie.

Den Haag, 29 november 2019

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams  
Vice-voorzitter