

ontlenen dat de gemeente het bepaalde in het Inkoopdocument niet zou toepassen.

Het hof deelt het oordeel van de voorzieningenrechter dat S. het voorschrift uit het Inkoopdocument heeft geschonden.

S. wijst er op zichzelf terecht op dat de gemeente ook in een eerder stadium van de procedure tot de conclusie had kunnen komen dat het contactverbod was geschonden. Dat ontslaat de gemeente evenwel niet van haar verplichting, die ook jegens andere inschrijvers geldt, om de regels toe te passen en over te gaan tot uitsluiting van een partij die heeft gehandeld in strijd met een bepaling die met uitsluiting is bedreigd. Van schending van een van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht is dan ook geen sprake.

Ten overvloede overweegt het hof het volgende. Hiervoor is geconcludeerd dat de automatische uitsluiting van een inschrijver bij overtreding van het contactverbod is toegestaan en dat de gemeente zich aan het voorschrift in het Inkoopdocument moest houden. Als bij de toepassing van het contactverbod een proportionaliteitstoets zou moeten worden aangelegd, zou dat niet tot een andere uitkomst van dit geschil leiden. De frequentie en de aard van de contacten tussen [bestuurder S.] en [directeur gemeente] is in het licht van hetgeen hiervoor over die contacten is overwogen voldoende ernstig om in dat geval de uitsluiting te rechtvaardigen.

de Mutsaersstichting,  
gevestigd te Venlo,  
appellante,  
hierna te noemen: MSS,  
advocaat: S. van der Heul te Arnhem,  
tegen  
de gemeente Venlo,  
zetelend te Venlo,  
geïntimeerde,  
hierna te noemen: de gemeente,  
advocaat: mr. M.G.G. van Nisselroij te Venlo.

De volledige uitspraak is te raadplegen op [opmaat.sdu.nl](http://opmaat.sdu.nl).

## 25

**Vaststelling reële kostprijs Wmo-zorg**

Voorzieningenrechter Rechtbank Limburg  
24 november 2020, Nr. C/03/283371 / KG ZA  
20-404, ECLI:NL:RBLIM:2020:9229  
(mr. I.M. Etman)  
Noot mr. H.M. Fahner, mr. S.B. Groenwold

**Beginselen van aanbestedingsrecht.  
Transparantiebeginsel. TenderNed. Raam-  
overeenkomst. Verlengingsovereenkomst.  
Nota van Inlichtingen.**

[Wmo 2015]

Op 10 juli 2020 publiceren een aantal gemeenten (hierna: de gemeenten) op TenderNed de aankondiging dat gezamenlijk een aanbesteding in de markt wordt gezet inzake hulp bij het huishouden per 1 januari 2021 op basis van een per gemeente af te sluiten raamcontract. De gemeenten hebben voor deze raamovereenkomst een combinatietaarif vastgesteld van € 29,59 voor 2021. In de Offerteaanvraag is een rekentool opgenomen voor hulp bij het huishouden, waarmee de gemeenten de kostprijs hebben bepaald.

Eiseres, die reeds raamcontracten heeft met de afzonderlijke gemeenten voor het verlenen van hulp bij het huishouden aan inwoners, heeft zich op 22 september 2020 ingeschreven op de aanbesteding. Drie gemeenten hebben op 30 september 2020 de raamcontracten met eiseres met een jaar verlengd per 1 januari 2021 tot 31 december 2021.

In onderhavige procedure stelt eiseres dat de resultaten van het kostprijsonderzoek onvoldoende transparant zijn en bovendien te laat kenbaar zijn gemaakt. Eiseres heeft moeten inschrijven op de aanbesteding op basis van onvolledige informatie. Eiseres stelt dat niet alleen een reële prijs moet worden bepaald bij de aanvang van een overeenkomst, maar ook bij een eventuele verlenging daarvan. Dat is immers een nieuw ijkmoment om te bezien of de prijzen reëel zijn.

### Beoordeling van het geschil

*In juni 2017 is in op de Wmo gebaseerde AMvB Reële prijs Wmo 2015 in werking getreden. Dit besluit heeft ten doel dat een gemeente een reële prijs betaalt voor een Wmo-dienst. De AMvB stelt hiertoe nadere regels aan de al in de Wmo opgenomen verplichting om een reële prijs te hantieren. De bepaling van een reële prijs voor een voorziening wordt met dit besluit geregeld door de kostprijs-elementen waar het college een reële prijs op moet baseren, vast te leggen. De gemeente neemt een besluit over een reële prijs aan de hand van de kostprijs-elementen en de beschikbare kostprijsinformatie. Van belang is dat de gemeente bepaalde keuzes met betrekking tot kostprijs-elementen kan onderbouwen, zodat sprake is van transparantie over keuze en proces.*

*In art. 5.4 lid 3 sub a t/m f van de AMvB staan de volgende kostprijs-elementen vermeld: a) kosten van de beroepskracht, b) redelijke overheadkosten, c) kosten voor niet-productieve uren van de beroepskrachten als gevolg van verlof, ziekte, scholing en werkoverleg, d) reis- en opleidingskosten, e) indexatie van loon binnen een overeenkomst en f) kosten als gevolg van gemeentelijke eisen, zoals rapportageverplichtingen en administratieve verplichtingen.*

*De VNG heeft ingestemd met een door de branchevereniging ontwikkelde rekentool voor het vaststellen van de kosten en het tarief.*

*Uitgangspunt is, ook wanneer de rekentool wordt gebruikt, dat op de gemeenten niet alleen een plicht tot kostprijsonderzoek rust, maar ook een plicht tot het delen van de informatie en afwegingen die hebben geleid tot de vastgestelde tarieven. Wordt dit inzicht gegeven dan wordt voldaan aan het gebinsel van een zorgvuldige voorbereiding en aan het vereiste van transparantie. Door aanbieders moet immers tijdig beoordeeld kunnen worden of de tarieven zorgvuldig tot stand zijn gekomen en welke informatie en afwegingen daaraan ten grondslag hebben gelegen. Zo wordt gewaarborgd dat alle (potentiële) aanbieders beschikken over dezelfde informatie (level playing field) én wordt voorkomen dat later blijkt dat tarieven zijn gebaseerd op aannames.*

*De vraag die de voorzieningenrechter in onderhavige procedure moet beantwoorden, is of de gemeenten in voldoende mate aannemelijk maken dat het doorlopen proces en de vaststelling van het tarief, voldoen aan de gestelde eisen.*

*In onderhavige procedure uit eiseres kritiek op drie punten die de gemeenten in het kostenonderzoek hebben meegenomen, te weten 1) de Benchmark Care 2019 van bureau Berenschot, 2) de kamerbrief en 3) het door X uitgevoerde onderzoek naar prijzen van (a) gemeenten in de regio, en (b) zorgaanbieders in de regio. Eiseres stelt dat het onderzoek van X in de regio ondeugdelijk zou zijn, omdat onduidelijk is welke contractvoorwaarden in de regio gelden en omdat aanbieders worden 'afgeknepen'.*

*De voorzieningenrechter overweegt dat niet is onderbouwd waarom dergelijke marktgegevens niet ook gebruikt zouden mogen worden als indicatoren voor wat een reële kostprijs zou kunnen zijn. Vast staat immers dat niet enkel deze data zijn gebruikt ter onderbouwing van de keuzes binnen de rekentool. Hetzelfde geldt voor de Berenschot-benchmark en de kamerbrief. Dat deze documenten over een ander soort zorg gaan, wil niet zeggen dat ze niet relevant zijn voor de keuzes die gemaakt moeten worden binnen de hulp bij het huishouden. Niet aannemelijk is gemaakt dat door het gebruik van de uitkomsten van het onderzoek van X en de twee andere bronnen de gemeenten relevante informatie hebben gemist, waardoor het onderzoek onvolledig en daardoor onzorgvuldig is.*

*Voorts merkt de voorzieningenrechter op dat eiseres steeds heeft benadrukt dat de rekentool door de gemeenten zou moeten worden gehanteerd. Eiseres zou dan ook als geen ander bekend moeten zijn met het feit dat dit door de branche ontwikkelde instrument een hulpmiddel is. De rekentool is op onderdelen 'gevlud' met suggesties. Dat het suggesties betreft, is ook in lijn met de AMvB. Daaruit vloeit immers voort dat er geen landelijke kostprijs wordt bepaald, maar dat ruimte wordt gegeven om regionale en organisatorische verschillen te verdisconteren.*

*Dat de tarieven reëel moeten zijn, wil voorts zeggen dat bij de vaststelling van de tarieven rekening moet zijn gehouden met de sectorale uitvoeringswerkelijkheid en met de kostprijs van een 'redelijk efficiënt functionerend' aanbieder. De gemeenten stellen zich blijkens antwoord 78 in de tweede Nota van Inlichtingen op het standpunt dat zij een 'verantwoorde generieke invulling' geven die past bij hetgeen uit het kostenonderzoek naar voren is gekomen op basis van de tariefinput van lokale aanbieders. Eiseres beklagt zich er over dat de antwoorden op vragen in de eerste*

*Nota van Inlichtingen, niet gemotiveerd zijn en dat het antwoord 78 in de tweede Nota van Inlichtingen vervolgens onvoldoende specifiek is.*

*De verwijzing onder 78 naar een invulling op basis van de uitgevoerde marktverkenning onder lokale aanbieders is naar het oordeel van de voorzieningenrechter aan de magere kant, maar dat uitgegaan is van tariefelementen die kenmerkend zijn voor die categorie volstaat. Gemeenten mogen er immers vanuit gaan dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver op het gebied van hulp bij het huishouden kennis heeft van de kostenstructuur van de gemiddeld efficiënte lokale zorgaanbieder en van de specifieke lokale omstandigheden.*

### **Conclusie**

*De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.*

*de stichting*

*STICHTING MEANDERGROEP ZUID-LIMBURG,*

*gevestigd te Landgraaf,*

*eiseres,*

*advocaat mr. M.C.G. Nijssen,*

*tegen*

*1. de publiekrechtelijke rechtspersoon*

*GEMEENTE BRUNSSUM,*

*zetelend te Brunssum,*

*2. de publiekrechtelijke rechtspersoon*

*GEMEENTE SIMPELVELD,*

*zetelend te Simpelveld,*

*3. de publiekrechtelijke rechtspersoon*

*GEMEENTE VOERENDAAL,*

*zetelend te Voerendaal,*

*4. de publiekrechtelijke rechtspersoon*

*GEMEENTE LANDGRAAF,*

*zetelend te Landgraaf,*

*gedaagden,*

*advocaat mr. K.M.J.A. Smitsmans.*

Partijen zullen hierna Meander en de gemeenten genoemd worden.

#### *1. De procedure*

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 7 oktober 2020, met producties,
- de brieven van 2 en 5 november 2020 van Meander, met producties,
- de conclusie van antwoord, met producties,

- de mondelinge behandeling van 10 november 2020, met de pleitnota van Meander en de pleitnota van de gemeenten.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

#### *2. De feiten*

2.1. Meander heeft raamcontracten met de afzonderlijke gemeenten voor het verlenen van hulp bij het huishouden aan inwoners, die daarvoor zijn geïndiceerd. Meander is niet de enige aanbieder van hulp bij het huishouden in de gemeenten.

2.2. Voor Landgraaf geldt dat het raamcontract is gebaseerd op een (Europese) aanbesteding in 2012, ingaand per 1 januari 2013. Op grond van de laatste verlenging, die is ingegaan op 1 januari 2019, loopt dit raamcontract tot en met 31 december 2021. Verlenging na die datum is niet meer mogelijk. Het contract kent een tarief dat jaarlijks wordt geïndexeerd.

2.3. Medio 2019 deelt Landgraaf Meander mede dat zij zich erop beraadt om per 1 januari 2021 opnieuw de hulp bij het huishouden aan te besteden, in verband met uitfasering van de algemene voorziening.

2.4. Meander heeft raamcontracten met Brunssum, Voerendaal en Simpelveld op basis van een (Europese) aanbesteding in 2017. De raamcontracten zijn ingegaan per 1 januari 2018 en hebben een looptijd van drie jaar, te weten tot 1 januari 2021. De raamcontracten kunnen driemaal met een jaar worden verlengd. De contracten kennen een tarief, dat jaarlijks wordt geïndexeerd.

2.5. Aan Meander wordt op 25 juni 2020 tijdens een bespreking duidelijk dat de gemeenten gezamenlijk per 1 januari 2021 de hulp bij het huishouden zullen aanbesteden.

2.6. De gemeenten hebben zich in het kostprijsonderzoek en de aanbesteding laten bijstaan door inkoopadviesbureau op het gebied van Wmo-zorg Aelmo B.V. te Beverwijk (hierna: Aelmo).

2.7. Op 10 juli 2020 publiceren de gemeenten op TenderNed de aankondiging dat gezamenlijk een (Europese) aanbesteding in de markt wordt gezet inzake hulp bij het huishouden per 1 januari 2021 op basis van een per gemeente af te sluiten raamcontract. Als inschrijfdatum geldt 23 september 2020.

De gemeenten hebben voor deze raamovereenkomst een combinatietarief vastgesteld van € 29,59 voor 2021 (Offerteaanvraag § 4.6 Financiering, pagina 17 van 23, productie 20 bij dag-

vaarding)<sup>1</sup>. Bijlage 8 van de Offerteaanvraag bevat de (door VNG/ActiZ ontwikkelde) rekentool voor hulp bij het huishouden (hierna: de rekentool), waarmee de gemeenten de kostprijs hebben bepaald. Beoordeling van de inschrijvers vindt alleen plaats op basis van het wel of niet voldoen aan de gestelde eisen binnen de offerteaanvraag (pagina 14 van 23 Offerteaanvraag, productie 20 bij dagvaarding).

2.8. In de eerste Nota van Inlichtingen van 28 augustus 2020 zijn verschillende vragen gesteld over de door de gemeenten gehanteerde percentages en bedragen in de rekentool. In de tweede Nota van Inlichtingen van 11 september 2020 merken de gemeenten het volgende op ter beantwoording van vragen die een verklaring zoeken voor het niet overnemen van de suggesties en eigen opmerkingen van de potentiële inschrijvers. *“Met betrekking tot de keuze en interpretatie over de wijze van invulling van de rekentool bijlage 8, welke is gebaseerd op de cao VVT 2019-2021, hebben de gemeenten gemeend om hier, mede op basis van input van diverse, lokale zorgaanbieders, tot een verantwoorde generieke invulling te komen. Er kunnen er over de wijze van invulling, op basis van individuele situaties, verschillende opvattingen bestaan. Het uitgangspunt van de gemeenten is één generieke invulling, welke uiteindelijk heeft geleid tot het vaststellen van een toekomstbestendige, controleerbare en reële kostprijs.*

*gemeenten zijn dan ook van mening dat zij middels de door hun gekozen generieke wijze van invulling en uitwerking binnen de rekentool, tot een passend tarief voor het product HbH zijn gekomen, welke in lijn ligt met de minimale uitgangspunten, zoals gesteld binnen de AMvB.”*

2.9. Meander heeft op 22 september 2020 ingeschreven op de aanbesteding.

2.10. Brunssum, Voerendaal en Simpelveld hebben op 30 september 2020 de raamcontracten met Meander met een jaar verlengd per 1 januari 2021 tot 31 december 2021.

### 3. Het geschil

3.1. Meander vordert bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

(1) de gemeenten te verbieden de inkoopprocedure ‘Hulp bij het Huishouden’, gemeente Simpel-

veld, Voerendaal, Landgraaf en Brunssum SVB-2021’ voort te zetten, tenzij de gemeenten alsnog aantonen, dat het tarief van € 29,59 is gebaseerd op de reële kostprijs-elementen als bedoeld in de Rekentool VNG/Actiz, en aantonen dat de toe te passen indexering voldoet aan de AMvB “Reële kostprijs Wmo 2015”;

(2) de gemeenten Brunssum, Simpelveld en Voerendaal te gebieden, binnen vijf dagen na het in dezen te wijzen vonnis, de op 25 juni 2020 gestaakte dialoog met Meander over de kostprijs-elementen op basis van de Rekentool VNG/Actiz voor te zetten, met in achtneming van hetgeen daarover wordt overwogen in het in dezen te wijzen vonnis, als onderdeel van het gedegen onderzoek naar de vaststelling van een reële kostprijs voor hulp in de huishouding in deze gemeenten en een adequate indexering, met ingang van 1 januari 2021, de dag waarop de per exploit van

(3) 30 september 2020 medegedeelde verlenging van de raamovereenkomst ingaat;

(4) de gemeenten Brunssum, Simpelveld en Voerendaal te gebieden deugdelijk onderzoek te doen naar de reële kostprijs voor hulp in de huishouding in deze gemeenten, met in achtneming van hetgeen daarover wordt overwogen in het in dezen te wijzen vonnis, ter bepaling van een reële kostprijs en een adequate indexering, met ingang van 1 januari 2021, de dag waarop de per exploit van

(5) 30 september 2020 medegedeelde verlenging van de raamovereenkomsten ingaat;

(6) de gemeente Landgraaf te gebieden binnen vijf dagen na het in dezen te wijzen vonnis, de begin juni 2020 verzande dialoog met Meander over de kostprijs-elementen op basis van de Rekentool VNG/Actiz voor te zetten, met in achtneming van hetgeen daarover wordt overwogen in het in dezen te wijzen vonnis, als onderdeel van het gedegen onderzoek naar de vaststelling van een reële kostprijs voor hulp in de huishouding in deze gemeente en een adequate indexering, met ingang van 1 januari 2021, als onderdeel van de bestaande Overeenkomst Partnerschap bij Hulp in het Huishouden;

(7) elke voorziening te treffen die de voorzieningenrechter passend acht en die recht doet aan de belangen van Meander;

(8) aan de geboden sub 2), 3) en 4) een dwangsom te verbinden van € 100 per dag per gedaagde, met een maximum van € 7.500 per gedaagde, voor elke dag dat een gedaagde binnen 14 dagen

<sup>1</sup> Pagina 3 van 4 van de Raamovereenkomst, productie 20 bij dagvaarding spreekt van € 29,57 voor 2021.

na betekening van het te wijzen vonnis geen gehoor geeft aan het betreffende gebod;

(9) de gemeenten hoofdelijk te veroordelen in de kosten van deze procedure, des dat de een betalende de ander in zoverre zal zijn bevrijd.

3.2. Meander legt aan de vorderingen te grondslag dat de gemeenten hebben nagelaten Meander te betrekken in de onderhandelingen c.q. de bepaling van het tarief per 1 januari 2021. Meander stelt dat de gemeenten hebben nagelaten in de Offerteaanvraag een toelichting te verstrekken waarin helder is gemotiveerd op grond van welke keuzes en/of welke afwegingen, dan wel welke gemiddelden, of welke argumenten de gemeenten hebben besloten tot vaststelling van de relevante kostprijselementen. Meander stelt dat, omdat de gegevens van Meander, als grootste aanbieder in de regio, niet zijn betrokken bij het onderzoek naar de reële kostprijs voor hulp bij het huishouden de facto geen zorgvuldig onderzoek kan hebben plaatsgevonden. Meander stelt kortom dat de gemeenten geen zorgvuldig onderzoek hebben gedaan naar de opbouw van de kostprijselementen in de regio, althans dat uit niets blijkt dat dit onderzoek is gedaan, zodat elke transparantie over die elementen ontbreekt. De vastgestelde kostprijs van van € 29,59 volstaat niet en is daarnaast niet adequaat geïndexeerd.

3.3. De gemeenten voeren gemotiveerd verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling Spoedeisendheid

4.1. De spoedeisendheid vloeit voort uit de aard van de zaak. Indien de aanbesteding van hulp bij het huishouden van de gemeenten doorgang vindt, zoals gepland, zal het daarin geboden tarief gelden vanaf 1 januari 2021. Het is in het belang van de continuïteit van de zorgverlening aan de inwoners van de gemeenten dat voorafgaand aan de gunning c.q. voorafgaand aan de ingang van de verlengde contracten duidelijk is tegen welk tarief de aanbieders de uitgevraagde diensten zullen moeten leveren.

#### Ten aanzien van de reële kostprijs

4.2. De kern van het betoog van Meander is dat het onderzoek van de gemeenten niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

Meander stelt in het kader van de aanbesteding dat de resultaten van het kostprijsonderzoek onvoldoende transparant zijn en bovendien te laat

kenbaar zijn gemaakt. Meander heeft moeten inschrijven op de aanbesteding op basis van onvolledige informatie.

Meander stelt dat niet alleen een reële prijs moet worden bepaald bij de aanvang van een overeenkomst, maar ook bij een eventuele verlenging daarvan. Dat is immers een nieuw ijkmoment om te bezien of de prijzen reëel zijn. Dus zowel in het kader van de eventuele verlengingen als in het kader van de aanbesteding moet de reële kostprijs voor de komende periode worden bepaald.

#### 1. Kostprijselementen en rekentool: kader

4.3. In juni 2017 is in op de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) gebaseerde Algemene Maatregel van Bestuur Reële prijs Wmo 2015<sup>2</sup> in werking getreden (hierna: de AMvB). Dit besluit heeft ten doel dat een gemeente een reële prijs betaalt voor een Wmo-dienst, zodat de aanbieder (1) kan voldoen aan de gemeentelijke eisen aan de kwaliteit en continuïteit van de dienst en (2) kan voldoen aan de arbeidsrechtelijke verplichtingen aan de beroepskracht die de dienst verleent. De AMvB stelt hiertoe nadere regels aan de al in de Wmo opgenomen verplichting om een reële prijs te hanteren. De bepaling van een reële prijs voor een voorziening wordt met dit besluit geregeld door de kostprijselementen waar het college een reële prijs op moet baseren, vast te leggen. De gemeente neemt een besluit over een reële prijs aan de hand van de kostprijselementen en de beschikbare kostprijsinformatie. Van belang is dat de gemeente bepaalde keuzes met betrekking tot kostprijselementen kan onderbouwen, zodat sprake is van transparantie over keuze en proces.

4.4. Art. 5.4 vormt de kern van de AMvB en vermeldt het volgende:

(1) De gemeenteraad legt in ieder geval in de verordening vast dat het college een reële prijs vaststelt voor Wmo-diensten die door derden worden geleverd en dat deze prijs geldt als ondergrens voor een inschrijving in de aanbestedingsprocedure en bij de overeenkomst met een derde;

2 Besluit van 10 februari 2017, houdende regels ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van een voorziening en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit van de voorziening en de continuïteit in de hulpverlening tussen de cliënt en de hulpverlener (Staatsblad 2017, 55). De AMvB is in werking getreden op 1 juni 2017 (Staatsblad 2017, 158).

(2) Het college stelt een reële prijs vast overeenkomstig de eisen aan de kwaliteit van de dienst;

(3) De reële prijs is gebaseerd op de volgende kostprijselementen:

- (a) Kosten van de beroepskracht;
- (b) Redelijke overheadkosten;
- (c) Kosten voor niet-productieve uren van de beroepskrachten als gevolg van verlof, ziekte, scholing en werkoverleg;
- (d) Reis- en opleidingskosten;
- (e) Indexatie van loon binnen een overeenkomst;
- (f) Kosten als gevolg van gemeentelijke eisen, zoals rapportageverplichtingen en administratieve verplichtingen.

(4) Het college heeft (ook) de mogelijkheid geen reële prijs vast te stellen en geen reële prijs als ondergrens te hanteren. Het college moet in dat geval de eis stellen aan inschrijvende partijen om een prijs voor de dienst te hanteren die gebaseerd is op de kwaliteit van de betreffende voorziening en de kostprijselementen.

4.5. De relevante bepalingen uit de vier gemeentelijke verordeningen volgen de AMvB.<sup>3</sup>

4.6. Voor een redelijk deskundige en goed opererende zorgaanbieder (ook wel de “gemiddeld efficiënte zorgaanbieder”) wordt het tarief dat met in achtname van genoemde kostprijselementen tot stand is gekomen in beginsel geacht kostendekkend te zijn. Op deze wijze wordt dan voldaan aan de proportionaliteitseis. Dat de verantwoordelijkheid voor een gezonde bedrijfsvoering uiteindelijk bij de aanbieder ligt en niet bij de gemeente spreekt voor zich.<sup>4</sup>

4.7. De Vereniging Nederlandse gemeenten heeft ingestemd met een door branchevereniging Actiz ontwikkelde rekentool voor het vaststellen van de kosten en het tarief (hierna: rekentool). Tussen Meander en de gemeenten is niet in geschil dat de rekentool een geschikt instrument is om de reële kostprijs vast te stellen. Dit standpunt vindt steun in de rechtspraak<sup>5</sup>, zodat de voorzieningenrechter ervan uitgaat het gebruik van de rekentool weliswaar niet verplicht is, maar dat het wel een objec-

tiveerbaar (hulp)middel is om tot vaststelling van reële prijzen te komen.

4.8. Uitgangspunt bij de beoordeling is voorts, ook indien gebruik wordt gemaakt van de rekentool, dat de gemeenten niet alleen een plicht tot kostprijsonderzoek rust, maar ook een plicht tot het delen van de informatie en afwegingen die hebben geleid tot de vastgestelde tarieven. Wordt dit inzicht gegeven dan wordt voldaan aan het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding en aan het vereiste van transparantie. Door aanbieder moet immers tijdig beoordeeld kunnen worden of de tarieven zorgvuldig tot stand zijn gekomen en welke informatie en afwegingen daaraan ten grondslag hebben gelegen. Zo wordt gewaarborgd dat alle (potentiële) aanbieders beschikken over dezelfde informatie (level playing field) én wordt voorkomen dat later blijkt dat tarieven zijn gebaseerd op aannames.

4.9. De vraag die de voorzieningenrechter aldus moet beantwoorden is of de gemeenten in voldoende mate aannemelijk maken dat het doorlopen proces en de vaststelling van het tarief voldoen aan de gestelde eisen.

4.10. De voorzieningenrechter merkt op dat uit het voorgaande volgt, dat de gemeenten in beginsel veel beleidsruimte hebben bij het bepalen van reële tarieven. De voorzieningenrechter hecht er voorts aan te benadrukken dat in kort geding geen ruimte is voor nadere bewijsvoering.

## 2. Kostenonderzoek

4.11. Het onderzoek naar de kostenstructuur dat de gemeenten dienen uit te voeren moet voldoen aan de eisen die voortvloeien uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur daaraan stellen (vgl. art. 3:14 BW). De gemeenten dienen de relevante informatie in de markt te verzamelen. Een zorgvuldig kostenonderzoek vraagt daarom ook om openheid en medewerking van de aanbieders over de kosten die zij maken. Het gaat uitdrukkelijk niet over prijsonderhandelingen, maar om prijsconsultatie. Voorts dienen de gemeenten een zorgvuldige afweging van belangen uit te voeren op basis van de in de wet (en de gemeentelijke verordeningen) genoemde kostprijselementen.

4.12. Uitgangspunt voor dit kostenonderzoek is dat het bij hulp bij het huishouden (zorgvorm) gaat het om één type zorgverlener met een duidelijk omschreven niet complex takenpakket (type zorgverlener noodzakelijk voor die zorgvorm). Dat van deze dienstverleners tevens wordt gevraagd ook een signaleringsfunctie te vervullen,

3 Zie artikel 20 VMO 2020 Landgraaf, artikel 17 VMO 2020 Voerendaal, artikel 17 VMO 2020 Simpelveld en artikel 22 VMO 2020 Brunssum.

4 Toelichting op de AMvB, pag 6. Stbl. 2017, 55.

5 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437, rov. 5.21.

maakt dat niet anders. Dit aspect zal verdiscon- teerd (kunnen) worden in het kostprijselment opleiding.

4.13. Uit de jurisprudentie vloeit voort dat in het onderzoek ook specifieke omstandigheden, ver- bonden aan de regio waarin de hulp wordt ver- leend, in aanmerking moeten worden genomen. Ook moet acht worden geslagen op bepaalde or- ganisatie-specifieke aspecten die een significante impact kunnen hebben op de kostenopbouw.<sup>6</sup>

4.14. De gemeenten hebben bij conclusie van ant- woord en ter kort gedingzitting toegelicht welke onderzoekshandelingen zij hebben uitgevoerd om de relevante data te verkrijgen. Dat dit inzicht over de onderzoeksaanpak te laat is gegeven (en zo ja, welke gevolgen dat zou moeten hebben), is niet (meer) gesteld en overigens ook niet geble- ken.

4.15. De gemeenten hebben aangegeven dat zij – om een zogenoemd nulpunt te creëren voor een nieuw tarief – in het onderzoek hebben betrok- ken:

- (1) de eigen ervaringen binnen het sociaal do- mein sinds 2007 opgedaan in het kader van hulp bij het huishouden,
- (2) de op verzoek verstrekte gegevens van de ge- contracteerde aanbieders, onder wie Meander, die door deze aanbieders zijn verwerkt in de reken- tool,
- (3) de Benchmark Care 2019 van bureau Beren- schot (productie 14 bij CvA),
- (4) de kamerbrief (productie 13 bij CvA),
- (5) het door Aelmo uitgevoerde onderzoek naar prijzen van (a) gemeenten in de regio, en (b) zorg- aanbieders in de regio.

4.16. Meander uit ter kort gedingzitting kritiek op de punten 3, 4 en 5 zonder nader te verfeitelijken dat de gemeenten deze benchmark, kamerbrief en dit eigen onderzoek niet in hun onderzoek zou- den (hebben) mogen betrekken. Meander stelt dat het onderzoek van Aelmo in de regio ondeugde- lijk zou zijn, omdat onduidelijk is welke con- tractsvoorwaarden in de regio gelden en omdat aanbieders worden “afgeknepen”.

4.17. De voorzieningenrechter overweegt dat niet is onderbouwd waarom dergelijke marktgegevens niet ook gebruikt zouden mogen worden als indi- catoren voor wat een reële kostprijs zou kunnen zijn. Vast staat immers dat niet enkel deze data zijn gebruikt ter onderbouwing van de keuzes binnen de rekentool. Hetzelfde geldt voor de Be- renschot-benchmark en de kamerbrief. Dat deze documenten over een ander soort zorg gaan, wil niet zeggen dat ze niet relevant zijn voor de keu- zes die gemaakt moeten worden binnen de hulp bij het huishouden. Niet aannemelijk is gemaakt dat door het gebruik van de uitkomsten van het Aelmo-onderzoek en de twee andere bronnen de gemeenten relevante informatie hebben gemist, waardoor het onderzoek onvolledig en daardoor onzorgvuldig is.

4.18. Meander formuleert met haar stellingen met name kritiek op punt 2. De voorzieningenrechter kan Meander niet volgen en overweegt als volgt. Onweersproken is dat op 20 maart 2020 door Voerendaal, Brunssum en Simpleveld de gecon- tracteerde aanbieders om is input gevraagd. Ook Meander is op 20 maart 2020 gevraagd om de re- kentool per 1 januari 2020 en 1 juni 2020 in te vullen en te retourneren. Meander heeft evenwel destijds op dat verzoek niet inhoudelijk gereaa- geerd. Niet betwist is dat de overige aanbieders op 20 april en 8 mei 2020 de verzochte informatie hebben aangeleverd.

Landgraaf heeft zich op enig moment aangesloten bij de drie andere gemeenten inzake het aanbestedingstraject, in ieder geval per 9 juni 2020 (zie hierna). Meander heeft daarbij geen bedenkingen geuit. Er is geen reden (aangevoerd) waarom Landgraaf zich niet zou mogen beroepen op het door de overige drie gemeenten in het voortraject uitgevoerde kostenonderzoek.

De gemeenten hebben daarop ingestemd met de uitgangspunten voor de aanbesteding hulp bij het huishouden 2021, waaronder de wijze van de ta- riefvaststelling, namelijk door gebruik te maken van de rekentool: op 26 mei 2020 (Voerendaal), 2 juni 2020 (Simpleveld en Brunssum) en 9 juni 2020 (Landgraaf). Anders dan Meander stelt, blijkt uit deze besluiten niet dat op dat moment ook de definitieve hoogte van de te hanteren kost- prijs is vastgelegd. Inzicht in het onderliggende uitgangspunten-document ontbreekt overigens (zie bij de besluiten van de gemeenten, productie 27 bij dagvaarding) en nadere onderbouwing van

6 Vgl. het in het kader van complexere jeugdzorg gewe- zen ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, rov 5.4: “Het han- teren van reële tarieven vergt wel degelijk dat rekening wordt gehouden met gelegitimeerde regionale of an- derszins goed onderbouwde kostenverschillen.”

haar stelling is door Meander in ieder geval niet verschaft.

4.19. Meander heeft op 26 juni 2020 (pas) haar input geleverd. De voorzieningenrechter heeft geen enkele aanleiding om te moeten oordelen dat de stelling van de gemeenten dat deze gegevens wel degelijk zijn meegenomen en zelfs hebben geleid tot enige aanpassing in de rekentool, onjuist is. Vast staat in ieder geval dat de kostprijs van € 29,59 op 10 juli 2020 vast is gelegd in de aanbestedingsdocumenten. De stelling van Meander dat geen rekening is gehouden in het kostenonderzoek met de input van de grootste gecontracteerde aanbieder van de gemeenten, tevens de grootste regionale aanbieder moet daarom voor ongegrond worden gehouden.

4.20. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de stellingen ten aanzien van de (kwaliteit) van het kostenonderzoek geen hout snijden en niet kunnen leiden tot het oordeel dat de gemeenten onzorgvuldig hebben gehandeld.

### 3. De rekentool

4.21. Zoals gezegd dient de vast te stellen reële kostprijs de in de wet (en de gemeentelijke verordeningen) genoemde kostprijselementen te bevatten. De rekentool is een handvat om die elementen in de uiteindelijke prijs te verwerken. De voorzieningenrechter merkt op dat Meander steeds heeft benadrukt dat de rekentool door de gemeenten zou moeten worden gehanteerd. Meander zou dan ook als geen ander bekend moeten zijn met het feit dat dit door de branche ontwikkelde instrument een hulpmiddel is. De rekentool is op onderdelen “gevuld” met suggesties aangebracht door bureau Berenschot na uitgebreid (benchmark)onderzoek. Dat het (slechts) suggesties betreft is ook in lijn met de AMvB. Daaruit vloeit immers voort dat er geen landelijke kostprijs wordt bepaald, maar dat er ruimte wordt gegeven om regionale en organisatorische verschillen te verdisconteren. Om lokaal maatwerk te kunnen leveren zal er dus aanleiding kunnen zijn om (naar boven of naar beneden) van de suggesties af te wijken.

4.22. Dat de tarieven reëel moeten zijn, wil voorts zeggen dat bij de vaststelling van de tarieven rekening moet zijn gehouden met de sectorale uitvoeringswerkelijkheid en met de kostprijs van een ‘redelijk efficiënt functionerend’ aanbieder. De gemeenten stellen zich blijkens het antwoord onder 78 in de tweede Nota van Inlichtingen op het standpunt dat zij een “verantwoorde generieke

invulling” geven die past bij hetgeen uit het kostenonderzoek naar voren is gekomen op basis van (onder meer) de tariefinput van lokale aanbieders. Dat de gekozen kostenstructuur afwijkt van de individuele kostenstructuur van de potentiële inschrijver c.q. de aanbieders op het lopende contract is daarmee een feit dat voorzien is door de wetgever.

4.23. Meander beklagt zich er in wezen over dat de antwoorden op vragen in de eerste Nota van Inlichtingen niet gemotiveerd zijn en dat het antwoord 78 in de tweede Nota van Inlichtingen vervolgens onvoldoende specifiek is. De stellingen van Meander begrijpt de voorzieningenrechter dan ook zo dat, omdat niet wordt ingegaan op de specifiek aan de orde gestelde percentages en bedragen, maar volstaan wordt met een algemeen antwoord, de toelichting op die prijselementen en dus (op het tot stand komen van) de kostprijs niet transparant is.

4.24. De verwijzing onder 78 naar een invulling op basis van de uitgevoerde marktverkenning onder lokale aanbieders is naar het oordeel van de voorzieningenrechter aan de magere kant, maar dat uitgegaan is van tariefelementen die kenmerkend zijn voor die categorie volstaat. De gemeenten mogen er immers vanuit gaan dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver op het gebied van hulp bij huishouden kennis heeft van de kostenstructuur van de gemiddeld efficiënte lokale zorgaanbieder en van de specifieke lokale omstandigheden. Nergens is voorts de verplichting geformuleerd dat de gemeenten verantwoording afleggen over de verschillen tussen de gekozen structuur en de suggesties in de rekentool, laat staan die van de individuele aanbieder.

4.25. De gemeenten hebben ter zitting voorts (toch) uitgebreid toegelicht hoe en waarom de gekozen percentages en bedragen afwijken van de door Meander aangeleverde input inzake de door Meander (in de dagvaarding) specifiek benoemde onderdelen, te weten

(1) salaris en inschaling, (2) sociale lasten, (3) overige personeelskosten waaronder reiskosten, (4) overhead, (5) productiviteit, (6) marge, risico en innovatie. Dat die toelichting niet in lijn is met de Nota van Inlichtingen is door Meander ter kort gedingzitting gesteld, maar niet geconcretiseerd. Meander verwijst in de dagvaarding en ter kort gedingzitting steeds naar kengetallen uit haar bedrijfsvoering en geeft aan in te stemmen met de



rekentoolpercentages, waaraan een landelijke benchmark ten grondslag ligt. Meander miskent daarmee dat de aanpak van de gemeenten uitgaat van een “lokaal gemiddelde”, waarmee zij, onweersproken door Meander, veelal positief afwijkt van de suggesties van de rekentool. De voorzieningenrechter brengt hier in herinnering haar oordeel in rov. 4.19.

#### 4. Indexering

4.26. De voorzieningenrechter merkt op dat zij de opmerking van Meander dat de kostprijs in de aanbesteding van de gemeenten niet (adequaat) wordt geïndexeerd niet kan volgen. In § 4.6 van de Offerteaanvraag is toegelicht dat de cao VVT 2019-2021 wordt gevolgd. In de eerste Nota van Inlichtingen is daarop nog een nadere toelichting gegeven. Nergens is in de wet- en regelgeving of de jurisprudentie bepaald hoe en naar welke norm geïndexeerd moet worden. Voldoende aannemelijk is dat het volgen van de cao op de wijze zoals beschreven door de gemeenten, de prijsstijgingen in de sector hulp bij het huishouden, waar personeelskosten de grootste kostenpost vormen, afdoende compenseert.

#### Conclusie

4.27. De vordering onder 1 moet worden afgewezen, omdat de voorzieningenrechter tot het oordeel komt dat de totstandkoming van de reële kostprijs voor de inkoopprocedure hulp bij het huishouden van de gemeenten voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

4.28. Dit betekent dat, omdat er geen signaal is dat de gemeenten de aanbesteding en gunning niet wensen voort te zetten, vanaf 1 januari 2021 het tarief van € 29,59 gehanteerd zal worden. Dit zo zijnde, valt niet in te zien waarom aan de zijde van Meander nog belang is bij voorzetting van de kostprijdialoog in het kader van de verlengde raamovereenkomsten van de gemeenten Brunssum, Voerendaal en Simpelveld en de lopende overeenkomst wat betreft Landgraaf, zoals gevorderd onder 2, 3 en 4.

Voor het geval de gemeenten de aanbesteding en gunning niet voortzetten, overweegt de voorzieningenrechter dat de prijzen van de tot eind 2021 verlengde raamcontracten vastliggen in eerdere aanbestedingen en er sprake is van indexering conform het CBS-indexcijfer (voor gemeente Landgraaf, productie 2 bij dagvaarding en voor gemeenten Brunssum, Simpelveld en Voerendaal, productie 3 bij dagvaarding). Meander stelt nog dat maximering van de indexering vooraf in strijd

is met de AMvB, waarbij zij verwijst naar r.o. 5.16 van het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437. Zonder nadere toelichting die niet is gegeven, is indexering conform het CBS-indexcijfer niet gelijk te stellen aan maximering vooraf van de indexering.

De vorderingen worden dan ook afgewezen.

4.29. Voor hetgeen wordt gevorderd onder 5 is geen grond.

#### Proceskosten

4.30. Meander zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding aan de zijde van de gemeenten. Deze worden begroot op € 656 aan griffierecht en € 980 aan salaris advocaat.

De rente en nakosten worden toegewezen als in het dictum wordt verwoord.

#### 5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Meander in de kosten van het geding aan de zijde van de gemeenten begroot op € 1.636 vermeerderd met de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat Meander niet binnen twee weken na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en vermeerderd met de wettelijke rente, als bedoeld in art. 6:119 BW, over de (na)kosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de algehele betaling,

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. I.M. Etman en in het openbaar uitgesproken.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> type: EvB

## NOOT

### Grenzen aan de onderbouwing van tarieven binnen het sociaal domein

#### Inleiding

De uitspraak van 24 november 2020 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg (hierna: “de voorzieningenrechter”) is de laatste in een reeks van uitspraken over het hanteren van reële tarieven bij de inkoop van maatschappelijke ondersteuning op grond van de Wmo 2015.<sup>1</sup> Al die eerdere uitspraken komen neer op een negatieve uitkomst voor de inkoopende gemeenten, met als rode draad dat onvoldoende is onderbouwd dat de gehanteerde tarieven als reëel in de zin van de Wmo 2015 kwalificeren.

Deze uitspraak is, voor zover ons bekend, de eerste met een voor de aanbestedende gemeenten (Brunssum, Simpelveld, Voerendaal en Landgraaf, hierna: “de gemeenten”) positieve uitkomst. De voorzieningenrechter gaat niet mee in de stellingname van aanbieder Meander dat sprake is van een onzorgvuldig uitgevoerd en onvoldoende onderbouwd kostenonderzoek.

In het navolgende lichten wij toe waarom wet- en regelgeving leiden tot een (vergaande) onderbouwingsplicht van gemeenten met betrekking tot door hen vastgestelde tarieven binnen het sociaal domein en hoe de onderhavige uitspraak van de voorzieningenrechter zich daartoe verhoudt. Tevens bespreken wij de procedure van artikel 5.4 lid 4 van de AMvB reële prijs Wmo 2015 (hierna: “de AMvB”) die gemeenten kunnen volgen om te ontkomen aan die plicht door de bepaling van het reële tarief aan aanbieders over te laten.

1 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437 (en eerste aanleg: Vzr. Rb. Midden-Nederland 15 juli 2019), ECLI:NL:RBMNE:2019:3160, Vzr. Rb. Noord-Nederland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3982, Vzr. Rb. Oost-Brabant 1 februari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:609 en Vzr. Rb. Oost-Brabant 3 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2237.

#### Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Uit de uitspraak blijkt dat de gemeenten hulp bij het huishouden hebben uitgevraagd op basis van een open-house procedure.<sup>2</sup> Zoals bekend, volgt uit jurisprudentie van het HvJ EU dat de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit op zo’n procedure niet van toepassing zijn en daarmee evenmin de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit.<sup>3</sup>

Conform artikel 3:14 BW zijn gemeenten bij overheidsinkopen wél gehouden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.

Het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel verplicht gemeenten bij de vaststelling van tarieven voor maatschappelijke ondersteuning blijf te geven van een redelijke beoordeling en afweging van belangen.<sup>4</sup> Aan die laatste verplichting wordt geacht te zijn voldaan, indien het tarief is gebaseerd op de zes kostprijselementen zoals genoemd in artikel 5.4 van de AMvB.<sup>5</sup> Deze kostprijselementen worden opgesomd in

- 2 Uit r.o. 2.7 van de uitspraak blijkt dat de gemeenten een combinatietarief van € 29,59 voor hulp bij het huishouden hebben vastgesteld en dat de inschrijvers alleen worden beoordeeld op basis van het wel of niet voldoen aan de in de offerteaanvraag gestelde eisen.
- 3 Dit is anders in geval van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang. In dat geval moet de open house procedure worden ingericht met inachtneming van de voorwaarden die voortvloeien uit de arresten Falk (HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399) en Tirkkonen (HvJ EU 1 maart 2018, C-0/17, ECLI:EU:C:2018:142).
- 4 Vzr. Rb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.10.
- 5 Met de AMvB is invulling gegeven aan de in art. 2.6.6 lid 2 Wmo 2015 voorziene mogelijkheid om nadere regels te stellen ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor een Wmo-dienst en de daaraan gestelde kwaliteitseisen. Uit art. 2.6.6 jo 2.6.4 Wmo 2015 volgt dat de wetgever tot uitgangspunt heeft genomen dat Wmo-zorg wordt ingekocht door middel van een aanbesteding. In een arrest van 21 januari 2020 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld dat gelet op de doelstelling het ervoor moet worden gehouden dat de AMvB ook van toepassing is op Wmo-diensten die worden ingekocht door middel van een open house procedure (ECLI:NL:GHARL:2020:437, r.o. 5.13).

rechtsoverweging 4.4 van de uitspraak en betreffen:

- (1) kosten van de beroepskracht;
- (2) redelijke overheadkosten;
- (3) kosten voor niet-productieve uren a.g.v. verlof, ziekte, scholing en werkoverleg;
- (4) reis- en opleidingskosten;
- (5) indexatie van de reële prijs voor het leveren van een dienst; en
- (6) overige kosten a.g.v. door de gemeente gestelde verplichtingen waaronder rapportage- en administratieve verplichtingen.

Het betrekken van deze kostprijselementen zou moeten leiden tot een reële prijs in de zin van een prijs die, uitgaande van een redelijk deskundige en goed opererende aanbieder, kostendekkend is.<sup>6</sup> Dit betekent niet dat de prijs voor alle (potentiële) aanbieders kostendekkend hoeft te zijn. De verantwoordelijkheid voor een gezonde bedrijfsvoering rust bij de aanbieder en niet bij de gemeenten.<sup>7</sup>

De AMvB bevat geen regels over de wijze waarop gemeenten invulling dienen te geven aan het kostprijsonderzoek. Wel volgt uit het zorgvuldigheidsbeginsel dat gemeenten inzichtelijk dienen te maken welke bevindingen en afwegingen aan de door hen vastgestelde tarieven ten grondslag liggen.<sup>8</sup> Aanbidders kunnen zo beoordelen of die tarieven zorgvuldig tot stand zijn gekomen.

In de uitspraak staat de voorzieningenrechter uitdrukkelijk stil bij deze onderzoeks- en onderbouwingsplicht van de gemeenten. Tevens overweegt de voorzieningenrechter in dit verband dat het delen van informatie en afwegingen die ten grondslag liggen aan vastgestelde tarieven, een *level playing field* waarborgt én voorkomt dat tarieven op aannames zijn gebaseerd.<sup>9</sup>

### Kostenonderzoek gemeenten

Bij hun kostenonderzoek hebben de gemeenten onder meer gebruik gemaakt van een door VNG/

ActiZ ontwikkelde rekentool voor hulp bij het huishouden.<sup>10</sup> Deze rekentool maakt onderscheid tussen drie soorten data: i) vaststaande data zoals cao-gebonden kosten, ii) vrij in te vullen data waarvoor de rekentool suggesties<sup>11</sup> geeft op basis van landelijke cijfers zoals opslagen sociale lasten, en iii) vrij in te vullen data waarvoor de rekentool geen suggesties geeft en die lokaal moeten worden verzameld.

Voorafgaand aan de inkoopprocedure zijn de (potentiële) aanbieders tweemaal (op 1 januari 2020 en op 1 juni 2020) verzocht de rekentool in te vullen. Tegelijk met de aankondiging van de aanbesteding op 10 juli 2020, hebben de gemeenten door middel van de door hen zelf ingevulde rekentool inzichtelijk gemaakt welke bedragen en percentages ten grondslag liggen aan het door hen gehanteerde combinatietarief van € 29,59 voor hulp bij het huishouden. Welke afwegingen aan die bedragen en percentages ten grondslag liggen, is (afgaand op de uitspraak) niet in de aanbestedingsstukken toegelicht.

Uit de uitspraak laat zich verder opmaken dat de gemeenten suggesties van aanbieders voor aanpassing van bedragen en/of percentages in het kader van de eerste nota van inlichtingen niet hebben overgenomen. In reactie op verzoeken van aanbieders dit toe te lichten, hebben de gemeenten in de tweede nota van inlichtingen aangegeven dat zij zich op de cao VVT 2019-2021 hebben gebaseerd en mede op basis van input van diverse lokale aanbieders zijn gekomen tot één generieke invulling die heeft geleid tot het vaststellen van een *“toekomstbestendige, controleerbare en reële kostprijs”*.

De volgens de voorzieningenrechter te beantwoorden vraag is of de gemeenten *“in voldoende mate aannemelijk maken dat het doorlopen proces en de vaststelling van het tarief voldoende*

6 Vgl. r.o. 4.6.

7 Zie Nota van Toelichting AMvB. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.17.

8 Hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.19.

9 Vgl. r.o. 4.8.

10 Het gebruik van een rekentool is niet verplicht. In het eerder genoemde arrest van 21 januari 2020 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld dat een rekentool wel een objectieverbaar middel is om tot vaststelling van reële prijzen te komen (ECLI:NL:GHARL:2020:437, r.o. 5.21).

11 De rekentool is op onderdelen “gevuld” met suggesties aangedragen door bureau Berenschot na uitgebreid (benchmark)onderzoek.

*aan de gestelde eisen.*<sup>12</sup> Een ontkennend antwoord op deze vraag dringt zich onzes inziens op. De gemeenten hebben over het doorlopen proces en de vaststelling van het tarief slechts zeer summere informatie verstrekt, namelijk dat het combinatietarief is gebaseerd op de toepasselijke CAO (vaststaande data) en input van lokale aanbieders (vrij in te vullen data).<sup>13</sup> De kritiek van aanbieder Meander dat de vaststelling van de hoogte van de kostprijselementen niet transparant is en daarmee evenmin de kostprijs, laat zich dan ook wel begrijpen.

### Oordeel voorzieningenrechter

De voorzieningenrechter komt tot een tegenovergesteld oordeel.<sup>14</sup> Dit oordeel steunt op twee pijlers:

(1) De rekentool is ingevuld op basis van de marktverkenning onder lokale aanbieders naar tariefelementen die kenmerkend zijn voor hulp bij het huishouden en de gemeenten mogen er vanuit gaan dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver op het gebied van hulp bij het huishouden kennis heeft van de kos-

tenstructuur van de gemiddeld efficiënte lokale aanbieder en van de specifieke lokale omstandigheden;<sup>15</sup> én

(2) De gemeenten zijn niet verplicht verantwoording af te leggen over de verschillen tussen de gekozen structuur en de suggesties in de rekentool, laat staan die van de individuele aanbieder.<sup>16</sup>

De op gemeenten rustende plicht om inzicht te geven in de gemaakte afwegingen, wordt op deze wijze beperkt tot informatie over de kostprijselementen die zijn gehanteerd en de daaraan gekoppelde bedragen of percentages. Dit oordeel is wat ons betreft nogal 'kort door de bocht'. Vaststaande data, zoals cao-gebonden kosten, behoeven uiteraard geen toelichting. In geval wordt afgeweken van suggesties in de rekentool voor vrij in te vullen data, ligt daaraan – als het goed is – een weloverwogen beslissing ten grondslag. Gelet op het zorgvuldigheidsbeginsel zouden die afwegingen naar onze mening in ieder geval op hoofdlijnen inzichtelijk moeten worden gemaakt. Hetzelfde geldt voor vrij in te vullen data waarvoor de rekentool geen suggesties geeft. Aan bedragen/percentages waarmee voor dergelijke kostprijselementen wordt gerekend, zou eveneens een weloverwogen beslissing ten grondslag moeten liggen, die op hoofdlijnen inzichtelijk kan worden gemaakt. Een toelichting op in dit verband gemaakte keuzes zou ook heel wel vragen en klachten van aanbieders tijdens de inkoopprocedure kunnen voorkomen, alsmede bezwaren tegen de uitkomst van die procedure en daarmee vertragende kortgedingprocedures.

Wij onderschrijven het oordeel van de voorzieningenrechter dat het te ver gaat dat gemeenten op het niveau van de individuele aanbieder toelichten waarom diens voorstellen voor het hantieren van andere bedragen/percentages niet zijn overgenomen. Doel van de AMvB is immers dat wordt gekomen tot een kostprijs waarmee een redelijk deskundige en goed opererende aanbieder uit de voeten kan, en niet een prijs die voor alle (potentiële) aanbieders kostendekkend is.

12 Zie r.o. 4.9.

13 In de aanbestedingsstukken hebben de gemeenten geen toelichting bij het combinatietarief voor hulp bij het huishouden verstrekt. Pas in reactie op verzoeken van aanbieders om de hoogte van het tarief te verklaren, hebben de gemeenten deze summere informatie bij tweede nota van inlichtingen verstrekt. Tijdens de kortgedingprocedure hebben de gemeenten alsnog toegelicht welke informatie zij in hun kostenonderzoek hebben betrokken, namelijk 1) eigen ervaringen, 2) gegevens van aanbieders, 3) Benchmark Care 2019 van Berenschot, 4) een kamerbrief (onduidelijk is welke), 5) onderzoek door een derde partij naar prijzen van gemeenten in de regio en naar aanbieders in de regio. De (on)tijdigheid van het verstrekken van deze informatie de onderzoeksaanpak is, blijkens r.o. 4.14, geen issue geweest.

14 Aan dit oordeel gaat vooraf dat bij de vaststelling van de kostprijs rekening moet worden gehouden met regionale en organisatorische verschillen en met de sectorale uitvoeringswerkelijkheid op basis van de kostprijs van een 'redelijk efficiënt functionerend' aanbieder, waaraan inherent is dat de door de gemeenten gekozen kostenstructuur kan afwijken van de individuele kostenstructuur van aanbieders. Dit is vaste jurisprudentie, zodat wij daaraan verder geen aandacht besteden. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120, r.o. 5.3.

15 Zie r.o. 4.24.

16 Zie eveneens r.o. 4.24. Uit dezelfde overweging blijkt dat de gemeenten tijdens de zitting alsnog hebben toegelicht hoe en waarom bedragen en percentages afwijken van door Meander benoemde onderdelen.

#### Artikel 5.4 lid 4 AMvB: alternatieve methodiek vaststelling reële prijs

De AMvB biedt een ingang voor gemeenten om af te wijken van het uitgangspunt dat zij zelf een reële prijs moeten vaststellen voor maatschappelijke ondersteuning die bij derden wordt ingekocht. Op grond van artikel 5.4 lid 4 kunnen gemeenten de hoogte van de reële prijs namelijk aan aanbieders overlaten. Voorwaarde hiervoor is wel dat aanbieders hun prijs baseren op (minimaal) dezelfde kostprijselementen als waaraan gemeenten zich hebben te houden en aanbieders dat ook kunnen aantonen. Het is vervolgens aan gemeenten die onderbouwing te toetsen en daarmee of daadwerkelijk sprake is van een reële prijs. Het hanteren van een reële prijs blijft immers de verantwoordelijkheid van gemeenten.

Voor zover ons bekend is tot dusverre één uitspraak gewezen waarin deze alternatieve methodiek aan de orde kwam. Dit betrof een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 20 november 2020.<sup>17</sup> Of dit betekent dat slechts sporadisch van deze alternatieve methodiek gebruik wordt gemaakt, dan wel dat deze niet snel tot bezwaren/procedures leidt, kunnen wij niet zeggen. Wij beschikken niet over cijfers in welke mate gemeenten sinds het in werking treden van de AMvB op 1 juni 2017 van deze alternatieve methodiek gebruik hebben gemaakt. Het kan, zoals opgemerkt in de Nota van Toelichting op de AMvB, wél *“een goede alternatieve methodiek voor colleges [zijn] die om moverende redenen niet zelf een reële prijs willen vaststellen en de bepaling van de hoogte van een reële prijs willen overlaten aan de inschrijvende partijen.”*

Als van deze alternatieve methodiek gebruik wordt gemaakt, moet uiteraard wél de juiste procedure van artikel 5.4 lid 4 AMvB worden gevolgd. Dat was niet het geval in genoemde uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland.<sup>18</sup>

17 V.zr. Rb. Noord-Nederland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3982.

18 In de aanbestedingsstukken was niet vermeld dat de gemeente had gekozen voor de alternatieve methodiek van art. 5.4 lid 4 van de AMvB en evenmin dat aanbieders dienden in te schrijven tegen een reële prijs die is gebaseerd op de in de AMvB genoemde kostprijselementen noch hoe dat zou worden getoetst. Daarentegen werden in de aanbestedingsstukken wel maximale

#### Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Uit de AMvB volgt met welke kostprijselementen bij de vaststelling van de reële prijs voor maatschappelijke ondersteuning op grond van de Wmo 2015 in ieder geval rekening moet zijn gehouden. De door VNG/Actiz ontwikkelde rekentool voor hulp bij het huishouden kan een goed objectiveerbaar (hulp)middel zijn om tot vaststelling van de reële prijs te komen. Door de vrij in te vullen data wordt in de rekentool – in lijn met de AMvB – ruimte gegeven om regionale en organisatorische verschillen daarin te verdisconteren. Gemeenten kunnen tevens lokaal maatwerk leveren door (naar boven of naar beneden) van de suggesties in de rekentool af te wijken.

De vraag is in hoeverre gemeenten inzicht moeten geven in de afwegingen die aan de gemaakte keuzes ten grondslag liggen. Mede gelet op het zorgvuldigheidsbeginsel raden wij gemeenten aan die afwegingen in ieder geval op hoofdlijnen inzichtelijk te maken bij het afwijken van suggesties in de rekentool en bij vrij in te vullen data. Transparantie over deze afwegingen bewerkstelligt dat aanbieders kunnen begrijpen dat, en waarom, bepaalde keuzes zijn gemaakt. Dat kan wellicht leiden tot vragen om een nadere toelichting, maar óók tot de nodige antwoorden waarmee (potentiële) procedures kunnen worden voorkomen.

De alternatieve methodiek van artikel 5.4 lid 4 van de AMvB geeft gemeenten een ingang om de onderbouwingsplicht van het reële tarief naar aanbieders te verplaatsen. In dat geval zullen zij wel de door de aanbieders verstrekte onderbouwing dienen te toetsen.

mr. H.M. Fahner  
advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij Croon advocaten

mr. S.B. Groenwold  
advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij Croon advocaten

tarieven genoemd en was aangegeven dat die reëel waren en gebaseerd op zorgvuldig onderzoek.

## 26

**Scope van de opdracht en wijziging van de spelregels**

Rechtbank Limburg  
16 december 2020, Nr. C/03/277471 / HA ZA  
20-243, ECLI:NL:RBLIM:2020:10182  
(mr. J.R. Sijmonsma)

**Concessieovereenkomst. Wezenlijke wijziging. Scope opdracht. Staatssteun. Aanbestedingsplicht. Marktconform. Concurrentiegerichte dialoog.**

*In 2013 heeft een concurrentiegerichte dialoog plaatsgevonden inzake de ontwikkeling en exploitatie van een railterminal op het bedrijventerrein RE. met P. als aanbestedende dienst. Daarbij zijn drie marktpartijen betrokken, onder wie een combinatie waarvan A. deel uitmaakte. I. deed niet mee. De dialoog heeft niet geleid tot een daadwerkelijke aanbesteding c.q. gunning.*

*Op 31 juli 2014 heeft P. een Europese aanbesteding in de markt gezet voor het ontwikkelen en exploiteren van L. De Aanbestedingswet 2012 is van toepassing verklaard.*

*De opdracht betreft een concessie voor werken waarbij wordt gegund op EMVI. Het betreft de uitgave van een Plangebied bestemd voor een railterminal welk gebied zal worden uitgegeven in erfpacht. De prijs betreft een bieding op de erfpachtcanon. Inschrijvers konden aangeven of zij aangrenzende gronden wensten te kopen tegen een vaste grondprijs. De koopoptie was geen onderdeel van de EMVI-beoordeling.*

*A. heeft 31 oktober 2014 ingeschreven zonder gebruik te maken van de koopoptie en heeft € 410.000 per jaar aan erfpachtcanon geboden (€ 2.67 per m<sup>2</sup>). I. heeft geen interesse getoond inzake de aanbestedingsprocedure L. A heeft als enige geldig ingeschreven en de concessie is aan haar gegund.*

*Op 1 oktober 2015 zijn de ontwikkel- en exploitatieovereenkomst alsmede een eerste addendum inzake afstemming met O. gesloten tussen P. en A.*

*Op 1 oktober 2015 is een erfpachtovereenkomst gesloten tussen P., de Provincie (als erfverpachter) en A. (als erfpachter) inzake het Plangebied. Per 1*

*januari 2017 treedt E. in de rechten en verplichtingen van P.*

*E. en A. tekenen op 27 mei 2019 een tweede addendum op de ontwikkel- en exploitatieovereenkomst inzake het aanpassen van het Plangebied dat in totaal 28.5 ha zou kunnen gaan omvatten. Het daartoe benodigde addendum op de erfpachtovereenkomst is tot op heden niet ondertekend door de Provincie.*

*Op 20, 21 en 22 november 2019 is (1) een addendum op de erfpachtovereenkomst gesloten ten behoeve van een snelle start van de ontwikkeling van het Plangebied van 15 ha, (2) de akte van levering van de benodigde gronden aan de Provincie gepasseerd, evenals (3) de akte vestiging erfpacht en accessoir opstalrecht ten behoeve van A. Op 14 februari 2020 is in de Provinciale Staten behandeld het volgende voorstel, waarbij Gedeputeerde Staten de Provinciale Staten heeft verzocht zijn wensen en bedenkingen kenbaar te maken:*

- *het verstrekken van een achtergestelde lening aan A. ter hoogte van € 2.5 miljoen,*
- *het gefaseerd aankopen van circa 13.5 ha grond van E. ten behoeve van realiseren van fase II,*
- *het uitgeven in erfpacht van die gronden waarop de uitbreiding van de railterminal, stackruimte en crossdocks gerealiseerd moeten worden.*

*Er zijn toen geen wensen en bedenkingen kenbaar gemaakt.*

*Op 10 april 2020 bevestigt Gedeputeerde Staten de ontvangst van de mededeling van 20 februari 2020 van A. dat zij het verzoek om een achtergestelde lening te verstrekken heeft ingetrokken.*

*Bij brief van 14 april 2020 heeft I., onder verwijzing naar haar brief van 31 januari 2020 waarin haar bedenkingen kenbaar zijn gemaakt aan Gedeputeerde Staten inzake de gegunde railterminal en te gunnen stackruimte en crossdock, Gedeputeerde Staten – kort samengevat – verzocht om deze concessie(s) alsnog aan te besteden en geen uitvoering te geven aan de overeenkomsten met A. Een en ander wegens strijd met onder andere het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht.*

**Beoordeling geschil****Scope opdracht**

*De vraag moet worden beantwoord of de aangrenzende gronden deel uitmaken van de concessie die bij wijze van Europese aanbesteding in juli*