

49. Reële tarieven binnen het sociaal domein: einde zoektocht gemeenten nog niet in zicht

MR. S.B. GROENWOLD EN MR. G.E. VAN DEN BEUKEN

Eén van de doelstellingen van de decentralisatie was het zorgstelsel efficiënter en effectiever maken. Maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp moesten doelmatiger worden ingezet en tegelijkertijd moest een forse bezuiniging worden gerealiseerd. Om een deel van die bezuiniging te behalen, hebben veel gemeenten kritisch gekeken naar de hoogte van de tarieven die voor maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp worden betaald. In de praktijk blijkt het vaststellen van reële tarieven in het sociaal domein een grote uitdaging te zijn.

Inleiding

Sinds de decentralisatie in 2015 zijn gemeenten verantwoordelijk voor de inkoop en bekostiging van maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp. Eén van de doelstellingen van de decentralisatie was het zorgstelsel efficiënter en effectiever te maken. Maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp dienden doelmatiger te worden ingezet en tegelijkertijd moest een forse bezuiniging worden gerealiseerd. Nu, ruim zes jaar later, hebben veel partijen de balans opgemaakt en dat heeft niet tot veel positieve conclusies geleid. Volgens de Afdeling advisering van de Raad van State heeft het bij de decentralisatie in het sociaal domein ontbroken aan 'grondig en essentieel voorwerk', onder andere met betrekking tot de financiële voorwaarden waaraan moet worden voldaan.¹ Ook het Sociaal en Cultureel Planbureau is kritisch: de hoge verwachtingen van de decentralisatie zijn tot op heden niet waargemaakt.² Dat geldt ook voor de verwachting dat de decentralisatie zou leiden tot vermindering van kosten. Gemeenten komen al jaren structureel geld tekort, terwijl de behoefte aan ondersteuning en hulp niet lijkt af te nemen. Integendeel: met de COVID-19-pandemie is de druk op de gemeentelijke uitvoering juist toegenomen. Inmiddels is het conflict tussen het Rijk en gemeenten over de financiële tekorten zelfs zodanig geëscaleerd dat

de Vereniging Nederlandse Gemeenten de noodklok heeft geluid door arbitrage in te roepen.³ Dit betekent dat een onafhankelijke commissie zich zal uitlaten over een structurele oplossing voor de financiële tekorten in de jeugdzorg.⁴ Daar komt nog bij de strijd van gemeenten tegen de zogeheten 'zorgcowboys', die winst najagen en gemeenten met onnodige kosten opzadelen.⁵ Het is dan ook niet verwonderlijk dat er steeds meer alarmerende nieuwsberichten over de zorg in Nederland verschijnen.⁶

In dit overzichtsartikel nemen wij de lezer mee in de zoektocht van gemeenten om binnen het sociaal domein reële tarieven voor maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp vast te stellen. Daarbij blikken wij op verzoek van de redactie terug op de vele gerechtelijke uitspraken die sinds 2017 over dit onderwerp zijn geweest. Voorafgaand hieraan schetsen wij kort de aanleiding voor de decentralisatie in het sociaal domein en de aanbestedingsrechtelijke

1 Zie Kamerbrief 'Aanbieding voorlichting Raad van State over interbestuurlijke verhoudingen' van minister Ollongren van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 25 maart 2021, kenmerk 2021-0000143803, met in de bijlage de Voorlichting van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 24 maart 2021.

2 Sociaal en Cultureel Planbureau, *Sociaal domein op koers? Verwachtingen en resultaten van vijf jaar decentraal beleid*, Den Haag: 2020.

3 Zie het nieuwsbericht op de website van de VNG d.d. 12 maart 2021: www.vng.nl/nieuws/vng-roept-arbitrage-in-voor-oplossing-tekorten-jeugdzorg

4 J. van den Berg, 'Conflict tussen Rijk en gemeenten over jeugdzorgtekorten escaleert, unieke arbitrage is laatste redmiddel. "We moeten nu een grens trekken"', *Volkskrant* 12 maart 2021.

5 Zie Kamerbrief 'Kamervragen' van minister De Jonge van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 12 maart 2021, kenmerk 1811884-216999-DMO. Uit bijv. het artikel 'Gemeenten moeten zélf zorgwinsten betuigen' van *Follow The Money* en het *Brabants Dagblad* naar zorgwinsten in de regio Tilburg d.d. 23 november 2020 blijkt dat er nog steeds jeugdhulpaanbieders zijn die marges behalen van 10% of meer.

6 Een greep uit recente alarmerende nieuwsberichten: 'Inkoopformule "open house" is doping voor jeugdzorgaanbieders', *Follow The Money* 17 maart 2021; 'Na decentralisatie schiet gemeentelijke ondersteuning tekort', *De Zorgkrant* 19 november 2020; 'SCP: hoge verwachtingen decentralisatie niet waar gemaakt', *NOS* 16 november 2020; 'Water aan de lippen bij steeds meer jeugdzorgorganisaties', *Trouw* 9 november 2020; 'Gemeenten raken moedeloos door tekorten', *Binnenlands Bestuur* 20 maart 2020.

context waarbinnen de jurisprudentie over reële tarieven moet worden gezien.

1. Achtergronden

1.1 Aanleiding en gevolgen decentralisatie sociaal domein

Sinds de financiële crisis in 2008 heeft de Nederlandse overheid verschillende structurele hervormingen doorgevoerd. Na hervormingen op het gebied van de woningmarkt, de arbeidsmarkt en het bankwezen, kondigde de overheid in 2012 een grootschalige hervorming van het Nederlandse zorgstelsel aan. Onderdeel hiervan was de overheveling van verantwoordelijkheden en taken op het gebied van maatschappelijke ondersteuning, jeugdhulp en (arbeids) participatie van het Rijk en provincies naar gemeenten.⁷ De gedachte achter deze decentralisatieslag was dat gemeenten dichter bij de burger staan en daardoor beter in staat worden geacht zorg op maat te leveren op een manier die past bij de lokale situatie. Tevens moest met de decentralisatie invulling worden gegeven aan een veranderende maatschappij: de transformatie van een (klassieke) verzorgingsstaat naar een investeringsstaat met (lokale) participatiesamenleving, tegenwoordig ook wel een ‘inclusieve’ samenleving genoemd.

Per 1 januari 2015 is het nieuwe zorgstelsel in werking getreden. Met de inwerkingtreding van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (hierna: Wmo 2015) en de Jeugdwet zijn gemeenten verantwoordelijk geworden voor de inkoop en bekostiging van maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp. Binnen de wettelijke kaders hebben gemeenten relatief veel beleidsruimte gekregen om de aan hen toegewezen zorgtaken naar eigen inzicht in te richten. Deze ruimte brengt met zich dat gemeenten zelf beslissen op welke wijze zij hun zorglandschap inrichten, hoe zij de benodigde zorg inkopen en welke procedures, contractvormen en bekostigingsvormen daar het beste bij passen. Gemeenten dienen bij die keuzes wel rekening te houden met de aanbestedingsplicht voor overheidsopdrachten voor sociale diensten, die vrijwel gelijktijdig met de decentralisatie is ingevoerd.

1.2 Wijze van inkoop voor sociale diensten

De verantwoordelijkheid van gemeenten om maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp (sociale diensten) aan burgers te bieden kan op verschillende manieren worden ingevuld. Zo kunnen gemeenten ervoor kiezen de benodigde zorg in eigen beheer te houden, te subsidiëren of in

te kopen via een overheidsopdracht of *open house*-model.⁸ Uit de *Monitor gemeentelijke zorginkoop 2020* volgt dat inkoop via een overheidsopdracht of open house-model (veruit) het meeste wordt toegepast.⁹ Om die reden zullen wij de andere mogelijkheden in dit artikel verder onbesproken laten.

1.2.1 Inkoop door middel van een overheidsopdracht

Indien gemeenten ervoor kiezen sociale diensten door middel van een overheidsopdracht in te kopen, geldt – in geval van een bovendrempelige opdracht – dat deze Europees moet worden aanbesteed. De verplichting om overheidsopdrachten voor sociale diensten aan te besteden bestaat pas sinds 18 april 2016. Vóór die tijd gold die verplichting in beginsel niet, omdat werd verondersteld dat dergelijke opdrachten niet of nauwelijks bijdroegen aan de eenwording van de interne markt en, gelet op de specifieke aard ervan, geen grensoverschrijdend belang kennen.¹⁰ Na evaluatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen van 2004 veranderde dit inzicht.¹¹ Sinds de invoering van de huidige aanbestedingsrichtlijnen wordt verondersteld dat opdrachten voor sociale diensten boven een bedrag van € 750.000 wel degelijk een zeker grensoverschrijdend belang vertonen.¹² Dit betekent dat overheidsopdrachten voor sociale diensten boven die drempel verplicht Europees moeten worden aanbesteed.¹³ Inmiddels geldt een verlicht regime voor sociale en andere specifieke diensten, ook wel het ‘SAS-regime’ genoemd. De Nederlandse wetgever heeft het verlichte regime voor sociale en andere specifieke diensten laten landen in art. 2.38 Aanbestedingswet 2012. De bijbehorende procedure is uitgewerkt in art. 2.39 Aanbestedingswet 2012. Gemeenten hebben veel vrijheid de SAS-procedure naar eigen inzicht in te richten. Deze vrijheid is echter niet onbeperkt. Zo is deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 volledig van toepassing. Dit leidt onder meer tot de verplichting voor gemeenten om de aanbestedingsrechtelijke beginselen van transpa-

⁷ Onderdeel van de zorghervorming was ook de overheveling van taken uit de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) naar vier afzonderlijke wetten: de Wet langdurige zorg (Wlz), de Zorgverzekeringswet (Zvw), de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo 2015) en de Jeugdwet (Jw). In dit artikel beperken wij ons tot inkoop binnen het sociaal domein onder de Wmo 2015 en de Jeugdwet.

⁸ Gemeenten kunnen ook gebruik maken van één van de in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen uitzonderingsgronden, zoals bijv. de verlening van een alleenrecht (art. 2.24 sub a AanbW), (quasi) inbesteding (art. 2.24a t/m 2.24c AanbW) of een voorbehouden opdracht aan sociale ondernemingen (art. 2.82 AanbW).

⁹ Zie Public Procurement Research Centre, *Monitor gemeentelijke zorginkoop 2020, Stand van zaken inkoop diensten in het kader van Wmo 2015 en Jeugdwet*, september 2020.

¹⁰ Vóór 18 april 2016 gold het zogenaamde verlichte 2B-regime voor sociale diensten, op basis waarvan een opdracht voor sociale dienstverlening één op één aan alle (geschikte) aanbieders kon worden gegund. Voor dergelijke 2B-opdrachten waren gemeenten enkel gehouden de aanbestedingsrechtelijke beginselen, de verplichtingen die voortvloeiden uit deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 en de regels die golden ten aanzien van te gebruiken specificaties in acht te nemen. Daarnaast gold een verplichting om achteraf mededeling te doen van de gegunde opdracht.

¹¹ Zie overweging 113 Richtlijn (EU) nr. 2014/24.

¹² In de praktijk blijkt die beoogde grensoverschrijdende interesse echter niet te bestaan voor overheidsopdrachten op het gebied van het sociaal domein, zoals jeugdzorg en maatschappelijke ondersteuning. Zie Kamerbrief ‘Europees traject inkoop en aanbesteden in het sociaal domein’ van minister De Jonge van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 17 maart 2019, kenmerk 1502863-188498-WJZ.

¹³ Zie overweging 114, art. 4 en 74 e.v. en bijlage XIV ‘Diensten bedoeld in artikel 74’ bij Richtlijn (EU) nr. 2014/24.

rantie¹⁴, gelijkheid¹⁵ en proportionaliteit¹⁶ in acht te nemen. Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 is slechts gedeeltelijk van toepassing. Gemeenten zijn alleen gebonden aan de bepalingen die betrekking hebben op communicatie en inlichtingen, (voor)aankondiging, technische specificaties, vastlegging en bekendmaking en de eigen verklaring.¹⁷

Vaak zoeken gemeenten bij de inrichting van de SAS-procedure aansluiting bij andere in de Aanbestedingswet 2012 genoemde aanbestedingsprocedures. Om te voorkomen dat gemeenten ongewild alle verplichtingen van een volledig aanbestedingsregime over zich afroepen, is het raadzaam in de aanbestedingsstukken voldoende duidelijk te maken dat de SAS-procedure als bedoeld in art. 2.38 en 2.39 Aanbestedingswet 2012 wordt gevolgd en dat de in te kopen zorg kwalificeert als een dienst waarop deze procedure ziet.¹⁸ Vanzelfsprekend mogen gemeenten ook kiezen voor integrale toepassing van één van de andere wettelijke Europese aanbestedingsprocedures of uitzonderingen daarop.

1.2.2 Inkoop door middel van een open house-model

Indien gemeenten ervoor kiezen sociale diensten door middel van een open house-model in te kopen, wordt met alle geïnteresseerde ondernemers die aan de door gemeenten vastgestelde geschiktheidseisen en/of minimumeisen voldoen een raamovereenkomst gesloten. De cliënt bepaalt vervolgens bij welke aanbieder de zorg daadwerkelijk wordt ingekocht. Dergelijke overeenkomsten kwalificeren niet als overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012, omdat geen selectie wordt gemaakt op basis van selectie- en/of gunningscriteria en opdrachten dus niet in concurrentie worden gesteld.¹⁹ Eén en ander volgt uit het *Falk Pharma*-arrest²⁰ van het Europees Hof van Justitie, waarin op prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Düsseldorf is geantwoord dat dergelijke procedures niet onder de werking van het Europese aanbestedingsrecht vallen. De *Falk Pharma*-doctrine is in het *Tirkkonen*-arrest²¹ bevestigd. In dit arrest oordeelde het Europese Hof van Justitie bovendien dat voor de vraag of sprake is van een open house-model niet relevant wordt geacht of de procedure te allen tijde openstaat voor belangstellende ondernemers. Het doorslaggevende element is gelegen in het feit dat de aanbestedende dienst geen enkel selectie- en/of gunnings-

criterium noemt voor het vergelijken en rangschikken van de geldige inschrijvingen. Bij gebruikmaking van een open house-model is – in tegenstelling tot bij een aanbestedingsprocedure – tussentijdse toetreding toegestaan, maar niet verplicht. Tussentijdse toetreding kan daarom worden beperkt tot een bepaalde periode of moment in de tijd, of tot bepaalde vooraf bekendgemaakte gevallen, mits dit op voorhand duidelijk in de aanbestedingsstukken is vermeld. In de praktijk wordt dan ook wel gesproken van een semi-open house-model.²²

In geval van een open house-model gelden de aanbestedingsrechtelijke beginselen in uitgangspunt niet. Dit is slechts anders als het voorwerp van een open house-procedure een zeker grensoverschrijdend belang vertoont. Overigens zijn gemeenten, ongeacht of sprake is van een grensoverschrijdend belang, altijd gehouden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

1.2.3 Efficiëntie en effectiviteit aanbestedingsplicht sociaal domein

De introductie van de aanbestedingsplicht voor overheidsopdrachten voor sociale diensten heeft – onder leiding van demissionair minister De Jonge van Volksgezondheid, Welzijn en Sport – opnieuw een debat aangewakkerd over de efficiëntie en effectiviteit van de aanbestedingsregels voor dergelijke diensten binnen het sociaal domein. Daarnaast is discussie ontstaan over de wenselijkheid van het gebruik van het open house-model.

In de praktijk blijkt de ratio achter het aanbestedingsrecht op verschillende punten te botsen met de ratio van diensten als maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp binnen het sociaal domein. De gedachte achter het aanbestedingsrecht is immers gericht op brede toegang, transparantie en concurrentie binnen één grensoverschrijdende markt in Europa. Dit houdt onder meer in dat opdrachten regelmatig in concurrentie op de markt moeten komen en dat gelijke toegang tot deze opdrachten wordt geboden aan aanbieders uit alle lidstaten. Deze gedachte verhoudt zich echter niet goed tot de ratio achter maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp, die juist gericht is op lokaal maatwerk waarbij continuïteit, samenwerking en langetermijnpartnerschap tussen gemeenten en lokale aanbieders van groot belang zijn. Investerings voor de lange termijn blijken binnen het sociaal domein onmiskenbaar belangrijk voor een goed functionerende lokale structuur.²³ De huidige aanbestedingsregels bieden daarvoor echter onvol-

14 De verplichting om geïnteresseerde ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen is neergelegd in art. 1.8 Aanbestedingswet 2012.

15 De verplichting om transparant te handelen is neergelegd in art. 1.9 Aanbestedingswet 2012.

16 De verplichting om proportioneel te handelen is neergelegd in art. 1.10 Aanbestedingswet 2012 en de *Gids Proportionaliteit*.

17 Par. 2.3.1.2 (Communicatie en inlichtingen), 2.3.2.1 (Vooraankondiging), 2.3.2.2 (Aankondiging), 2.3.3.1 (Technische specificaties), 2.3.8.9 (Vastlegging en bekendmaking) en Afdeling 2.3.4 (Eigen verklaring) van hfdst. 2.3 Aanbestedingswet 2012.

18 Vgl. v.zr. rb. Amsterdam 5 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8609.

19 Zie ook de conclusie van procureur-generaal bij de Hoge Raad B.J. Drijber van 25 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:181, r.o. 3.19 e.v.

20 HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk/Pharma*).

21 HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*).

22 V.zr. rb. Midden-Nederland 16 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5829.

23 Zie Kamerbrieven van minister De Jonge van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 'Aanpak Inkoop en Aanbesteden Sociaal Domein' van 15 november 2019, *Kamerstukken II* 2019/20, 34477, nr. 67; Europees traject inkoop en aanbesteden in het sociaal domein' van 17 maart 2019, *Kamerstukken II* 2018/19, 34477, nr. 56; 'Sociaal domein' van 24 januari 2019, *Kamerstukken II* 2018/19, 34477, nr. 54 en 'Inkoop en aanbesteden in het sociaal domein' van 4 juli 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 34777, nr. 38.

doende ruimte, zelfs indien gebruik wordt gemaakt van het SAS-regime. Het steeds opnieuw moeten aanbesteden wordt door gemeenten en aanbieders dan ook als een grote (administratieve) last gezien. Bovendien blijkt in de praktijk helemaal geen sprake te zijn van grensoverschrijdende interesse voor overheidsopdrachten op het gebied van het sociaal domein.²⁴ Een verplichting om overheidsopdrachten in het sociaal domein aan te besteden wordt dan ook efficiënt noch effectief geacht, aldus demissionair minister De Jonge.

Ook over de toepassing van het open house-model bestaat veel discussie, omdat dit model niet altijd gunstig voor gemeenten uitpakt. Het sluiten van een overeenkomst met elke geïnteresseerde aanbieder die aan de gestelde eisen voldoet, kan zomaar leiden tot honderden contractanten. Zo'n groot aantal aanbieders maakt sturing en nauwe samenwerking erg complex en vergt veel tijd en capaciteit van het contractmanagement van de gemeenten. Daar staat tegenover dat gemeenten veelal grote waarde hechten aan de mogelijkheid van tussentijdse toetreding om een dekkend zorgaanbod te kunnen borgen. Ook wordt groot belang toegekend aan de keuzevrijheid van cliënten bij een open house-model. Het is echter de vraag of cliënten juist vanwege het grote aantal 'bomen' niet in het 'bos' verdwalen.²⁵

Vanwege de gebleken inefficiëntie en ineffectiviteit van de huidige inkoopmethoden voor diensten binnen het sociaal domein, streefde het kabinet Rutte III naar een wijziging van de Europese Aanbestedingsrichtlijn. Sociale diensten waarvoor geen grensoverschrijdende interesse lijkt te bestaan, waaronder maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp, zouden volgens dit kabinet moeten worden uitgezonderd van de werking van de Aanbestedingsrichtlijn.²⁶ Omdat een dergelijke wijziging niet op korte termijn te verwachten valt, is op 23 maart 2020 het Wetsvoorstel 'Maatschappelijk Verantwoord Inkopen Jeugdwet en Wmo 2015' (hierna: het Wetsvoorstel) geïntroduceerd.²⁷

1.3 Wetsvoorstel maatschappelijk verantwoord inkopen Jeugdwet en Wmo 2015

Een belangrijk onderdeel van het Wetsvoorstel is het loslaten van de verplichting voor gemeenten om dienstenopdrachten voor maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp te gunnen op basis van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving. Het verbod van gunning op

laagste prijs, zoals dat nu geldt op grond van de Wmo 2015 en de Jeugdwet, blijft wél gelden. Ook dienen gemeenten bij opdrachtverlening rekening te blijven houden met de door aanbieders aangeboden kwaliteit.

Achtergrond van het Wetsvoorstel is dat de verplichting een overheidsopdracht te gunnen op basis van de economisch meest voordelige inschrijving (art. 2.114 Aanbestedingswet 2012) in geval van een SAS-procedure niet van toepassing is. De huidige Wmo 2015 en Jeugdwet verplichten gemeenten daarentegen nog wel gebruik te maken van dit gunningscriterium. Deze verplichting zorgt volgens minister De Jonge van Volksgezondheid, Welzijn en Sport voor ingewikkelde aanbestedingsprocedures en disproportionele uitvoeringslasten bij zowel gemeenten als aanbieders. Door bedoelde verplichting te schrappen zou het voor gemeenten mogelijk worden om aanbestedingsprocedures eenvoudiger in te richten. Indien gemeenten aanbieders alleen selecteren aan de hand van geschiktheidseisen en selectiecriteria in plaats van ingewikkelde gunningssystematieken, dan bevordert dit – zo is de gedachte – de inhoud van het overleg tussen gemeenten en aanbieders. De gesprekken gaan dan immers niet langer over aanbestedingsprocedures, maar over de inhoud van de te leveren zorg en de beste vorm van samenwerking. Tegelijkertijd leidt dit tot vermindering van administratieve lasten.²⁸

Langetermijninvesteringen blijken binnen het sociaal domein onmiskenbaar belangrijk voor een goede lokale structuur; de aanbestedingsregels bieden daarvoor onvoldoende ruimte

Het is nog onduidelijk hoe de gunningssystematiek volgens de wetgever wel zou moeten worden ingericht. Het verbod om op laagste prijs te gunnen blijft namelijk wél gehandhaafd en (terecht) moet gewicht worden toegekend aan de te leveren kwaliteit, hetgeen *de facto* lijkt te betekenen dat alsnog de beste prijs-kwaliteitverhouding moet worden vastgesteld. Ook moet nog duidelijk worden hoe het eventueel enkel gebruikmaken van geschiktheidseisen en selectiecriteria zich verhoudt tot de wens dat in de toekomst minder gebruik wordt gemaakt van open house-modellen.

Het Wetsvoorstel is op 22 april 2021 bij de Tweede Kamer ingediend. Mede in verband met de verkiezingen van maart 2021 en de op het moment van schrijven van dit artikel nog lopende formatie is het niet duidelijk of, en zo ja wanneer, het wetsvoorstel daadwerkelijk in werking zal treden.

24 Zie Kamerbrief 'Europees traject inkoop en aanbesteden in het sociaal domein' van minister De Jonge van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 17 maart 2019, kenmerk 1502863-188498-WJZ.

25 Idem.

26 Het is nog de vraag wat er met deze Europese lobby zal gebeuren, nu er een nieuw kabinet op komst is.

27 Wetsvoorstel houdende wijziging van de Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 teneinde de uitvoeringslasten bij het aanbesteden van diensten als bedoeld in die wetten te verlichten, alsmede grondslagen op te nemen voor het stellen van regels die bij de inkoop of subsidiëring van die diensten in acht worden genomen (Wet maatschappelijk verantwoord inkopen Jeugdwet en Wmo 2015) van 16 maart 2020 en Memorie van Toelichting van 16 maart 2020.

28 Memorie van toelichting bij wetsvoorstel houdende wijziging van de Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 teneinde de uitvoeringslasten bij het aanbesteden van diensten als bedoeld in die wetten te verlichten, alsmede grondslagen op te nemen voor het stellen van regels die bij de inkoop of subsidiëring van die diensten in acht worden genomen (Wet maatschappelijk verantwoord inkopen Jeugdwet en Wmo 2015) van 16 maart 2020.

Oorspronkelijk was beoogd de wet op 1 april 2021 in werking te laten treden, maar die termijn is niet gehaald.

2. Verplichting gemeenten tot vaststellen reële tarieven

Naast de verantwoordelijkheid voor de inkoop van maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp, zijn gemeenten sinds de decentralisatie ook verantwoordelijk voor de bekostiging daarvan. In dat kader moeten gemeenten bepalen op welke wijze de in te kopen zorg wordt bekostigd. Daarbij geldt dat altijd reële en niet disproportionele tarieven dienen te worden vastgesteld, ongeacht de gekozen inkoopprocedure (bijvoorbeeld een Europese aanbesteding of open house) en bekostigingsvorm (denk aan productiebekostiging (P*Q), resultaatbekostiging (op cliëntniveau) of populatiebekostiging (resultaatbekostiging op populatieniveau)).

Gemeenten moeten bij het bepalen van de tarieven ten minste een inschatting maken van de reële kostprijs voor de betreffende activiteiten

De vaststelling van tarieven heeft de laatste jaren tot de nodige discussies geleid in zowel het maatschappelijke debat als tussen gemeenten en aanbieders. In het navolgende schetsen wij eerst het wettelijk kader waarmee gemeenten bij het vaststellen van tarieven rekening moeten houden. Daarna gaan wij in op de laatste stand van de jurisprudentie met betrekking tot reële tarieven.²⁹

2.1 Wettelijk kader totstandkoming reële tarieven

2.1.1 Wmo 2015 en Jeugdwet

Gemeenten die maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp bij derden inkopen, moeten daarvoor een reële prijs betalen. Dat volgt uit de Wmo 2015 en de Jeugdwet. Beide wetten leggen de verplichting aan gemeenten op om bij verordening regels vast te stellen om een goede verhouding

tussen de prijs van de voorziening en de kwaliteit daarvan te waarborgen. In art. 2.6.6 Wmo 2015 en art. 2.12 Jeugdwet is expliciet bepaald dat gemeenten bij het vaststellen van die regels rekening moeten houden met de vereiste deskundigheid van het in te schakelen personeel en de op hen toepasselijke arbeidsvoorwaarden.³⁰

Uit de toelichting op zowel de Wmo 2015 als de Jeugdwet blijkt dat gemeenten bij het bepalen van de tarieven ten minste een inschatting moeten maken van de reële kostprijs voor de activiteiten die zij door aanbieders willen laten uitvoeren. Welke invloeden bij die inschatting moeten worden meegewogen, heeft de wetgever ter beoordeling aan gemeenten overgelaten. Uitgangspunt is dat de aanbieder personeel inzet tegen de arbeidsvoorwaarden die passen bij de vereiste vaardigheden. Gemeenten zullen zich dus ten minste een beeld moeten vormen van de vereiste activiteiten en de arbeidsvoorwaarden die daar bij horen. Dit om te voorkomen dat gemeenten alleen de laagste prijs voor de uitvoering van de opdracht in overweging nemen.³¹

2.1.2 AMvB reële prijs Wmo 2015

De vrijheid van gemeenten om de tarieven naar eigen inzicht vast te stellen, leidde in de praktijk tot een steeds verdergaande prijsdaling van de gemiddelde vergoedingen die tussen gemeenten en aanbieders voor huishoudelijke verzorging of hulp werden overeengekomen.³² Er ontstond een zogenaamde (onwenselijke) ‘*race to the bottom*’, waarbij huishoudelijke hulp veelal onder de kostprijs werd aangeboden,³³ soms zelfs met faillissement tot gevolg.³⁴ Dit leidde er onder meer toe dat veel aanbieders hun zorgen uitten over de kwaliteit en continuïteit van de dienstverlening.

Omdat het stellen van landelijke regels met betrekking tot reële vergoedingen noodzakelijk bleek, is op 1 juni 2017 de ‘AMvB reële prijs Wmo 2015’ (hierna: de AMvB) in werking getreden.³⁵ Dit besluit stelt nadere regels aan het vaststellen van een reële prijs voor Wmo-voorzieningen. Art. 5.4 van de AMvB regelt onder meer dat:

- gemeenten in hun verordening in ieder geval moeten vastleggen dat er een reële prijs wordt vastgesteld voor

29 In maart 2020 schreven Nienke Keus en Sanne Groenwold voor de website Zorg&Sociaalweb een uitgebreid overzichtsartikel over reële tarieven in de zorg en het sociaal domein (zie: www.sociaalweb.nl/blogs/inkopen-in-de-zorg-een-zoektocht-naar-reele-tarieven). Op verzoek van de redactie is dit overzichtsartikel geactualiseerd. In deze bijdrage zijn daarom delen uit het eerdere overzichtsartikel (integraal) overgenomen. Ook hebben de auteurs geput uit andere door hen geschreven signaleringen op de website van Zorg&Sociaalweb.

30 Art. 2.12 Jeugdwet is niet alleen van toepassing bij de levering van jeugdhulp, maar ook bij de uitvoering van kindbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering. Daar waar in dit artikel wordt gesproken over de levering van jeugdhulp, moet daaronder ook kindbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering worden verstaan.

31 *Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 134-135 (MvT Wmo 2015)* en *Kamerstukken II 2013/14, 33684, nr. 107, p. 2 (amendement van de leden Ypma en Leijten m.b.t. (huidig) art. 2.12 Jeugdwet)*.

32 Gemeenten zijn sinds 2007 verantwoordelijk voor het bieden van huishoudelijke verzorging onder de Wmo. Sinds die tijd is de prijsdaling zichtbaar. Zie *Stb. 2017, 55, p. 3 (NvT AMvB reële prijs Wmo 2015)*.

33 Zie bijv. de open (nood)brief van ruim 50 zorgorganisaties, ANBO, BTN en ActiZ aan de Nederlandse gemeenten (www.actiz.nl/web/uitgelicht-paginas-los/uitgelicht-huishoudelijke-hulp-kan-alleen-overeind-blijven-als-gemeenten-rel-tarief-betalen).

34 Denk bijv. aan het faillissement van TSN Thuiszorg begin 2016.

35 *Stb. 2017, 55, p. 3 (NvT AMvB reële prijs Wmo 2015)*.

Wmo-voorzieningen³⁶ die door derden worden geleverd;

- deze reële prijs als ondergrens geldt voor een inschrijving in een aanbestedingsprocedure en bij de overeenkomst met een derde;
- deze reële prijs tevens als ondergrens geldt indien een vaste prijs³⁷ wordt gehanteerd of een minimumprijs wordt ingesteld voor inschrijving(en) en dienstverlening van aanbieders;
- gemeenten kunnen beslissen om de reële prijs niet als ondergrens voor een inschrijving te hanteren onder de voorwaarde dat de prijs die wordt overeengekomen met de aanbieder een reële prijs is;³⁸
- de reële prijs moet worden vastgesteld overeenkomstig de kwaliteitseisen van de Wmo-voorziening, waaronder de eisen aan de deskundigheid van de beroepskracht; en
- bij de vaststelling van de reële prijs rekening moet worden gehouden met de continuïteit in de hulpverlening tussen degenen aan wie de Wmo-voorziening wordt verstrekt en de betrokken hulpverleners.

Daarnaast definieert art. 5.4 lid 3 AMvB de (niet-limitatieve) kostprijscomponenten waarop de reële prijs voor een Wmo-voorziening ten minste moet zijn gebaseerd:³⁹

1. de kosten van de beroepskracht;⁴⁰
2. redelijke overheadkosten;⁴¹
3. kosten voor niet-productieve uren van de beroepskrachten als gevolg van verlof, ziekte, scholing en werkoverleg;
4. reis- en opleidingskosten;
5. indexatie van de reële prijs voor het leveren van een dienst;
6. overige kosten als gevolg van door de gemeente gestelde verplichtingen voor aanbieders, waaronder rapportageverplichtingen en administratieve verplichtingen.

Aan de hand van deze kostprijscomponenten en de beschikbare kostprijsinformatie moeten gemeenten een reële prijs

bepalen. Deze prijs hoeft niet voor alle potentiële aanbieders kostendekkend te zijn. De verantwoordelijkheid voor een gezonde bedrijfsvoering ligt bij de aanbieders en niet bij gemeenten.⁴² Efficiënt en doelmatig werken blijft daarom een belangrijke opdracht voor aanbieders.

Het inzichtelijk maken van de kostprijscomponenten beweegt aanbieders daarnaast tot het bieden van een reële prijs.⁴³ Gemeenten kunnen aanbieders vragen te onderbouwen hoe zij tot hun prijs zijn gekomen of vragen toe te lichten op welke wijze invulling wordt gegeven aan de kwaliteits-, deskundigheids- en continuïteitseisen.⁴⁴ Aan de hand hiervan kan worden getoetst of aanbieders een reële prijs hanteren en kan inzicht worden verkregen in de kostprijsopbouw van de individuele aanbieders. Dit vraagt om een zorgvuldig proces aan de zijde van gemeenten en van openheid aan de zijde van aanbieders over de kosten die zij maken.

Art. 5.4 AMvB bevat nadrukkelijk geen ‘landelijke kwantitatieve normering’ van de verschillende kostprijscomponenten. Hiervoor is gekozen omdat verschillende factoren op de normering van de kostprijscomponenten van invloed zijn en deze factoren in de tijd ook kunnen veranderen.⁴⁵ Bovendien zou tariefregulering een remmende invloed kunnen hebben op positieve (innovatieve) ontwikkelingen. Het besluit regelt daarom geen vaste prijs die voor alle gemeenten gelijk moeten zijn (tariefregulering). De regering respecteert hiermee – geheel in lijn met het decentrale karakter van de Wmo 2015 – de beleidsruimte van gemeenten om lokaal besluiten te nemen.

Evaluatie AMvB door Berenschot

De AMvB reële prijs Wmo 2015 is in mei 2020 positief geëvalueerd. Uit de door Berenschot (in opdracht van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport) uitgevoerde evaluatie blijkt dat de uitvoeringspraktijk voor maatschappelijke ondersteuning in de afgelopen jaren door toedoen van de AMvB positief is veranderd en dat de AMvB heeft geleid tot meer overleg tussen gemeenten en aanbieders bij het vaststellen van tarieven.⁴⁶ Daarnaast heeft de AMvB bij een tweetal zorgproducten een statistisch significant positief effect op de tarieftrends gehad⁴⁷ en zien gemeenten bij een deel van de contracten ook effect op de kwaliteit en continuïteit van zorg. Hoewel de AMvB dus het beoogde effect heeft gehad, is er toch ruimte voor verbetering. Eén van de belangrijkste punten waar gemeenten en aanbieders samen aan moeten werken, is het vertrouwen in

36 Art. 5.4 AMvB reële prijs Wmo 2015 maakt geen onderscheid tussen een algemene voorziening of een maatwerkvoorziening. Er wordt slechts gerefereerd aan het begrip ‘voorziening’ dat op grond van art. 1.1.1 Wmo 2015 zowel een algemene voorziening als een maatwerkvoorziening kan betekenen.

37 Voor veel gemeenten is het hanteren van een vaste prijs staande praktijk. Hiermee wordt de concurrentie op prijs uitgeschakeld en kan enkel op kwaliteit onderscheid worden gemaakt.

38 Zie art. 5.4 lid 4 AMvB, dat een goede alternatieve methodiek biedt voor gemeenten die om moverende redenen niet zelf een reële prijs willen vaststellen en de bepaling van de hoogte van een reële prijs aan de inschrijvende partijen willen overlaten.

39 Deze verplichting geldt ongeacht de gekozen financieringsvorm. Ook in geval van resultaatfinanciering of populatiebesteding zal een prijs moeten worden vastgesteld op basis van reële kostprijscomponenten. Zie *Stb.* 2017, 55, p. 10 (NvT AMvB reële prijs Wmo 2015).

40 Het kostprijscomponent ‘loon’ moet worden gebaseerd op de geldende arbeidsvoorwaarden. Zie *Stb.* 2017, 55, p. 10 (NvT AMvB reële prijs Wmo 2015).

41 Met het kostprijscomponent ‘overhead’ kan het college haar beleidsruimte benutten om te komen tot innovatie (zowel kwalitatief als kwantitatief). Zie *Stb.* 2017, 55, p. 10 (NvT AMvB reële prijs Wmo 2015).

42 *Stb.* 2017, 55, p. 6 (NvT AMvB reële prijs Wmo 2015).

43 *Stb.* 2017, 55, p. 7 (NvT AMvB reële prijs Wmo 2015).

44 *Stb.* 2017, 55, p. 7 en 10 (NvT AMvB reële prijs Wmo 2015).

45 *Stb.* 2017, 55, p. 5 en 6 (NvT AMvB reële prijs Wmo 2015).

46 Zie Berenschot, *Eindrapport Evaluatie AMvB reële prijs Wmo 2015* d.d. 14 mei 2020 en de daarbij horende Kamerbrief van minister De Jonge van Volksgezondheid, Welzijn en Sport d.d. 5 juni 2020 met kenmerk 1690988-205396-DMO.

47 Idem. Het betreft hier de zorgproducten ‘HH2’ (een veel door gemeenten ingekocht Huishoudelijke Hulp-product) en Begeleiding Individueel.

elkaars motieven en onderbouwing, zo blijkt uit de evaluatie.⁴⁸

2.1.3 AMvB reële prijs Jeugdwet op komst

Omdat in de praktijk (ook) veel discussie is over de door gemeenten vastgestelde tarieven voor jeugdhulp, heeft de wetgever eind 2019 besloten de kostprijsselementen voor een reëel tarief voor jeugdhulp ook in een AMvB vast te leggen.⁴⁹ Net zoals dat ook voor de Wmo 2015 is gebeurd. Deze landelijke vastlegging van de kostprijsselementen moet zorgen voor meer helderheid en houvast bij het vaststellen van reële tarieven voor jeugdhulp en eveneens leiden tot betere gesprekken tussen gemeenten en aanbieders.⁵⁰

De AMvB reële prijs Jeugdwet zal grotendeels op de kostprijsselementen uit de AMvB reële prijs Wmo 2015 zijn gebaseerd, maar wijkt daarvan op twee onderdelen af:

1. De reële overheadkosten zijn uitgesplitst in personele en materiële overheadkosten.
2. Onder overige kosten zijn normen opgenomen voor sectorafhankelijke kostprijsselementen, zoals de normatieve huisvestingscomponent (NHC) voor de gesloten jeugdhulp.⁵¹

De voorgestelde kostprijsselementen van de AMvB reële prijs Jeugdwet zijn al onder de aandacht van gemeenten en jeugdhulpaanbieders gebracht, zodat zij hiermee rekening kunnen houden en hierover het gesprek kunnen aangaan. Dat zal de implementatie en de uitvoeringspraktijk voor jeugdhulp hopelijk ten goede komen.⁵²

Het is voornamelijk onduidelijk wanneer de AMvB reële prijs Jeugdwet er komt. Deze zal naar verwachting tegelijkertijd met het Wetsvoorstel maatschappelijk verantwoord inkopen Jeugdwet en Wmo 2015 in werking treden (zie hiervoor in par. 1.3). Zolang de AMvB reële prijs Jeugdwet er nog niet is, zullen gemeenten die jeugdhulp inkopen het moeten doen met het wettelijk kader en de (hierna in par. 2.2 te bespreken) jurisprudentie.⁵³

48 Idem. Gemeenten merken dat aanbieders nog weinig transparant zijn in de kosten van bijv. overhead en aanbieders stellen dat gemeenten nog niet altijd volledig transparant hun tarieven vaststellen.

49 Zie Kamerbrief 'Perspectief voor de Jeugd' van ministers De Jonge van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en Dekker voor Rechtsbescherming d.d. 20 maart 2020, kenmerk 1663105-203241-J, p. 3. Het Wetsvoorstel bevat de delegatiebepaling voor de AMvB reële prijs Jeugdwet.

50 Tot de landelijke vastlegging van de kostprijsselementen zullen gemeenten die jeugdhulp inkopen het moeten doen met het wettelijke kader en de jurisprudentie, op grond waarvan gemeenten al rekening moeten houden met de (vergelijkbare) kostprijsselementen zoals opgenomen in hun eigen verordeningen.

51 Zie Kamerbrief 'Perspectief voor de Jeugd' van ministers De Jonge van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en Dekker voor Rechtsbescherming d.d. 20 maart 2020, kenmerk 1663105-203241-J, p. 13.

52 Zie Kamerbrief 'Perspectief voor de Jeugd' van ministers De Jonge van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en Dekker voor Rechtsbescherming d.d. 20 maart 2020, kenmerk 1663105-203241-J, p. 14.

53 Hoewel een (soortgelijke) AMvB voor de Jeugdwet dus nog ontbreekt, kunnen gemeenten in hun gemeentelijke verordeningen vanzelfsprekend wel aansluiten bij de AMvB reële prijs Wmo 2015.

2.1.4 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en algemene beginselen van aanbestedingsrecht

Zoals gezegd zijn gemeenten bij het inkopen van maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp altijd gehouden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Dit geldt niet alleen bij de inkoop, maar ook bij het vaststellen van tarieven.

Voor het vaststellen van tarieven is kostprijsonderzoek nodig. De AMvB bevat geen concrete regels over de wijze waarop gemeenten hieraan invulling moeten geven. Wel dient te allen tijde te worden gehandeld in lijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het zorgvuldigheidsbeginsel verlangt van gemeenten dat zij inzichtelijk maken welke bevindingen en afwegingen aan de door hen vastgestelde tarieven ten grondslag liggen.⁵⁴ Aanbieders kunnen zo beoordelen of die tarieven zorgvuldig tot stand zijn gekomen. Daarnaast moeten gemeenten bij de vaststelling van een reële kostprijs op grond van het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel blijf geven van een redelijke beoordeling en afweging van belangen.⁵⁵ Voor maatschappelijke ondersteuning op grond van de Wmo 2015 wordt aan deze verplichting geacht te zijn voldaan, indien het vastgestelde tarief is gebaseerd op de zes kostprijsselementen zoals genoemd in art. 5.4 van de AMvB.

Als zorg wordt ingekocht door middel van een aanbestedingsprocedure, zijn gemeenten eveneens gebonden aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, waaronder het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

2.2 Jurisprudentie

2.2.1 Inleiding

Zoals uit het voorgaande volgt, hebben gemeenten in beginsel veel beleidsruimte bij het daadwerkelijk vaststellen van reële tarieven. Ondanks dat zowel landelijk als door gemeenten zelf nadere regels zijn vastgesteld om de totstandkoming van reële tarieven te borgen, blijkt uit de jurisprudentie dat dit in praktijk erg lastig is en nog steeds regelmatig tot discussie leidt.

Op het moment van schrijven van dit artikel zijn ons achtien gerechtelijke uitspraken over reële tarieven bekend. In november 2020 verscheen er voor het eerst een uitspraak waarin de vorderingen van een aanbieder tot aanpassing van het door gemeenten gehanteerde tarief zijn afgewezen.⁵⁶ In alle andere uitspraken zijn de aanbieders overwegend in het gelijk gesteld.

In veel van de uitspraken worden de Wmo 2015 en de Jeugdwet nader geduid en op de geschillen uit de praktijk toegepast. Jurisprudentie over de wijze waarop tot reële tarieven moet worden gekomen, is weliswaar vaak

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

55 V.zr. rb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.10.

56 V.zr. rb. Limburg 24 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9229, m.nt. Fahner en Groenwold in «JAAN» 2021/25.

vrij casuïstisch, maar er worden zeker ook handvatten in bredere zin geboden, waaronder over de onderzoeksplicht van gemeenten en het toe te passen maatwerk. Budgetoverschrijdingen en risicoallocatie zijn eveneens onderwerpen die in de jurisprudentie aan de orde zijn geweest. Ook over de vraag wie welke bewijslast draagt, biedt jurisprudentie inmiddels enige handvatten.

In dit hoofdstuk zal per onderwerp de laatste stand uit de jurisprudentie uiteen worden gezet.⁵⁷

2.2.2 Toepassing van de wet

In vrijwel alle uitspraken met betrekking tot reële tarieven wordt het wettelijk kader besproken en toegepast op de voorliggende casus. De ‘spelregels’ die in uitspraken vaak worden aangehaald, zetten we hieronder op een rij.

In de uitspraken wordt benadrukt dat de Wmo 2015 en de Jeugdwet van gemeenten verlangen dat zij waarborgen dat er een goede verhouding bestaat tussen de prijs voor de levering van een Wmo-voorziening of jeugdhulp en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit daarvan. Ook moet de wettelijke garantie op continuïteit zijn verzekerd, evenals de daarvoor benodigde infrastructuur.⁵⁸ Daarbij moeten gemeenten zich niet alleen verdiepen in de arbeidsvoorwaarden en functiemix (de mix van personeel in de relevante cao-functieschalen) maar ook (en vooral) in de vraag of de tarieven een kostendekkende levering van de gevraagde diensten mogelijk maken.⁵⁹

In het verlengde daarvan wordt in de jurisprudentie regelmatig benadrukt dat niet van gemeenten kan en mag worden verlangd dat zij tarieven vaststellen die de kosten voor iedere individuele inschrijver dekken.⁶⁰ Dat zou immers betekenen dat de duurste aanbieder bepalend zou zijn voor het tarief, wat de beoogde efficiëntieslag en kostenbeheersing zou frustreren.⁶¹ De tarieven dienen daarentegen wel altijd reëel te zijn. Dat wil zeggen dat bij de vaststelling van de tarieven rekening moet zijn gehouden met de sectorale uitvoeringswerkelijkheid (de praktijk) en de kostprijs van een ‘redelijk

efficiënt functionerend’ aanbieder.⁶² Deze verplichting van gemeenten gaat echter niet zo ver dat zij gehouden zijn een inefficiënt opererende infrastructuur in stand te houden.⁶³ Zij moeten hun inkoopafspraken zodanig invullen ‘dat de wettelijke garantie op continuïteit van hulp is verzekerd en de daarvoor benodigde infrastructuur behouden blijft’ (citaat van website Transitie Autoriteit Jeugd).⁶⁴

Daarnaast wordt er in de rechtspraak vaak op gewezen dat gemeenten ook bij het vaststellen van tarieven de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten nemen.⁶⁵ Hoewel het volgens de wetgever ter beoordeling van gemeenten is welke invloeden zij bij hun inschatting van de reële kostprijs meewegen,⁶⁶ laat dit volgens de rechter onverlet dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, van gemeenten verlangen dat zij inzicht geven in hun bevindingen en afwegingen. Dat geldt temeer indien gemeenten ervoor kiezen een aanbesteding te organiseren waarbij zij vaste, niet onderhandelbare prijzen hanteren.⁶⁷ Het ligt dus op de weg van gemeenten te onderbouwen en inzichtelijk te maken dat zij bij de vaststelling van de voorwaarden en tarieven voldoen aan de eisen die hieraan in de Wmo 2015 of de Jeugdwet worden gesteld.⁶⁸

Uit een arrest van 21 januari 2020 van het hof Arnhem-Leeuwarden kan worden afgeleid dat gemeenten altijd verplicht zijn reële tarieven vast te stellen, ook bij de toepassing van een open house-procedure. In dit arrest heeft het hof namelijk bevestigd dat de werking van de AMvB niet beperkt is tot opdrachten die in het kader van een aanbestedingsprocedure zijn gegund. Temeer niet nu 90% van alle Wmo-opdrachten wordt ingekocht via een open house-

57 Dit betreffen in totaal 14 uitspraken van zowel hoven als rechtbanken over de periode februari 2017 tot maart 2021.

58 Art. 2.6.6 Wmo 2015 en art. 2.12 Jeugdwet en *Stb.* 2017, 55, p. 3 en 4 (NvT AMvB reële prijs Wmo 2015). Zie bijv. ook hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.18 en 6.24, *vzr. rb. Limburg* 9 januari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:120, r.o. 4.15; *rb. Noord-Nederland* 13 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5168, r.o. 4.24; *vzr. rb. Den Haag* 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.7; hof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120, r.o. 2.2 en *vzr. rb. Midden-Nederland* 27 november 2020, r.o. 5.20.

59 Zie ook hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.24.

60 *Stb.* 2017, 55, p. 6 (NvT AMvB reële prijs Wmo 2015). Zie ook hof Den Bosch 30 oktober 2018 ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.17; *vzr. rb. Den Haag* 28 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:544, r.o. 5.5; *vzr. rb. Limburg* 9 januari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:120, r.o. 4.16; *rb. Noord-Nederland* 13 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5168, r.o. 4.24; *vzr. rb. Den Haag* 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.4 en *vzr. rb. Midden-Nederland* 27 november 2011, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180, r.o. 5.20.

61 *Vzr. rb. Den Haag* 28 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:544, r.o. 5.5; *vzr. rb. Den Haag* 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.4 en hof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120.

62 *Vzr. rb. Den Haag* 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.4; *vzr. rb. Den Haag* 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9527, r.o. 5.6 (over reële tarieven voor langdurige zorg op grond van de Wlz); *vzr. rb. Limburg* 24 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9229, r.o. 4.22, m.nt. Fahner en Groenwold in «JAAN» 2021/25 en *vzr. rb. Midden-Nederland* 27 november 2011, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180, r.o. 5.20.

63 Zie bijv. hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.18.

64 *Stb.* 2017, 55, p. 3 en 4 (NvT AMvB reële prijs Wmo 2015) en hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.18.

65 Zie bijv. hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.13 of *vzr. rb. Noord-Holland* 3 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9242, r.o. 4.10. In deze laatste uitspraak wordt het *Amsterdam/Ikon*-arrest van de Hoge Raad van 27 maart 1987 aangehaald, waaruit volgt dat een overheidslichaam ook bij het uitoefenen van zijn privaatrechtelijke bevoegdheden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen.

66 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 134-135 (MvT Wmo 2015) en *Kamerstukken II* 2013/14, 33684, nr. 107, p. 2 (amendement van de leden Ypma en Leijten m.b.t. (huidig) art. 2.12 Jeugdwet).

67 Hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.17; *vzr. rb. Limburg* 9 januari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:120, r.o. 4.16 en *rb. Noord-Nederland* 13 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5168, r.o. 4.24. Vgl. ook *Concl. A-G Drijber* 26 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:181, r.o. 4.40.

68 Zie bijv. *vzr. rb. Den Haag* 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.7 en *vzr. rb. Midden-Nederland* 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180, r.o. 5.20.

procedure.⁶⁹ Dat in art. 2.6.4, 2.6.6 en 5.4 Wmo wordt gesproken over ‘een inschrijving als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012’ achtte het hof in dit verband niet doorslaggevend. Deze artikelen dateren immers uit de tijd dat het *Tirkkonen*-arrest van het Europese Hof van Justitie nog niet was gewezen en er nog van werd uitgegaan dat ook een open house-procedure onder de werking van het aanbestedingsrecht viel.⁷⁰ Tegen dit arrest van het hof is cassatieberoep ingesteld. In zijn conclusie van 26 februari 2021 komt P-G Drijber eveneens tot het oordeel dat de AMvB óók bij een open house-procedure van toepassing is.⁷¹ Volgens de P-G is het juist bij dit type procedures extra belangrijk dat rekening wordt gehouden met de reële kosten.⁷² Het gaat hierbij immers om vaste, door gemeenten eenzijdig vastgestelde, tarieven.⁷³

Volgens de P-G is het juist bij open house-procedures extra belangrijk dat rekening wordt gehouden met de reële kosten

Uit ditzelfde arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden volgt bovendien dat niet alleen een reële prijs moet worden betaald 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.⁷⁴ Om die reden is het aan te raden op voorhand in de overeenkomst

de mogelijkheid tot prijsindexering te regelen.⁷⁵ Daarbij moet wel worden opgemerkt dat maximering van een dergelijke indexatie naar het oordeel van het hof strijdig is met de AMvB. Denkbaar is immers dat externe omstandigheden, zoals aanpassing van een cao, tot een hogere indexatie nopen.⁷⁶

Tot slot biedt art. 5.4 lid 4 AMvB ruimte 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 lid 4 kunnen gemeenten de hoogte van de reële prijs namelijk aan aanbieders overlaten. Uit een recente uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland van 20 november 2020 volgt dat toepassing van deze alternatieve methodiek wel aan procedureregels is gebonden.⁷⁷ Als een gemeente hiervoor kiest, dient de procedure zoals omschreven in de Nota van toelichting bij de AMvB te worden gevolgd. Dit brengt onder meer met zich dat in de inkoop- of aanbestedingsstukken moet worden aangegeven dat van deze procedure gebruik wordt gemaakt. Daarnaast moet in de stukken de eis worden gesteld dat inschrijvers een reële prijs bieden, waarmee de gevraagde kwaliteit en continuïteit kan worden geleverd (art. 5.4 lid 2 AMvB) en die ten minste is gebaseerd op de in de AMvB opgenomen kostprijs-elementen (art. 5.4 lid 3, onder a t/m f AMvB). Het inzichtelijk maken van de kostprijs-elementen die aan de prijs ten grondslag liggen, moet bewerkstelligen dat inschrijvers een reële prijs bieden en dat de verschillen tussen inschrijvers transparanter worden. Het is vervolgens aan de gemeente om aan de hand van die onderbouwing van inschrijvers te toetsen of daadwerkelijk sprake is van een reële prijs. Het hanteren van een reële prijs blijft immers de verantwoordelijkheid van gemeenten. Is dat het geval, dan kan de gemeente op verantwoorde wijze een overeenkomst met de betreffende inschrijver sluiten.

2.2.3 Totstandkoming reële tarieven

De uitspraken die zien op geschillen over tarieven in de zorg bieden inmiddels vrij concrete overwegingen met betrekking tot de totstandkoming van reële tarieven. De overwegingen die vaak terugkomen en waarin een zekere lijn te ontdekken is, zijn hieronder gebundeld naar vijf hoofdonderwerpen: i) onderzoeks- en informatieplicht, ii) maatwerk, iii) kostprijs-elementen reële prijs, iv) budgetoverschrijdingen en allocatie van risico's en v) bewijslast.

69 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437, r.o. 5.13.

70 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437, r.o. 5.13. Uit het *Tirkkonen*-arrest (HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142) volgt dat gemeenten bij de keuze voor een open house-model niet gebonden zijn aan de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit, omdat er dan geen sprake is van het plaatsen van een overheidsopdracht. In geval van een open house wordt met alle aanbieders die aan de eisen van gemeenten voldoen een contract gesloten, waarna de cliënt bepaalt bij welke aanbieder de zorg daadwerkelijk wordt ingekocht.

71 Concl. A-G Drijber 26 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:181, r.o. 4.16 t/m 4.31.

72 Idem, zie r.o. 4.22.

73 Anders dan de Wmo 2015 en de Jeugdwet, bevat de Wet langdurige zorg (Wlz) geen concrete bepaling die verplicht tot het hanteren van reële tarieven. Naar oordeel van de Haagse voorzieningenrechter zijn zorgkantoren desalniettemin verplicht reële tarieven te hanteren en wel op grond van het proportionaliteitsbeginsel. Dat beginsel, zo volgt uit het aanbestedingsrecht, verplicht tot het hanteren van redelijke contractuele voorwaarden. Bij de inkoop van langdurige zorg komt die verplichting volgens de voorzieningenrechter onder meer neer op het hanteren van reële tarieven. Oftewel: ook bij de inkoop van langdurige zorg zijn gemeenten verplicht reële tarieven vast te stellen. Zie ook art. 2.6.6 Wmo 2015, art. 2.12 Jeugdwet, art. 1.10, 1.13 en 1.16 Aanbestedingswet 2012 en de *Gids Proportionaliteit*; vzr. rb. Den Haag 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9527, r.o. 5.6.

74 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437, r.o. 5.14.

75 Zie ook art. 5.4 lid 3 onder e AMvB reële prijs Wmo 2015. Ontbreekt een dergelijke prijsindexatieclausule in de overeenkomst, dan kan deze – getel op het leerstuk van de wezenlijke wijziging – gedurende de uitvoering niet zonder meer alsnog worden toegevoegd.

76 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437, r.o. 5.16.

77 Vzr. rb. Noord-Nederland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3982. Voor zover ons bekend is dit tot dusverre de enige uitspraak waarin de alternatieve methodiek van art. 5.4 lid 4 AMvB aan de orde is gekomen.

Ad i) Onderzoeks- en informatieplicht

In de rechtspraak wordt herhaaldelijk overwogen dat gemeenten reële tarieven voor de in te kopen zorg moeten vaststellen, die niet disproportioneel zijn en zijn gebaseerd op zorgvuldig onderzoek.⁷⁸ De tarieven moeten tot stand komen in een transparant proces met aanbieders en ze moeten herleidbaar en herkenbaar zijn.⁷⁹ Het tarief mag bovendien niet ten koste gaan van de kwaliteit van de te leveren Wmo-voorziening of jeugdhulp.

Er bestaan inmiddels verschillende hulpmiddelen om dat onderzoek enige sturing te geven. Zo is er bijvoorbeeld een VNG handreiking *Bekostiging Jeugd-GGZ inspanningsgericht*, aan de hand waarvan gemeenten de tarieven voor behandeling en diagnostiek in het kader van de jeugd-ggz kunnen berekenen.⁸⁰ Daarnaast bestaan er verschillende rekentools die als hulpmiddel voor de berekening van tarieven kunnen worden gebruikt, waaronder de door Actiz (in opdracht van de VNG) ontwikkelde rekentool voor de berekening van de tarieven voor Wmo-huishoudelijke hulp en begeleiding (versie 2021).⁸¹ Omtrent het gebruik van dergelijke hulpmiddelen is in de jurisprudentie inmiddels ook het een en ander overwogen.

Indien een gemeente bij haar berekening gebruik maakt van het model uit de vorenbedoelde VNG-handreiking, dan is de handreiking in ieder geval bruikbaar voor de aspecten die in aanmerking moeten worden genomen bij de inschatting van een reële kostprijs van de ggz-activiteiten die gemeenten willen laten uitvoeren.⁸² Ook dienen gemeenten afwijkingen daarvan te (kunnen) verklaren, alsook met welke concrete omstandigheden zij bij hun berekeningen rekening hebben gehouden.⁸³ Ten aanzien van de door Actiz ontwikkelde rekentool is geoordeeld dat het gebruik daarvan niet verplicht is, maar dat deze wel als een objectieverbaar middel en geschikt instrument wordt gezien om tot vaststelling van reële prijzen te komen.⁸⁴ In dit concrete geval hadden de gemeenten de prijzen zelf niet op inzichtelijke en controleerbare wijze vastgesteld, zodat het hof aanleiding zag aansluiting te zoeken bij genoemde rekentool.

De beschikbare rekentools geven gemeenten handvatten om de kostprijs-elementen in de uiteindelijke prijs te verwerken. De rekentool van Actiz is op onderdelen ‘gevuld’ met suggesties, aangedragen door 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 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 suggesties af te wijken. Een en ander is onderstreept in een recente uitspraak van de voorzieningenrechter te Limburg.⁸⁵ Gelet op het zorgvuldigheidsbeginsel zouden afwijkingen van suggesties naar onze mening in ieder geval op hoofdlijnen inzichtelijk moeten worden gemaakt.

Zoals gezegd, blijkt voorts uit rechtspraak dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, van elke gemeente verlangen dat zij inzicht geeft in de bevindingen en afwegingen omtrent de invloeden die worden meegewogen bij de inschatting van wat een reël tarief is. Als die bevindingen en afwegingen van een gemeente niet kenbaar zijn, kunnen aanbieders vanzelfsprekend niet beoordelen of de door een gemeente vastgestelde tarieven redelijk zijn.⁸⁶

Bij de bepaling van reële tarieven speelt een belangenafweging vaak ook een zekere rol. Volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag moeten gemeenten op grond van het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel bij de vaststelling van een reële kostprijs blijf geven van een redelijke beoordeling en afweging van belangen (waaronder die van aanbieders). Er moet een redelijk evenwicht worden gevonden tussen de tegenstrijdige algemene en individuele belangen die hierbij een rol spelen.⁸⁷

Het voorgaande wijst uit dat – ook als gebruik wordt gemaakt van een rekentool – op gemeenten niet alleen een (kostprijs)onderzoeksplicht rust, maar ook een plicht tot het delen van alle informatie en afwegingen die hebben geleid tot de vastgestelde tarieven.⁸⁸ Wordt dit inzicht gegeven, dan wordt voldaan aan het beginsel van zorgvuldige voorbereiding en aan het vereiste van transparantie. Op deze manier kan door aanbieders tijdig worden beoordeeld of de tarieven zorgvuldig tot stand zijn gekomen en welke informatie en afwegingen daaraan ten grondslag hebben gelegen. Zo wordt gewaarborgd dat alle (potentiele) aanbieders beschikken over dezelfde informatie (*level playing field*) en wordt voorkomen dat later blijkt dat tarieven zijn gebaseerd op aannames.⁸⁹

78 Hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.13 en vzr. rb. Limburg 9 januari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:120, r.o. 4.16.

79 Vzr. rb. Midden-Nederland 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180, r.o. 5.20.

80 VNG, *Bekostiging Jeugd-GGZ inspanningsgericht*. Een handreiking ter ondersteuning bij de overgang van de DBC-systematiek naar een andere vorm van bekostiging (met ingang van 2018), (online, bijgewerkt mei 2017).

81 Zie: www.vng.nl/nieuws/rekentool-voor-tarieven-huishoudelijke-hulp-en-begeleiding

82 Hof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120, r.o. 5.4.

83 Hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.24.

84 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437, r.o. 5.21 en vzr. rb. Limburg 24 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9229, r.o. 4.7, m.nt. Fahner en Groenwold in «JAAN» 2021/25.

85 Vzr. rb. Limburg 24 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9229, r.o. 4.21, m.nt. Fahner en Groenwold in «JAAN» 2021/25.

86 Vzr. rb. Noord-Holland 3 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9242, r.o. 4.11.

87 Vzr. rb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.10.

88 Vzr. rb. Limburg 24 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9229, r.o. 4.8, m.nt. Fahner en Groenwold in «JAAN» 2021/25. Zeer vergelijkbare overwegingen zijn ook terug te lezen in een gewezen vonnis met betrekking forensische zorg, zie vzr. rb. Den Haag 28 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:544, r.o. 5.6.

89 Vzr. rb. Limburg 9 januari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:120, r.o. 4.24 en vzr. rb. Limburg 24 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9229, r.o. 4.11, m.nt. Fahner en Groenwold in «JAAN» 2021/25.

Het kostprijsonderzoek dat gemeenten aldus verplicht zijn uit te voeren, moet voldoen aan de eisen die voortvloeien uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Gemeenten dienen de relevante informatie in de markt te verzamelen. Een zorgvuldig kostprijsonderzoek verlangt om die reden ook openheid en medewerking van aanbieders over de kosten die zij maken. Het gaat volgens de Limburgse voorzieningenrechter uitdrukkelijk niet over prijsonderhandelingen, maar om prijsconsultatie.⁹⁰

Het komt nog regelmatig voor dat gemeenten niet (kunnen) voldoen aan de hiervoor benoemde informatieplicht of dat de door hen verstrekte informatie ontoereikend is. Van een inschrijver wordt in een dergelijk geval wel verlangd dat die concreet (en tijdig) stelt dat en waarom de onderbouwing van de door een gemeente vastgestelde reële prijs en de daarbij gemaakte afwegingen onvoldoende transparant zijn. Dit gaat echter niet zo ver dat van een inschrijver wordt verwacht dat die aangeeft wat de reële prijs wel zou moeten zijn.⁹¹ Dat is de verantwoordelijkheid van gemeenten.

Ad ii) Maatwerk

Het vaststellen van tarieven moet, zoals gezegd, plaatsvinden op grond van zorgvuldig onderzoek. Dit onderzoek behelst ook het exact in kaart brengen van de omstandigheden waarmee bij de concrete zorgvraag rekening moet worden gehouden. De verschillende zorgvormen en zorgverleners spelen bij de vaststelling van tarieven een bepalende rol. Die verschillen moeten door een gemeente worden gehonoreerd, zo volgt uit een arrest van het hof Den Bosch: *‘Het gaat hier – anders dan de Gemeente aanvoert – niet om gelijke gevallen, die ongelijk behandeld zouden moeten worden. Het gaat om verschillende type zorgverleners, waarmee bij het vaststellen van (niet onhandelbare) tarieven rekening moet worden gehouden.’*⁹² De zeer uiteenlopende omstandigheden maken maatwerk noodzakelijk.⁹³

De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag heeft dit uitgangspunt bevestigd in de welbekende *H10*-zaak: *‘Naar het oordeel van de voorzieningenrechter (...) dienen dan ook specifieke omstandigheden, verbonden aan de regio waarin de hulp wordt verleend, mede in aanmerking te worden genomen bij de tariefstelling. Ook moet acht worden geslagen op bepaalde organisatie-specifieke aspecten die een significante impact kunnen hebben op de kostenopbouw. Voorbeelden hiervan zijn zorginhoud/complexiteit van zorg, de kosten van vastgoed, de beschikbaarheid van*

*voldoende gekwalificeerd personeel, aanrijtijden bij crisis en bepaalde specialisaties. (...) Het hanteren van reële tarieven vergt wel degelijk dat rekening wordt gehouden met gelegitimeerde regionale of anderszins goed onderbouwde kostenverschillen.’*⁹⁴

In het hoger beroep van de *H10*-zaak spitste de discussie zich met name toe op de (met grief één opgeworpen) vraag of organisatie-specifieke aspecten en regionale omstandigheden die van invloed zijn op de kostprijs van jeugdhulp bij de vaststelling van tarieven moeten worden meegewogen. Het hof beantwoordde deze vraag bevestigend. Daarmee verwierp het hof het standpunt van de *H10*-gemeenten dat deze aspecten en omstandigheden onverenigbaar zijn met het wettelijk kader.⁹⁵ Dit betekent echter niet dat gemeenten verplicht zijn de organisatie-specifieke aspecten of regionale omstandigheden van iedere individuele aanbieder mee te wegen. Wél dient rekening te worden gehouden met de specifieke aspecten van de aanbieders van de desbetreffende vorm van jeugdhulp als groep, of van de regio waarin die activiteiten moeten worden uitgevoerd.⁹⁶ Dat past immers bij het beoogde doel van de decentralisatieslag om het aanbod van jeugdhulp beter te laten aansluiten bij een meer lokale vraag.

Ad iii) Kostprijs-elementen reële prijs

In art. 5.4 lid 3 AMvB zijn, zoals hiervoor in paragraaf 2.1.2 uiteengezet, zes (niet-limitatieve) kostprijs-elementen benoemd waarop een vaste of reële prijs voor een Wmo-voorziening ten minste moet zijn gebaseerd. Daarbij is van belang dat gemeenten bepaalde keuzes met betrekking tot de kostprijs-elementen kunnen onderbouwen, zodat sprake is van transparantie over keuze en proces.⁹⁷ Zoals gezegd, bestaat een dergelijke AMvB (nog) niet voor zorg die onder de Jeugdwet wordt ingekocht. Op grond van de toelichting op art. 2.12 Jeugdwet is het aan de gemeenten zelf om te beoordelen welke ‘invloeden’ worden meegewogen bij de vaststelling van een reële kostprijs.⁹⁸ Sommige gemeenten hebben eigen verordeningen vastgesteld waarin kostprijs-elementen zijn opgenomen waarmee rekening moet worden gehouden. De elementen die in die

90 Vzr. rb. Limburg 24 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9229, r.o. 4.8, m.nt. Fahner en Groenwold in «JAAN» 2021/25.

91 Rb. Noord-Nederland 13 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5168, r.o. 4.25.

92 Hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.17 en vzr. rb. Oost-Brabant 3 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2237, r.o. 4.10.

93 Zie ook in dit verband zeer vergelijkbaar vzr. rb. Den Haag 28 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:544, r.o. 5.5, met betrekking tot forensische zorg.

94 Vzr. rb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.4. Zie in vergelijkbare zin vzr. rb. Limburg 24 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9229, r.o. 4.13, m.nt. Fahner en Groenwold in «JAAN» 2021/25 en vzr. rb. Midden-Nederland 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180, r.o. 5.20.

95 Zie hof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120, r.o. 5.4. Zowel art. 2.12 van de Jeugdwet als de verordeningen Jeugdhulp van de *H10*-gemeenten sluiten niet uit dat met deze aspecten en omstandigheden rekening wordt gehouden.

96 De vraag of de voorzieningenrechter met juistheid heeft geoordeeld dat de *H10*-gemeenten bij het vaststellen van de tarieven onvoldoende rekening hebben gehouden met de organisatie-specifieke en regionale omstandigheden laat het hof buiten beschouwing, nu de daarop gerichte grieven door de *H10*-gemeenten zijn ingetrokken.

97 Vzr. rb. Limburg 24 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9229, r.o. 4.3, m.nt. Fahner en Groenwold in «JAAN» 2021/25. Vgl. ook vzr. rb. Noord-Nederland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3982, r.o. 4.17.

98 *Kamerstukken II* 2013/14, 33684, nr. 107, p. 2 (amendement van de leden Ypma en Leijten m.b.t. (huidig) art. 2.12 Jeugdwet).

verordeningen worden genoemd, zijn nagenoeg gelijk aan de elementen uit de AMvB:⁹⁹

- a. de aard en omvang van de te verrichten taken;
- b. de voor de sector toepasselijke cao-schalen in relatie tot de zwaarte van de functie;
- c. een redelijke toeslag voor overheadkosten;
- d. een voor de sector reële mate van non-productiviteit van het personeel als gevolg van verlof, ziekte, scholing en werkoverleg;
- e. kosten voor bijscholing van het personeel.

Gemeenten die een dergelijke verordening hebben vastgesteld, dienen zich hieraan te houden en deze elementen in de tarieven mee te nemen.¹⁰⁰

Eén van de (in de AMvB en de gemeentelijke verordeningen) genoemde kostprijselementen betreft een redelijke toeslag voor overheadkosten. In de praktijk blijkt dit vaak een lastig element omdat overheadkosten per individuele zorgverlener erg kunnen verschillen en toch zeer bepalend zijn voor de tarieven. De voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland heeft zich hier als volgt over uitgelaten: *‘Overheadkosten zijn een belangrijke pijler voor de vaststelling van een reëel tarief voor de te leveren zorgdiensten en gelet daarop is het van groot belang dat op zorgvuldige en transparante wijze die kosten door de gemeentes in kaart worden gebracht en vastgesteld en dat via de Nota's van Inlichtingen voldoende ruimte aan de zorgaanbieders wordt geboden om daarover met de gemeentes van gedachten te wisselen.’* Gemeenten worden dus geacht allereerst zelf zorgvuldig onderzoek te doen, aanbieders hierover te informeren en vervolgens zo nodig met hen in overleg te treden.¹⁰¹

Wat opvalt is dat de indexering van de reële tarieven wel in de AMvB als kostprijselement is opgenomen, maar dat deze ontbreekt in de gemeentelijke verordeningen voor Jeugdhulp. De rechtbank Den Haag heeft hierover vrij expliciet overwogen dat een indexering niet alleen moet worden meegenomen in de tarieven, maar dat indexering ook zichtbaar en volledig moet gebeuren. Het feitelijk rekening houden met indexering doordat er een marge is gehanteerd in het tarief die ruim voldoende is, is niet genoeg. Er moeten verifieerbare parameters worden gehanteerd waarover geen discussie kan bestaan.¹⁰² Het voorgaande geldt ook voor het in aanmerking te nemen (percentage) vakantiegeld en de eindejaarstoelage. Als bij een bepaald soort hulpverlening structureel sprake is van onregelmatige diensten, moet in het tarief ook met de onregelmatigheidstoelage rekening worden gehouden.¹⁰³

99 Deze opsomming is in de onderzochte jurisprudentie vaak terug te zien, in ieder geval in de verordeningen van de gemeenten Den Haag, Heerlen, Landgraaf, Voerendaal en Alkmaar. Bij de gemeenten Maastricht Heuveland ontbreekt het laatstgenoemde kostprijselement.

100 Vzr. rb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.8.

101 Rb. Noord-Nederland 13 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5168, r.o. 4.28.

102 Vzr. rb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.30.

103 Vzr.rBb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.31.

Ad iv) Budgetoverschrijding en allocatie van risico's

De decentralisatie van de zorg is gelijktijdig met een forse bezuiniging doorgevoerd. Dit kan leiden tot budgettekorten bij de uitvoering van zorg door gemeenten. Volgens de rechter is een budgettekort echter geen reden om geen reële tarieven te betalen.¹⁰⁴ Wanneer gemeenten door de centrale overheid een bepaald budget krijgen toebedeeld, doet dat niet af aan de verplichting van gemeenten om te voorzien in zorg, ook niet wanneer het ter beschikking gestelde budget is verbruikt.¹⁰⁵ Uit een uitspraak met betrekking tot forensische zorg volgt dat gemeenten zich bij onvoldoende budget om de benodigde zorg in te kopen tot de minister moeten wenden.¹⁰⁶ Eventuele tekorten kunnen niet op aanbieders worden afgewenteld.

Indexering van tarieven moet niet alleen worden meegenomen in de tarieven, maar dat moet ook zichtbaar en volledig gebeuren

Het is in voorkomend geval aan gemeenten om te bekijken of de kwaliteit en continuïteit van zorg door middel van een efficiëntieslag gewaarborgd kan blijven, binnen het budget dat is gegeven. Wanneer gemeenten bij de vaststelling van tarieven uitgaan van een efficiëntieslag, moeten zij wel onderbouwen dat deze verwachte efficiëntieslag reëel is en de toegekende budgetten dus zullen voldoen. Die onderbouwing zal onder andere moeten plaatsvinden door het verstrekken van detailinformatie, bijvoorbeeld met betrekking tot de vorm van de zorg, de gebruiksduur en de kosten per behandeling. Indien gemeenten dit niet kunnen onderbouwen aan de hand van detailinformatie en dus niet kunnen bewijzen dat het toegekende (plafond)budget zal voldoen, wordt het neerleggen van alle risico's bij de aanbieders niet proportioneel geacht.¹⁰⁷

Als het risico op budgetoverschrijding reëel is, ligt een daarbij passende allocatie van de risico's voor de hand.¹⁰⁸ Dat geldt temeer wanneer een inschrijver niet kan beschikken over de detailinformatie die nodig is voor het maken van

104 Zie bijv. vzr.rBb. Noord-Nederland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3982, r.o. 4.15.

105 Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260 r.o. 21.

106 Vzr. rb. Den Haag 28 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:544, r.o. 5.6. Deze overweging geldt onzes inziens ook in bredere zin. Vgl. ook de onlangs ingeroepen arbitrage van de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) om te komen tot een structurele oplossing voor de financiële tekorten in de jeugdzorg (www.vng.nl/nieuws/vng-roept-arbitrage-in-voor-oplossing-tekorten-jeugdzorg).

107 Op grond van voorschrift 3.9A van de *Gids Proportionaliteit* moet het risico worden gealloceerd bij de partij die het risico het best kan beheersen of kan beïnvloeden, zie ook hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 16 en 20.

108 Op grond van het evenredigheids- en proportionaliteitsbeginsel moet het risico worden gealloceerd bij de partij die het risico het beste kan beheersen of beïnvloeden. Vgl. Voorschrift 3.9 A *Gids Proportionaliteit* (tweede herziening, januari 2020).

een reële inschatting van het risico van budgetoverschrijding, en er gelet op de meer algemene beschikbare gegevens een reële kans is dat het plafondbudget ontoereikend zal blijken te zijn.¹⁰⁹ Een reële risicoallocatie brengt dan mee dat wordt voorzien in een zogenaamd ‘veiligheidsventiel’ waarmee op voorhand duidelijkheid wordt gecreëerd over de vraag hoe in voorkomend geval moet worden omgegaan met een niet aan de gemeente te wijten overschrijding van het budget. Het in een dergelijke situatie met de aanbieder in gesprek gaan, voldoet niet als adequaat veiligheidsventiel omdat de uitkomst van een dergelijk gesprek onbekend is. Het is immers niet uitgesloten dat de aanbieder verantwoordelijk wordt gehouden voor de budgetoverschrijding.¹¹⁰ In een recente uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland voldeden twee ingebouwde veiligheidsventielen tezamen wél, ook al leverde dit voor aanbieders extra administratieve rompslomp op.¹¹¹

Ad v) Bewijslast

Komt het tot een gerechtelijke procedure waarin één of meerdere aanbieders de door gemeenten vastgestelde tarieven ter discussie stellen, dan is het de vraag op wie de bewijslast rust dat de tarieven wel/niet reëel zijn.

Uit verschillende recente uitspraken volgt dat het op de weg van gemeenten ligt te onderbouwen dat zij bij de vaststelling van de tarieven voldoen aan de eisen van de Wmo 2015 of de Jeugdwet.¹¹² Die verplichting volgt reeds uit de bestuursrechtelijke motiveringsplicht. Op basis van de onderbouwing van gemeenten dient, ook vanuit het oogpunt van de bestuursrechtelijke beginselen van zorgvuldigheid en transparantie, te kunnen worden getoetst of voldoende rekening is gehouden met:

- de deskundigheid van de beroepskrachten en de toepasselijke arbeidsvoorwaarden;
- de uitvoeringswerkelijkheid (de praktijk) en de kostprijs van een redelijk efficiënt functionerende aanbieder;
- specifieke omstandigheden verbonden aan de regio waarin de hulp wordt verleend; en
- bepaalde organisatie-specifieke aspecten die een belangrijke impact kunnen hebben op de kostenopbouw en regionale omstandigheden.¹¹³

In een procedure waarin een aanbieder de hoogte van tarieven ter discussie stelt, zal derhalve moeten worden beoordeeld of de betreffende gemeente voldoende inzicht heeft gegeven in de bevindingen en afwegingen die ten grondslag liggen aan de tarieven. Alleen dan laat zich vaststellen of

de gemeente in redelijkheid tot een bepaalde tariefstelling heeft kunnen komen.¹¹⁴

In lijn hiermee heeft het hof Den Haag in de *H10*-zaak korte metten gemaakt met het standpunt van gemeenten dat een onderbouwing dat is voldaan aan de verplichting om een inschatting te maken van de reële kostprijs volstaat en dat het aan aanbieders is te stellen en te bewijzen dat de tarieven waarover zij zich beklagen naar boven moeten worden bijgesteld vanwege kennelijke onredelijke keuzes of belangenafwegingen in strijd met de Jeugdwet.¹¹⁵ In een kortgedingprocedure is volgens het hof bepalend of de feiten die relevant zijn voor de toewijsbaarheid van de gevorderde voorziening voldoende aannemelijk zijn geworden.¹¹⁶ Het hof concludeert vervolgens dat de onderbouwing van de H10-gemeenten tekortschoot tegenover de gemotiveerde bezwaren van aanbieders. De gemeenten hadden onvoldoende aannemelijk weten te maken dat zij reële, kosten-dekkende tarieven hadden vastgesteld.

3. Conclusie

Sinds de decentralisatie in 2015 hebben gemeenten een lange weg afgelegd in de zoektocht naar de vaststelling van reële tarieven binnen het sociaal domein. Het vaststellen van reële tarieven voor maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp is niet bepaald zonder slag of stoot gegaan. Met dank aan de vele (recente) uitspraken en aanstaande wet- en regelgeving over dit onderwerp, hebben gemeenten weliswaar een duidelijker kader gekregen waarmee zij bij de vaststelling van tarieven rekening moeten houden, maar de onderliggende problematiek – tekortschietende budgetten – lijkt voorlopig nog niet opgelost. Het vinden van een oplossing voor die budgettekorten in het sociaal domein en de strijd tegen ‘cowboys’ in de zorg, zal de gemeenten in de komende jaren waarschijnlijk voor de nodige uitdagingen blijven plaatsen. Het einde van de zoektocht van gemeenten lijkt dan ook, helaas, nog niet in zicht.

*Dit artikel is afgesloten op 15 maart 2021.*¹¹⁷

Over de auteurs

Mr. S.B. (Sanne) Groenwold

Advocaat aanbestedingsrecht en bouwrecht bij Croon advocaten in Den Haag.

Mr. G.E. (Giulia) van den Beuken

Advocaat aanbestedingsrecht en bouwrecht bij Croon advocaten in Den Haag.

109 Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 27.

110 Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 28 en vzr. rb. Limburg 2 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6210, r.o. 4.20.

111 Vzr. rb. Midden-Nederland 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180, r.o. 5.38.

112 Hof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120, r.o. 5.9 en vzr. rb. Midden-Nederland 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180, r.o. 5.20.

113 Idem.

114 Vzr. rb. Noord-Holland 3 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9242, r.o. 4.11.

115 Hof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120, r.o. 4.1 (grief 3).

116 Hof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120, r.o. 5.10.

117 Gelet op deze afrondingsdatum is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant van 17 maart 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:1171 (gepubliceerd op 23 maart 2021) en het arrest van het Hof Den Haag d.d. 31 maart 2021 over reële tarieven voor langdurige zorg op grond van de Wlz in dit artikel niet meegenomen.