

stedingsprocedure worden gegund, de aanbestedingsprocedure moet worden gestaakt, en ProRail moet, voor zover zij de opdracht nog in de markt wil zetten, de opdracht opnieuw aanbesteden.

Beslissing

De meer subsidiaire vordering van VolkerRail zal daarom worden toegewezen. De in verband met deze vordering gevorderde dwangsom wordt afgewezen, omdat ProRail heeft verklaard de uitspraak stipt en onverkort na te zullen komen. In het voorgaande ligt besloten dat de primaire en subsidiaire vorderingen worden afgewezen. Die vorderingen zijn gebaseerd op de stelling dat eis 8.29 alleen op de door VolkerRail bepleite uitleg kan worden uitgelegd, en dat is dus niet het geval.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

VOLKERRAIL NEDERLAND B.V.

*statutair gevestigd te Vianen
eiseres*

*hierna te noemen: VolkerRail
advocaat mr. S.G. Tichelaar
tegen*

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PRORAIL B.V.

*statutair gevestigd te Utrecht
gedaagde*

hierna te noemen: ProRail

*advocaten mrs. I.J. van den Berge en V. Jasarevic
en met als tussenkomende partij*

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BAM INFRA RAIL B.V.

statutair gevestigd te Breda

hierna te noemen: BAM

advocaten mrs. P.F.C. Heemskerk en J.M.E. Yilmaz

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

Proportionaliteit voorwaarden en zorgvuldige voorbereiding daarvan

Rechtbank Midden-Nederland
10 juni 2021, C/16/520028 / KG ZA 21-206,
ECLI:NL:RBMNE:2021:2420
(mr. H.M.M. Steenberghe)
Noot mr. S.B. Groenwold

**Beginselen van aanbestedingsrecht.
Beoordelingsmethodiek. Bestuursrecht.
Contractvoorwaarden. Evenredigheidsbeginsel. Gelijkheidsbeginsel. Klachtencommissie. Overheidsopdracht. Open-houseprocedure. Proportionaliteitsbeginsel. Reële tarieven. Uitleg.**

[BW art. 3:14; Awb art. 3:1 lid 2, art. 3:2, Jeugdwet art. 4.1.1]

Dit kort geding heeft betrekking op inkoopprocedures van gemeente Lelystad (hierna: 'de gemeente') voor jeugdhulp. De procedures, die begin 2021 zijn gestart, zien onder andere op 1) perceel 3b voor specialistische GGZ (hierna: SGGZ) en 2) perceel 4c voor flexibele assertieve community treatment (hierna: FACT). Op 22 maart 2021 heeft Stichting Pluryn een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van gemeente Lelystad. De inschrijvingstermijn sloot (uiteindelijk) op 12 april 2021. Stichting Pluryn heeft voor zowel perceel 3b als perceel 4c geen inschrijving ingediend omdat zij niet met de door de gemeente geformuleerde voorwaarden instemde. De gemeente heeft met betrekking tot 3b nog geen gunningsbeslissing genomen en met betrekking tot perceel 4c nog niet definitief beslist welke zorgaanbieders zij toelaat.

Beoordeling(skader) tarieven en (het inzicht in) het kostprijsonderzoek

Art. 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb brengen mee dat de gemeente bij 'inkoop' van jeugdhulp algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen. De gemeente moet daarom, voorafgaand aan beslissingen die zij in het kader van een inkoopprocedure moet nemen, de nodige kennis

moest verzamelen omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen (art. 3:2 Awb). Op de SAS-procedure voor perceel 3b en op de open-houseprocedure voor perceel 4c zijn de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing. Uit het beginsel van gelijkheid vloeit in ieder geval het proportionaliteitsbeginsel voort, dat in deze context inhoudt dat de aan inschrijvers gestelde eisen evenredig moeten zijn met het voorwerp van de opdracht. Het beginsel van transparantie maakt dat (het verloop van) de inkoopprocedure en aan potentiële inschrijvers gestelde eisen duidelijk moeten zijn voor een redelijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemer.

Volgens vaste rechtspraak moet een gemeente op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel deugdelijk onderzoek doen of laten doen naar de waarden van de relevante kostprijselementen, om zo tot reële tarieven te komen. Daarbij geldt dat een gemeente in ieder geval de uitsplitsing van kostprijselementen die is opgenomen in haar eigen verordening zal moeten naleven. Zij moet ook eigener beweging aan geïnteresseerde zorgaanbieders inzichtelijk maken hoe zij tot de vastgestelde tarieven is gekomen. Zij moet al tijdens en in het kader van die inkoopprocedure het vereiste inzicht geven, zodat deelnemende zorgaanbieders vóór zij moeten beslissen of zij zich willen inschrijven, kunnen nagaan of de gemeente reële tarieven heeft vastgesteld. Dit volgt uit de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie. Dit zou voor een gemeente die deugdelijk onderzoek heeft gedaan of laten doen ook niet belastend moeten zijn. Zij beschikt in dat geval immers over de bevindingen van dat onderzoek. Alleen als de gemeente daarover transparantie betracht, is vervolgens een voldoende diepgaande discussie mogelijk.

De gemeente kweert zich niet van de verplichting om inzichtelijk te maken hoe de tarieven tot stand zijn gekomen en dat deze reëel zijn. Dat geldt voor perceel 3b én voor perceel 4c. De informatie daartoe tijdens de gemeente voldoet niet. Zij had ten minste duidelijk moeten maken hoe de specifieke kostprijselementen als bedoeld in art. 17 van de Verordening Jeugdhulp Lelystad 2018 in de tarieven zijn verwerkt. Dit geldt nog sterker nu er in 2021 voor koos de verschillende zorgproducten anders in te delen en af te bakenen dan in eerdere jaren. Daarbij springt eruit dat de gemeente zelf heeft aangevoerd dat zij heeft beoogd te bereiken

dat bij de categorie 'SGGZ' het accent op ernstige problematiek komt te liggen en dat minder ernstig gevallen 'verschuiven' naar 'basis GGZ'. Dat dat van invloed is op de verlangde kwalificaties en daarmee op de kostprijs, is goed voorstelbaar. Mogelijk geldt dat ook voor andere producten. De gemeente heeft in dat licht niet voldoende duidelijk gemaakt waarom zij kon volstaan met indexatie van de tarieven van de eerdere producten.

Dat leidt ertoe dat de gemeente de gebreken aan de inkoopprocedures voor percelen 3b (SGGZ) en 4c (FACT) (indien zij deze wil voorzetten) moet herstellen. Zij moet zich daartoe richten op haar verplichtingen voor wat betreft het op zorgvuldige wijze vaststellen van reële tarieven en het voor deelnemende zorgaanbieders inzichtelijk maken van de totstandkoming daarvan.

De gemeente heeft aangevoerd dat 'indirect cliëntgebonden tijd' volgens de door haar bepaalde voorwaarden 'gewoon' declarabel is. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de stukken op iets anders wijzen, namelijk dat bestede tijd die 'indirect cliëntgebonden' is inderdaad niet ten volle kan worden gedeclareerd. Het is aan de gemeente om duidelijkheid te bieden over de vraag wat beperkingen in dit verband inhouden en of dat aan het realiteitsgehalte van de tarieven niet afdoet.

Beoordeling van proportionaliteit van de voorwaarden omtrent intensiteit en behandelingsduur

De gemeente geniet als uitgangspunt contractsvrijheid. Zij mag dus binnen de grenzen van de wet zelf bepalen hoe zij de procedure voor inkoop van jeugdzorg vormgeeft. Anderzijds heeft de zorgaanbieder een zelfstandig belang bij het kunnen leveren van voldoende kwalitatieve zorg (zoals mede art. 4.1.1 Jw van haar verlangt).

De intensiteit van de behandeling: het aantal uren per week

Volgens de gemeente gaat het bij het aantal uren per week om gemiddelden per maand en niet om maxima. Deze duiding strookt echter niet voldoende duidelijk met wat in de aanbestedingsstukken is vermeld. Passages uit de aanbestedingsstukken wekken bij een redelijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemer de indruk dat er wel degelijk een maximum van zes uren per week geldt. Onvoldoende duidelijk is wat de voorwaarden met betrekking tot de

intensiteit van de behandeling inhouden. De voorzieningenrechter komt daarom niet toe aan een oordeel of deze voorwaarden in lijn zijn met het proportionaliteitsbeginsel. De gemeente zal in het kader van het herstel van de gebreken aan de inkoopprocedures duidelijkheid moeten bieden over inhoud van de voorwaarden op het punt van de intensiteit van de behandeling. Daarbij tekent de voorzieningenrechter aan dat die voorwaarden op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel moeten berusten op deugdelijk onderzoek. Daarom ligt het voor de hand dat de gemeente inzicht geeft hoe zij tot de voorwaarden rondom het aantal uren per week is gekomen.

De duur van de behandeling: het aantal maanden

In dat verband staat vast dat het aantal maanden in beginsel is gemaximeerd op negen maanden (SGGZ) en zes maanden (FACT). Ook staat vast dat de behandeling in bepaalde gevallen kan worden verlengd of dat daarop een andere behandeling kan volgen. Het gaat met andere woorden om de indeling van de zorgproducten. Anders dan Stichting Pluryn meent, ligt de regie op dit vlak wel degelijk bij De gemeente. Het argument van Stichting Pluryn dat het aantal maanden dat De gemeente heeft vastgesteld niet altijd voldoende is om een behandeling af te maken, wat de gemeente op zichzelf niet weerspreekt, weegt niet zwaar genoeg. Dat maakt de voorwaarden die de gemeente op dit punt heeft geformuleerd namelijk nog niet disproportioneel, te minder gelet op de mogelijkheid van verlenging. Dat zou anders zijn als binnen de door de gemeente bepaalde behandelduur een zinvolle behandeling in het algemeen niet mogelijk is. Dat heeft Stichting Pluryn echter niet (voldoende kenbaar) gesteld en in ieder geval niet (voldoende) onderbouwd. Wel geldt dat de gemeente ook met dit aspect in de toekomst onverminderd rekening zal moeten houden en dat het op haar weg ligt, zoals ook het klachtenmeldpunt aanneemt, om inzicht te bieden in hoe de behandelduur tot stand is gekomen en waarom deze in lijn is met het proportionaliteitsbeginsel.

De beslissing

De vordering onder (i), die strekt tot staking van de aanbesteding, wordt toegewezen in die zin dat gemeente Lelystad de inkoopprocedures alleen onder bepaalde voorwaarden mag voortzetten. De vordering onder (iii), die ertoe strekt dat ge-

meente Lelystad wordt geboden deugdelijk kostprijsonderzoek te doen, zal ook worden toegewezen, voor zover gemeente Lelystad de inkoopprocedures wil voortzetten. De vordering onder (iv), die ertoe strekt gemeente Lelystad te gebieden reële tarieven vast te stellen, zal onder die voorwaarde eveneens worden toegewezen. Deze voorwaardelijke toewijzing van de vorderingen onder (iii) en (iv) zal worden verwerkt in 4.1 van de beslissing. De vordering onder (ii), die ertoe strekt dat de gemeente wordt geboden proportionele producteisen vast te stellen, zal worden afgewezen. Deze vordering is te vaag, zodat deze niet als ordemaatregel toewijsbaar is. Toewijzing daarvan zou gemakkelijk aanleiding kunnen geven tot executiegeschillen. Deze vordering veronderstelt bovendien dat de gemeente disproportionele producteisen heeft vastgesteld, maar tot dat oordeel is de voorzieningenrechter niet kunnen komen.

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Civiel recht
handelskamer
locatie Utrecht
zaaknummer / rolnummer: C/16/520028 / KG
ZA 21-206
Vonnis in kort geding van 10 juni 2021
in de zaak van
de stichting
STICHTING PLURYN,
gevestigd in Nijmegen,
eiseres,
advocaten mrs. F.J.J. Cornelissen en L. Bras,
tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE LELYSTAD,
zetelend in Lelystad,
gedaagde,
advocaten mrs. M.L. van der Feltz en N.A.D. Groot.

Partijen zullen hierna Stichting Pluryn en Gemeente Lelystad worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Voorafgaande aan de mondelinge behandeling hebben partijen de volgende stukken ingediend:

- de dagvaarding, met producties 1 tot en met 35,
- de conclusie van antwoord, met producties 1 tot en met 16.

1.2. Tijdens de mondelinge behandeling van 19 mei 2021 hebben partijen hun standpunten nader toegelicht – mede aan de hand van pleitnota's, die deel uitmaken van het procesdossier – en vragen van de voorzieningenrechter beantwoord. Daarna is bepaald dat een vonnis zal worden uitgesproken.

2. Waar gaat dit kort geding over?

Inleiding

2.1. Dit kort geding heeft betrekking op inkoopprocedures van Gemeente Lelystad voor jeugdhulp, ter uitvoering van de Jeugdwet (hierna ook: Jw). De procedures, die begin 2021 zijn gestart, zien op meerdere percelen, waarvan hier twee ter discussie staan, namelijk:

- perceel 3b voor specialistische GGZ (hierna: SGGZ); en
- perceel 4c voor *flexible assertive community treatment* (hierna: FACT).

2.2. Deze inkoopprocedures hebben de volgende kenmerken:

(a) De inkoopprocedure voor SGGZ is een procedure voor 'sociale en andere specifieke diensten', een aanbestedingsprocedure die is geregeld in artikelen 2.38 en 2.39 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) (hierna: SAS-procedure). Voor deze SAS-procedure heeft Gemeente Lelystad in de 'Leidraad Jeugdhulp Perceel 3b' (productie 9 van Stichting Pluryn) een aantal uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en gunningscriteria geformuleerd, die hier niet ter discussie staan. Het tarief is *niet* een gunningscriterium (zie hierna). Gunning leidt tot een raamovereenkomst tussen Gemeente Lelystad en de relevante zorgaanbieders. Gemeente Lelystad wil met (ten hoogste) drie zorgaanbieders contracteren.

(b) Voor FACT heeft Gemeente Lelystad een zogenaamde 'open-houseprocedure' gebruikt. In dat verband heeft Gemeente Lelystad 'Leidraad Jeugdhulp Perceel 4c, 4d en 4e' gepubliceerd (productie 2 van Stichting Pluryn). Bij deze open-houseprocedure gelden geen gunningscriteria aan de hand waarvan inschrijvers worden beoordeeld en gerangschikt. Inschrijvers concurreren in het kader van de procedure dus niet met elkaar. Alle zorgaanbieders die bereid zijn de verlangde jeugdhulp tegen de door Gemeente Lelystad geformuleerde voorwaarden te leveren en aan bepaalde absolute criteria voldoen, worden na inschrijving toegelaten tot een 'pool'. Zij gelden dan

als gecontracteerde zorgaanbieders. De open-houseprocedure wordt niet geregeld in de Aanbestedingswet 2012.

(c) In beide inkoopprocedures is een inschrijftermijn bepaald.

(d) Bij zowel SGGZ als FACT aanvaarden inschrijvers het door Gemeente Lelystad bepaalde tarief. Hetzelfde geldt ook voor de intensiteit (het aantal uren per week) en de duur (het aantal maanden) van de behandeling. Deze voorwaarden zijn vastgesteld door Gemeente Lelystad en opgenomen in een document met de titel 'Uitwerking percelen aanbesteding ambulante jeugdhulp Lelystad' (productie 4 van Stichting Pluryn).

(e) Zodra op grond van een beschikking aan een jeugdige en/of ouder jeugdhulp moet worden verstrekt, kan deze worden afgenomen bij een gecontracteerde zorgaanbieder. Deze heeft volgens de door Gemeente Lelystad geformuleerde voorwaarden een acceptatieplicht. Bij acceptatie komt een overeenkomst tussen de jeugdige en/of ouder enerzijds en de gecontracteerde zorgaanbieder anderzijds tot stand.

2.3. De vraag die in dit kort geding centraal staat, is of Gemeente Lelystad bij de inkoop van SGGZ en FACT rechtmatige voorwaarden voor de tarieven, de intensiteit van de behandeling en de duur van de behandeling heeft geformuleerd en of dat op rechtmatige wijze is gebeurd. Volgens Stichting Pluryn is dat niet zo. Zij meent dat (a) de voorwaarden met betrekking tot de tarieven, de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen en de wijze waarop daarin inzicht is geboden niet voldoen aan de op grond van de Jeugdwet geldende regels rondom tarifiering en (b) de voorwaarden met betrekking tot de intensiteit en de duur van de behandeling niet stroken met het aanbestedingsrechtelijke proportionaliteitsbeginsel. Stichting Pluryn stelt zich op het standpunt dat Gemeente Lelystad daarmee onrechtmatig ten opzichte van haar handelt. Met dit kort geding wil zij bereiken dat Gemeente Lelystad de betreffende aanbestedingsprocedures staakt en de voorwaarden opnieuw vaststelt. De voorzieningenrechter zal nu nader ingaan op de feitelijke achtergrond van het geschil.

Het verloop van de inkoopprocedures

2.4. Gemeente Lelystad is de procedures op 10 februari 2021 gestart door publicatie van documenten op TenderNed, waaronder de in 2.2 genoemde documenten.

2.5. In de ‘Uitwerking percelen aanbesteding ambulante jeugdhulp Lelystad’ (productie 4 van Stichting Pluryn) staat onder andere het volgende over SGGZ:

(...)

2.6. Het begrip ‘Cliëntgebonden tijd’ is in de voetnoot als volgt gedefinieerd:

2.7. De ‘Voorwaarden Uitvoering Diensten Jeugdwet’ (productie 34 van Stichting Pluryn) bepalen als volgt in verband met ‘cliëntgebonden tijd’:

(...)

28.2 *De genoemde tarieven zijn tarieven voor alle cliëntgebonden tijd. Onder cliëntgebonden tijd verstaat Opdrachtgever de cliëntcontacttijd, het groep-scontacttijd en de indirecte cliëntgebonden tijd.*

28.3 *Opdrachtgever hanteert een verhouding van directe en indirecte tijd van 80- 20%, waarbij Opdrachtgever uitgaat van 80% direct cliënt- of groep-scontacttijd en 20% indirect-clieñtgebonden tijd.*

28.4 *De gemeente behoudt zich het recht voor om steekproefsgewijs controle uit te voeren op artikel 28.3 en 28.4.’*

2.8. Voor FACT geldt het volgende. In de ‘Uitwerking percelen aanbesteding ambulante jeugdhulp Lelystad’ (productie 4 van Stichting Pluryn) staat onder andere:

2.9. Voor FACT geldt dus een trajectfinanciering van € 20.000. In de ‘Voorwaarden Uitvoering Diensten Jeugdwet’ (productie 34 van Stichting Pluryn) staat in dat verband nog het volgende:

ARTIKEL 29 TRAJECTFINANCIERING

29.1 *Bij de producten waar een trajectfinanciering geldt, kan Opdrachtnemer bij start van de zorg 50% van het totaalbedrag declareren.*

29.2 *De resterende 50% van het totaalbedrag mag Opdrachtnemer declareren wanneer het traject volledig is afgerond volgens looptijd van de beschikking.*

29.3 *Wanneer een traject voortijdig wordt beëindigd of afgebroken (om welke reden dan ook), mag Opdrachtnemer de resterende 50% van het totaalbedrag niet gedeclareerd worden.’*

2.10. Voor de betekenis van ‘Cliëntgebonden tijd’ geldt bij FACT hetzelfde als is beschreven in 2.6 en 2.7.

2.11. Inschrijvers hebben onder andere vragen gesteld over het tarief en de intensiteit en de duur van de behandeling, die door Gemeente Lelystad zijn beantwoord. In de Nota van Inlichtingen van 31 maart 2021 met betrekking tot onder andere SGGZ (productie 16 van Stichting Pluryn) staat onder andere het volgende:

2.12. Er zijn vervolgvragen gesteld naar aanleiding van antwoorden van Gemeente Lelystad waaruit bleek dat er een kostprijsonderzoek is gedaan. Deze vervolgvragen als volgt beantwoord (productie 16 van Stichting Pluryn):

2.13. Vragen met betrekking tot de tariefopbouw en de duur van de behandeling zijn door Gemeente Lelystad als volgt beantwoord in de Nota van Inlichtingen van 31 maart 2021 (productie 16 van Stichting Pluryn):

2.14. Stichting Pluryn heeft gevraagd om het door de Gemeente Lelystad genoemde ‘benchmarkonderzoek’ met betrekking tot het aantal van twee uur per week voor SGGZ. De vraag en het antwoord luiden als volgt:

2.15. Ook over FACT zijn vragen gesteld. Gemeente Lelystad heeft een met bedrijfsvertrouwelijke informatie gemotiveerde vraag van Stichting Pluryn – die samengevat inhoud of Gemeente Lelystad bereid was het aantal van zes uren per week en de duur van zes maanden te laten varen – als volgt beantwoord (productie 23 van Stichting Pluryn):

‘De gemeente blijft bij de gegeven tijd (maximaal 6 uur per gezin per week) per periode (maximaal 6 maanden).’

2.16. De volgende vervolgvraag van Stichting Pluryn werd door Gemeente Lelystad als volgt beantwoord (productie 23 van Stichting Pluryn):

2.17. Gemeente Lelystad heeft in een bijlage bij de Nota van Inlichtingen met betrekking tot percelen 4a en 4b (dus niet met betrekking tot percelen 3b en 4c) de volgende nadere informatie opgenomen over de totstandkoming van de tarieven (productie 25 van Stichting Pluryn):

‘Tariefopbouw

De tarieven zijn doorgerekend door een onafhankelijk bureau (Rebel Group te Rotterdam). Bij alle producten is aangegeven waar de tarieven op gebaseerd zijn. Dit betreft bij de meeste producten de tarieven van de huidige contracten (lopend tot 1 juli 2021), met een indexatie. Daarbij zijn de tarieven vergeleken met andere gemeenten, die vergelijkbare producten hebben aanbesteed.

FACT-inzet

De beschreven inzet van FACT Jeugd, is zoals beschreven in de NvI, is gebaseerd op de daadwerkelijke realisatie van het product.

SGGZ-uren

De 2 uur per week voor het product specialistische GGZ, is bedoeld voor de behandeling. De diagnostiek en medicatiecontrole zijn losse producten en

vallen niet onder de inzet van het product specialis-
tische GGZ (wat voorheen, in de oude tarifiering/
aanbesteding wel het geval was). De 2 uur komt
tevens overeen met de beschrijving van een gemid-
deld behandeltraject door de NZA.

80/20 directe- en indirecte tijd

De verhouding 80/20 is gebruikelijk in den lande.
Wij vinden dit een reële verhouding; voor ieder uur
kan 12 minuten gebruikt worden voor de indirecte
tijd.'

2.18. Op 22 maart 2021 heeft Stichting Pluryn een
klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van
Gemeente Lelystad. De inhoud van de klacht –
zoals samengevat door het klachtenmeldpunt
(productie 28 van Stichting Pluryn) – is:

[dat] de eisen die de gemeente stelt disproportio-
neel zijn, omdat ondanks gemotiveerd verzoek van
klager de gemeente tot op heden in beide aanbeste-
dingen:

- geen inzicht geboden is in de totstandkoming van
de producten en achterliggende tarieven;
- ontoereikend antwoord is gegeven op het in de
nota van inlichtingen gevraagde; (...)
- geen inzicht is gegeven in de proportionaliteit van
de producteisen.'

2.19. Het klachtenmeldpunt oordeelde als volgt
voor wat betreft het inzicht in de totstandkoming
van de tarieven, het maximale aantal uren cliënt-
gebonden tijd en de maximale periode voor de
jeugdhulp (productie 28 van Stichting Pluryn):

'Gezien [de] onderbouwing in [het] document 'Uit-
werking percelen aanbesteding ambulante jeugd-
hulp Lelystad' en de antwoorden die zijn gegeven in
de NvI is het zeer aannemelijk dat de aanbesteden-
de dienst een gedegen onderzoek heeft verricht
voorafgaande aan de vaststelling van de tarieven,
maximale uren cliëntgebonden tijd en maximale
periode jeugdhulp. Door de aanbestedende dienst is
echter, in het licht van de jurisprudentie, onvol-
doende inzicht gegeven in de onderzoeken/bench-
mark die ten grondslag liggen aan en de totstand-
koming van de tarieven, maximale uren
cliëntgebonden tijd en maximale periode jeugd-
hulp. Zoals uit de jurisprudentie blijkt is het aan de
aanbestedende dienst om te onderbouwen en in-
zichtelijk te maken dat zij bij de vaststelling van de
voorwaarden en tarieven voldoen aan de eisen die
hieraan in de Jeugdwet worden gesteld en de eigen
verordening Jeugdhulp Lelystad 2018. Tevens dient
de aanbestedende dienst het evenredigheids- of pro-
portionaliteitsbeginsel in ogenschouw te nemen,
oftewel inzicht geven over de vaststelling van een

reële kostprijs dat er een redelijke beoordeling en
afweging van belangen heeft plaatsgevonden en re-
delijke keuze van middelen en een redelijk evene-
wicht is gevonden tussen de tegenstrijdige algemene
en individuele belangen die hierbij een rol spelen.
Dit geldt temeer indien een aanbesteding vaste niet
onderhandelbare prijzen hanteert.

Op grond van het bovenstaande concludeert het
Klachtenmeldpunt gemeente Lelystad dat de klacht
ingediend door klager gegrond is. De aanbesteden-
de dienst heeft onvoldoende inzichtelijk gemaakt
hoe de tarieven, maximale uren cliëntgebonden tijd
en maximale periode jeugdhulp tot stand zijn geko-
men. De aanbestedende dienst wordt geadviseerd
dit alsnog voor alle geïnteresseerden inzichtelijk te
maken. En voor zover mogelijk en van toepassing
de argumenten van klager mee te nemen. Klager
heeft in de klacht gemotiveerd aangegeven waarom
bij klager de indruk bestaat dat er geen sprake is
van reële tarieven, maximale uren cliëntgebonden
tijd en maximale periode jeugdhulp[.]' (...)

Uit het bovenstaande kan worden opgemaakt dat
onvoldoende inzichtelijk is hoe de tarieven, maxi-
male uren cliëntgebonden tijd en maximale periode
jeugdhulp tot stand zijn gekomen. Hierdoor is het
niet mogelijk om een oordeel te kunnen geven over
de proportionaliteit van de uitvraag.

Het klachtenmeldpunt is van mening dat het aan-
nemelijk is dat de uitvraag van de aanbestedende
dienst met de daarbij behorende eisen proportio-
neel zijn. Echter doordat de aanbesteden dienst
onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt hoe de ta-
rieven, maximale uren cliëntgebonden tijd en
maximale periode tot stand zijn gekomen is het niet
mogelijk om het te beoordelen. De aanbestedende
dienst wordt geadviseerd bij het inzichtelijk maken
van de totstandkoming van de tarieven, maximale
uren cliëntgebonden tijd en maximale periode
jeugdhulp ook de proportionaliteit van de uitvraag
en daarbij behorende eisen te onderbouwen.'

2.20. Gemeente Lelystad heeft hierna het in 2.17
bedoelde document óók toegevoegd aan de aan-
de aanbestedingsstukken van perceel 3b (SGGZ)
en perceel 4c (FACT).

2.21. De inschrijvingstermijn sloot (uiteindelijk)
op 12 april 2021. Stichting Pluryn heeft voor zo-
wel perceel 3b (SGGZ) als perceel 4c (FACT) geen
inschrijving ingediend omdat zij niet met de door
Gemeente Lelystad geformuleerde voorwaarden
wilde instemmen.

2.22. Gemeente Lelystad heeft met betrekking tot
3b (SGGZ) nog geen gunningsbeslissing geno-

men en met betrekking tot perceel 4c (FACT) nog niet definitief beslist welke zorgaanbieders worden toegelaten.

De vorderingen

2.23. In dit kort geding vordert Stichting Pluryn, uitvoerbaar bij voorraad, met kosten en nakosten, *primair* Gemeente Lelystad (i) te gebieden de inkoop met betrekking tot de percelen 3b (SGGZ) en 4c (FACT) te staken en gestaakt te houden, (ii) te gebieden daarvoor nieuwe, proportionele producteisen vast te stellen, (iii) te gebieden deugdelijk kostprijsonderzoek te doen en (iv) te gebieden om nieuwe, reële tarieven voor SGGZ en FACT vast te stellen, een en ander met inachtneming van het vonnis. *Subsidiair* vordert Stichting Pluryn dat de voorzieningenrechter een voorlopige voorziening treft die hij passend acht en die recht doet aan de belangen van Stichting Pluryn. Gemeente Lelystad voert verweer tegen deze vorderingen. Op de stellingen van partijen zal hierna nader worden ingegaan voor zover zij van belang zijn.

3. De beoordeling

Inleiding

3.1. De voorzieningenrechter moet twee te onderscheiden geschilpunten beoordelen:

(a) *De tarieven* Heeft Gemeente Lelystad voldaan aan de verplichting om reële tarieven vast te stellen en inzichtelijk te maken hoe de tarieven tot stand zijn gekomen en waarom deze reëel zijn gelet op de relevante kostprijselementen? Deze vraag heeft betrekking op de toepassing van artikel 2.12 Jw in de context van een inkoopprocedure en de rechtspraak in dat verband.

(b) *De proportionaliteit van de voorwaarden en het inzicht daarin* Heeft Gemeente Lelystad in strijd gehandeld met het aanbestedingsrechtelijke proportionaliteitsbeginsel door het vaststellen van bepaalde voorwaarden met betrekking tot de intensiteit (het aantal uren per week) en de duur (het aantal maanden) van de behandeling? Heeft Gemeente Lelystad althans voldoende inzicht gegeven in hoe deze voorwaarden tot stand zijn gekomen? Deze vragen hebben géén betrekking op de door de Gemeente Lelystad gehanteerde tarieven. Stichting Pluryn spreekt op enkele plaatsen in de dagvaarding en pleitnota weliswaar ook in dit verband over ‘tarieven’, maar dat kan de voorzieningenrechter niet volgen. De bezwaren van Stichting Pluryn komen er namelijk op neer dat Gemeente Lelystad aan de intensiteit en de duur

van de jeugdhulp *te lage* maxima heeft verbonden, onafhankelijk van de vergoeding die daartegenover staat. Het verwijt van Stichting Pluryn aan Gemeente Lelystad is dus niet dat zij *te veel* uren jeugdhulp verlangt voor een bepaalde vergoeding, wat logischerwijs zou leiden tot een te laag tarief, maar dat zij juist – en op zichzelf beschouwd – uitgaat van een *te lage* maximale intensiteit en een *te korte* maximale behandelduur. Dat ziet, zoals Stichting Pluryn elders terecht stelt, op de inhoud van de producteisen.

3.2. Het volgende is voor beide geschilpunten van belang. Terecht gaan partijen ervan uit dat artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en artikel 3:1 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) meebrengen dat Gemeente Lelystad bij de ‘inkoop’ van jeugdhulp de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen. Dat betekent onder andere dat Gemeente Lelystad, voorafgaande aan de beslissingen die zij in het kader van een inkoopprocedure moet nemen, de nodige kennis moest verzamelen omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen (artikel 3:2 Awb). Terecht gaan partijen er verder vanuit dat zowel op de SAS-procedure voor perceel 3b (SGGZ) als op de open-houseprocedure voor perceel 4c (FACT) de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing zijn.¹ De gelding van deze beginselen voor een open-houseprocedure, ook bij het ontbreken van een duidelijk grensoverschrijdend belang, vloeit in ieder geval voort uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele redelijkheid en billijkheid.² Dat de open-houseprocedure niet een door Unierechtelijke richtlijnen en de Aanbestedingswet 2012 bestreken procedure is, brengt dus niet mee dat de beginselen van gelijkheid en transparantie daarvoor geen betekenis hebben, zij het dat zij wellicht een andere (op punten minder verstrekkende) uitwerking kennen.³ Uit het beginsel van gelijkheid vloeit in ieder geval – ook hier – het proportiona-

1 Vgl. de conclusie van advocaat-generaal B.J. Drijber van 26 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:181, punten 3.16 t/m 3.25.

2 Vgl. HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, rov. 4.2.2. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917, rov. 5.10 t/m 5.12.

3 Vgl. Advies 507 van de Commissie van Aanbestedingsexperts van 29 november 2019, punten 7.1 t/m 7.4.

liteitsbeginsel voort, dat in deze context samengevat inhoudt dat de aan inschrijvers gestelde eisen evenredig moeten zijn met het voorwerp van de opdracht. Daar gaan partijen ook terecht van uit. Uit het beginsel van transparantie volgt in ieder geval dat (het verloop van) de inkoopprocedure en de aan potentiële inschrijvers gestelde eisen duidelijk moeten zijn voor een redelijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemer.

De tarieven en (het inzicht in) het kostprijsonderzoek

Beoordelingskader

3.3. De voorzieningenrechter gaat nu eerst in op de kwestie onder (a), de tarieven. De Jeugdwet stelt bijzondere eisen aan de tarieven die aan zorgaanbieders worden vergoed. Volgens artikel 2.12 Jw moeten bij verordening regels worden gesteld ter waarborging van een goede verhouding tussen enerzijds de prijs voor de levering van jeugdhulp en anderzijds de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit daarvan. Deze verplichting geldt voor alle gevallen waarin jeugdhulp door derden wordt geleverd, zo valt af te leiden uit de wetsgeschiedenis.⁴ Zij geldt dus ongeacht of de ‘inkoop’ door middel van een overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012 of door middel van een open-houseconstructie geschiedt. Partijen gaan daar ook terecht vanuit.

3.4. In de wetgeschiedenis omtrent artikel 2.12 Jw wordt vermeld dat ‘gemeenten (...) ten minste een inschatting [dienen] te maken van een reële kostprijs voor de activiteiten die zij door aanbieders willen laten uitvoeren. Welke invloeden daarbij worden meegewogen, is ter beoordeling aan de gemeenten.’⁵ Daarbij moet volgens artikel 2.12 Jw rekening worden gehouden met de deskundigheid van de beroepskrachten en de toepasselijke arbeidsvoorwaarden. Artikel 2.12 Jw wordt zo uitgelegd dat het verlangt dat de tarieven voor een redelijk efficiënt functionerend zorgaanbieder – en niet voor elke afzonderlijke zorgaanbieder – kostendekkend kunnen zijn, waarbij rekening moet worden gehouden met de uitvoeringswerkelijkheid.⁶ De voorzieningenrechter zal hierna

spreken over ‘reële tarieven.’ Artikel 2.12 Jw correspondeert met artikel 2.6.6 lid 1 van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (hierna: Wmo 2015), waarbij de wetgever uitdrukkelijk heeft willen aansluiten.⁷ De rechtspraak daarover is ook voor de beoordeling van dit geschil van belang.

3.5. Gemeente Lelystad heeft op grond van artikel 2.12 Jw in artikel 17 van de Verordening Jeugdhulp Lelystad 2018 de volgende bepaling opgenomen:

‘Het college houdt in het belang van een goede prijs-kwaliteitverhouding bij de vaststelling van de tarieven die het hanteert voor door derden te leveren jeugdhulp of uit te voeren kindbeschermingsmaatregelen of jeugdreclassering, rekening met:

- (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.’*

3.6. Volgens vaste rechtspraak moet een gemeente op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel deugdelijk onderzoek doen of laten doen naar de waarden van de relevante kostprijselementen, om zo tot reële tarieven te komen.⁸ Daarbij geldt dat een gemeente in ieder geval de uitsplitsing van kostprijselementen die is opgenomen in haar eigen verordening zal moeten naleven.

3.7. Een gemeente moet niet alleen deugdelijk onderzoek (laten) doen, zij moet ook – eigener beweging – aan geïnteresseerde zorgaanbieders inzichtelijk maken hoe zij tot de vastgestelde tarieven is gekomen.⁹ Een gemeente moet uitleggen hoe zij aan de door haar op grond van artikel 2.12

ECLI:NL:GHDHA:2020:1120, rov. 5.2 t/m 5.4. Zie ook Hof ’s-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, rov. 6.18.

7 Kamerstukken II, 2013/14, 33684, nr. 107 (amendement), p. 2.

8 Zie de conclusie van advocaat-generaal B.J. Drijber van 26 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:181, punt 3.27.

9 Vgl. de conclusie van advocaat-generaal B.J. Drijber van 26 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:181, punt 3.27. Zie in het bijzonder ook Hof ’s-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, rov. 6.19.

4 Kamerstukken II, 2013/14, 33684, nr. 107 (amendement), p. 2.

5 Kamerstukken II, 2013/14, 33684, nr. 107 (amendement), p. 2.

6 Vgl. Rb. Den Haag 22 oktober 2019, NL:RBD-HA:2019:11096, rov. 5.4 en (in het hoger beroep tegen dit vonnis) Hof Den Haag 7 juli 2020,

Jw bij verordening vastgestelde bepalingen heeft voldaan bij het vaststellen van tarieven. Voor zover een gemeente tarieven vaststelt in het kader van een inkoopprocedure, moet zij – zoals Stichting Pluryn naar het oordeel van de voorzieningenrechter terecht tot uitgangspunt neemt – al *tijdens en in het kader van die inkoopprocedure* het vereiste inzicht geven, zodat deelnemende zorgaanbieders vóór zij moeten beslissen of zij zich willen inschrijven, kunnen nagaan of de gemeente reële tarieven heeft vastgesteld. Dit volgt naar het oordeel van de voorzieningenrechter uit de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie. Dit zou voor een gemeente die deugdelijk onderzoek heeft gedaan of laten doen ook niet belastend moeten zijn. Zij beschikt in dat geval immers over de bevindingen van dat onderzoek. Alleen als de gemeente daarover transparantie betracht, is vervolgens een voldoende diepgaande discussie mogelijk.

Beoordeling

3.8. Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter heeft Gemeente Lelystad zich niet gekwetend van de verplichting om inzichtelijk te maken hoe de tarieven tot stand zijn gekomen en dat deze reëel zijn. Dat geldt zowel voor perceel 3b (SGGZ) als voor perceel 4c (FACT).

3.9. De voorzieningenrechter moet zich richten naar wat Gemeente Lelystad in het kader van de inkoopprocedures kenbaar heeft gemaakt. Volgens de stellingen van partijen is dat de informatie die hiervoor in 2.5, 2.8, 2.11, 2.12, 2.16, 2.17 en 2.20 aan de orde is gekomen. Deze informatie komt neer op het volgende:

- (a) de tarieven zijn berekend door een onafhankelijk bureau, te weten Rebel Group;
- (b) de tarieven zijn gebaseerd op de bestaande producten, te weten '54002 – specialistische GGZ' respectievelijk '32201 behandeling 24 uren ambulans';
- (c) het tarief voor SGGZ is gebaseerd op de realisatie bij het lopende contract;
- (d) het tarief voor FACT is gebaseerd op het in 2018 geldende tarief, omdat de jaarcijfers over 2019 en 2020 nog niet compleet waren ten tijde van de tariefberekening in 2020;
- (e) het tarief van het lopende contract (SGGZ) respectievelijk het tarief uit 2018 (FACT) is in 2021 geïndexeerd met 3,09%, gebaseerd op 'OVA' en 'PPC'.

3.10. Terecht heeft Stichting Pluryn zich op het standpunt gesteld dat deze informatie niet vol-

doet. Gemeente Lelystad had ten minste duidelijk moeten maken hoe – gelet op de specifieke producten die zij in het kader van de inkoopprocedures in 2021 van zorgaanbieders verlangd – de specifieke kostprijselementen als bedoeld in artikel 17 van de Verordening Jeugdhulp Lelystad 2018 in de tarieven zijn verwerkt. Dit geldt nog sterker nu, naar Gemeente Lelystad zelf stelt, zij er in 2021 voor heeft gekozen de verschillende zorgproducten anders in te delen en af te bakenen dan in eerdere jaren. Daarbij springt eruit dat – zoals Stichting Pluryn terecht benadrukt – Gemeente Lelystad zelf heeft aangevoerd dat zij heeft beoogd te bereiken dat bij de categorie 'SGGZ' het accent op ernstige problematiek komt te liggen en dat minder ernstig gevallen 'verschuiven' naar 'basis GGZ'. Dat dat van invloed is op, onder andere, de verlangde kwalificaties en daarmee op de kostprijs, is goed voorstelbaar. Mogelijk geldt dat ook voor andere producten. Gemeente Lelystad heeft in dat licht niet voldoende duidelijk gemaakt waarom zij kon volstaan met een indexatie van de tarieven van de eerdere producten.

3.11. Overigens verwijst Gemeente Lelystad naar kostprijsonderzoek uit 2018 en naar een recentere 'toets' daarvan, maar de inhoud daarvan heeft zij in het kader van de inkoopprocedures niet aan deelnemers kenbaar gemaakt. Pas in dit geding heeft zij daarop betrekking hebbende stukken overgelegd, waaronder een spreadsheet op basis van een rekentool van de Vereniging Nederlandse Gemeenten (productie 7 van Gemeente Lelystad) en een spreadsheet met een vergelijking met andere gemeenten (productie 10 van Gemeente Lelystad). Dat kan Gemeente Lelystad niet baten, want het vereiste inzicht had al tijdens de inkoopprocedure moeten worden geboden. Daarbij tekent de voorzieningenrechter overigens nog aan dat hij – zonder toelichting, die Gemeente Lelystad niet heeft gegeven – niet kan nagaan hoe deze spreadsheets zich verhouden tot de inhoud van het relevante zorgproduct en de in artikel 17 van de Verordening Jeugdhulp Lelystad 2018 uitgesplitste kostprijselementen. Deze informatie levert dus ook niet het vereiste inzicht op.

3.12. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter leidt het voorgaande ertoe dat Gemeente Lelystad de gebreken aan de inkoopprocedures voor percelen 3b (SGGZ) en 4c (FACT) – ervan uitgaande dat zij deze zal willen voortzetten – moet herstellen. Dat betekent dat Gemeente Lelystad zich alsnog zal moeten richten naar de in 3.3 tot

en met 3.7 beschreven verplichtingen voor wat betreft het op zorgvuldige wijze vaststellen van reële tarieven en het voor deelnemende zorgaanbieders inzichtelijk maken van de totstandkoming daarvan. De vordering onder (i), die strekt tot staking van de aanbesteding, zal in lijn hiermee gedeeltelijk worden toegewezen in die zin dat Gemeente Lelystad de inkoopprocedures alleen onder bepaalde voorwaarden mag voortzetten. De vordering onder (iii), die ertoe strekt dat Gemeente Lelystad wordt geboden deugdelijk kostprijsonderzoek te doen, zal ook worden toegewezen, voor zover Gemeente Lelystad de inkoopprocedures wil voortzetten. De vordering onder (iv), die ertoe strekt Gemeente Lelystad te gebieden reële tarieven vast te stellen, zal onder die voorwaarde eveneens worden toegewezen. Deze voorwaardelijke toewijzing van de vorderingen onder (iii) en (iv) zal worden verwerkt in 4.1 van de beslissing.

3.13. Met het oog op het vervolg van de inkoopprocedures worden nog twee onderwerpen aangestipt, namelijk (i) de verhouding van 80%/20% tussen direct en indirect cliëntgebonden tijd (zie hiervoor in 2.6 en 2.7) en (ii) de voor FACT geldende voorwaarde dat voortijdige beëindiging of afbreking van de behandeling in alle gevallen tot een vergoeding van niet meer dan 50% van de trajectprijs leidt (zie hiervoor in 2.9). Gemeente Lelystad heeft tijdens de mondelinge behandeling er tegen geprotesteerd dat deze onderwerpen bij de feitelijke grondslag van de vorderingen van Stichting Pluryn zouden worden betrokken, omdat Stichting Pluryn deze niet voldoende duidelijk althans te laat als zodanig naar voren heeft gebracht. Dat protest is van beperkt belang, omdat het voorgaande al ertoe leidt dat de gebreken in de inkoopprocedures moeten worden hersteld, voor zover Gemeente Lelystad deze wil voortzetten. Gemeente Lelystad zal dan ook met deze onderwerpen rekening moeten houden. Gemeente Lelystad heeft zich daarover ook in voldoende mate kunnen uitlaten tijdens de mondelinge behandeling. De voorzieningenrechter zal daarom ook op deze onderwerpen ingaan.

3.14. Volgens Stichting Pluryn is de verhouding van 80%/20% tussen direct en indirect cliëntgebonden tijd niet reëel. Volgens haar is een reële verhouding veeleer 50%/50%. Dat kan de voorzieningenrechter niet beoordelen op basis van de informatie die in dit kort geding aan het licht is gekomen. Wel geldt – met het oog op de toekomst

– dat de verhouding tussen ‘direct cliëntgebonden tijd’ en ‘indirect cliëntgebonden tijd’ inderdaad relevant kan zijn voor de vraag of de tarieven reëel zijn. Als de door de zorgproducten aan een zorgaanbieder opgedragen taken feitelijk – uitgaande van een redelijk efficiënt functionerend zorgaanbieder – een bepaalde hoeveelheid ‘indirect cliëntgebonden tijd’ verlangen, moeten de daarmee gepaard gaande kosten als uitgangspunt – op de door Gemeente Lelystad gewenste wijze – door het tarief worden gedekt. Dat betekent niet zonder meer dat de ‘indirect cliëntgebonden tijd’ afzonderlijk declarabel moet zijn; het is bijvoorbeeld ook mogelijk dat de daarmee gepaard gaande kosten in het tarief voor ‘direct cliëntgebonden tijd’ zijn verwerkt. Gemeente Lelystad heeft aangevoerd dat ‘indirect cliëntgebonden tijd’ volgens de door haar bepaalde voorwaarden ‘gewoon’ declarabel is. Met Stichting Pluryn is de voorzieningenrechter van oordeel dat de stukken op iets anders wijzen, namelijk dat bestede tijd die ‘indirect cliëntgebonden’ is inderdaad niet ten volle kan worden gedeclareerd (zie hiervoor in 2.6 en 2.7). Het is aan Gemeente Lelystad om duidelijkheid te bieden over de vraag wat de beperkingen in dit verband inhouden en of dat aan het realiteitsgehalte van de tarieven niet in de weg staat.

3.15. Stichting Pluryn heeft verder erop gewezen dat, in het geval van FACT, waarvoor een trajectprijs van € 20.000 geldt, 50% van het bedrag bij de start van de behandeling kan worden gedeclareerd en 50% bij afronding. De resterende 50% mag niet worden gedeclareerd als ‘een traject voortijdig wordt beëindigd of afgebroken (om welke reden dan ook)’ (zie hiervoor in 2.9). Stichting Pluryn heeft aangevoerd dat het bij een voortijdige beëindiging of afbreking van de behandeling – ook zonder dat dat aan haar te wijten is – kan voorkomen dat zij het grootste deel van de kosten al heeft gemaakt, zodat zij met ongedekte kosten achterblijft. Gemeente Lelystad heeft dat niet weersproken. Het is naar het oordeel van de voorzieningenrechter onduidelijk gebleven hoe dit gegeven zich verhoudt tot het realiteitsgehalte van het tarief voor FACT. Het ligt op de weg van Gemeente Lelystad om die duidelijkheid in de toekomst wel te bieden.

De proportionaliteit van de voorwaarden voor wat betreft de intensiteit en de duur van de behandeling

3.16. De voorzieningenrechter komt nu toe aan de bezwaren van Stichting Pluryn die zien op de proportionaliteit van de voorwaarden.

Beoordelingskader

3.17. Bij de beoordeling stelt de voorzieningenrechter het volgende voorop:

(i) Partijen zijn het terecht erover eens dat Gemeente Lelystad als uitgangspunt contractsvrijheid heeft. Zij mag als uitgangspunt, binnen de grenzen van de wet, zelf bepalen hoe zij de procedure voor inkoop van jeugdzorg vormgeeft. Gemeente Lelystad mag, als uitgangspunt, ook zelf bepalen met wie en onder welke voorwaarden zij contracteert. Gemeente Lelystad betoogt daarbij ook terecht dat zij verantwoordelijk is voor de uitvoering van de Jeugdwet. Het is aan Gemeente Lelystad en niet aan Stichting Pluryn om, in het kader van de uitvoering van de Jeugdwet, te bepalen welke jeugdhulp moet worden verstrekt. Gemeente Lelystad mag in beginsel ook zelf bepalen met welke (combinatie van) zorgproducten zij uitvoering wil geven aan de Jeugdwet en dus ook hoe deze zorgproducten ten opzichte van elkaar worden ingedeeld en afgebakend. Die indeling en afbakening bepaalt logischerwijs ook (mede) de (maximale en/of gemiddelde) intensiteit en duur van de behandelingen die Gemeente Lelystad ‘inkoopt’.

(ii) Tegenover het onder (i) genoemde aspect staat dat de zorgaanbieder een zelfstandig belang heeft bij het kunnen leveren van voldoende kwalitatieve zorg, die op grond van onder andere artikel 4.1.1 Jw ook van haar wordt verlangd. De voorzieningenrechter stelt daarbij vast dat de zorgproducten die hier aan de orde zijn van dien aard zijn dat de zorgaanbieder voor een zekere periode verantwoordelijkheid draagt voor de cliënten. Een redelijk efficiënt functionerende zorgaanbieder moet – tegen die achtergrond – de overeenkomst die met de cliënt wordt aangegaan, goed kunnen uitvoeren. De zorgaanbieder alsook haar medewerkers kunnen immers in bepaalde gevallen ook erop worden aangesproken als de jeugdhulp tekortschiet, eventueel ook toezichten/of tuchtrechtelijk, zoals Stichting Pluryn aanvoert. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter speelt het belang van de zorgaanbieder om goede zorg te kunnen leveren een rol bij wat het

aanbestedingsrechtelijke proportionaliteitsbeginsel van Gemeente Lelystad verlangt.

Beoordeling

De intensiteit van de behandeling: het aantal uren per week

3.18. De voorzieningenrechter gaat eerst in op de intensiteit van de behandeling. Stichting Pluryn heeft samengevat het volgende aangevoerd. Als de aantallen van twee uur per week voor SGGZ en zes uur per week voor FACT bestaan uit *maxima per week*, dan schieten deze aantallen tekort. Voor wat betreft SGGZ heeft Stichting Pluryn onweersproken aangevoerd dat dit zorgtype een grillig verloop kent en in de ene week (veel) meer zorg nodig is dan in een andere. Stichting Pluryn meent ook dat twee uren per week als gemiddelde tekort zou schieten en dat Gemeente Lelystad in ieder geval dat aantal beter had moeten onderbouwen. Voor wat betreft FACT heeft Stichting Pluryn erop gewezen dat de aanbestedingstukken verlangen dat de inschrijver over een zogenaamd ‘CCAF-certificaat’ beschikt. Stichting Pluryn heeft onweersproken gesteld dat, samengevat, de eisen rondom dat certificaat, waarover zij beschikt, flexibiliteit verlangen als het gaat om het aantal uren jeugdhulp per week. Een te laag maximum aantal uren per tijdvak, of een te laag gemiddelde, kan daaraan in de weg staan, zo meent Stichting Pluryn. Stichting Pluryn heeft ook aangevoerd dat het historische gemiddelde voor FACT aanzienlijk hoger ligt dan zes uur per week.

3.19. Volgens de stellingen van Gemeente Lelystad in dit kort geding gaat het bij het aantal uren per week om *gemiddelden per maand* en niet om maxima. Deze duiding strookt echter niet voldoende duidelijk met wat in de aanbestedingsstukken is vermeld, voor zover partijen daarnaar hebben verwezen. Voor wat betreft SGGZ staat in de ‘Uitwerking percelen aanbesteding ambulante jeugdhulp Lelystad’: *‘gemaximeerd op 2 uur per week’* (zie hiervoor in 2.5). Hiermee wordt bij een redelijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemer de indruk gewekt dat niet meer dan twee uur per week kunnen worden gedeclareerd. In de beantwoording van de vragen, voor zover partijen daarop een beroep hebben gedaan, neemt Gemeente Lelystad die indruk niet weg (zie hiervoor in 2.11 tot en met 2.14). Voor wat betreft FACT is in de ‘Uitwerking percelen aanbesteding ambulante jeugdhulp Lelystad’ opgenomen: *‘maximaal 6 uur Cliëntgebonden tijd per gezin per week’* (zie hiervoor in 2.8). Deze passage wekt bij

een redelijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemer de indruk dat er wel degelijk een maximum van zes uren per week geldt. Bij de beantwoording van vragen, voor zover partijen daarop een beroep hebben gedaan, heeft Gemeente Lelystad zowel opgemerkt dat het gaat om maxima als opgemerkt dat het gaat om een gemiddelde per maand (zie hiervoor in 2.15 en 2.16). De voorlopige conclusie van de voorzieningenrechter is dan ook dat, in het licht van wat partijen hebben aangevoerd, onvoldoende duidelijk is wat de voorwaarden met betrekking tot de intensiteit van de behandeling inhouden. Gelet op deze stand van zaken komt hij niet toe aan een oordeel over de vraag of deze voorwaarden in lijn zijn met het proportionaliteitsbeginsel. Gemeente Lelystad zal in het kader van het herstel van de gebreken aan de inkoopprocedures duidelijkheid moeten bieden over inhoud van de voorwaarden op het punt van de intensiteit van de behandeling. 3.20. Daarbij tekent de voorzieningenrechter nog aan dat die voorwaarden op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel moeten berusten op deugdelijk onderzoek. Het ligt in het verlengde daarvan voor de hand Gemeente Lelystad, zoals ook het klachtenmeldpunt aanneemt, inzicht geeft in hoe zij tot de voorwaarden rondom het aantal uren per week is gekomen. Voor wat betreft de vraag of die voorwaarden proportioneel zijn, weegt hier in het bijzonder mee dat de zorg die bij SGGZ en FACT van zorgaanbieders wordt verlangd, meebrengt dat zij gedurende een zekere periode een bijzondere verantwoordelijkheid dragen voor hun cliënten. Het (maximaal of gemiddeld) aantal uren per week aan zorg en de mate van flexibiliteit daarbij moet een redelijk efficiënt functionerend zorgaanbieder in staat kunnen stellen zich van die verantwoordelijkheid te kwijten, mede gelet op de kwaliteitseisen waaraan zij is onderworpen. Daarbij kan de vraag spelen of het, gelet op het (eventueel grillige) verloop van een behandeling, reëel is dat slechts *binnen een maand* de mogelijkheid wordt geboden om het aantal uren zorg te middelen, wat er feitelijk toe leidt dat ‘niet-benutte’ uren niet kunnen worden ‘meegenomen’ naar een volgende maand. Het is de vraag waar die beperking toe dient en of zij proportioneel is. De voorzieningenrechter kan die vraag niet beantwoorden. Het is aan Gemeente Lelystad om met dit aspect rekening te houden en uit te leggen hoe zij dat heeft gedaan. Het ligt voor de hand dat Gemeente Lelystad bij het bepalen van een (maximaal of gemid-

deld) aantal uren zorg – en de vraag of ‘niet-benutte’ uren kunnen worden ‘meegenomen’ naar een volgend tijdvak – acht slaat op historische gegevens, die niet beslissend maar wel relevant zijn.

De duur van de behandeling: het aantal maanden
3.21. Ten aanzien van de duur van de behandeling komt de voorzieningenrechter tot een andere conclusie. In dat verband staat vast dat het aantal maanden in beginsel is gemaximeerd op negen maanden (SGGZ) en zes maanden (FACT). Tussen partijen staat ook vast dat de behandeling in bepaalde gevallen kan worden verlengd of dat daarop een andere behandeling kan volgen. Dit hangt sterk samen met de vrijheid van Gemeente Lelystad om zelf te bepalen met welke combinatie en opvolging van producten zij wil voldoen aan haar verplichtingen uit hoofde van de Jeugdwet. Het gaat met andere woorden om de indeling van de zorgproducten. Anders dan Stichting Pluryn meent, ligt de regie op dit vlak wel degelijk bij Gemeente Lelystad. Dat Stichting Pluryn zich verantwoordelijk voelt voor het lot van haar cliënten, ook nadat de duur van een zorgproduct is verstreken, is invoelbaar, maar dat maakt niet dat haar opvatting over hoelang een bepaalde behandeling zou moeten duren categorisch de doorslag geeft, zoals zij stelt. Het argument van Stichting Pluryn dat het aantal maanden dat Gemeente Lelystad heeft vastgesteld niet altijd voldoende is om een behandeling af te maken, wat Gemeente Lelystad op zichzelf niet weersprekt, weegt niet zwaar genoeg. Dat maakt de voorwaarden die Gemeente Lelystad op dit punt heeft geformuleerd namelijk nog niet disproportioneel, te minder gelet op de mogelijkheid van verlenging. Dat zou anders zijn als binnen de door Gemeente Lelystad bepaalde behandelduur een zinvolle behandeling in het algemeen niet mogelijk is. Dat heeft Stichting Pluryn echter niet (voldoende kenbaar) gesteld en in ieder geval niet (voldoende) onderbouwd. Wel geldt dat Gemeente Lelystad ook met dit aspect in de toekomst onverminderd rekening zal moeten houden en dat het op haar weg ligt, zoals ook het klachtenmeldpunt aanneemt, om inzicht te bieden in hoe de behandelduur tot stand is gekomen en waarom deze in lijn is met het proportionaliteitsbeginsel.

Slotsom voor wat betreft de proportionaliteit

3.22. De vordering onder (ii), die ertoe strekt dat Gemeente Lelystad wordt geboden proportioneel producteisen vast te stellen, zal worden afgewe-

zen. Deze vordering is te vaag, zodat deze niet als ordemaatregel toewijsbaar is. Toewijzing daarvan zou gemakkelijk aanleiding kunnen geven tot executiegeschillen. Deze vordering veronderstelt bovendien dat Gemeente Lelystad disproportionele producteisen heeft vastgesteld, maar tot dat oordeel is de voorzieningenrechter niet kunnen komen.

Wat kan van Gemeente Lelystad worden verwacht?

3.23. Ten behoeve van het overzicht zal de voorzieningenrechter op basis van het voorgaande een puntsgewijze samenvatting geven van wat van Gemeente Lelystad kan worden verwacht, ervan uitgaande dat zij de inkoopprocedures zal willen voortzetten.

(i) Gemeente Lelystad zal per product deugdelijk onderzoek moeten (laten) doen naar de kostprijselementen die zij in artikel 17 van de Verordening Jeugdhulp Lelystad 2018 heeft onderscheiden. Daarbij spelen ook de kosten die zijn verbonden aan 'indirect cliëntgebonden tijd' en de (tevergeefse) kosten van een afgebroken traject (in het geval van FACT) een rol. Zie hiervoor in 3.3 tot en met 3.7, 3.14 en 3.15.

(ii) Zij moet op basis daarvan per product reële tarieven vaststellen. Zie hiervoor in 3.3 tot en met 3.6.

(iii) Zij zal inzichtelijk moeten maken hoe zij onderzoek heeft gedaan of laten doen naar de relevante kostprijselementen en dat zij op basis daarvan reële tarieven heeft vastgesteld. Zie hiervoor in 3.7.

(iv) Gemeente Lelystad zal verder duidelijkheid moeten bieden over de betekenis van de voorwaarden met betrekking tot het aantal uren zorg per week (de intensiteit van de behandeling). Zijn dat gemiddelden (binnen een bepaald tijdvak) of maxima? Gemeente Lelystad zal ook inzichtelijk moeten maken dat zij deugdelijk onderzoek heeft gedaan naar het realiteitsgehalte van die voorwaarden, waarbij in het bijzonder van belang is of een redelijk efficiënt functionerend zorgaanbieder zich met de door Gemeente Lelystad vastgestelde intensiteit kan kwijten van de (bijzondere) verantwoordelijkheid die zij heeft voor haar cliënten. Deze verplichting staat overigens los van de toepassing van artikel 2.12 Jw. Zie hiervoor in 3.17, 3.19 en 3.20.

(v) Het voorgaande veronderstelt vanuit praktisch oogpunt in ieder geval (a) dat documenten waarmee Gemeente Lelystad het vereiste inzicht wil

bieden op TenderNed zullen worden geplaatst, (b) dat de overige documenten van de inkoopprocedures voor zover nodig (namelijk voor zover deze onvoldoende duidelijk zijn, daarin niet-reële tarieven en/of disproportionele voorwaarden zullen blijken voor te komen) worden aangepast en (c) dat de inschrijftermijn wordt opgeschort tot een moment waarop deelnemende zorgaanbidders kennis hebben kunnen nemen van de nieuwe of gewijzigde documenten, daarover een oordeel hebben kunnen vormen en daarover vragen hebben kunnen stellen en opmerkingen hebben kunnen maken.

Proceskosten

3.24. Omdat Gemeente Lelystad overwegend ongelijk krijgt, zal zij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten van Stichting Pluryn tot aan de uitspraak van het vonnis worden begroot op € 90,67 aan exploitkosten, € 667,00 aan griffierecht en € 1.016,00 aan salaris, dus in totaal op € 1.773,67.

3.25. De voorzieningenrechter zal, zoals gevorderd, een betaaltermijn van veertien dagen verbinden aan de proceskostenveroordeling. De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten zal worden toegewezen zoals bepaald in de beslissing.

3.26. De gevorderde nakosten worden toegewezen zoals bepaald in de beslissing.

4. De beslissing

De voorzieningenrechter:

4.1. gebiedt Gemeente Lelystad de inkoopprocedures voor SGGZ en FCAT als bedoeld in 2.1, voor zover zij deze wil voortzetten, voort te zetten met inachtneming van 3.23;

4.2. veroordeelt Gemeente Lelystad in de proceskosten, aan de zijde van Stichting Pluryn tot aan de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.773,67, te betalen binnen veertien dagen na de uitspraak van dit vonnis en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na de uitspraak van dit vonnis tot aan de betaling;

4.3. veroordeelt Gemeente Lelystad in de kosten die na dit vonnis ontstaan, begroot op:

- € 163,00 aan salaris advocaat, als niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan dit vonnis is voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na die aanschrijving tot de dag van betaling; en

- € 85,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van dit vonnis, als er vervolgens betekening heeft plaatsgevonden, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na de betekening van dit vonnis tot de dag van betaling;
- 4.4. wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

Transparantie over vastgestelde tarieven: niet afwachten, maar doen!

Gemeenten die jeugdhulp bij derden inkopen, moeten daarvoor een reële prijs betalen. Dat volgt uit artikel 2.12 van de Jeugdwet. Dit artikel bepaalt dat gemeenten bij verordening regels moeten stellen ter waarborging van een goede verhouding tussen enerzijds de prijs voor de levering van jeugdhulp en anderzijds de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit daarvan. Uit de toelichting op dit artikel blijkt dat gemeenten bij het bepalen van de tarieven ten minste een inschatting moeten maken van een reële kostprijs voor de activiteiten die zij door zorgaanbieders willen laten uitvoeren.

Inmiddels is de nodige jurisprudentie over artikel 2.12 Jeugdwet (en een vergelijkbaar artikel in de Wmo 2015, artikel 2.6.6) verschenen. In die jurisprudentie passeert een vijftal onderwerpen regelmatig de revue: i) onderzoeks- en informatieplicht, ii) maatwerk, iii) kostprijsselementen reële prijs, iv) budgetoverschrijdingen en allocatie van risico's en v) bewijslast.¹

In dit kort geding ligt onder meer de vraag voor of de gemeente Lelystad (hierna: "de gemeente") heeft voldaan aan haar verplichting om zowel reële tarieven vast te stellen als inzichtelijk te maken hoe de tarieven tot stand zijn gekomen én waarom deze tarieven reëel zijn gelet op de relevante kostprijsselementen.² Oftewel, in dit kort

geding staat de onderzoeks- en informatieplicht van de gemeente centraal.

Relevante feiten

De tariefdiscussie in dit kort geding heeft betrekking op de eenzijdig door de gemeente vastgestelde tarieven voor specialistische GGZ (hierna: "SGGZ") en *flexible assertive community treatment* (hierna: "FACT"). Over de wijze waarop de tarieven tot stand zijn gekomen wordt, afgaand op de uitspraak, alleen in de inkoopdocumenten vermeld dat deze zijn gebaseerd op de bestaande producten met daar bovenop een indexatie.³ Naar aanleiding van vragen van zorgaanbieders heeft de gemeente bij nota van inlichtingen nog te kennen gegeven dat voorafgaand aan de inkoopprocedures een kostprijsonderzoek is uitgevoerd door een onafhankelijk bureau. Niettegenstaande verzoeken van inschrijvers, heeft de gemeente (de bevindingen van) het kostprijsonderzoek niet aan zorgaanbieders verstrekt. Het onderzoek zou volgens de gemeente alleen voor intern gebruik zijn.

Zorgaanbieder Stichting Pluryn (hierna: "Pluryn") kon zich met de tarieven voor SGGZ en FACT niet verenigen en heeft met succes een klacht bij het klachtenmeldpunt van de gemeente ingediend.⁴ Naar aanleiding hiervan heeft de gemeente een extra bijlage met nadere informatie over de tariefopbouw voor FACT en SGGZ aan zorgaanbieders verstrekt, zij het (wederom) zeer summier.⁵

meente bij de vaststelling van tarieven rekening moet houden. Deze kostprijsselementen zijn nagenoeg gelijk aan de kostprijsselementen zoals opgenomen in de AMvB reële prijs Wmo 2015, waarop de tarieven voor maatschappelijke ondersteuning verplicht moeten zijn gebaseerd. Deze voor de Wmo 2015 verplichte kostprijsselementen zullen naar verwachting ook worden opgenomen in de op handen zijnde AMvB reële prijs Jeugdwet voor de tarieven van jeugdhulp.

- 1 Zie Groenwold en Van den Beuken, 'Reële tarieven binnen het sociaal domein: einde zoektocht gemeenten nog niet in zicht', *TA* 2021/49.
- 2 Artikel 17 van de Verordening Jeugdhulp Lelystad 2018 bevat vijf kostprijsselementen waarmee de ge-

- 3 Het betrof de producten '5400-2 – specialistische GGZ' voor SGGZ en '32201 behandeling 24 uren ambulans' voor FACT.
- 4 Het klachtenmeldpunt kwam kort gezegd tot het oordeel dat de gemeente onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt hoe zowel de tarieven als de maximering van de cliëntgebonden tijd en doorlooptijd tot stand zijn gekomen.
- 5 Afgaand op de uitspraak had de gemeente de betreffende bijlage al wel uit eigen beweging in twee andere

Zo is niet uit de bijlage op te maken hoe de specifieke kostprijselementen zoals opgenomen in de eigen verordening van de gemeente in de tarieven zijn verwerkt.⁶

Pluryn heeft geen inschrijving voor de percelen SGGZ en FACT ingediend. De tarieven voldoen volgens haar niet aan de eisen die de Jeugdwet daaraan stelt. Evenmin heeft de gemeente volgens Pluryn inzichtelijk gemaakt hoe de tarieven tot stand zijn gekomen en dat deze reëel zijn. Met dit kort geding wil Pluryn onder meer bewerkstelligen dat de gemeente deugdelijk kostprijsonderzoek doet en nieuwe, reële tarieven voor SGGZ en FACT vaststelt.

Pas in de procedure, zo valt uit de uitspraak af te leiden, heeft de gemeente relevante stukken met betrekking tot het uitgevoerde kostprijsonderzoek overgelegd, waaronder een spreadsheet op basis van een rekentool van de Vereniging voor Nederlandse gemeenten en een spreadsheet met een vergelijking met andere gemeenten.

Oordeel voorzieningenrechter

Voorafgaand aan zijn beoordeling werkt de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland (hierna: “de Voorzieningenrechter”) in r.o. 3.3 tot en met 3.7 het inmiddels vaste beoordelingskader voor de tarieven en (het inzicht in) het kostprijsonderzoek uit. In r.o. 3.7 wordt nog een keer expliciet onder de aandacht gebracht dat alleen het (laten) uitvoeren van deugdelijk kostprijsonderzoek (de onderzoeksplicht) niet genoeg is. Gemeenten moeten ook – uit eigen beweging – aan geïnteresseerde zorgaanbieders inzichtelijk maken hoe zij tot de vastgestelde tarieven zijn gekomen (de informatieplicht). De aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie brengen mee dat dit vereiste inzicht al *tijdens en in het kader van de in-*

percelen aan zorgaanbieders verstrekt, maar (vreemd genoeg) niet in de percelen die betrekking hebben op SGGZ en FACT.

6 Zoals de voorzieningenrechter in r.o. 3.6 opmerkt, moeten gemeenten die een eigen verordening met een uitsplitsing in kostprijselementen hebben vastgesteld, deze ook naleven en de betreffende kostprijselementen in de tarieven meenemen. Vgl. ook V.zr. Rb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.8.

koopprocedure moet worden gegeven. Alleen zo kunnen zorgaanbieders vóór zij moeten beslissen of zij zich willen inschrijven, nagaan of de vastgestelde tarieven reëel zijn.⁷

Volgens de Voorzieningenrechter heeft de gemeente onvoldoende inzichtelijk gemaakt hoe de tarieven voor SGGZ en FACT tot stand zijn gekomen en dat deze reëel zijn. De informatie die in het kader van de inkoopprocedure is verstrekt (zie r.o. 3.9), voldoet niet en de stukken met betrekking tot het uitgevoerde kostprijsonderzoek (de twee spreadsheets) zijn pas tijdens de procedure – en dus te laat – verstrekt. Oftewel: de gemeente heeft niet aan haar informatieplicht voldaan. De gemeente had ten minste duidelijk moeten maken hoe – gelet op de specifieke producten die zij in het kader van de inkoopprocedures in 2021 van zorgaanbieders verlangt – de specifieke kostprijselementen uit haar eigen verordening in de tarieven zijn verwerkt en dat heeft zij nagelaten.

Het voorgaande geldt volgens de Voorzieningenrechter eens te meer, omdat de gemeente de keuze heeft gemaakt om de verschillende zorgproducten anders in te delen en af te bakenen dan in eerdere jaren. Dat dit van invloed is op onder andere de verlangde kwalificaties en daarmee de (hoogte van de) kostprijs is goed voorstelbaar. Naar het oordeel van de Voorzieningenrechter heeft de gemeente dan ook onvoldoende duidelijk gemaakt waarom zij desalniettemin meent toch te kunnen volstaan met een indexatie van de tarieven van de eerdere zorgproducten. Dit oordeel is goed te volgen. Immers, wanneer gemeenten ervoor kiezen hun zorglandschap en de producten die daarbij horen anders in te richten of af te bakenen, ligt het niet voor de hand voort te borduren op de tarieven van de bestaande zorgproducten.

Slotsom van dit alles is dat de gemeente de inkoopprocedures alleen onder bepaalde voor-

7 Voor gemeenten die deugdelijk onderzoek hebben (laten) uitvoeren, zou dit niet belastend moeten zijn, zo meent de Voorzieningenrechter. Zij beschikken immers over de bevindingen van dat onderzoek. Alleen in geval gemeenten daarover transparantie betrachten, is vervolgens een voldoende diepgaande discussie mogelijk.

waarden mag voortzetten. De gemeente zal zich alsnog moeten richten naar de in r.o. 3.3 tot en met 3.7 beschreven verplichtingen. Daarnaast wordt de gemeente geboden deugdelijk kostprijsonderzoek te doen.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

In de praktijk plegen gemeenten terughoudend te zijn met het verstrekken van informatie over de wijze waarop tarieven tot stand zijn gekomen en waarom deze reëel zijn gelet op de relevante kostprijscomponenten. De informatie die in inkoopdocumenten door gemeenten aan zorgaanbieders wordt meegegeven, is veelal summier en verzoeken van geïnteresseerde zorgaanbieders om een toelichting dan wel om nadere specifieke informatie te verstrekken, worden vaak weinig inhoudelijk afgedaan. Jurisprudentie laat zien dat informatie over de tariefopbouw en (de bevindingen van) het uitgevoerde kostprijsonderzoek vaak pas onder druk door gemeenten wordt verstrekt, bijvoorbeeld na een gegrond verklaarde klacht door het interne klachtenmeldpunt of tijdens een kortgedingprocedure.

De vraag die opkomt is waarom gemeenten niet op voorhand meer openheid van zaken geven. Een mogelijk antwoord is dat deze opstelling van gemeenten is ingegeven door de vrees dat het verstrekken van informatie kan leiden tot een groot aantal vragen, klachten en/of bezwaren van zorgaanbieders, met alle gevolgen (zoals vertraging) van dien. De jurisprudentie laat echter zien dat de terughoudende opstelling van gemeenten bij het verstrekken van informatie over tarieven ook heel wel tot vragen, klachten en bezwaren van zorgaanbieders kan leiden.

Uit de jurisprudentie kan tevens worden opgemaakt dat dergelijke klachten en procedures juist kunnen worden voorkomen door een actieve(re) en transparante(re) houding te betrachten. Los van het doen van zorgvuldig kostprijsonderzoek voorafgaand aan een inkoopprocedure (de onderzoeksplicht), zijn gemeenten simpelweg verplicht in het kader van de inkoopprocedure inzichtelijk te maken op welke wijze de tarieven zijn vastgesteld en waarom deze reëel zijn (de informatieplicht). Het is dan ook raadzaam dat gemeenten de bevindingen van het uitgevoerde kostprijsonderzoek op voorhand in de inkoopdocumenten opnemen en dat vragen van geïnteres-

seerde zorgaanbieders tijdens de inlichtingenfase op zorgvuldige, inhoudelijke wijze worden beantwoord. Mocht het desondanks tot een klacht of een procedure komen, dan zal de actieve en transparante houding van gemeenten veeleer een voor hen positieve dan negatieve uitkomst bevorderen.

In ieder geval onderstreept deze uitspraak dat het verstrekken van de benodigde tarief- en kostprijsinformatie tijdens een klachtenprocedure of in kort geding te laat is: het vereiste inzicht moet al tijdens de inkoopprocedure worden geboden. Wanneer gemeenten ervoor kiezen hun zorglandenschap en de producten die daarbij horen anders in te richten of af te bakenen dan voorgaande jaren, is het zaak om het vereiste inzicht te bieden aan de hand van de bevindingen van deugdelijk kostprijsonderzoek per (nieuw) zorgproduct.

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

140

Geen herstelmogelijkheid niet meesturen UEA en eigen verklaring

Rechtbank Zeeland-West-Brabant
10 juni 2021, C/02/385579 / KG ZA 21-206,
ECLI:NL:RBZWB:2021:2897
(mr. van den Heuvel)

Herstel gebrek. Herstelmogelijkheid. Eenvoudig herstel. Beginselen van aanbestedingsrecht. Proportionaliteitsbeginsel. Gelijkheidsbeginsel. Onrechtmatigheid aanbesteding. Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Eigen verklaring. Tendermed. Uitsluiting.

Op 2 april 2021 heeft de gemeente Terneuzen (hierna: de gemeente) een aanbestedingsprocedure sociale en specifieke diensten met dialoog aangekondigd en op www.tendermed.nl gepubliceerd.

In onderhavige procedure stelt ZeelandCare dat zij ten onrechte door de gemeente Terneuzen (hierna: de gemeente) is uitgesloten van deelna-