

Het futuristische gemeentehuis van Alphen aan den Rijn, één van de gewraakte gemeenten.



door P.F.C.
Heemskerk,
E.J.H. Gielen en
C.M.C.
Wagemakers

HOF ZET STREEP DOOR AANBESTEDING JEUGDZORG

Rechter fluit gemeenten terug

Het gerechtshof Den Haag heeft op 14 februari 2017 een belangrijk arrest gewezen over de aanbesteding van jeugdzorg. Gemeenten Alphen aan den Rijn en Kaag en Braassem gaven onder meer onvolledige informatie in de tender, wendten alle financiële risico's af op inschrijvende jeugdzorginstellingen en weigerden een optie voor onvoorziene omstandigheden in te bouwen. Zij overtraden daarmee het proportionaliteitsbeginsel.

Sinds gemeenten per 1 januari 2015 verantwoordelijk zijn voor jeugdhulp, worstelen zij met de opgave om passende zorg betaalbaar in te kopen. Gemeenten moeten van de Rijksoverheid de jeugdzorg inhoude-

lijk transformeren en zeker stellen dat passende hulp wordt geboden, maar zij worden tegelijkertijd gekort op het budget voor jeugdhulp. Het vormgeven van deze nieuwe verantwoordelijkheden blijkt geen sinecu-

re. In de media zijn al veelvuldig nieuwsberichten verschenen waarin naar voren komt dat de kosten van gemeenten voor jeugdzorg alleen maar oplopen, de budgetten van de zorgaanbieders op zijn en kinderen



niet altijd de zorg krijgen die ze nodig hebben [2 t/m 4]. De verhouding tussen gemeenten en partijen die jeugdzorg verlenen, komt daarbij in toenemende mate onder druk te staan. Gemeenten bestrijden onzekerheid met knellende contracten die problemen niet voorkomen, maar slechts groter maken. Het arrest van gerechtshof Den Haag maakte op 14 februari 2017 een einde aan deze ontwikkeling [1]. Dit arrest biedt gemeenten en inschrijvers duidelijke handvatten bij aanbestedingen in het algemeen en van jeugdhulp in het bijzonder.

Proportionaliteit

De gemeenten Alphen aan den Rijn en Kaag en Braassem ("de Gemeenten") organiseerden een aanbesteding waarin marktpartijen een plafondbudget meekregen om de

benodigde jeugdhulp te verlenen. Op voorhand was echter al duidelijk dat het budget te beperkt zou zijn. Daarbij kwam dat de Gemeenten niet in staat bleken cruciale informatie beschikbaar te stellen waarop inschrijvers hun bieding moesten baseren. Bovendien was het contract op basis waarvan de partijen zouden gaan werken bepaald onevenwichtig te noemen.

Elk van deze omstandigheden op zich, maar zeker ook het totaal daarvan, lijkt strijdig te zijn met het proportionaliteitsbeginsel dat in artikel 1.10 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 is opgenomen. Het proportionaliteitsbeginsel moet nu juist bewaken dat de voorwaarden en criteria die aanbestedende diensten stellen aan inschrijvers redelijk zijn.

Risicoverdeling

Het proportionaliteitsbeginsel is uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit. Die uitwerking maakt veel duidelijk. Zo is bijvoorbeeld bepaald dat een aanbestedende dienst het risico moet neerleggen bij de partij die dat risico het best kan beheersen of beïnvloeden. Bij de vraag of een voorgestelde risicoverdeling redelijk is, moet ook worden gekeken naar de vraag hoe groot de kans is dat een risico zich voordoet en hoe groot de gevolgen dan zullen zijn. Een risico dat een opdrachtnemer niet kan beïnvloeden, zich redelijkerwijs kan voordoen en dan ook veel schade veroorzaakt, mag de aanbesteder bijvoorbeeld niet zo maar bij een opdrachtnemer leggen. Dat zou "disproportioneel" zijn. De Gids Proportionaliteit bepaalt ook dat de aanbestedende partij geen onbeperkte aansprakelijkheid van een opdrachtnemer mag verlangen. Zeker als die onbeperkte aansprakelijkheid met zich mee brengt dat een opdracht lastig verzekeraar is of onbeperkte aansprakelijkheid ongebruikelijk

is in de branche, is de kans groot dat de overeenkomst op dat punt geen stand houdt.

Beschikbaar budget

In de door de Gemeenten georganiseerde aanbesteding draaide de discussie in belangrijke mate om de vraag of de aanbesteding wel proportioneel was. In de eerste plaats kreeg de winnende inschrijver te maken met een plafondbudget van € 20 miljoen per jaar. Dit bedrag was ongeveer € 7 miljoen minder dan de huidige kosten van jeugdhulp: in 2015 kostte jeugdhulp in de Gemeenten

Op voorhand was al duidelijk dat het budget te beperkt zou zijn

rond de € 27 miljoen en in 2016 (voor zover ten tijde van de rechtszaak bekend) rond de € 26 miljoen. De Gemeenten stelden dat een bezuiniging van € 7 miljoen haalbaar zou moeten zijn omdat de winnende inschrijver het jeugdzorgaanbod integraal zou kunnen vaststellen en dus zelf zou kunnen bepalen wanneer hij welke (dure) vorm van zorg zou inzetten.

Zowel de rechtbank als het Hof komen tot het oordeel dat het beschikbaar gestelde budget te laag is om de opdracht adequaat te kunnen uitvoeren.

MANAGEMENT SUMMARY

De jeugdzorg aanbestedende gemeenten Alphen aan den Rijn en Kaag en Braassem gaven onvoldoende informatie aan de markt, wendten alle risico's af op marktpartijen en weigerden zelfs rekening te houden met onvoorziene omstandigheden. Op grond van het proportionaliteitsbeginsel voerde CMS namens de jeugdzorginstellingen een juridische strijd tegen deze gemeenten. Met succes.

ren. Doordat de winnende inschrijver te allen tijde zorg moet leveren en geen wachtlijsten mag laten ontstaan en daar maar circa € 20 miljoen voor ontvangt, loopt de winnaar elk jaar een risico op een fors verlies. Dat risico is te meer onaanvaardbaar omdat de Gemeenten een doorleverplicht in het contract hadden opgenomen. Dit houdt in dat de opdrachtnemer altijd passende zorg aan jeugdigen moet leveren, ook als het beschikbare budget op is.

Veiligheidsventiel

Daarnaast hadden de Gemeenten geen opties in de overeenkomst opgenomen om tot een gezamenlijke oplossing te komen, mocht het budget niet toereikend zijn. Dit zogenaamde “veiligheidsventiel” houdt in dat het financiële risico voor inschrijvers op een bepaald bedrag wordt gemaximeerd en, wanneer dit maximum is bereikt, partijen in onderling overleg tot een gezamenlijke oplossing komen. Een dergelijk veiligheidsventiel is gebruikelijk in de markt, maar in deze aanbesteding expliciet door de Gemeenten uitgesloten.

Omdat de aansprakelijkheid in deze aanbesteding voor de winnaar met deze set aan regels feitelijk onbeperkt zou zijn, omstandigheden die tot aansprakelijkheid zouden kunnen leiden door de inschrijver niet te beïnvloeden zijn en de consequenties van budgetoverschrijdingen enorm zijn, komen de rechtbank en het Hof tot de conclusie dat de aanbesteding oneerlijk is.

Onvoldoende informatie

De rechtbank en het Hof achten disproportionaliteit ook op een ander vlak van toepassing. Inschrijvers kregen tijdens de aanbesteding namelijk te maken met informatie over het huidige zorgaanbod dat van zeer hoog abstractieniveau was. Diverse inschrijvers stelden daarop bij Nota van Inlichtingen een groot aantal vragen, met als doel meer en concrete informatie beschikbaar te krijgen waarop zij hun offerte verantwoord zouden kunnen baseren. Die vragen bleven goeddeels onbeantwoord. De rechtbank en het Hof concludeerden dat, juist wanneer in een aanbesteding voorwaarden gelden die er op neerkomen dat een groot deel van het risico bij inschrijvers ligt, er een aanzienlijke verantwoordelijkheid op aanbestedende diensten rust om feitelijke en voldoende gedetailleerde informatie te geven. Dit moet ervoor zorgen dat inschrijvers dit risico kunnen inschatten en waar nodig afdekken. Als een aanbestedende dienst bepaalde informatie niet kan of wil verstrekken, dan moet zij dat motiveren en zal dat in elk geval invloed hebben op de inhoud van de contractvoorwaarden en de verdeling van aansprakelijkheden. Concreet voor deze casus: als de Gemeenten bepaalde gegevens niet kunnen verstrekken, mogen zij het financiële risico van het niet verstrekken van deze gegevens niet bij de markt neerleggen.

Het bezwaar wordt duidelijk aan de hand van onderstaande tabel [5]. Het

betreft een tabel uit een rapportage over jeugdhulp van het derde kwartaal van 2015. In de tabel staat vermeld hoeveel jeugdigen in de Gemeenten per 1 juli 2015 voor ambulante jeugdhulp in zorg waren, hoeveel jeugdigen er in het derde kwartaal zijn gestart met een vorm van zorg en hoeveel trajecten er in kwartaal 3 zijn beëindigd.

In de tabel ontbreekt veel informatie. Er blijkt niet uit hoe lang een kind in zorg is geweest. Van de 143 kinderen die gestart zijn in kwartaal 3 kunnen er een aantal alweer uit zorg zijn (en dus bij de 144 kinderen horen van wie het traject alweer is beëindigd), maar het kan ook gaan om jeugdigen die veel langer in zorg hebben gezeten. Zeker wanneer het om dure behandelingen gaat, is het relevant om te weten wanneer een jeugdige in een zorgtraject is gekomen en wanneer deze behandeling is beëindigd. Ook de kosten van een behandeling per gebruiker komen uit de tabel niet naar voren. Nu het een integrale opdracht betreft waarbij de winnende inschrijver de zorg zodanig anders moet gaan vormgeven en tenminste € 7 miljoen aan kosten moet verminderen, is dergelijke informatie van groot belang.

Het Hof onderschrijft uiteindelijk het oordeel van de voorzieningenrechter dat de beschikbaar gestelde informatie invloed kan hebben op de proportionaliteit van de risicoverdeling. Want “wanneer er immers meer informatie niet beschikbaar is of is gesteld, kan de onzekerheid over de omvang van de opdracht toenemen en daar-

Ambulante jeugdhulp op locatie van aanbieder per gemeente in kwartaal 3

Gemeente	in zorg op 1 juli 2015	gestart in kwartaal	beëindigd in kwartaal
Alphen aan den Rijn	1005	143	144
Hillegom	161	33	19
Kaag en Braassem	219	20	30

Tabel 1 is illustratief voor door de Gemeenten gebrekkige, aangeleverde informatie.



Continuïteit van zorg voor kinderen en jongeren dreigde in gevaar te komen.

mee het risico dat moet worden gealloceerd”, aldus het Hof.

Disproportionele contractvoorwaarden

Hiervoor bespraken wij al dat de contractvoorwaarden op veel weerstand stuitten. De doorleverplicht en het ontbreken van een veiligheidsventiel sprongen met name in het oog. Maar bovendien hadden de Gemeenten er ook voor gekozen om consequenties van externe en door inschrijvers niet te beïnvloeden ontwikkelingen als onvoorziene omstandigheden uit te sluiten. Bijvoorbeeld veranderingen in de demografie, de toestroom van vluchtelingen of een economische crisis met hoge jeugdwerkloosheid tot gevolg. Dat betekent feitelijk dat alle gevolgen van die omstandigheden voor rekening van de opdrachtnemer zouden komen. Dit was - zeker gezien het krappe

budget en het ontbreken van een veiligheidsventiel - onaanvaardbaar voor rechtbank en Hof in het licht van de Gids Proportionaliteit.

Lessen voor de praktijk

Deze zaak bevat voor zowel inschrijvers als aanbestedende diensten waardevolle lessen voor de praktijk. Voor inschrijvers blijft het cruciaal om in een vroeg stadium kennis te nemen van alle voorwaarden van een aanbesteding om vervolgens bij de Nota van Inlichtingen concrete vragen te stellen. Als de aanbestedende partij die vragen niet of niet naar tevredenheid beantwoordt, moeten inschrijvers doorvragen en uiteindelijk bezwaar maken. In dit geval hebben de inschrijvers de klachten in een kort geding aan de orde gesteld, nog voordat zij de inschrijvingen hadden ingediend. Hierdoor voorkwamen zij dat de rechter zou kunnen aannemen

dat de klagende partijen hun recht tot klagen hadden verwerkt.

Voor aanbesteders geldt dat zij budgetproblemen niet kunnen oplossen door het risico op overschrijdingen van die budgetten geheel bij de markt neer te leggen. Het contract en de daarin opgenomen risicoverdeling moet fair zijn. Daarnaast moeten aanbesteders verzoeken om informatie serieus nemen, en overwegen om – als zij bepaalde informatie niet kunnen geven – die omstandigheid te laten resulteren in een aangepaste risicoverdeling.

Tot slot is de les ook dat te strakke contractuele kaders, waarin tegenstellingen tussen opdrachtgever en opdrachtnemer worden uitvergroot, maar zelden een adequate basis voor samenwerking vormt. Integendeel. Dergelijke contracten vergroten de kans op juridische escalatie slechts, in plaats van tot gedeelde belangen en een voedzame bodem voor samenwerking te leiden. Die basis voor samenwerking is onontbeerlijk om gezamenlijk de met het contract beoogde doelen te behalen, namelijk optimale zorg voor onze jeugd. |

Mrs. P.F.C. Heemskerk, E.J.H. Gielen en C.M.C. Wagemakers zijn werkzaam als advocaat bij CMS.

Referenties

- [1] Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260 waarin het hof het eerdere oordeel van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag bevestigt, zie v.zr. rechtbank Den Haag 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11869.
- [2] <http://nos.nl/artikel/2159357-politiek-moet-problemen-jeugdzorg-snel-aanpakken.html>
- [3] <https://www.trouw.nl/home/harde-kritiek-op-jeugdzorg-bij-gemeente-aogd6a1c/>
- [4] <http://www.binnenlandsbestuur.nl/sociaal/nieuws/gemeenten-en-jeugdaanbieders-in-wurggreep.9559035.lynkx>
- [5] Deze informatie is door de Gemeenten op tendered ter beschikking gesteld en voor het publiek toegankelijk. De Gemeenten putten uit de kwartaalrapportages van Holland Rijnland welke tevens openbaar beschikbaar zijn.