

TRIP

ADVO
CATE
N & N
OTAR
ISSEN

MR. RENS SNEL
ADVOCAAT
BESTUURSRECHT



Flexibel en innovatief contracteren in het sociaal domein

Mr Rens Snel
r.snel@triplaw.nl



◆ Even voorstellen

Inleiding

- ◆ Aanleiding
 - ◆ decentralisaties en geld
 - ◆ behoefte aan innovatie en transformatie (door lumpsum)
Zie bijvoorbeeld Uenk (UT en UU): “*Gemeentelijke inkoop Wmo in beeld*”
 - ◆ ontwikkelingen in de rechtspraak

- ◆ Wat gaan we doen?
 - ◆ wat is flexibel?
 - ◆ waar staan de piketpalen?
 - ◆ voorbeeld: GON Groningen

Wat is flexibel?



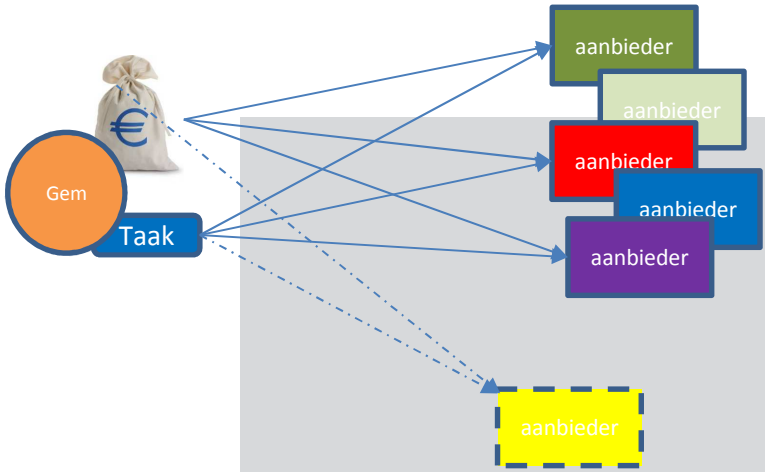
- ◆ Wat was er eigenlijk ook al weer “mis” met p^*q ?
 - ◆ *open house*: iedereen kan toetreden dus flexibel
 - ◆ stuur in handen via individuele indicaties dus maximale flexibiliteit op de inhoud
 - ◆ budget: ook flexibel, want wisselende uitkomst van p^*q
- ◆ Probleem zit hem eigenlijk dus juist *niet* in het gebrek aan flexibiliteit

Alternatief

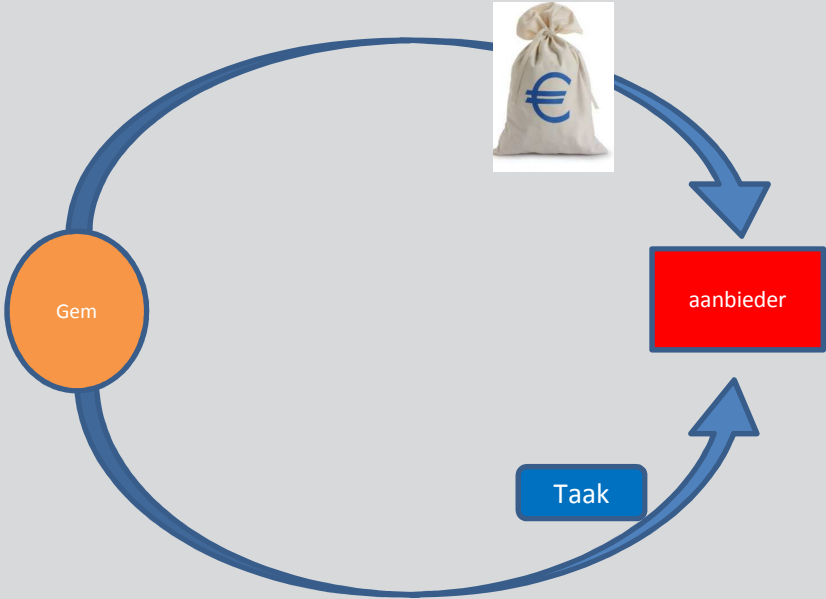
- ◆ Juist meer “stijfheid” in het contract:
 - ◆ beperking aantal aanbieders
 - ◆ beperking budget door lumpsum, dus aanbieder heeft belang bij innovatief aanbod
 - ◆ vooraf, algemeen omschreven taak: aanbieder kan daarbinnen afwegingen maken tussen soorten aanbod

- ◆ Dus “flexibiliteit” betekent hier welbeschouwd:
 - ◆ *verzachtingen* van de *gewilde* rigiditeit van het contract

Alternatief



Klassiek



Caveat:



- ◆ Inhoud eerst, dan de (juridische) vorm
- ◆ Dus liever: “wij willen een laagdrempelige voorziening”, dan: “wij willen een algemene voorziening”
 - ◆ Terzijde: (On)aantrekkelijkheden algemene voorziening:
 - ◆ generiek aanbod
 - ◆ geen sturing op in- en uitstroom
 - ◆ niet toegespitst op ondersteuningsbehoefte betrokkene
 - ◆ beschikkingsloos?

Lumpsum

◆Piketpalen:

- ◆subsidie of aanbesteden?
- ◆“reële prijs” en/of reëel plafond
- ◆voldoende bepaalbare opdracht
- ◆adequaat reageren op voorspelde en onvoorspelbare veranderingen (in de vorm van herzieningsclausules als bedoeld in artikel 2.163c Aw 2012 om wezenlijke wijzigingen te voorkomen)
- ◆proportionele risicoverdeling (ventiel)

Subsidiëren en aanbesteden



“Een subsidie hoef je niet aan te besteden”

- ◆ Niet iedere overheidsuitgave kan een subsidie zijn.
- ◆ Wat een “overeenkomst onder bezwarende titel” is, moet ruim worden uitgelegd (Considerans 2014/24/EU, nr. 4 en Helmut Müller arrest). Subsidies zijn dus soms aanbestedingsrechtelijk een “overeenkomst onder bezwarende titel”
- ◆ NB! Nederlands bestuursrecht: schaarse rechten!

Gezichtspunten

Subsidiëren of inkopen?

Handreiking voor ambtelijke professionals

- ◆ Wordt een commerciële prijs betaald?
- ◆ Wie neemt het initiatief?
- ◆ Wie profiteert van de goederen of diensten?

Soms is het minder duidelijk of sprake is van een commerciële transactie of van een "subsidie". Zo kan men denken aan diensten die niet rechtstreeks ten goede komen aan gemeente, maar in wezen wel rechtstreeks aan gemeente worden geleverd. Voorbeeld hiervan zijn gedecentraliseerde overheidsverplichtingen, zoals de zorg voor "maatschappelijke ondersteuning", waarvoor gemeenten op basis van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) verantwoordelijk zijn. Hoewel vooral derden van deze diensten profiteren kan toch sprake zijn van een commerciële transactie.



- ◆ Is er een "afdwingovereenkomst"?
- ◆ Een afdwingovereenkomst is (in elk geval) in de Wmo onvermijdelijk vanwege de definitie van "aanbieder" (CRVB:2016:1404).

Reële prijs



◆ 5.4 Uitvoeringsbesluit Wmo

PIANQ EXPERTISECENTRUM
AANBESTEDEN



FACTSHEET AMvB
REËLE PRIJS WMO 2015

JUNI 2017

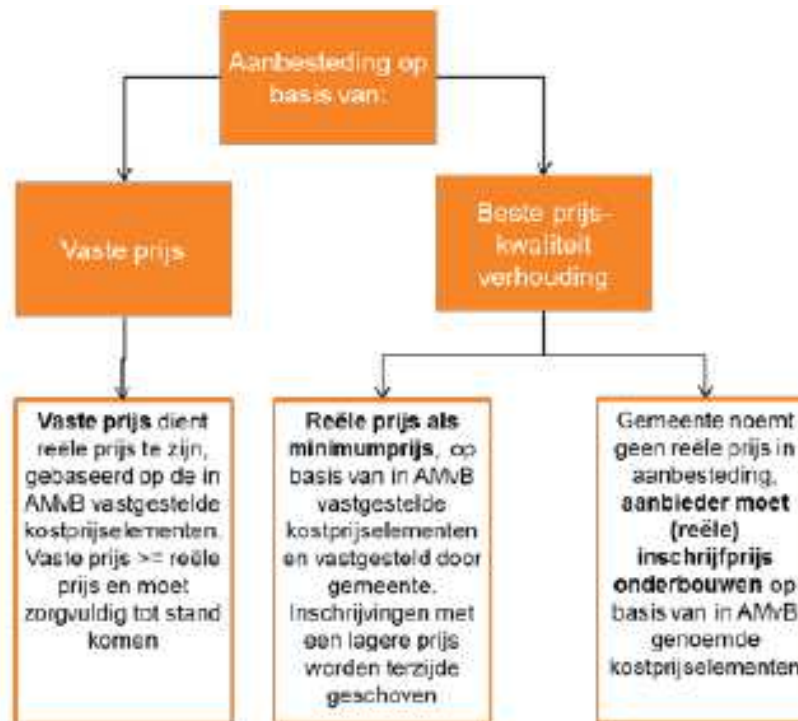


AMvB reële
prijs Wmo 2015

Handelingsperspectieven voor gemeenten



Reële prijs



Hoofdkeuzes gemeente voor hanteren reële prijs in het gunningsmodel voor een aanbestedingsprocedure

Reële prijs bij lumpsum



- ◆ “Outputgerichte uitvoeringsvariant”
 - ◆ omschrijf het te behalen resultaat en de kwaliteit daarvan zo concreet en precies mogelijk, ahv (historische) (markt)gegevens
 - ◆ hoeveel tijd/inzet is nodig om dat te behalen?
 - ◆ koppel dat aan reële prijs
- ◆ Dialoog/marktverkenning met aanbieders (aanbestedingsrechtelijk: “marktconsultatie”)
- ◆ NB! Niet van toepassing bij subsidie

Voor de geïnteresseerde:



Onderzoek naar de toepassing van de AMvB 'Reële prijs Wmo'

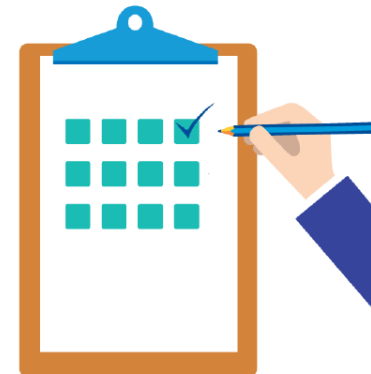
Wat leren we van de uitvoeringspraktijk in tien gemeenten

Eindrapportage ten behoeve van duiding actuele status toepassing AMvB voor hulp bij het huishouden

18 december 2018

Disclaimer:

Deze rapportage is uitgevoerd in opdracht van het NDSO en de VNG, mede mogelijk gemaakt met financiële middelen van het ministerie van VWS, en is uitsluitend bestemd voor deze partijen. Het is niet bedoeld voor andere partijen, buiten deze doelgroep, en het gebruik van dit rapport door andere partijen is dan ook voor eigen risico. KPMG aanvaardt geen aansprakelijkheid voor het gebruik van dit rapport anders dan waarvoor het is opgesteld en aanvaardt geen aansprakelijkheid jegens andere partijen dan het NDSO, de VNG en het ministerie van VWS.



Reëel tarief 2.12 Jeugdwet

◆GHSHE:2018:4534

- ◆niet voor iedere aanbieder kostendekkend, maar systeem verantwoordelijkheid:

Gemeente dient inkoopafspraken zodanig in te vullen “dat de wettelijke garantie op continuïteit van hulp is verzekerd en de daarvoor benodigde infrastructuur behouden blijft” (zie citaat van website Transitie Autoriteit Jeugd, opgenomen in de memorie van grieven randnummer 4.1).

- ◆onderscheid naar relevante soorten diensten
- ◆zorgvuldige onderbouwing te maken keuzes

◆Andere voorbeelden:

- ◆jeugdzorg Limburg (RBLIM:2018:6210)
- ◆jeugdzorg Den Haag (RBDHA:2016:11869 en GHDHA:2017:260)
- ◆jeugdzorg Alkmaar e.o. (RBNHO:2017:9242)

Reëel tarief

- ◆ Reëel tarief ook buiten Wmo/jeugdwet vanwege proportionaliteit
- ◆ En de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zorgvuldigheid, gelijkheid)

Verdere aandachtspunten



- ◆ (Voldoende) evenwichtige risicoverdeling

- ◆ zie bijvoorbeeld Jeugdzorg (GHDHA:2017:260):

“Voorschrift 3.9A schrijft voor dat de aanbestedende dienst het risico alloceert bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden” (..)

“Wanneer de Gemeenten ervoor kiezen onder de thans door hen gestelde voorwaarden een opdracht in de markt te zetten, brengt een reële allocatie van de risico’s mee dat wordt voorzien in een “veiligheidsventiel” waarmee op voorhand duidelijkheid wordt gecreëerd over de vraag hoe in voorkomend geval wordt omgegaan met een niet aan de opdrachtgever te wijten overschrijding van het budget”

- ◆ zie verder idem: RBLIM:2018:6210

Correcties en ventielen

- ◆ Correcties als reguliere bijstellingen budget
 - ◆ bijvoorbeeld: inflatiecorrectie
- ◆ Ventiel bij onvoorziene ontwikkelingen:
 - ◆ uitstapmogelijkheid (maar best onhandig)
 - ◆ budgetbijstellingsmogelijkheden

Voorbeelden correcties

- ◆ Inflatiecorrectie
- ◆ Gebiedsoverschrijdend aanbod
- ◆ (Grote) mutaties PGB
- ◆ Overwinst
 - ◆ bijvoorbeeld: als werkelijke kosten plus reële winst (DAEB) $\leq 90\%$ van het budget
- ◆ Malusregeling bij onder- of wanprestatie
 - ◆ bijvoorbeeld: aanbod $\leq 80\%$ te leveren uren
 - ◆ aanbod $\geq 5\%$ van de gevallen (veel) te laat

Voorbeeld ventielbepaling

- ◆ Budget naar boven bijgesteld als:
 - ◆ kosten fors hoger zijn dan het budget (>105%)
 - ◆ dat komt door een onvoorziene ontwikkeling in de kwaliteit of kwantiteit van het aanbod (>10% tov basisjaar)
 - ◆ de prijs van het aanbod niet hoger was dan de reële prijs
- ◆ Dan vergoeding van de werkelijke kosten boven 105%
- ◆ Rekenmodel in spreadsheet

Taak



- ◆Piketpalen:
 - ◆markt moet weten wat ze moeten doen
 - ◆cliënten moeten weten wat ze krijgen
 - ◆geen “lam en leeuw”-situaties
 - ◆helemaal overdragen (mandateren)?
 - ◆overheid blijft aanspreekbaar, dus voldoende controleerbaarheid

Voldoende bepaalbaarheid



- ◆ Voldoende heldere taakomschrijving én
- ◆ Voldoende informatie om omvang prestatie te kunnen bepalen (GHDHA:2017:260):

Voor zover de Gemeenten daarover beschikten, moesten zij die informatie dan ook verstrekken. Voor zover zij daarover niet beschikten, is dat een factor die van belang is voor de vraag of de risico-verdeling binnen de aanbesteding proportioneel is

Aandachtspunten Wmo



◆ “Resultaatgericht” indiceren?

- ◆ CRvB: voldoende concreet maken (in uren), zodat je weet wat je krijgt (CRvB:2018:3241; CRVB:2016:1491 en RBNHO:2018:1113; RBZWB:2019:234. Zie ook Wallage en Koelewijn: “*Resultaatgericht indiceren op grond van Wmo 2015 niet langer mogelijk?* Gst. 2019/37)

◆ Geen “leeuw en lam”-situaties:

- ◆ CRVB:2016:1491: als de zorgaanbieder de huishoudelijke verzorging afstemt met de persoon die de ondersteuning ontvangt, dan alleen ter uitvoering van een door het college genomen beschikking over de concrete hoeveelheid zorg

◆ Scheiding beschikkers en aanbieders?

- ◆ Veel gezien: zelfstandige Wij-teams, onder toezicht van de gemeente (en dus: inbesteden)

Helemaal overdragen?

- ◆ Art 2.6.3. Wmo: mandateren kan (voorbeeld: CRVB:2017:3633)
- ◆ Maar dan (liever) wel: instructies ex 10:6 Awb
- ◆ Als geen mandaat, dan advies en dus met “vergewisplicht” (CRvB:2018:1113 mnt. Tollenaar)
- ◆ Maar in elk geval: aanbieder is aan te spreken op prestatie

Afrekenbaarheid



- ◆ Afdoende meet- en afrekenbaarheid prestaties
 - ◆ wil je zelf, onder meer ter bescherming cliënten
 - ◆ prikkel op doelmatigheid, maar niet op onderprestatie
 - ◆ meten is weten
 - ◆ maar let op proportionaliteit. Moet redelijk blijven en noodzakelijk zijn

Groningse oplossing

- ◆ Algemene omschrijving ahv wettelijke taak:

“een passend, dekkend, divers en kwalitatief hoogstaand ondersteuningsaanbod”,
waarbij *“ondersteuningsaanbod”* = het geheel aan voorzieningen en maatwerk dat nodig is om, met inachtneming van artikel 2.1.1 Wmo, tegemoet te komen aan de zorgplicht van het college voor de ondersteuningsbehoefte van ingezetenen

- ◆ Kwaliteitseisen in PvE

- ◆ Automatische afrekening bij onderschrijden basis prestatieniveau (malus)

- ◆ Wij-team bepaalt behoefte en indiceert, maar vraagt intussen advies aan aanbieder over concrete invulling

Discussie en vragen

