

ANNOTATIE

Dwalende zorgaanbieder als gevolg van hogere (personeels)kosten bij inkoop Hulp bij het huishouden?

mr. N.A.D. Groot

*Annotatie bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 20-12-2023,
ECLI:NL:RBZWB:2023:8979 (GZR-2024-0033)*

Inleiding

Op 20 december 2023 werd (wederom) een vonnis gewezen omtrent tarieven in het sociaal domein. Dit keer ging het echter niet om de vraag of de gemeente in kwestie (gemeente Terneuzen; hierna de Gemeente) reële tarieven hanteerde op basis van het ‘standaard juridisch kader’ dat daar inmiddels voor geldt. Sterker nog, dit kader is in het geheel niet aan bod gekomen in deze zaak.

In plaats daarvan stelde de zorgaanbieder in kwestie, de Zorgbalie, zich primair op het standpunt dat de Gemeente toerekenbaar was tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst voor ‘Hulp bij huishouden’ omdat de gemeente gedurende de aanbestedingsprocedure onjuiste informatie zou hebben verstrekt over de toepasselijke uurlonen van het personeel dat moest worden overgenomen van de latende zorgaanbieder. Subsidiair stelde de Zorgbalie dat haar een beroep op dwaling zou toekomen wegens door de Gemeente verstrekte onjuiste informatie. De vorderingen van de Zorgbalie werden evenwel afgewezen.

Het is interessant om te bezien of een beroep van de Zorgbalie op ‘het leerstuk van reële tarieven’ haar wel had kunnen helpen in dit geschil met de Gemeente. Daar zal ik dan ook op ingaan in deze annotatie, nadat ik eerst stil sta bij de feiten en het oordeel in het vonnis zelf en

enkele opmerkingen maak over het verweer van de Gemeente in deze zaak.

Beschouwing vonnis

In deze zaak heeft een vrij 'brede' discussie plaatsgevonden, waarbij meerdere argumenten zijn aangevoerd waarom de Gemeente juist wel of juist niet tot compensatie van de hogere loonlasten van de Zorgbalie diende over te gaan. Het aanbestedingsrecht, het staatssteunrecht en ook het verbintenissenrecht: het passeerde allemaal de revue. Zelfs het zorgvuldigheidsbeginsel kwam aan bod in het licht van een mogelijke onrechtmatige daad door de Gemeente. Als dan toch al deze argumenten uit de kast worden getrokken, waarom is dan het 'leerstuk van reële tarieven' onbesproken gebleven terwijl dit de Zorgbalie mogelijk wel had kunnen helpen? Het is mij niet geheel duidelijk.

Hierna zal ik eerst kort stilstaan bij enkele van de verweren van de Gemeente. Daarna zal ik stilstaan bij de vraag of het 'leerstuk van reële tarieven' de Zorgbalie hier wellicht nog had kunnen helpen.

Aanbestedingsrecht

Zoals blijkt uit de hiervoor opgenomen samenvatting van het vonnis, heeft de Gemeente aangevoerd dat compensatie (ofwel: vergoeding) van de hogere loonlasten waarmee de Zorgbalie werd geconfronteerd, juridisch gezien niet mogelijk was zonder een heraanbesteding omdat dit zou resulteren in een wezenlijke wijziging van de opdracht.

Dit standpunt verbaast enigszins. Op grond van hoofdstuk 2.5 Aw mogen overeenkomsten gesloten op basis van een aanbestedingsprocedure niet wezenlijk worden gewijzigd. Als dat wel zo is, dan noopt dat tot het doorlopen van een (nieuwe) aanbestedingsprocedure. Hoofdstuk 2.5 Aw bevat echter enkele bepalingen waarin is beschreven in welke gevallen géén sprake is van een wezenlijke wijziging. Met andere woorden, de artikelen 2.163b tot en met 2.163f Aw beschrijven wanneer sprake is van een niet-wezenlijke wijziging. Als een aanbestedende dienst zoals de Gemeente in het onderhavige geval dan ook een beroep kan doen op één van deze artikelen, dan bestaat er wel degelijk ruimte om de overeenkomst te wijzigen zonder dat daarvoor een nieuwe aanbestedingsprocedure hoeft te worden doorlopen.

De Gemeente betoogt in deze procedure echter dat deze artikelen, en meer specifiek artikel 2.163b Aw, in de weg staan aan wijziging van de overeenkomst (lees: het betalen van een hogere vergoeding aan de Zorgbalie). De Gemeente betoogt namelijk dat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2.163b Aw.

Dit artikel vereist ten eerste dat het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat, lager is dan (1)

de toepasselijke Europese drempelwaarde van € 750.000 en (2) 10% van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht. Ten tweede vereist dit artikel dat de wijziging de algemene aard van de opdracht niet wijzigt. Ten aanzien van dit laatste vereiste is in de memorie van toelichting bij de (gewijzigde) Aanbestedingswet 2012 de wijziging van een overheidsopdracht voor een levering in een overheidsopdracht voor een werk als voorbeeld genoemd.[1] Hieruit volgt dat er echt een inhoudelijke wijziging moet worden doorgevoerd die maakt dat de opdracht er daadwerkelijk ‘anders’ uit gaat zien, alvorens sprake is van een wijziging van de algemene aard van de opdracht.

Het bedrag waarmee de wijziging gepaard zou gaan, bedraagt in het onderhavige geval ‘slechts’ € 335.424,50. Dat bedrag blijft dus niet alleen ruimschoots onder de € 750.000, ook blijft dit ruimschoots onder de 10% van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht. Deze totale waarde werd namelijk geschat op ongeveer € 7,9 miljoen. De Gemeente lijkt verder niet te hebben onderbouwd waarom sprake zou zijn van een wijziging van de algemene aard van de opdracht. In het licht van het ‘juridisch kader’ als hiervoor geschetst is dit verweer van de Gemeente dan ook opmerkelijk en bij voorbaat weinig kansrijk geweest.

Staatssteunrecht

Datzelfde geldt voor het argument van de Gemeente dat sprake zou zijn van ongeoorloofde staatssteun als zij zou overgaan tot compensatie (ofwel: vergoeding) van de hogere loonlasten waarmee de Zorgbalie werd geconfronteerd. Het is – zoals de rechtbank in mijn ogen terecht overweegt – vaste rechtspraak dat het betalen van een schadevergoeding geen staatssteun oplevert in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.

De Gemeente had hier mogelijk nog als onderbouwing kunnen aanvoeren dat geen sprake zou zijn geweest van een vergoeding van schade die de Zorgbalie beweerdelijk lijdt, maar ‘simpelweg’ van het betalen van een extra vergoeding waarop andere zorgaanbieders geen aanspraak zouden hebben gemaakt.

Daarmee zou mogelijk wel degelijk sprake zijn geweest van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is namelijk sprake van staatssteun indien aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

1. Het moet gaan om een maatregel van de Staat en met staatsmiddelen bekostigd.
2. Deze maatregel moet het handelsverkeer tussen de lidstaten (potentieel) ongunstig beïnvloeden.

3. De maatregel moet de begunstigde een voordeel verschaffen. En:

4. De maatregel moet de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen.

Aan de eerste, tweede en laatste voorwaarde zou in het onderhavige geval zeer waarschijnlijk zijn voldaan: de Gemeente besluit immers een hogere vergoeding te betalen aan de Zorgbalie en die vergoeding betaalt de Gemeente. Daarnaast wordt snel aangenomen dat sprake is van een potentiële ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer en een dreigende vervalsing van de mededinging. Dan resteert de vraag of sprake is van een zogenoemd selectief voordeel aan de Zorgbalie.

De Gemeente had zich mogelijk op het standpunt kunnen stellen dat er mogelijk ook andere zorgaanbieders zijn die stellen dat zij geconfronteerd worden met hogere kosten voor het leveren van hulp bij huishouden, of dat nu hogere personeelslasten zijn of niet (bijvoorbeeld een hogere overhead). Als de Gemeente de Zorgbalie wel tegemoet zou komen en de andere zorgaanbieders niet, dan zou dat specifiek voor de Zorgbalie een voordeel opleveren waar de andere zorgaanbieders geen aanspraak op maken. Mogelijk dat de Gemeente dit verweer niet heeft gevoerd in het kader van het 'leerstuk van reële tarieven' waar ik hierna op zal ingaan, dat roept echter wel de vraag op waarom de Gemeente dit verweer überhaupt naar voren heeft gebracht.

Verbintenisrechtelijke aspecten

Vervolgens komen in het vonnis vooral de verbintenisrechtelijke aspecten van tekortkoming en dwaling aan bod. Het verweer van de Gemeente en het oordeel daarover van de rechtbank kan ik goed volgen, dit mede in het licht van het betoog van de Zorgbalie dat niet geheel consistent lijkt te zijn. Meer specifiek waar het gaat over de consequenties van de dwaling: er zou geen overeenkomst tot stand zijn gekomen bij een juiste voorstelling van zaken want de Zorgbalie zou dan niet hebben ingeschreven enerzijds, maar anderzijds wil de Zorgbalie uitdrukkelijk geen vernietiging van de overeenkomst.

Leerstuk van reële tarieven

Het voorgaande roept des te meer de vraag op waarom de Zorgbalie geen beroep heeft gedaan op het leerstuk van reële tarieven.

Op grond van de Algemene Maatregel van Bestuur 'Reële prijs Wmo' moeten gemeenten ten minste op grond van de volgende kostprijselementen een reële prijs vaststellen voor Wmo-diensten:

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

De fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, in het bijzonder de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid, transparantie en proportionaliteit, zijn eveneens van toepassing op de te doorlopen inkoopprocedures.[2] Of dit nu aanbestedingsprocedures zijn in de zin van de Aw of inkoopprocedures op basis van het (semi) open house model.[3]

Het proportionaliteitsbeginsel brengt mee dat de voorwaarden die worden gesteld aan de uitvoering van de opdracht, in een redelijke verhouding tot het voorwerp van de opdracht dienen te staan. Dat volgt niet alleen onmiskenbaar uit de uitspraken inzake jeugdzorg,[4] maar ook uit jurisprudentie die niet specifiek ziet op zorg.[5] Het transparantiebeginsel brengt mee dat geboden tarieven moeten worden gemotiveerd.[6]

Voorts is specifiek ten aanzien van gemeenten van belang dat zij ook bij het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden – namelijk het sluiten van overeenkomsten met aanbieders – en bij het bepalen van reële tarieven gebonden zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[7] In het kader van de inkoop van zorg spelen in dat kader met name het motiverings-, evenredigheids- en proportionaliteitsbeginsel een belangrijke rol.

Kort gezegd, volgt uit de jurisprudentie tot nu toe dat zorginkopers bij het bepalen van een reële prijs het volgende in acht moeten nemen. Zij:

- hebben een onderzoeks- en informatieplicht (algemene beginselen van behoorlijk bestuur);[8]
- dienen actief kennis te vergaren;[9]

- dienen rekening te houden met de kostprijs van een redelijk efficiënt functionerende aanbieder;[10]
- moeten zich verdiepen in de relevante arbeidsvoorwaarden en functiemix voor de vraag of hun tarieven een kostendekkende levering van de gevraagde diensten mogelijk maakt;[11]
- dienen rekening te houden met de sectorale uitvoeringswerkelijkheid;[12] en
- dienen acht te slaan op regionale en organisatie specifieke omstandigheden.[13]

Op basis van het voorgaande moet in zoverre doorlopend sprake zijn van reële tarieven voor de ondersteuning die wordt geboden. Dat heeft ook het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bevestigd in 2020, waaruit volgt dat bij een verlenging opnieuw moet worden bezien of sprake is van reële tarieven.[14]

Wat had de Zorgbalie kunnen doen?

In het onderhavige geval heeft de Gemeente zelf een budget vastgesteld. In deze aanbestedingsprocedure en de daaropvolgende juridische procedure tussen partijen heeft blijkbaar niet ter discussie gestaan op welke wijze de Gemeente tot dit budget is gekomen. Dat had mogelijk een rechtsverwerkingsverweer opgeleverd van de Gemeente, maar daar had de Zorgbalie mogelijk tegenin kunnen brengen dat dit niet afdoet aan de verplichting van de Gemeente om reële tarieven te betalen. Daarbij moet onder andere rekening worden gehouden met de kosten van de beroepskracht en dat wordt nu onvoldoende gedaan, terwijl de Zorgbalie niet zelf met een prijs heeft kunnen inschrijven.

Of dit de uitkomst in deze zaak had veranderd, kan uiteraard moeilijk worden voorspeld. Niettemin lijkt dit wel het proberen waard te zijn geweest. Immers, de Zorgbalie lijkt op dit moment onder aan de streep geen reële tarieven te ontvangen voor ondersteuning die zij wel degelijk dient te bieden op basis van de overeenkomst terwijl de Gemeente op basis van de wet wel gehouden is tot vergoeding van reële tarieven.

mr. N.A.D. Groot

Advocaat bij AKD

[1] *Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3, p. 93.*

[2] Onder omstandigheden ook bij inkoop van zorg door zorgkantoren, zo is gebleken uit het

vonnis van de rechtbank Den Haag 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9527.

[3] Zie bijvoorbeeld Rb. Limburg 20 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9688, r.o. 4.3.

[4] Hof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120; Rb. Den Haag 28 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:544; Rb. Limburg 9 januari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:120, r.o. 4.16; Hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534; Rb. Zeeland-West-Brabant 13 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7312; Rb. Noord-Holland 3 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9242; Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260.

[5] Rb. Midden-Nederland 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:104, r.o. 4.44 en 4.45.

[6] Rb. Den Haag 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9527, r.o. 5.9.

[7] Rb. Midden-Nederland 10 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2420, r.o. 3.2; Rb. Midden-Nederland 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180, r.o. 4; Rb. Limburg 24 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9229, r.o. 4.11; Rb. Noord-Nederland 13 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5168, r.o. 4.24; Rb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.10; Hof Den Bosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.13; Rb. Noord-Holland 3 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9242, r.o. 4.10.

[8] Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534.

[9] Rb. Noord-Holland 3 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9242.

[10] Hof Den Haag 7 juli 2020 ECLI:NL:GHDHA:2020:1120; Rb. Den Haag 28 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:544; Rb. Midden-Nederland 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180.

[11] Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.24.

[12] Hof Den Haag 7 juli 2020 ECLI:NL:GHDHA:2020:1120; Rb. Den Haag 28 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:544; Rb. Midden-Nederland 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180.

[13] *Ibid.*

[14] Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437.