

Memo

Aan Gemeente Stichtse Vecht en Stichting Timon

Datum Definitieve versie, 16 november 2022

Betreft Memo ter beantwoording van hoofdvraag 2 van de
Onderzoeksopdracht over de zorgkostenontwikkeling in
Stichtse Vecht en de verantwoordelijkheidsverdeling Tim
en Stichtse Vecht

INHOUDSOPGAVE

HOOFDSTUK	PAGINA
1. Managementsamenvatting.....	3
2. Inleiding	3
3. Juridisch kader risicoverdeling.....	4
4. Overeengekomen Risicoverdeling	5
5. Wezenlijke wijziging en onvoorziene omstandigheden.....	13
6. Praktische uitwerking I: geen ophoging budget.....	16
7. Praktische uitwerking II ophoging budget	17
8. Relevante omstandigheden voor hoofdvraag 1.....	19
9. Conclusie.....	20

1. MANAGEMENTSAMENVATTING

- 1.1 In dit memo wordt antwoord gegeven op de vraag hoe de risicoverdeling, zoals vastgelegd in de Partnerschapsakte, moet worden toegepast en of er een beroep kan worden gedaan op een toelaatbare wijziging binnen de kaders van de aanbestedingsstukken en de Aanbestedingswet 2012 ("**Aw 2012**").
- 1.2 Er is door de gemeente aan Timon voor de opdracht een vast budget verstrekt. Er geldt een veiligheidsventiel op basis waarvan het budget kan worden aangepast, maar slechts na analyse van de oorzaken en mogelijke oplossingen en vanuit het oogmerk zo veel als mogelijk binnen het budget te blijven.
- 1.3 Indien vast komt te staan dat er geen andere oplossingen mogelijk zijn, leidt frictie binnen het budget vervolgens nog niet altijd tot ophoging ervan. Dit hangt af van de kwalificatie van de omstandigheden die tot de frictie hebben geleid. Naar verwachting zal de vraag in de meeste gevallen zijn of een omstandigheid als 'marktrisico' of als 'ondernemersrisico' kwalificeert. Dit memo laat zien tot hoe ver deze begrippen contractueel op voorhand zijn toegelicht, en biedt - ter verdere uitleg - enkele voorbeelden.
- 1.4 Na kwalificatie van een omstandigheid is in beginsel helder voor wiens risico de omstandigheid komt. Bij kwalificatie van een omstandigheid in de risicosfeer van Timon zal het financiële nadeel van deze omstandigheid door Timon moeten worden gedragen, bij kwalificatie als marktrisico door de gemeente.
- 1.5 Voor dit juridische memo is nog relevant dat het vaststellen van een hoger budget een wijziging van de Partnerschapsakte vergt. Belangrijk is dat hiertoe een aanbestedingsrechtelijke (wijzigings)grondslag nodig is. Partijen hebben (nog) geen consensus bereikt of – als vast zou komen te staan dat de marktsituatie substantieel gewijzigd is ten opzichte van waar tijdens de aanbesteding van werd uitgegaan - alleen de grondslag van de onvoorziene omstandigheden, dan wel ook de grondslag van de herzieningsclausule daartoe volstaat.
- 1.6 Tot slot is van belang dat dit memo (met daarin het antwoord op hoofdvraag 2) als input fungeert voor onderzoekers van hoofdvraag 1. Aan het einde van dit memo wordt daarom kort toegelicht welke informatie uit dit memo naar mening van de opstellers ervan belangrijk is bij beantwoording van hoofdvraag 1.

2. INLEIDING

Beknopte weergave feiten en juridische vraag

- 2.1 Stichting Timon (hierna: "**Timon**") en de gemeente Stichtse Vecht (hierna: "**de gemeente**") hebben op 16 juli 2021 een Partnerschapsakte gesloten voor het bieden van jeugdhulp door Timon in de gemeente. De periode van 16 juli 2021 tot en met 31 december 2021 betreft implementatieperiode ten behoeve van de benodigde voorbereiding van de opdracht. Uitvoering van de opdracht is gestart op 1 januari 2022.

2.2 (Geprognostiseerde) financiële overschrijdingen hebben geleid tot het besluit van beide partijen tot het uitvoeren van een onafhankelijk onderzoek. Op 26 september 2022 is daartoe door partijen een gezamenlijke onderzoeksopzet vastgesteld, bestaande uit twee hoofdvragen. De

tweede hoofdvraag is relevant voor dit memo en luidt: “*Hoe moet de risicoverdeling, zoals vastgelegd in partnerschapsakte en uitvoeringsafspraken, toegepast worden?*”, inclusief de volgende vier subvragen:

2a. Wat is beïnvloedbaar (ondernemingsrisico) en niet beïnvloedbaar (marktrisico) en een kwalificatie in het licht van de trends en de patronen in 2020-2022?; 2b. Voor welke risico's is de gemeente risico drager en voor welke risico's Timon volgens deze documenten?; 2c. Zijn er risico's waarvoor de risicoverdeling niet concreet blijkt uit deze documenten en welke zijn dat?; 2d. Geef een kwalificatie en advies over de toepassing van de risicoverdeling van de beïnvloedbare en niet beïnvloedbare factoren voor 2022 en ook de jaren erna in relatie tot de vaststelling van het budget.”

2.3 In deze notitie worden de genoemde tweede hoofdvraag alsook de subvragen zoveel als mogelijk beantwoord.

Aard van deze notitie

2.4 Vanuit het oogpunt van partnerschap is door partijen tot het uitvoeren van een *gezamenlijk* memo besloten. Opstellers van dit memo zijn – in het licht van de gewenste gezamenlijkheid – één advocaat zijdens de gemeente, en één advocaat zijdens Timon. Zonder afstand te doen van de partijdigheid die met de rol van advocaat gepaard gaat, is gezocht naar consensus in de uitleg van het reeds gesloten contract. Doel van deze exercitie is het bieden van een basis voor zowel de onderzoekers van hoofdvraag 1, als het plaveien van een pad ten aanzien van de hoop die partijen koesteren om zonder juridische procedures de samenwerking te kunnen voortzetten. Waar door opstellers van dit memo geen consensus gevonden kon worden, is een zakelijke weergave getoond van het verschil van inzicht tussen partijen. Op verzoek van partijen is door partijen naar consensus gezocht, op een specifiek (huidig) moment in de tijd. Partijen zullen in een eventuele juridische procedure over en weer geen beroep doen op hetgeen door de partijen in dit memo is weergegeven.

3. JURIDISCH KADER RISICOVERDELING

Beknopte weergave wettelijk kader en jurisprudentie risicoverdeling

3.1 Voordat op het contract tussen partijen wordt ingegaan, wordt kort enig kader geschetst.

3.2 Op de gemeente rust de wettelijke plicht haar inwoners jeugdhulp te bieden (op basis van de Jeugdwet) evenals maatschappelijke ondersteuning (als bepaald in de Wmo 2015). De gemeente komt veel vrijheid toe op welke wijze zij aan deze wettelijke verplichtingen uitvoering wenst te geven. Ter uitwerking van deze vrijheid heeft de gemeente in 2020 en 2021 in een aanbestedingsprocedure haar wensen voor de toekomst aan de markt kenbaar gemaakt. Onder meer heeft zij ertoe gekozen te werken met een taakgerichte bekostiging / integraal budget. Zeer in het kort gesteld wordt bij deze bekostigingsvorm een zorgaanbieder niet langer per geleverde tijdseenheid aan zorg betaald, maar ontvangt zij een vast budget voor een vastomlijnde taak (vaak: het bieden van jeugdzorg en wmo). Doorgaans wordt deze

bekostigingsvorm gekoppeld aan een transformatieopgave op basis waarvan op een zorgaanbieder de verplichting rust (ook in financiële zin) de kansen te benutten die transformatie in/van de jeugdzorg met zich meebrengt.

- 3.3 Het ‘opkomen’ van de figuur van de taakgerichte bekostiging door gemeenten aan jeugdzorgaanbieders heeft tot vele onderzoeken alsook uitspraken geleid. Als onderdeel hieruit volgt dat inmiddels vast staat dat de risicoverdeling bij vooraf vastgestelde vaste budgetten van een zogenaamd ‘veiligheidsventiel’ dient te worden voorzien. Enerzijds omdat gezien haar complexiteit het domein van jeugdhulp en wmo moeilijk tot jaren vooruit exact financieel te voorspellen valt, anderzijds nu het aanbestedingsrecht een proportionele verdeling van risico’s tussen aanbestedende dienst en opdrachtnemer vereist. Uit jurisprudentie volgen in algemene zin enkele eisen aan een dergelijk veiligheidsventiel. Heel in het kort geldt het uitgangspunt dat het ‘open einde’-risico dat op de lokale overheid rust in geval van meer of zwaardere cliënten niet een-op-een aan een zorgaanbieder kan worden doorgelegd (lees: dat bij een vergrote zorgvraag het budget moet worden verhoogd). Feit is dat in het contract als gesloten tussen Timon en de gemeente sprake is van een taakgerichte bekostiging en een veiligheidsventiel.

4. OVEREENGEKOMEN RISICOVERDELING

Inleiding

- 4.1 Om tot beantwoording van de tweede genoemde hoofdvraag en de bijbehorende deelvragen over te kunnen gaan, wordt eerst enig inzicht gegeven in de tussen partijen overeengekomen risicoverdeling. Deze wordt hiernavolgend als verzocht van enig nadere uitleg voorzien.

Bronnen ter bepaling inhoud overeenkomst

- 4.2 Hetgeen tussen partijen is overeengekomen volgt uit de Partnerschapsakte (16 juli 2021) met de daarop blijkens artikel 1 onder e van dat contract van toepassing zijnde documenten. Dit betreffen:

- Uitvoeringsafspraken (bijlage 1);
- Het (definitieve) gunningsbesluit d.d. 16 juli 2021;
- Verslag verificatieverzoek d.d. 6 juli 2021 (bijlage 2);
- Nota van Inlichtingen d.d. 26 mei 2021;
- Uitnodiging tot inschrijving d.d. 23 april 2021;
- Preselectiedocument ‘Aanbesteding jeugdhulp en WMO-begeleiding kenmerk: 271317, inclusief bijgevoegde documenten; en
- Inschrijvingsdocumenten van de opdrachtnemer, onder meer bestaande uit een ingevuld UEA, een verklaring Inzet Derde(n) t.b.v. inzet Inclusio B.V. en vijfmaal een ‘Plan van Aanpak’.

- 4.3 Ten behoeve van dit memo is op verzoek van opdrachtgevers slechts gekeken naar de op schrift gestelde gezamenlijke vastlegging van de overeenkomst, niet eventuele nadere (bijvoorbeeld per e-mail gedeelde) interpretaties van partijen.

Samenvatting bepalingen overeenkomst t.a.v. risicoverdeling

- 4.4 Ter samenvatting van de bepalingen in de overeenkomst geldt het volgende. In de contracten kunnen uiteraard de exacte bepalingen worden opgezocht. Voor het gemak zijn de belangrijkste citaten uit de Partnerschapsakte en de Uitvoeringsafspraken opgenomen in Bijlage 1.

Partnerschapsakte

- 4.5 De Partnerschapsakte gaat uit van een samenwerking, waarbij verantwoordelijkheden, taken en vergoedingen in balans zijn (2a). Er geldt een gezamenlijke verantwoordelijkheid, waarbij de eindregie bij de gemeente ligt (4d). Het door de gemeente ter beschikking gestelde vaste budget wordt geacht alle kosten te dekken (6c) maar is een richtgetal gezien transformatieopgaven (6a en b). Er geldt een veiligheidsventiel op basis waarvan het budget kan worden aangepast, maar slechts na analyse van de oorzaken en vanuit het oogmerk zo veel als mogelijk binnen het budget te blijven (6e). De partijen wensen het beschikbare budget maximaal in te zetten voor de opdracht met zo min mogelijk overheadkosten (6f). Er is contractueel de mogelijkheid geboden wijzigingen door te voeren in geval van onvoorziene omstandigheden (7).

Uitvoeringsafspraken

- 4.6 In de Uitvoeringsafspraken wordt herhaald dat in april 2021 is uitgegaan van een realistisch budget, waar Opdrachtnemer mee uit zou moeten komen (4.1 en 4.3). In paragraaf 4.3 wordt het veiligheidsventiel nader uitgewerkt en worden de uitgangspunten toegelicht waar het integrale jaarlijks budget op gebaseerd is. Eén van deze uitgangspunten is het feit dat de gemeente van Timon een hoge mate van professionaliteit en innovatiekracht verwacht, oftewel, slimme oplossingen waarbij cliënten zorg krijgen die nodig en passend is. Deze paragraaf toont verder dat loon- en prijsindexaties in het budget verdisconteerd zijn, en partijen verwachtten middels transformatie een doelmatigheidseffect en efficiencywinst te kunnen behalen. Voorts is vermeld dat de gemeente zich ervan bewust is dat financiële effecten van de transformatie niet altijd geheel direct merkbaar zijn, en opdrachtnemer daarom verantwoording aflegt aan de hand van een meerjarige business case. In 4.3 worden ook expliciet omstandigheden benoemd die tot aanpassingen van het budget kunnen leiden, waaronder wets- en beleidswijzigingen. Ook wordt op dit punt benoemd dat het budget kan worden opgehoogd wanneer (de inhoud en/of omvang van) de zorgvraag of cliëntpopulatie substantieel anders zijn ten opzichte van de aannames die gehanteerd zijn bij het sluiten van het contract en meerkosten met zich mee brengen. Op de aspecten waarop wel al dan niet het budget kan worden aangepast, en hoe dit in zijn werk gaat, wordt later nader op ingegaan.

- 4.7 Verder bevatten de Uitvoeringsafspraken onder meer nadere afspraken over de bekostiging zelf. Zo moet er voor 1 oktober van een jaar een formele aanvraag voor het jaarbudget van het jaar erna worden aangevraagd aan de hand van een inhoudelijke toelichting (4.2).

De Uitnodiging tot inschrijving en het Preselectiedocument

- 4.8 Veel van de bepaling als volgend uit de eerste twee genoemde documenten hebben nadien een evenknie gekregen in de Partnerschapsakte of de Uitvoeringsafspraken. Deze documenten kleuren echter de uitleg van deze stukken.

- 4.9 Zo is in deze eerdere documenten onder meer terug te vinden wat op voorhand met de taakgerichte financiering was beoogd, onder meer onderaannemer ‘maximale handelingsvrijheid’ bieden en administratieve lasten te verlagen. Genoemd wordt ook dat met een vast budget uitgegaan wordt van een gemiddeld aantal cliënten over een jaar, waarbij substantiële afwijking tot nader overleg en eventueel bijstelling budget leidt. (3.8 van het Preselectiedocument).
- 4.10 In de (met de tijd verder uitgewerkte) Uitnodiging tot inschrijving is onder meer (in 6.2) vermeld dat in de dialoog is stilgestaan bij een mogelijke toename van het aantal zorggebruikers (vanwege corona en/ of door een nieuwe manier van werken) en de intensivering van zorg. Ook hebben partijen gesproken over de impact van zware zorg cliënten op het budget. Met het doel om zo veel als mogelijk bij aanvang van de opdracht in 2022 een reëel budget te stellen, is het budget voor de opdracht gebaseerd op het volume van het ten tijde van de aanbesteding meest recente volledig afgesloten boekjaar (2020) (op basis van het oude p*q-model).
- 4.11 Relevant is nog dat in 6.2 is opgemerkt dat Opdrachtnemer een hoge mate van flexibiliteit moet realiseren en het vermogen moet hebben om op ontwikkelingen in de omgeving te anticiperen. De gemeente is zich ervan bewust dat cliënten met een zeer zware hulpvraag zwaar op het budget kunnen drukken, op basis waarvan partijen ‘op casusniveau de zware casuïstiek zullen monitoren en – indien nodig – daar aanvullende financiële afspraken over maken.’
- 4.12 Toegelicht wordt voorts (6.3) dat beïnvloedbare kostenontwikkelingen (op- en neerwaarts) onder het ondernemersrisico van opdrachtnemer vallen, evenals de inverdieneffecten. Genoemd wordt dat de ‘stelregel’ wordt gehanteerd dat ‘de inverdieneffecten van Opdrachtnemer minstens opwegen tegen eventuele kostenstijgingen (zoals indexering). Bij stijgingen of dalingen van niet beïnvloedbare kosten heeft Timon zich gecommitteerd aan een maximale inspanningsverplichting c.q. business voorstellen van Opdrachtnemer om deze kostenontwikkelingen binnen het afgesproken jaarbudget te houden.

Inschrijvingsdocument ‘Plan van Aanpak’

- 4.13 In vijf plannen van aanpak heeft Timon in haar inschrijving toegelicht wat zij voornemens was de gemeente te bieden. Zo is toegelicht hoe Timon de transformatie voor zich zag, de samenwerking met de gemeente alsook met partners. De inhoud van de te verlenen zorg en de transitie is getoond. In het kader van dit memo wordt aangehaald dat PvA 4 zag op ‘budgetbeheersing’ en PvA 5 op ‘governance’. Zo signaleert Timon in PvA 4 dat de bevolking van de gemeente sterk vergrijst en het beroep op Wmo-begeleiding en het wijkteam waarschijnlijk daarmee stijgt. Daarnaast wordt opgemerkt dat de stijgende trend van gebruik van Jeugdhulp niet lijkt te keren. De zorg en ondersteuning zal op lange termijn financieel niet houdbaar zijn in de huidige vorm. Daarom stelt Timon een meerjarige maatschappelijke business case voor (p. 2 en 3 PvA4). Verder laat Timon in PvA 4 zien de transformatie dusdanig vorm te kunnen geven in de eerste periode dat zij bij een gelijkblijvende zorgvraag met een effect van 2,7% de kostenstijging en loonontwikkeling wilde compenseren (p. 3 PvA4). Ook is een verdeling van het budget (totaal 12.600.000) over de ondersteuningsvragen opgenomen (p. 4 PvA4). Over eventuele overschotten stelt Timon voor deze in overleg met de gemeente gericht te investeren in versterking van het voorveld, dan wel voor innovatie aan de

randen van de opdracht. Voorts schrijft zij dat als de financiële situatie en/of politieke prioriteiten daarom vragen, het resultaat ook kan terugvloeien naar de gemeentebegroting.

Overeengekomen risicoverdeling aan de hand van kwalificatie van omstandigheden

Toedeling risico's

4.14 In het contract wordt meermaals herhaald dat gekozen is te werken met een vast en integraal budget. Voor dit budget dient opdrachtnemer alle aspecten van de opdracht uit te voeren, waaronder het bewerkstelligen van transformatie. Naar mening van de gemeente is in de aanbesteding een reëel budget vastgesteld. Toekomstige omstandigheden zijn grotendeels in voorzien; de bijbehorende financiële risico's zijn vooraf voor zover bekend aan een van de partijen toebedeeld. Er is contractueel ook rekening mee gehouden dat sprake kan zijn van onvoorziene risico's.

4.15 Hierna wordt toegelicht op welke wijze in het veiligheidsventiel risico's aan één der partijen zijn toebedeeld. Op voorhand geldt echter dat het veiligheidsventiel pas in werking treedt, nadat aan artikel 6 onder e van de Partnerschapsakte is voldaan. Uit dit artikel volgt dat partijen een analyse maken van de oorzaken van frictie, en tot mogelijke oplossingen komen om (zoveel als mogelijk) binnen het beschikbare budget te blijven. Een oplossing kán zijn het budget te verhogen. Of omstandigheden al dan niet tot een verhoging kunnen leiden, hangt af van hoe deze omstandigheden worden gekwalificeerd.

Kwalificatie omstandigheden voor risicoverdeling: vier voorziene gronden

4.16 Met **vraag 2b** is ons verzocht toe te lichten welke risico's aan de gemeente, en welke risico's aan Timon zijn toebedeeld. In het Partnerschapsakte wordt gesproken over onderwerpen en omstandigheden die van invloed kunnen zijn op het budget en tot aanpassingen daarop kunnen leiden gedurende de looptijd. Toedeling van risico's is vormgegeven aan de hand van omstandigheden. Eerst wordt genoemd (Uitvoeringsafspraken, p. 16) op welke uitgangspunten het vaste budget is gebaseerd, waaruit volgt welke omstandigheden in beginsel niet tot ophoging budget leiden. Vervolgens worden de omstandigheden benoemd die wél tot ophoging van het budget zouden kunnen leiden. Op basis van deze kwalificatie is vast te stellen welke omstandigheden althans risico's aan de gemeente zijn toe te delen, en welke aan Timon.

Als categorieën voor de kwalificatie zijn aangehouden:

- i) “wettelijk risico” (Uitvoeringsafspraken, p. 16), ook wel gedefinieerd als “wetswijzigingen die invloed hebben op de te leveren zorg en/of het beschikbare budget” (Uitvoeringsafspraken, p. 15); *toebedeeld aan: gemeente*
- ii) “beleidswijzigingen van gemeente die van invloed zijn op de te leveren zorg en/of het beschikbare budget” (Uitvoeringsafspraken, p. 15); *toebedeeld aan: gemeente*
- iii) “marktrisico” (Uitvoeringsafspraken, p. 16), op p. 15 toegelicht als: “Wanneer (de inhoud en/of omvang van) de zorgvraag of cliëntpopulatie substantieel anders zijn ten opzichte van de aannames die gehanteerd zijn bij het sluiten van het contract en meerkosten met zich mee brengen”. Verderop wordt nog genoemd dat “niet of

nauwelijks te beïnvloeden factoren [...] veelal” in deze categorie zullen vallen. Specifiek ten aanzien van de zwaarste gevallen vermeldt de Uitnodiging tot inschrijving onder deze categorie nog (eind p. 25, eerste zin p. 26) dat aanvullende zorg voor de cliënten met een zeer zware zorgvraag onder deze kwalificatiegrond zou kunnen vallen, in welk geval op casusniveau – indien nodig – aanvullende financiële afspraken worden gemaakt. *toebedeeld aan: gemeente*

- iv) “ondernemingsrisico” (Uitvoeringsafspraken, p. 16), in de Uitnodiging tot inschrijving nader toegelicht als “beïnvloedbare kostenontwikkelingen (op- en neerwaarts)” en “inverdieneffecten (benefits) die binnen de beïnvloedingssfeer van Opdrachtnemer vallen”. Deze formulering bevat geen vooraf gespecificeerde subcategorieën. *toebedeeld aan: Timon*

- 4.17 Blijkens de formulering leidt het kwalificeren van een omstandigheid als categorie i), ii) of iii) dat het betreffende risico in de risicosfeer van de gemeente ligt. Omstandigheden kwalificerend onder iv) vallen in de risicosfeer van opdrachtnemer.

Vereiste uitleg bij kwalificatie

- 4.18 Om tot toedeling van een risico te kunnen komen, zal het risico op bovenstaande wijze moeten worden gekwalificeerd. Dit vereist altijd enige interpretatie.

- 4.19 De verwachting is dat omstandigheden vallend onder het wettelijk risico en eventuele beleidswijzigingen in veel gevallen gemakkelijk te kwalificeren zullen zijn, nu deze omstandigheden ook feitelijk als zodanig benoemd zullen zijn (een wetswijziging is dat nu eenmaal, hetzelfde geldt voor veranderd beleid).

- 4.20 Hoewel de scheidslijn tussen kwalificatie-categorieën iii) en iv) in theorie diffuser is, lijken ook deze categorieën op voorhand gezien relatief helder. Deels komt het daarbij aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de gehanteerde bewoordingen van markt- en ondernemersrisico, alsook de achterliggende concepten van endo- en exogene factoren. Deels is uitleg relatief helder nu deze bewoording voor de behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver relatief gangbare althans in ieder geval goed te begrijpen begrippen zijn.

Ondernemersrisico vs. Marktrisico

- 4.21 Als in de vorige paragraaf benoemd, lijkt vooraf relatief helder wanneer sprake is van een marktrisico en van een ondernemersrisico. Desondanks hebben partijen ons in het licht van onderzoek deel I verzocht **vraag 2a** te beantwoorden: ‘*Wat is beïnvloedbaar (ondernemingsrisico) en niet beïnvloedbaar (marktrisico) en een kwalificatie in het licht van de trends en de patronen in 2020-2022?*’

- 4.22 De systematiek van het contract leidt ertoe dat een concrete omstandigheid gekwalificeerd kan worden. De vraag andersom stellend (kort gesteld: ‘wat zijn alle beïnvloedbare ondernemersrisico’s?’) is in het kader van dit memo niet te overzien.

4.23 Opstellers zien echter wel de mogelijkheid tot gedeeltelijke beantwoording van deze vraag door middel van de kwalificatie van enkele voorbeelden. Opgemerkt zij echter dat deze voorbeelden theoretisch zijn en iedere (in de werkelijkheid benodigde) nuance ontberen.

- De huurovereenkomst van het door opdrachtnemer gehuurd vastgoed loopt af; geheel tot opdrachtnemers verbazing vraagt verhuurder in de nieuwe situatie 20% duurdere huurprijs. Dit betreft in beginsel ondernemersrisico; vastgoed maakt deel uit van de opdracht. Het ligt in de beïnvloedingssfeer van opdrachtnemer welke kosten aan gehuurd vastgoed zij maakt;
- De plannen die opdrachtnemer had omtrent transformatie vallen tegen, opdrachtnemer loopt verliezen en besluit om het tij te keren een extern bureau te laten meedenken over de optimalisatie van de transformatie. Dit betreft in beginsel ondernemersrisico, zowel ten aanzien van de financiële tegenvallers in de transformatie, als de kosten van inschakeling van een derde.
- De gemeente besluit tot het terugbrengen van voorzieningen in het voorveld, waardoor minder ingezet kan worden op preventie en de instroom in de wijkteams stijgt. Dit betreft in beginsel beleidswijziging van de gemeente.
- De mate van huiselijk geweld in de regio stijgt waardoor er naar verhouding in deze doelgroep sprake is van meer en relatief zwaardere zorgvragen. Dit betreft in beginsel een marktrisico gezien sprake is van een zwaardere inhoud en/of omvang van de zorgvraag.
- De deur van het wijkteam wordt platgelopen en de leden van het wijkteam staan dan substantieel meer cliënten te woord. Dit betreft in beginsel marktrisico indien de oorzaak is gelegen in een substantiële groei in de omvang van de cliëntpopulatie. ○ Timon ziet zich genoodzaakt de tarieven die zij haar onderaannemers betaalt te verhogen op een wijze als niet bij inschrijving voorzien, doordat tarieven op basis van aanbestedingen in de regio (substantieel) stijgen en/of vanwege substantiële krapte op de arbeidsmarkt. Dit betreft in beginsel een marktrisico, indien sprake is van een niet beïnvloedbaar risico (bijvoorbeeld in het geval er geen reële mogelijkheid is goedkopere onderaannemers in te schakelen of deze werkzaamheden alsnog door eigen mensen uit te laten voeren).
- Er hebben substantieel meer cliënten in 2021 voor zorg- en/of ondersteuning aangeklopt van wie de start van de zorg tot 2022 is uitgesteld. Dit betreft in beginsel een marktrisico gezien de omvang van de cliëntpopulatie substantieel groter is dan regulier voor 2022 verwacht, en dit een voor opdrachtnemer niet-beïnvloedbaar risico is.
- De kosten van een systeemaanpassing vallen hoger uit dan begroot, er moeten meer uren ingezet worden door ingehuurde consultants. Dit betreft in beginsel ondernemersrisico nu het beheersen van beïnvloedbare kosten in risicosfeer van opdrachtnemer ligt.

4.24 Als onderdeel van vraag 2a is ons verzocht deze interpretatie te stellen in het licht van de trends en de patronen in 2020-2022. De opstellers van dit memo ontberen de expertise ten aanzien van zorginhoudelijke en/of economische trends en patronen om op dit onderdeel een antwoord te geven en wijze erop dat dit (ook) deel is van hoofdvraag 1.

Niet gekwalificeerde omstandigheden

4.25 Als vraag 2c is ons de vraag gesteld of er risico's zijn waarvoor de risicoverdeling niet concreet blijkt uit de documenten.

4.26 In het kort kan gesteld worden dat veel van de te verwachten omstandigheden naar inzicht van de opstellers van dit memo onder één van de omstandigheden te brengen zullen zijn.

4.27 Feit is echter ook dat het opstellen van ieder contract als het ware een glazen bol vereist. In de praktijk dekken contracten dan ook haast nooit alle specifieke toekomstige omstandigheden. Voor zover opstellers bekend, zijn er in ieder geval twee omstandigheden die vooralsnog niet glashelder uit de stukken volgt (zie 4.21 – 4.24).

Interpretatievraag kwalificatie loon- en prijsindexaties

4.28 Naast de vier genoemde kwalificatiecategorieën, is ten aanzien van loon- en prijsindexaties in de Uitvoeringsafspraken ook nog het volgende als 'uitgangspunt' benoemd:

Uitvoeringsafspraken, p. 15: "Toekomstige kostenstijgingen ten aanzien van loon- en prijsindexaties zijn verdisconteerd in het integrale budget, waarbij van u wordt verwacht om inverdieneffecten (doelmatigheids- en efficiencywinst) te realiseren die minimaal hiertegen opwegen. Tijdens de voortgangsoverleggen wordt de status besproken, vindt evaluatie plaats en kunnen samen maatregelen getroffen worden om binnen het budgettaire kader te blijven."

4.29 Uit het bovenstaande volgt dat in beginsel loon- en prijsindexaties zoals deze waren verwacht reeds in het budget zijn opgenomen om tot een reëel vast budget te komen.

4.30 Zoals toegelicht onder 4.13 heeft Timon in het Plan van aanpak gesignaleerd dat sprake is van een kostenstijging en loonontwikkeling. In paragraaf 4.1.5 en 4.1.7 van het Plan van aanpak van Timon zijn budgetverdelingen van de opdracht opgenomen in een tabel, met name is er een kostenstijging (index en groei) onderverdeeld, waaruit af te leiden is met welke loon- en prijsindexaties Timon rekening heeft gehouden.

4.31 Tussen partijen is verder in consensus dat enige reguliere / te verwachten loon- en prijsindexatie tot het ondernemersrisico behoort, gezien de vermelding van de 'verdiscontering' en het feit dat indexaties deel uitmaken van het vaste budget. Hoewel afhankelijk van de oorzaak, zullen veelal substantieel hogere loon- en prijsindexaties dan verwacht, tot de kwalificatie 'marktrisico' behoren, dan wel als onvoorziene omstandigheid kwalificeren. Waar de grens tussen deze kwalificatiecategorieën ligt in geval van indexaties althans wanneer sprake is van een onvoorziene omstandigheid, is niet vooraf cijfermatig vastgesteld (in het kort: wanneer is inflatie nog verwacht en verdisconteerd, wanneer niet?).

4.32 Als handreiking vanuit juridisch oogpunt op dit punt wordt vermeld dat op uit algemene bronnen vastgesteld zou kunnen worden welke inflatie ten tijde van de aanbesteding (2020) werd verwacht. In Bijlage 1 wordt ter voorbeeld een tabel getoond van het CBS, waaruit volgt dat

de inflatie vanaf 2006 tot en met 2020 minimaal 0,3% was, maximaal 2,6%.¹ De stukken vermelden niet wat de gemeente in 2020 verwachtte. Uit de stukken volgt wel dat Timon in 2020 is uitgegaan van 2,7% (PvA 4, p. 3).

4.33 Vast staat dat Timon zich op het standpunt stelt dat inflatie boven de redelijke verwachting in 2020 tot het marktrisico behoort, deze verwachting op 2,7% stellend. De gemeente is van mening dat sprake moet zijn van een substantiële hogere inflatie dan verwacht, om te kwalificeren als marktrisico en niet een ondernemingsrisico. Zoals gezegd is 'substantieel' lastig in percentages uit te drukken, maar dit zal in ieder geval gaan om een inflatie van meer dan 3%.

Inspanningsverplichting verhoogde zorgvraag

4.34 In de gespreksfase tussen partijen leidend tot dit memo is namens de gemeente op enig moment geopperd dat ook wanneer sprake is van een substantieel verhoogde zorgvraag, een deel van het daaruit volgende financiële nadeel door opdrachtnemer zou moeten worden geleden. Als grondslagen hiertoe zijn aangevoerd het beoogde partnerschap, de mogelijkheid die het contract biedt om op termijn enig eerder geleden nadeel in te lopen en de formulering dat in geval van iedere vorm van frictie een inspanningsverplichting op opdrachtnemer rust tóch binnen het budget te blijven (art. 6 onder e eerste volzin Partnerschapsakte).

4.35 Zowel de gemeente als Timon hecht veel waarde aan artikel 6 onder e van de Partnerschapsakte. Het is blijkens dit artikel het doel van beide partijen om zo veel als mogelijk binnen het budget te blijven, en op partijen – maar zeker Timon – rust hierin een inspanningsverplichting. De gemeente legt bij lezing van dit artikel de nadruk op het feit dat wat hen betreft in beginsel sprake is van een (realistisch) vast budget van € 12.600.000,- en dat Timon verantwoording moet afleggen aan de hand van een meerjarige business case die is gebaseerd op het meerjarig budgettair kader van de gemeente. Indien en voor zover sprake is van een marktrisico en dit risico beïnvloedt het budget, dan is sprake van 'frictie' zoals bedoeld in artikel 6 onder e van de Partnerschapsakte en zal Timon eerst met de gemeente in overleg moeten, en zullen partijen zoeken naar mogelijke oplossingen om toch binnen budget te blijven. Timon legt de nadruk op het feit dat deze stappen een inspanningsverplichting formuleren waar zij uiteraard aan dient te voldoen. Wat Timon betreft ziet het meerjarig budgettair kader van de gemeente op het uitgangspunt – en de wens – om de kosten beperkt te houden. Feit is echter ook dat vooraf nooit volledig te voorspellen valt hoeveel zorg geleverd moet worden, budgettair kader of niet, waarbij noodzakelijke en geleverde zorg boven hetgeen eerder verwacht werd, door middel van de formulering van het marktrisico contractueel bij de gemeente is gelegd. Door in te schrijven op de aanbesteding die als zodanig is geformuleerd, meent Timon dat zij niet hoefde te verwachten dat de gemeente later het betalen van de aan haar inwoners geleverde zorg, zou weigeren.

¹ Zie de tabel van het CBS in Bijlage 1.

5. WEZENLIJKE WIJZIGING EN ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN

Beknopte weergave wettelijk kader

5.1 Een overheidsopdracht mag tijdens de looptijd daarvan niet wezenlijk wijzigen. Een wezenlijke wijziging houdt in dat de opdracht zo wijzigt dat een wezenlijk andere opdracht wordt uitgevoerd dan de opdracht die aanvankelijk was aanbesteed. Een indicatie dat sprake is van een wezenlijke wijziging, is als de kring van potentiële inschrijvers verandert door de wijziging (artikel 6.163g lid onder a Aw 2012). Een wezenlijke wijziging leidt in beginsel tot heraanbesteding. Artikel 2.163a t/m f van de Aw 2012 geeft een limitatief stelsel weer van toelaatbare wijzigingen. De wet biedt een vijftal limitatief opgesomde uitzonderingen op deze hoofdregel:

- i) de wijziging heeft slechts een geringe wijziging van de waarde van de opdracht tot gevolg (max €750.000,- of 10% van de oorspronkelijke waarde), mits de algemene aard van de overheidsopdracht niet wordt gewijzigd. Dit houdt bijvoorbeeld in dat een opdracht voor diensten niet mag veranderen in een opdracht voor werken (artikel 2.163b Aw 2012);
- ii) de wijziging volgt uit een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule in de oorspronkelijke aanbestedingsdocumenten. Nauwkeuring houdt onder meer in dat de omvang en aard en de gebruiksvoorwaarden van de clausule duidelijk moeten zijn. Ook hierbij geldt dat de algemene aard van de opdracht niet mag wijzigen (artikel 2.163c Aw 2012);
- iii) de wijziging ziet op aanvullende werken, diensten of leveringen die noodzakelijk zijn voor het voltooiën van de opdracht. Deze aanvullende werkzaamheden moeten onvoorzien zijn: de werkzaamheden mogen niet volgen uit de oorspronkelijke aanbestedingsdocumenten. Daarnaast geldt als voorwaarde dat het totale bedrag aan aanvullende opdrachten niet hoger mag zijn dan 50% van het bedrag van de hoofdopdracht. In geval van opeenvolgende wijzigingen wordt uitgegaan van de netto-cumulatieve waarde (artikel 2.163d Aw 2012);
- iv) de wijziging is het gevolg van 'externe' onvoorzienbare omstandigheden en geen verandering meebrengt in de algemene aard van de opdracht. Daarnaast geldt ook als voorwaarde dat het totale bedrag aan aanvullende opdrachten niet hoger mag zijn dan 50% van het bedrag van de hoofdopdracht. In geval van opeenvolgende wijzigingen wordt uitgegaan van de netto-cumulatieve waarde (artikel 2.163e Aw 2012); en
- v) een nieuwe opdrachtnemer vervangt de opdrachtnemer aan wie de overheidsopdracht was gegund (artikel 2.163f Aw 2012).

Citaten uit aanbestedingsdocumenten

5.2 De belangrijkste citaten uit de Partnerschapsakte en de Uitvoeringsafspraken zijn opgenomen in Bijlage 1.

5.3 In de partnerschapsakte wordt gesproken over een jaarlijks budget van € 12.600.000,-. Dit budget zou een richtgetal zijn voor een periode van maximaal 9 jaar. Ondanks dat gesproken wordt

over een richtgetal staat het budget voldoende vast (voor een periode van maximaal 9 jaar), aangezien voor een bepaalde periode een standaard bedrag beschikbaar is gesteld en de Partnerschapsakte geen (verdere) aanleiding geeft om te concluderen dat dit geen vast budget is. Artikel 6e van de Partnerschapsakte geeft aan dat in geval van frictie, partijen een analyse van de oorzaken en mogelijke oplossingen moeten maken om binnen het beschikbare budget te blijven. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn dat de opdrachtgever besluit het budget aan te passen binnen de daarvoor beschikbare budgettaire kaders. Wij zijn van mening dat onder "budgettaire kaders" ook moet worden verstaan de kaders van de Aanbestedingswet 2012, in het bijzonder de bovengenoemde kaders van de wezenlijke wijziging. Een wijziging van een budget kan namelijk een wezenlijke wijziging zijn en zoals gezegd is zo'n wijziging alleen toelaatbaar als sprake is van een van de bovengenoemde limitatieve uitzonderingen.

5.4 In hoofdstuk 4 van de uitvoeringsafspraken wordt gesproken over een jaarbudget van € 12.600.000,- voor de gehele integrale opdracht. Het budget is gebaseerd op vier uitgangspunten opgenomen in paragraaf 4.3 van de uitvoeringsafspraken. Ook worden aldaar de onderwerpen en omstandigheden benoemd die van invloed kunnen zijn op het budget en tot aanpassingen daarop kunnen leiden gedurende de looptijd van de opdracht.

5.5 Partijen hebben (nog) geen consensus bereikt over de grondslag waarop een eventuele wijziging zou moeten worden gebaseerd; de onvoorziene omstandigheden, of een herzieningsclausule.

Onvoorziene omstandigheden

5.6 Wetswijzigingen, beleidswijzigingen en een (substantieel) veranderende zorgvraag of cliëntpopulatie kunnen kwalificeren als een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 2.163e Aw 2012, mits wordt voldaan aan de eerdergenoemde voorwaarden. Met name is van belang dat de wijzigingen (ondanks een zorgvuldige voorbereiding) niet konden worden voorzien.

5.7 In geval van het hanteren van grond iv) geldt nog – anders dan bij grond ii) – dat de eventuele verhoging van de prijs niet meer bedragen dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht (zijnde negen maal 12,6 miljoen). Een dergelijke bijstelling van het budget die meer bedraagt dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht kwalificeert als een wezenlijke wijziging.

5.8 In het preselectiedocument (3.8.1) zijn onderwerpen en omstandigheden opgenomen die van invloed kunnen zijn op het budget en aanpassingen na het eerste contractjaar kunnen bewerkstelligen. Bij het hanteren van deze wijzigingsgrond is inhoudelijk van belang te bepalen wat ten tijde van de aanbesteding wél voorziene omstandigheden waren. In dat kader wordt door de gemeente opgemerkt dat door Timon in Plan van aanpak 4 wordt geconstateerd dat het beroep op WMO-begeleiding, het wijkteam en Jeugdhulp stijgt. Dit dient te worden meegewogen in het bepalen wat toentertijd onvoorziene omstandigheden waren.

Herzieningsclausule

5.9 Het is aanbestedende diensten toegestaan in een op basis van een aanbesteding gesloten overeenkomst een herzieningsclausule op te nemen. Deze clausule maakt het mogelijk een vooraf gestelde contractvoorwaarde op termijn te wijzigen. Timon meent dat het veiligheidsventiel zoals de gemeente dat heeft vormgegeven, als herzieningsclausule

kwalificeert. Zowel de aard (o.a.: een substantieel gewijzigde zorgvraag) als omvang (verhoging van het budget vindt slechts plaats met de omvang van die substantieel gewijzigde zorgvraag), was voor inschrijvers vooraf helder. Timon meent er ook op te hebben mogen vertrouwen dat het veiligheidsventiel door de gemeente als herzieningsclausule zou worden gehanteerd. De gemeente meent dat de aard en omvang vooraf onvoldoende helder zijn gemaakt om in dit geval de grondslag van artikel 2.163c Aw 2012 te kunnen hanteren. De Aanbestedingswet (artikel 2.163c lid 2 Aw 2012) vereist namelijk dat uit de bewoordingen

(concreet) blijkt op welk onderdeel van de opdracht de wijziging ziet en wat de wijziging inhoudt. Uit de herzieningsclausule moet ook duidelijk blijken hoe en wanneer de wijziging wordt doorgevoerd. Naar mening van de gemeente voldoet het veiligheidsventiel niet aan deze vereisten.

Interpretatieverschil welke groei is geaccepteerd/voorzien

5.10 De gemeente is van mening dat het ten tijde van de aanbesteding op cijfers 2020 vastgestelde budget voor 2022 realistisch was en het ruim voldoende mogelijk maakt om de organisatie met de benodigde formatie, expertises en locaties in te richten. Zij stelt zich op het standpunt dat ten tijde van inschrijving door Timon met enige groei al rekening gehouden diende te worden, en werd gehouden. Zij verwijst bijvoorbeeld naar de vermelding in de Uitnodiging tot inschrijving (in 6.2) over groei, en vermeldingen van Timon in haar inschrijving. De gemeente meent dat daarmee enige groei al deel uitmaakt van het vaste budget.

5.11 Timon meent eveneens enige groei te hebben geaccepteerd ten opzichte van de aannames in de aanbesteding. Zo heeft zij de gemeente een andere werkwijze van het wijkteam toegezegd waardoor enige groei in vragen zou kunnen worden opgevangen. De daadwerkelijk in de praktijk gemanifesteerde groei is volgens Timon echter van een substantieel andere aard dan op basis van de gehanteerde cijfers 2020 en kennis van toen kon worden voorzien. Ter illustratie betreft de genoemde ‘andere werkwijze’ vooral inzet op FTE in plaats van beschikkingen/toewijzingen; dat geeft meer flexibiliteit. Mocht er naast deze flexibiliteit meer capaciteit nodig zijn, dan dacht Timon over hooguit een extra FTE (max € 100.000,-). Dit maakt dat de eerder voorziene groei volgens Timon slechts een fractie uitmaakt van de zich gemanifesteerde groei. Timon meent aan een (onmogelijk) dubbel inverdieneffect te worden gehouden indien zij zowel 2,7% aan indexatie dient in te verdienen, als daarnaast ook nog een deel van de marktgroei ten opzichte van 2020 dient ‘in te verdienen’.

Mogelijkheden en onmogelijkheden (eventuele) ophoging budget

5.12 In de Aanbestedingsdocumenten wordt een vast budget genoemd met de kanttekening dat bepaalde omstandigheden van invloed kunnen zijn op het budget. In beginsel zal Timon derhalve de opdracht met een budget van € 12.600.000,- moeten uitvoeren. Vaststaat dat een substantiële hogere zorgvraag kan kwalificeren als onvoorzien omstandigheden in de zin van artikel 2.163e Aw 2012, wanneer deze omstandigheden zich verwezenlijken. Partijen zijn voorts (nog) niet in consensus of het veiligheidsventiel als een herzieningsclausule in de zin van datzelfde artikel kwalificeert. Hoe dan ook is voor partijen van belang te onderzoeken welke omstandigheden tot de frictie hebben geleid (en daarmee ook, of de zorgvraag en/of zwaarte substantieel anders zijn dan bij de aannames in 2020 vanuit gegaan). Wat betreft Timon is het onderzoeken of deze omstandigheden al dan niet voorzienbaar waren, niet relevant. Inmiddels is gebleken dat het voor de gemeente juist van belang is dat onderzoeksonderdeel aan

onderzoeksvraag 1 toe te voegen. Door opstellers van dit memo wordt geadviseerd dit onderzoeksdeel toe te voegen, en later in onderling overleg te besluiten hoe met de uitkomsten van dat onderzoeksonderdeel om te gaan.

6. PRAKTISCHE UITWERKING I: GEEN OPHOGING BUDGET

Opmerking vooraf

6.1 Als expliciet onderdeel van de hoofdvraag is ons met **vraag 2d** de vraag gesteld op welke wijze de risicoverdeling *praktisch* dient te worden toegepast, zowel voor 2022 als voor de jaren erna. Deze hypothetische praktische invulling is afhankelijk van het al dan niet in werking (moeten) stellen van het ventiel, waar op dit moment nog niet op kan (of moet) worden vooruitgelopen. In dit memo worden daarom beide opties toegelicht; zowel wanneer het budget niet wordt verhoogd (hoofdstuk 7), als wanneer wel (hoofdstuk 8), waarbij zij opgemerkt dat in de praktijk ook sprake kan zijn van een combinatie van de twee.

Toelichting praktische toepassing veiligheidsventiel: geen ophoging budget

6.2 In geval van frictie van het budget analyseren partijen gezamenlijk de oorzaken en mogelijke oplossingen. Uitgangspunt is dat partijen zoveel als mogelijk binnen de beschikbare budgettaire kaders blijven. In deze paragraaf wordt de situatie beschreven dat eventuele ‘frictie’ tussen het beschikbare budget en de uitvoering van de Opdracht geheel dan wel gedeeltelijk als ondernemersrisico kwalificeren. In dat geval kan de gemeente ertoe besluiten niet over te gaan tot ophoging budget.

6.3 Indien sprake is van overzienbare financiële tekorten kwalificerend als ondernemingsrisico, zullen deze binnen de financiële huishouding van Timon dienen te worden opgevangen. Bij aanvang van de overeenkomst is door Timon onderbouwd en door de gemeente geverifieerd dat de financiële huishouding van Timon aan de daaraan door de gemeente gestelde eisen voldoet. De verwachting is dan ook dat enige opvang van risico's mogelijk zal zijn.

6.4 In geval van grote tekorten kwalificerend als ondernemersrisico kan de mogelijkheid bestaan dat het opvangen binnen de financiële huishouding van Timon andere gevolgen kent. Zo bestaat de mogelijkheid dat Timon gebruik zal maken van haar mogelijkheid het contract na drie jaar te beëindigen. Partijen hebben vermeld kansen te zien voor dit contract op de lange termijn, welke kansen in dat geval mogelijk niet zullen worden benut.

6.5 In geval de tekorten van dien aard zijn (binnen de eerste drie jaar) dat deze niet door Timon kunnen worden gedragen, bestaat in het uiterste geval het risico van een faillissement. In algemene zin zij opgemerkt dat de vraag is of het overeengekomen partnerschap de ruimte laat voor opdrachtgever om tot op dat punt nakoming te verlangen. Feit is wel dat indien niet langer sprake is van een organisatie met een voldoende financiële en economische draagkracht, dit reden is voor de gemeente om de overeenkomst met onmiddellijke ingang te beëindigen. Aangezien na faillissement de entiteit van de opdrachtnemer niet langer bestaat, komt op dat moment de overeenkomst hoe dan ook ten einde.

6.6 Grote tekorten niet (of niet direct) leidend tot faillissement zullen naar verwachting ook invloed hebben op de uitvoering van de opdracht. Zo kan dit in theorie ertoe leiden dat Timon praktisch

minder zorg zal verlenen dan de inwoners van Stichtse Vecht zouden wensen (misschien zelfs vereisen). Hoewel partijen in dat geval mogelijk in een situatie van (betwiste) ingebrekestellingen belanden, is de vraag in hoeverre een dergelijk juridisch traject in de praktijk tot ‘meer zorg’ leidt, indien de financiële huishouding van de partij van wie nakoming wordt verlangd dat praktisch niet toelaat. Opstellers van dit memo nemen hierbij geen enkel voorschot op de toekomst maar zien zich genoodzaakt deze mogelijke discrepantie tussen de juridische en praktische werkelijkheid te benoemen.

7. PRAKTISCHE UITWERKING II OPHOGING BUDGET

Opmerking vooraf

7.1 Zie bij 5.1. e.v. met betrekking tot het theoretisch gehalte van dit hoofdstuk van het memo.

Toelichting praktische uitwerking ophoging budget

7.2 In dit hoofdstuk wordt toegelicht hoe het ophogen van budget praktisch in zijn werk gaat.

Hoe te komen tot een besluit over al dan niet ophoging budget

7.3 De Uitvoeringsafspraken bieden enkele handvaten hoe praktisch tot het besluit van ophoging te komen. Dit ‘stappenplan’ is in de Partnerschapsakte beschreven. Opdrachtnemer signaleert zo tijdig mogelijk frictie tussen budget en uitvoeringskosten (6 lid d). Vervolgens maken partijen gezamenlijk een analyse van de oorzaken van deze frictie (lid 3). Ook beschrijven partijen gezamenlijk de mogelijke oplossingen. Twee mogelijke oplossingen worden benoemd: ophoging budget en/of aanpassing/optimalisering wijze van zorgverlening. Verder wordt in de Uitvoeringsafspraken benoemd dat niet slechts vrijblijvend het gesprek wordt gevoerd, maar in overleg tussen partijen tot realistische oplossingen wordt gekomen (p. 16).

7.4 Als nu vast komt te staan dat opgehoogd wordt, is de vervolgvraag wanneer de gemeente welk bedrag dient uit te keren.

Timing eventuele ophoging budget - Inhoud contract

7.5 Het contract bevat enkele handvaten voor de timing van toepassing ventiel, als onderdeel van de praktische toepassing ervan. Zo wordt op meerdere plekken in het contract benoemd dat in dit contract gewerkt wordt met een ‘jaarlijks budget’ / ‘jaarbudget’. Daarnaast wordt vermeld dat voor de toekomst de mogelijkheid bestaat dat er een aanpassing op het budget moet plaatsvinden, hetgeen dan zal plaatsvinden “gedurende de looptijd” ervan (p. 15 Uitvoeringsafspraken). Uit de Uitvoeringsafspraken volgt verder dat de timing van een eventuele budgetaanpassing ook samenhangt met de omstandigheden: “steeds wanneer omstandigheden daar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanleiding toe geven, niet slechts vrijblijvend het gesprek wordt gevoerd, maar ook steeds in overleg met Timon tot realistische oplossingen wordt gekomen” (p. 16 Uitvoeringsafspraken). Voorts gaan artikel 6 leden c – e uit van periodieke prognosebesprekingen gedurende een jaar en de daaruit volgende mogelijkheid van een besluit tot budgetaanpassing lopende het betreffende jaar.

Implicaties bepalingen omtrent 'timing'

7.6 Indien vast staat dat het budget verhoogd wordt, is kennelijk sprake van omstandigheden in de risicosfeer van de gemeente. Het contract benoemt echter niet concreet of in dat geval direct volgend op het besluit tot ophoging wordt uitgekeerd (leidend tot een uitkering lopende jaar x , dan wel begin jaar $x+1$), dan wel dat dit bedrag wordt meegenomen in ophoging van het budget jaar $x+1$ met het vastgestelde bedrag (waarna het maandelijks in jaar $x+1$ wordt terugbetaald).

7.7 Het tweede voorbeeld leidt ertoe dat Timon het geleden tekort tot 24 maanden moet voorschieten (tekort opgelopen begin jaar x wordt in 12 termijnen van jaar $x+1$ 'terugbetaald'). Vanuit de zijde van Timon wordt het reëler geacht dat in het kader van proportionaliteit uitkering plaatsvindt zodra kwalificatie heeft plaatsgevonden. De gemeente kan echter niet uitkeren op basis van prognoses, hetgeen Timon begrijpt. Een mogelijke middenweg is uitkering na afloop van het boekjaar wanneer de daadwerkelijke kosten bekend zijn, op basis van de door een accountant gecontroleerde productieverantwoording (te verwachten in januari uiterlijk februari van iedere jaar). Opstellers merken echter op dat in alle gevallen partijen hier in goed partnerschap een besluit over zullen dienen te nemen, uitgaande van redelijkheid en het voornemen om te komen tot afspraken die voor beide partijen realistisch zijn.

Verhoging incidenteel / structureel

7.8 Bij een besluit tot ophoging (tijdens jaar x , dan wel voor jaar $x+1$) zal tevens besloten moeten worden of sprake is van een incidenteel dan wel (verwacht) structurele omstandigheid.

7.9 Indien vast staat dat sprake is van een structurele omstandigheid, kan in jaar x besloten worden tot een structurele verhoging (voor jaar x , en direct ook jaar $x+1$, $x+2$ etc.). Ook kan besloten worden dat voor de omstandigheden een incidentele aanpassing volstaat. Opstellers van dit memo benoemen de mogelijkheid van een *in beginsel* structurele aanpassing, waarbij partijen afspreken voor de ophoging ten opzichte van jaar x , lopende jaar $x+1$ vast te stellen of het verwachte structurele effect al dan niet daadwerkelijk een structureel karakter kent.

Overwegingen omtrent timing voor zover buiten expertise opstellers

7.10 Gezien de juridische expertise van de opstellers van dit memo wordt beperkt ingegaan op de eisen aan de timing vanuit boekhoudkundige overwegingen en overwegingen ten aanzien van de raadsyclus.

7.11 Opgemerkt zij dat vanuit zijde Timon een vaststelling van het budget voor het volgende jaar (ruim) voor de start van dat jaar van groot belang is. Dit toegekende jaarbudget (het vierkant) is immers ook de basis voor de te maken afspraken met onderaannemers voor het nieuwe jaar en het opstellen van een jaarplan en transformatieplan. Daarnaast is voor Timon van belang dat een ophoging voor – ter voorbeeld – 2022, ook daadwerkelijk ten behoeve van de jaarrekening aan dat jaar dient te worden toegekend. Het lijkt erop dat verslaggevingsvoorschriften van Timon en de gemeente op dit punt kunnen verschillen, nu bij de gemeente de verslaggeving de besluitvorming volgt en niet leidend is voor de besluitvorming. Mogelijk is met de experts op dit vlak (boekhoudkundig/financieel control) een voor een ieder werkbaar oplossing te vinden, gezien de daarmee voor beide partijen gemoeide belangen.

7.12 Het moge helder zijn dat de contracten voor dergelijke oplossingen geen handvaten bieden, anders dan het beginsel van partnerschap waaruit de verplichting van beide partijen volgt om dienaangaande als goede partners met elkaar mee te denken.

7.13 Indien (theoretisch) vast komt te staan dat een verhoogde zorgvraag in jaar 2022 een marktrisico betreft van bijvoorbeeld 1 miljoen én dit effect verwacht is structureel te zijn, is sprake van een verhoging van het budget 2022, wat mogelijk uitbetaald wordt in 2023. De budgetoverschrijding 2022 wordt dan immers in 2023 ‘nog’ met terugwerkende kracht voor 2022 voldaan, terwijl tegelijkertijd in dat jaar het budget voor 2023 verhoogd wordt met 1 miljoen omdat de verhoogde zorgvraag als structureel wordt ingeschat.

Hoogte van aanvulling budget

7.14 Voor de hoogte van het bedrag van de verhoging is in het contract geen methodiek voorgesteld. Aangesloten zou kunnen worden bij het algemene concept van de reële vergoeding van geleverde zorg en gemaakte kosten. Deze kosten dienen wel te worden aangetoond. In algemene zin lijkt het voor de hand liggend de kosten te vergoeden die Timon gemaakt heeft ten behoeve van de geconstateerde overschrijding van het budget (uiteraard voor zover dat ziet op kosten in de risicosfeer van de gemeente).

8. RELEVANTE OMSTANDIGHEDEN VOOR HOOFDVRAAG 1

8.1 Dit memo vormt met haar antwoord op hoofdvraag 2 slechts een onderdeel van een door partijen gezamenlijk uitgevoerd onderzoek. Voor hoofdvraag 1 (door andere onderzoekers te beantwoorden) zijn reeds door partijen zelf enkele subvragen gesteld. Op basis van de uitkomsten van dit deel van het onderzoek, lijkt het van belang om in het kader van hoofdvraag 1 de onderzoekers ook nog op de volgende punten tot een antwoord te laten komen.

- Er is sprake van frictie tussen het budget en de gemaakte kosten.
Welke omstandigheden hebben tot deze frictie geleid?
- Kunnen deze omstandigheden worden gekwalificeerd als één van de vier categorieën die partijen hebben vastgesteld?
Of concreter:
 - a) is het volgens de onderzoekers van hoofdvraag 1 het geval dat er momenteel sprake is van een inhoud en/of omvang van de zorgvraag of cliëntpopulatie die substantieel anders is/zijn ten opzichte van de aannames die gehanteerd zijn bij het sluiten van het contract en meerkosten met zich mee brengen?
 - b) is het volgens de onderzoekers van hoofdvraag 1 het geval dat delen van de frictie voor rekening dienen te blijven van Timon omdat deze omstandigheden kwalificeren als ondernemersrisico van de zijde van Timon?
- Als sprake is van omstandigheden als hierboven onder a), zijn dit marktomstandigheden die niet te wijten zijn aan de gemeente/Timon en konden deze omstandigheden ten tijde van het indienen van de inschrijvingen door inschrijvers worden voorzien?

- Zijn de aangewezen omstandigheden incidenteel van aard, naar hun aard structureel, of vooralsnog naar verwachting structureel?
- Wat zijn de mogelijke financiële dan wel andere gevolgen van de aangewezen omstandigheden en zijn deze naar verwachting structureel van aard?
- Wat zijn in het kader van dit contract de loon- en prijsindexaties in 2022 geweest?

9. CONCLUSIE

Antwoord hoofdvraag 2

- 9.1 Wij zijn gevraagd een antwoord te geven op de vraag hoe de risicoverdeling, zoals vastgelegd in de Partnerschapsakte, moet worden toegepast. Partijen zijn overeengekomen dat sprake is van een vast budget. Bij frictie treden partijen in overleg en slechts na analyse van de oorzaken en als er geen andere oplossingen te vinden zijn, zou eventueel het budget kunnen worden opgehoogd.
- 9.2 Ten aanzien van de risicoverdeling kan in het kort worden gesteld worden dat door partijen op voorhand in een relatief heldere systematiek is voorzien van kwalificatie van omstandigheden. Naar verwachting zal de vraag in de meeste gevallen zijn of een omstandigheid als ‘marktrisico’ of als ‘ondernemersrisico’ kwalificeert. In het kort zijn niet-beïnvloedbare omstandigheden als een substantieel andere (inhoud en/of omvang van) de zorgvraag of cliëntpopulatie ten opzichte van de aannames die gehanteerd zijn bij het sluiten van het contract en meerkosten met zich mee brengen marktrisico's , en vallen de door Timon te beïnvloeden omstandigheden onder haar ondernemersrisico.
- 9.3 Uit de kwalificatie van omstandigheden kan worden opgemaakt voor wiens risico de omstandigheid komt. Bij kwalificatie van een omstandigheid in de risicosfeer van Timon zal het financiële nadeel van deze omstandigheid door Timon moeten worden gedragen. In veel gevallen zal dat ook mogelijk zijn; geschetst is ook de verschillende situaties indien dat praktisch niet mogelijk blijkt. Voor de risico's die in de risicosfeer van de gemeente vallen, geldt dat – onder de bovengenoemde voorwaarde dat naar andere oplossingen is gezocht, maar als er geen andere oplossing mogelijk is – het budget dienen te worden verhoogd door de gemeente.
- 9.4 Indien partijen tot de conclusie komen dat het budget moet worden aangepast, dan is relevant of dit past binnen de kaders van de Aanbestedingswet 2012. Partijen zien daartoe mogelijkheden (afhankelijk van uitkomsten onderzoeksvraag 1), maar zijn niet in overeenstemming welke aanbestedingsrechtelijke grondslag zou dienen te worden gehanteerd (onvoorziene omstandigheden en/of de herzieningsclausule).
- 9.5 Toegelicht is dat nog een besluit zal moeten vallen op welk moment de aanvulling wordt uitgekeerd, en dat van belang is de omstandigheden direct als incidenteel, structureel of in beginsel structureel te kwalificeren. Ook zal besloten moeten worden met precies welk bedrag wordt verhoogd indien de gemaakte kosten in de risicosfeer van de gemeente liggen; aangeknoopt zou kunnen worden bij de daadwerkelijk gemaakte kosten.

1. **BIJLAGE 1: ENKELE CITATEN UIT DE TUSSEN PARTIJEN GELDENDE OVEREENKOMST**

Partnerschapsakte

- Art. 2a: ‘De partijen kiezen voor een samenwerking waarbij verantwoordelijkheden, taken en vergoedingen in balans zijn. Hiermee wordt bedoeld dat binnen het beschikbare budget de partijen zich maximaal inspinnen om de Opdracht te realiseren en te optimaliseren.’
- Art. 2d: ‘De partijen zijn betrouwbare partners tijdens de uitvoering van de Opdracht. De partijen werken samen vanuit een gedeelde verantwoordelijkheid en vanuit het besef dat ze elkaar nodig hebben voor het realiseren van de doelstellingen van de Partnerschapsakte (...). De samenwerking tussen de partijen wordt gevormd door gezamenlijke waarden en wederzijds vertrouwen.’
- Art. 4d: Tijdens het partnerschap zijn partijen “gezamenlijk verantwoordelijk voor de uitvoering van de Opdracht, waarbij de eindregie om de doelstellingen en resultaten te realiseren in de invloedssfeer van de opdrachtgever ligt.” (art. 4 onder d);
- Art. 6a: " Voor de uitvoering van de Opdracht stelt de opdrachtgever een jaarlijks budget beschikbaar van € 12.600.000,-. Dit budget wordt in twaalf maandelijkse termijnen aan de opdrachtnemer overgemaakt op het bankrekeningnummer NLO4INGB 0000387560 (t.n.v.Stichting Timon)."
- Art. 6b: "Met dit budget levert de opdrachtnemer integrale zorg voor de periode van maximaal 9 jaar, waarbij de partijen zich realiseren dat dit budget een richtgetal is gezien de transformatie-opgaven die besloten liggen in de Opdracht. Dit richtgetal mag niet af doen aan de ambitie om maatwerk per inwoner te leveren."
- Art. 6c: “Het budget wordt geacht alle kosten te dekken die aan de kant van de opdrachtnemer nodig zijn voor het uitvoeren van de Opdracht. Dit houdt onder andere ook in de kosten voor consultatie, innovatie, vastgoed, samenwerking en de doelstellingen, uitgangspunten en voorwaarden zoals benoemd in de aanbestedingsstukken en de Partnerschapsakte.”
- Art. 6e: “In het geval van frictie maken de partijen een analyse van de oorzaken en mogelijke oplossingen om (zoveel als mogelijk) binnen het beschikbare budget te blijven. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn dat de opdrachtgeverbesluit het budget aan te passen binnen de daarvoor beschikbare budgettaire kaders. Een oplossing kan ook zijn dat de opdrachtnemer de wijze waarop zorg wordt verleend aanpast of optimaliseert”
- Art. 7a en b: “De partijen gaan bij onvoorziene omstandigheden eerst met elkaar in overleg om te bekijken of binnen de Opdracht tot een oplossing kan worden gekomen.” Bij bijzondere omstandigheden kan een derde worden benaderd.
- Art. 8: “De opdrachtgever kan wijzigingen in de Partnerschapsakte aanbrengen wanneer (bijvoorbeeld) (...) veranderingen en/of verschuivingen van de inzet van zorg of onvoorziene omstandigheden wijzigingen vereisen.”

Uitvoeringsafspraken

- 4.1. Bekostiging: “De gemeente Stichtse Vecht heeft rekening gehouden met een realistisch budget. Om zodoende gezamenlijk de doelstellingen van de transformatie te kunnen bereiken, zonder dat sprake is van ongewenste risico’s. Wel geldt dat de opdracht door U moet worden uitgevoerd binnen dit vastgestelde budget en de kaders zoals deze in de uitnodiging tot inschrijving en de uitvoeringsafspraken zijn geschetst. Door voldoende flexibiliteit te realiseren en optimaal op ontwikkelingen te anticiperen weet u in partnerschap met de gemeente om te gaan met de taakgerichte financiering en daarbij te doen wat nodig is.”
- 4.2. “Alvorens over te gaan tot betaling van termijnen dient u, uiterlijk vóór 1 oktober jaarlijks een formele aanvraag in, waarin u het gestelde jaarbudget aanvraagt aan de hand van een inhoudelijke toelichting met een begroting inclusief kostenonderbouwing die aansluit bij de opbouw van de kostensoorten uit uw jaarrekening. U sluit aan op de verantwoordingsinformatie en houdt hierbij o.a. rekening met het geven van inzicht in de verhouding jeugdhulp en Wmobegeleiding, inzet wijkteam, toerekening van overhead en kosten voor personele inzet.
(...)”
- 4.3. “Bij de vaststelling van deze uitvoeringsafspraken, bij publicatie ultimo april 2021, stellen wij het integrale jaarlijks budget op € 12.600.000,-.”
- 4.3. “Het integrale jaarlijks budget is gebaseerd op de volgende uitgangspunten:
 - We werken met de taakgerichte uitvoeringsvariant, waarbij we bij de bepaling van het budget uitgaan dat dit voldoende is om de zorg die nodig is voor de komende jaren te kunnen leveren. Dit houdt in dat wij van u een hoge mate van professionaliteit en innovatiekracht verwachten, oftewel, slimme oplossingen waarbij cliënten zorg krijgen die nodig en passend is.
 - Toekomstige kostenstijgingen ten aanzien van loon- en prijsindexaties zijn verdisconteerd in het integrale budget, waarbij van u wordt verwacht om inverdieneffecten (doelmatigheids- en efficiencywinst) te realiseren die minimaal hiertegen opwegen. Tijdens de voortgangsoverleggen wordt de status besproken, vindt evaluatie plaats en kunnen samen maatregelen getroffen worden om binnen het budgettair kader te blijven.
(...)
 - In plaats van de huidige sturing op ‘producten en kostprijzen’ gaan we naar een sturingsfilosofie die uitgaat van ‘maatschappelijke effecten en resultaten’. We gaan ervan uit dat ten opzichte van het bestaande systeem zowel een doelmatigheidseffect als een efficiencywinst valt te behalen door de Jeugdhulp, Wmo-begeleiding, wijkteamfuncties en toegang in een integrale opdracht uit te voeren en één partij daarvoor verantwoordelijk te maken. Hierbij zijn we ons bewust dat de financiële effecten van de transformatie niet altijd geheel direct merkbaar zijn, maar soms later renderen. Opdrachtnemer legt daarom

verantwoording af aan de hand van een meerjarige business case dat gebaseerd is op het meerjarig budgettair kader van de gemeente Stichtse Vecht, zie par. 5.1.3 Financieel, Budget en Verantwoording.”

- 4.3. "Onderwerpen en omstandigheden die van invloed kunnen zijn op het budget en tot aanpassingen daarop kunnen leiden gedurende de looptijd, zijn de volgende:

- Wetswijzigingen die invloed hebben op de te leveren zorg en/of het beschikbare budget. Bijvoorbeeld als bepaalde onderdelen door wettelijke verplichtingen buiten de scope of nieuwe vormen juist erbinnen komen te vallen.
- Beleidswijzigingen van gemeente Stichtse Vecht die van invloed zijn op de te leveren zorg en/of het beschikbare budget.
- Wanneer (de inhoud en/of omvang van) de zorgvraag of cliëntpopulatie substantieel anders zijn ten opzichte van de aannames die gehanteerd zijn bij het sluiten van het contract en meerkosten met zich meebrengen.
- De opdracht gaat uit van het verder vormgeven van de transformatie van de zorg. Dit kan de volgende effecten hebben:

o De zorgvraag verschuift gezien verdergaande normalisering en het aansluiten bij de leefwereld voor een deel op naar het voorveld met minder kosten als gevolg. Een deel van het vrijvallende budget hierdoor willen we in gezamenlijkheid benutten om de innovatie en transformatie verder te stimuleren. Dit betekent dat bij het maken van afspraken over de jaarlijkse budgetverlening, het eventueel vrijvallend budget voor deze opdracht wordt vastgesteld met gezamenlijk bestemmingsplan. Hierin wordt expliciet opgenomen op welk deel opdrachtnemer aanspraak maakt en welke bijkomende taken van haar worden verwacht.

o De inzet om de Essentiële Functies zoveel als mogelijk overbodig te maken, leidt tot een verschuiving naar de reguliere jeugdhulp binnen deze opdracht. Het budget dat niet meer ingezet wordt voor de bekostiging van de Essentiële Functies wordt in dit geval, voor zover nodig, toegevoegd aan het budget van deze opdracht.

Met het voorgaande beoogt de gemeente tot uitdrukking te brengen dat steeds wanneer omstandigheden daar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanleiding toe geven, niet slechts vrijblijvend het gesprek wordt gevoerd, maar ook steeds in overleg met Timon tot realistische oplossingen wordt gekomen. De gemeente Stichtse Vecht maakt hierbij onderscheid tussen markten wettelijk risico versus het ondernemingsrisico. Niet of nauwelijks te beïnvloeden factoren zullen veelal in de eerste categorie vallen.”

2. BIJLAGE 2: TABEL CBS

Perioden ▼	CPI	CPI afgeleid	Jaarmutatie CPI	Jaarmutatie CPI afgeleid
	2015 = 100		%	
2006	85,82	88,60	1,1	1,5
2007	87,20	89,90	1,6	1,5
2008	89,37	91,92	2,5	2,2
2009	90,44	92,71	1,2	0,9
2010	91,59	93,71	1,3	1,1
2011	93,73	95,74	2,3	2,2
2012	96,04	97,71	2,5	2,1
2013	98,44	98,97	2,5	1,3
2014	99,40	99,60	1,0	0,6
2015	100,00	100,00	0,6	0,4
2016	100,32	100,25	0,3	0,3
2017	101,70	101,62	1,4	1,4
2018	103,44	103,01	1,7	1,4
2019	106,16	104,64	2,6	1,6
2020	107,51	105,94	1,3	1,2
2022 augustus	123,95	124,45	12,0	14,3

Bron: CBS