

Datum 24 januari 2022
Dossiercode D2021164
Dossier (BN) Ketenbureau i-sociaal domein /
contractdiversiteit
Onderwerp Wijzigingsclausule lopende inkoop
Van Tim Robbe (Victor)
Aan Projectgroep

Fax
F 0725280080
contact@victoradvocaten.nl
www.victoradvocaten.nl
BTW NL857082012B01
KvK 67577032

Inleiding

Op dit moment loopt het project standaardisatie contractvoorwaarden jeugdzorg. Een besluit over deze standaardisatie is voorzien in 2022. Gemeenten voeren momenteel echter inkooptrajecten uit. Deze leiden tot overeenkomsten die ingaan in 2022 of 2023. Als het besluit tot standaardisatie is genomen, hebben verschillende gemeenten en jeugdzorgaanbieders dus al lopende overeenkomsten. Om de voordelen van contractstandaarden ook dan zo snel mogelijk te ervaren is een clausule nodig in die overeenkomsten. Alleen dan is snelle implementatie mogelijk.

Van belang is overigens eerst vast te stellen of sprake is van een overeenkomst gesloten na een toelatingsprocedure ('open house') of van een aanbestede overheidsopdracht.¹ In het laatste geval is de Aanbestedingswet 2012 van toepassing. In het eerste geval is deze niet van toepassing, tenzij gemeenten deze van toepassing verklaren.

Toelatingsprocedure ('open house') en Aanbestedingswet niet van toepassing verklaard

Als partijen (gemeenten en jeugdzorgaanbieder(s)) een overeenkomst hebben gesloten na een toelatingsprocedure ('open house'), en zij verklaren de Aanbestedingswet 2012 NIET van toepassing, dan kunnen partijen gezamenlijk besluiten de contractstandaard in te voeren. Elke wijziging, dus ook deze, moeten gemeenten dan wel toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Alleen als uit deze toets strijd met beginselen van behoorlijk bestuur blijkt, is wijzigen niet mogelijk zonder een nieuwe inkoopprocedure. Zo kunnen gemeenten geen wijzigingen doorvoeren zonder deze deugdelijk te motiveren of zonder daarvoor goed onderzoek te hebben gedaan naar relevante feiten en belangen die met het besluit tot wijzigen gepaard gaan.

Aanbestedingsprocedure overheidsopdracht waarop de Aanbestedingswet van toepassing is of een toelatingsprocedure ('open house') waarop de gemeente de Aanbestedingswet van toepassing verklaart

- Als partijen (gemeenten en jeugdzorgaanbieder(s)) een overeenkomst hebben gesloten na een Europese aanbestedingsprocedure, of
- Als partijen een overeenkomst hebben gesloten na een toelatingsprocedure ('open house') en de Aanbestedingswet 2012 van toepassing verklaarden,

¹ Aangezien het aantal subsidies met betrekking tot jeugdhulp, kindbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering minimaal is, laten wij het wijzigen hiervan buiten beschouwing in deze notitie. Victor Advocaten & Adviseurs is een vennootschap onder firma, KvK nr. 67577032, BTW nr. NL857082012B01. Op al onze offertes, verrichtte diensten, overeenkomsten en rechtsbetrekkingen van welke aard dan ook zijn onze algemene voorwaarden van toepassing. De algemene voorwaarden zijn te raadplegen op onze website <https://victoradvocaten.nl/voorwaarden>. Onze aansprakelijkheid is steeds beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder onze beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald.

dan kunnen partijen óók gezamenlijk besluiten de contractstandaard in te voeren.

In dit geval moeten gemeenten elke wijziging, dus ook deze wijziging, toetsen aan het leerstuk van de 'wezenlijke wijziging' uit hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet 2012. Dit is in ieder geval zeker zo bij Europees aanbestede overheidsopdrachten. Bij toelatingsprocedures is dit onzeker, maar is het juist daarom verstandig om dit wel aan te nemen.

Wijzigen van de overeenkomst niet mogelijk zonder nieuwe inkoopprocedure

Als de contractstandaard leidt tot (ook) een wijziging die **niet** mogelijk is op basis van hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet, dan is er aanbestedingsrechtelijk gezien wel wat aan de hand. Gemeenten mogen de overeenkomst niet wijzigen, zonder eerst een nieuwe inkoopprocedure te doorlopen.

Een wijziging is niet mogelijk als:²

- de opdrachtsom van de opdracht meer dan 10% toeneemt bij [...] diensten [...], of groter is dan de aanbestedingsdrempel [van in dit geval EUR 750.000,00 excl. BTW] (art. 2.163b onderdeel a sub 1 Aanbestedingswet 2012);
- een wijziging van de opdracht [...] er toe leidt dat de opdracht materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht [zie ook hierna hetgeen vermeld over het wijzigen van de algemene aard van de opdracht];
- de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van of gunning aan andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden mogelijk zouden hebben gemaakt dan wel bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken;
- wijzigingen die het economisch evenwicht van de opdracht verleggen ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht;
- de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht [zie ook hierna hetgeen vermeld over het wijzigen van de algemene aard van de opdracht];
- als een nieuwe opdrachtnemer in de plaats komt van de oorspronkelijke opdrachtnemer zonder dat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 2.163f Aanbestedingswet 2012.

Wijziging van de overeenkomst mogelijk zonder nieuwe inkoopprocedure

Als invoeren van de contractstandaard een wijziging inhoudt die **wel** mogelijk is op basis van hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet, dan is er aanbestedingsrechtelijk gezien niets aan de hand. In dat geval moet wel nog een toets plaatsvinden op beginselen van behoorlijk bestuur. Als uit deze toets strijd met beginselen van behoorlijk bestuur blijkt, is wijzigen niet mogelijk zonder een nieuwe inkoopprocedure. Is er geen strijdigheid te constateren, dan kunnen partijen de standaard overnemen.

Eén van de manieren waarop partijen de wijziging **wel** mogen doorvoeren als de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, is opgenomen in artikel 2.163c van die wet. Dit artikel stelt dat "(e)en overheidsopdracht (...) zonder nieuwe aanbestedingsprocedure (kan) worden gewijzigd indien de wijziging, ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken is opgenomen in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules, waaronder prijsherzieningsclausules of opties. (...) Herzieningsclausules (a) omschrijven de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties, (b) omschrijven de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt, en (c) voorzien niet in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht kunnen veranderen.

² <https://www.pianoo.nl/nl/visie-de-wezenlijke-wijziging>

Van het veranderen van de 'algemene aard' van de opdracht is volgens de wetgever in ieder geval sprake als:

- 1) een aanbestedende dienst de opdracht wijzigt van een dienst in een werk³;
- 2) een aanbestedende dienst een raamovereenkomst omzet naar een opdracht aan één opdrachtnemer⁴;
- 3) een aanbestedende dienst een wagenpark koopt in plaats van leaset⁵;
- 4) een aanbestedende dienst de verplichting laat vallen dat voedsel in een publieke kantine organisch moet zijn⁶;
- 5) een aanbestedende dienst een optie opneemt waarbij zij 10 bussen aankoopt met een optie tot levering van 100 aanvullende bussen⁷.

Deze voorbeelden raken natuurlijk niet een wijzigingsclausule in de jeugdzorg voor het standaardiseren van een aantal contractuele voorwaarden. Een algemene regel die uit deze voorbeelden volgt is wel van belang om in het oog te houden. Een wijzigingsclausule mag een oorspronkelijk gesloten overeenkomst niet veranderen in "something completely different".⁸ De Europese wetgever vertaalt dit concreet naar een situatie waarbij "other economic operators might have been interested in tendering for the contract had they known this change in content; exempting contracting authorities from the obligation to publish a new call for tender would not be appropriate".⁹

Wel of geen wijziging mogelijk door standaardisatie van contractvoorwaarden?

De standaardisering van contractuele voorwaarden ziet niet op die contractuele voorwaarden die kernbedingen (of: wezenlijke afspraken) bevatten in de (nu nog te sluiten) overeenkomsten en waarvoor inkoopprocedures lopen. De wijzigingsclausule ziet alleen op het aanpassen van zogenaamde niet-kernbedingen (of: randvoorwaarden bij het leveren van de kernbedingen). De standaardisatie raakt daarnaast alleen de niet-kernbedingen waarop gemeenten geen noodzaak hebben tot het gebruiken van hun beleidsvrijheid (denk aan: verantwoording, declareren, voorwaarden hoofd- en onderaannemerschap, *et cetera*). Ook als partijen niet-kernbedingen schrappen in de overeenkomst, bestaan nog steeds bepaalde verbintenissen en is daarmee sprake van een overeenkomst. Gezien de opzet van het project standaardisatie contractvoorwaarden jeugdzorg, lijkt de conclusie te mogen zijn dat ofwel 1) geen sprake is van een wezenlijke wijziging ofwel 2) bij een wijzigingsclausule de algemene aard van de opdracht in ieder geval niet wijzigt.

Voorstel clausule

Gezien al het voorgaande is het verstandig gezien het doel van het project om een wijzigingsclausule op te (laten) nemen in de overeenkomsten waarvoor gemeenten op dit moment een inkoopprocedure doorlopen, ongeacht ook de uitvoeringsvariant. Het is voor alle partijen dan duidelijk dat als de contractstandaard er is, deze binnen een bepaalde periode ook delen van de overeenkomst vervangt. Daarnaast voorkomt het dat de wijziging leidt tot de verplichting opnieuw aan te besteden of een nieuwe toelatingsprocedure te doorlopen.

Het voorstel voor een wijzigingsclausule luidt als volgt:

³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 329, nr. 3, p. 94.

⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 329, nr. 3, p. 94.

⁵ Council of the European Union, 2011/0438 (COD), 14 juni 2012, p. 18.

⁶ Council of the European Union, 2011/0438 (COD), 14 juni 2012, p. 18.

⁷ Council of the European Union, 2011/0438 (COD), 14 juni 2012, p. 20.

⁸ Council of the European Union, 2011/0438 (COD), 14 juni 2012, p. 18.

⁹ Council of the European Union, 2011/0438 (COD), 14 juni 2012, p. 18.

De Opdrachtgever/Gemeente/Inkoopregio wijzigt de overeenkomst tussentijds als contractstandaarden beschikbaar zijn voor dit type overeenkomst (inspanningsgericht, outputgericht, taakgericht). De contractstandaarden kunnen zien op:

- *het gebruikte format voor de overeenkomst;*
- *de beschrijving van de prestaties, zonder de prestaties zelf inhoudelijk te wijzigen;*
- *bepalingen die zien op de levering van jeugdhulp/kinderbeschermingsmaatregelen/jeugdreclassering, zoals indexering, continuïteit van zorg, wachttijden, cliëntenstop, zorgweigerings- en beëindiging, wijzigen zorgbehoefte jeugdige, onderaanneming en vergelijkbare bepalingen;*
- *bepalingen die zien op informatievoorziening, overleg en uitwisseling van gegevens, zoals informatievoorziening aan de gemeente;*
- *bepalingen inzake het gebruik van iJW-standaarden, berichtenverkeer en vergelijkbare bepalingen;*
- *bepalingen inzake declaratie en betaling, zoals onverschuldigde betaling, declaratie en betaling, uitgangspunten voor betaling, budgetplafonds en vergelijkbare bepalingen;*
- *bepalingen inzake fraude, niet-nakoming en geschillen, zoals UBO, fraude, niet nakoming en vergelijkbare bepalingen;*
- *bepalingen inzake duur en einde overeenkomst, zonder de duur van de overeenkomst zelf aan te passen, overdracht van rechten bij fusie en overname, financiële verantwoordelijkheid en vergelijkbare bepalingen;*
- *algemene slotbepalingen, zoals social return, vrijwaring, wijzigen van omstandigheden, geschillenregeling en vergelijkbare bepalingen.*

Opdrachtgever/Gemeente/Inkoopregio neemt deze contractstandaarden ongewijzigd over en laat met de contractstandaarden strijdige bepalingen vervallen, tenzij

- 1) *(een) over te nemen contractstandaard(en) en te laten vervallen bepaling(en) leidt/leiden tot het veranderen van de algemene aard van de opdracht, in welk geval De Opdrachtgever/Gemeente/Inkoopregio alleen die contractstandaard(en) overneemt of bepaling(en) laat vervallen waarbij dat niet het geval is; en/of*
- 2) *een eventuele verhoging van de prijs door de wijziging meer bedraagt dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.*

De Opdrachtgever/Gemeente/Inkoopregio neemt een termijn van maximaal zes maanden in acht, ingaande de dag na het beschikbaar komen van de contractstandaarden, om de wijziging door te voeren.

Opdrachtnemer/Jeugdhulpaanbieder en/of Gecertificeerde instelling weigert de wijziging niet op onredelijke gronden. Als de gevolgen van de wijziging naar het oordeel van Opdrachtnemer/Jeugdhulpaanbieder en/of Gecertificeerde instelling onredelijk zijn, of Partijen anderszins niet tot overeenstemming komen over de (gevolgen van) de wijziging van de overeenkomst, dan heeft Opdrachtnemer/Jeugdhulpaanbieder en/of Gecertificeerde instelling het recht de overeenkomst op te zeggen als Opdrachtgever/Gemeente/Inkoopregio van hem niet kan vergen de overeenkomst ongewijzigd voort te zetten.

Opzegging op grond van dit artikel geeft Partijen geen recht op vergoeding van schade en/of kosten. De mogelijkheid tot wijziging in dit artikel laat het wijzen van de overeenkomst op basis van het bepaalde in art. 2.163b, 2.163d, 2.163e, 2.163f Aanbestedingswet 2012 en overige wijzigingsclausules opgenomen in de overeenkomst onverlet.

Deze bepaling kan in alle typen overeenkomsten een plek krijgen (alle uitvoeringsvarianten in aanbestede overheidsopdrachten of 'open house' overeenkomsten). De omvang en de aard van de wijziging naar de contractstandaard is afgebakend. Hierbij is voor wat betreft de '50%' aansluiting gezocht bij artikel 2.163d lid 1 sub d van de Aanbestedingswet 2012. Dat bepaalt

wijzigingsmogelijkheden bij dezelfde opdrachtnemer als onder andere aanvullende diensten noodzakelijk blijken te zijn en wijzigen van opdrachtnemer te veel kosten met zich meebrengt. De algemene aard van de opdracht wijzigt tot slot niet door deze wijziging: de standaard raakt immers niet de aard (en prijsstelling) van de gecontracteerde diensten (zijnde - vormen van - jeugdhulp, kinderschermingsmaatregelen en jeugdreclassering te leveren tegen een bepaald tarief). Het risico dat andere jeugdzorgaanbieders interesse zouden krijgen in de overeenkomst met het doorvoeren van deze wijzigingen (in essentie verandert er niets aan de afspraken) en daar bezwaar tegen maken – waaruit toch een wijziging van algemene aard blijkt -, lijkt daarmee klein. Bovendien is opgenomen dat als het overnemen van één of meer standaarden in een overeenkomst wel zou leiden tot het veranderen van de algemene aard van de opdracht, de gemeente deze wijziging niet doorvoert (maar andere standaarden wel overneemt). Tot slot is een escape ingebouwd voor de situatie waarin de contractstandaard echt tot onredelijke gevolgen leidt voor jeugdzorgaanbieders. Zij krijgen de mogelijkheid de overeenkomst op te zeggen. Voor de duidelijkheid, deze opzegmogelijkheid kan niet een eventuele strijdigheid met de Aanbestedingswet 'afkopen'. Daar is dit deel van de clausule ook niet voor bedoeld.

Met vriendelijke groet,

Tim Robbe