

Memo Juridische (on)mogelijkheden verstrekken extra financiële middelen

Inleiding

Aanleiding en achtergrond

In deze memo wordt inzicht gegeven in de juridische (on)mogelijkheden met betrekking tot het verlengen van de overeenkomst Jeugdhulp met GO! voor de periode 2023 tot en met 2025 op basis van voor deze periode berekende reële kostprijs.

De oorspronkelijke overeenkomst met GO! (per 1 jan. 2018) bood de mogelijkheid om tweemaal met twee jaar te verlengen; een eerste verlenging per 1 januari 2022 en de tweede verlenging per 1 januari 2024. In 2020 heeft het college besloten de overeenkomst te beëindigen en - om tijd te winnen voor een nieuwe aanbesteding - de eerste verlengingsoptie om te zetten naar een verlenging van één jaar. Dit met als doel een nieuwe overeenkomst Jeugdzorg voor de Rijnstreekgemeenten per 1 januari 2023.

Eind augustus 2021 is na overleg tussen de bestuurders van Kaag en Braassem, Alphen aan den Rijn en GO! voor jeugd de intentie uitgesproken en schriftelijk bevestigd om alsnog te verlengen voor de volledige contractperiode tot en met 2025. Hierbij zou de gemeente Nieuwkoop ook toetreden tot de overeenkomst of aanhaken middels een begrotingssubsidie. In het kader van deze intentie is aan RebelGroup de opdracht verstrekt om voor de komende contractjaren een reële kostprijsberekening te maken.

Reëel budget kan niet op basis van huidige overeenkomst worden verstrekt

Uit de berekeningen van Rebel blijkt dat het reële budget aanzienlijk hoger ligt dan de inschrijfprijs en de aanvullende structurele financiële middelen die de gemeenten op basis van de verschillende addenda verstrekken. Hierdoor ontstaat een financieel gat. Dit gat wordt grotendeels veroorzaakt door een eigen jaarlijkse inleg door (de gezamenlijke leden van) GO! en het ontbreken van een Cao-index in de overeenkomst. GO! heeft inmiddels aangegeven de opdracht voor de jaren 2022 en verder alleen uit te kunnen voeren op basis van de door Rebel berekende reële budgetten.

Hier ontstaat voor de gemeenten een spanningsveld. Enerzijds zijn we gehouden aan de contractuele afspraken waarbij de mogelijkheden om op grond van de Aanbestedingswet (Aw) het contract te wijzigen (in dit geval het opnieuw beschikbaar stellen van extra financiële middelen) beperkt zijn. Aan de andere kant zijn wij eveneens gehouden aan de Jeugdwet, waar in artikel 2.6 lid 1 specifiek is opgenomen dat de colleges verantwoordelijk zijn voor een kwalitatief en kwantitatief toereikend aanbod van jeugdhulp om aan de taken als bedoeld in de artikelen 2.2, 2.3 en 2.4 lid 2 onderdeel b Jeugdwet, te kunnen voldoen.

Juridisch gezien zien wij geen mogelijkheden voor het toekennen van het reële budget voor de **volledige** contractperiode tot en met 2025. Dit is in december 2021 door AKD bevestigd ("de rek is eruit"). Het wel toekennen van een (fors) extra budget zal leiden tot een zogenaamde wezenlijke wijziging (art 2.163g Aw). Een dergelijke wijziging leidt tot de plicht om opnieuw aan te besteden. AKD heeft in haar advisering herhaaldelijk aangegeven dat zij

opnieuw een uitbreiding en/of wijziging van het contract juridisch niet kan onderbouwen in geval van een procedure.

Eén op één opdracht verstrekken

Op dinsdag 18 januari is er een finaal overleg geweest met AKD. De kernvraag hierbij was of/en welke juridische mogelijkheden er zijn voor het toekennen van de extra middelen voor het jaar 2023. Dit om zo ook in 2023 nog door te kunnen met GO! teneinde te kunnen voldoen aan de verplichtingen uit de Jeugdwet en een gedegen aanbesteding te kunnen uitvoeren om per 1 januari 2024 een nieuw contract voor de jeugdhulp te hebben, gebaseerd op reële budgetten, voor de drie gemeenten Kaag en Braassem, Nieuwkoop en Alphen aan den Rijn.

AKD heeft aangegeven dat het toekennen van extra middelen hoe dan ook een wezenlijke wijziging (art. 2.163g Aw) met zich meebrengt. Dit leidt tot een wijziging van het economisch evenwicht van de overeenkomst op niet-voorzien wijze in het voordeel van de opdrachtnemer. Het niet-aanbesteden van een opdracht na een wezenlijke wijziging valt onder de vernietigingsgronden van artikel 4:15 lid 1 Aw. Voor 2023 is er dan feitelijk sprake van een nieuwe opdracht en niet van een verlenging. Normaal gesproken moet je dan, gezien de opdrachtwaarde, opnieuw Europees aanbesteden.

Oplossing is om één op één de opdracht te verstrekken op basis van art. 2.32 (lid 1 sub b2) van de Aw (onderhandelingsprocedure zonder aankondiging waarbij mededinging om technische redenen ontbreekt) de. Uit jurisprudentie blijkt dat dit artikel zeer restrictief uitgelegd en toegepast dient te worden en zeer goed onderbouwd dient te worden wat die technische redenen zijn. In dit specifieke geval is dat gelegen in het gegeven dat geen enkele andere aanbieder in staat kan worden geacht een complexe opdracht van deze omvang voor één jaar uit te voeren.

Argumenten voor nadere onderbouwing zijn o.a. ook: de landelijke ontwikkelingen, het maatschappelijk belang dat met deze opdracht gepaard gaat, het spanningsveld tussen de Jeugdwet (de verplichtingen voor de gemeenten die hieruit voortvloeien) en de Aanbestedingswet en de reële kostprijsberekening. Het is de gemeenten er alles aan gelegen de Jeugdhulp zo goed mogelijk uit te (laten) voeren. Daarnaast verkleinen we het risico op een bezwaar door (in de publicatie, zie hieronder) aan te geven dat we reeds gestart zijn met de voorbereidingen voor een nieuwe aanbesteding Jeugdhulp met de intentie per 1 januari 2024 een nieuw contract te hebben gesloten met een jeugdhulpaanbieder.

Toepassen van art. 2.32 Aw brengt echter wel de verplichting met zich mee op grond van art. 4.16 Aw de opdracht vrijwillig aan te kondigen op TenderNed. Doel van deze zogenaamde vrijwillige transparantie vooraf (door het plaatsen van een aankondiging) is het uitsluiten van de mogelijkheid de overeenkomst achteraf te laten ontbinden (vernietiging met terugwerkende kracht) in verband met een onwettig onderhandse gunning. De mogelijkheid dat een overeenkomst achteraf zijn geldigheid verliest is voor aanbestedende diensten afschrikwekkender dan een eventuele schadeclaim van een belanghebbende die meent benadeeld te zijn door de onderhandse gunning, is het achterliggende idee van de Europese wetgever. Wordt een overeenkomst achteraf ongeldig verklaard, dan zal een aanbestedende

dienst de opdracht immers alsnog Europees moeten aanbesteden en de gehele aanbestedingsprocedure dus moeten doorlopen. De algemene termijn waarbinnen vernietiging moet worden geëist is 6 maanden na de dag waarop de overeenkomst is gesloten. Deze termijn kan teruggebracht worden tot 30 kalenderdagen wanneer de gegunde opdracht via TenderNed in het Europese Publicatieblad is gepubliceerd.

Het risico op het melden van andere gegadigden/ belanghebbenden n.a.v. een vrijwillige aankondiging van deze complexe opdracht voor één jaar, achten wij klein maar kunnen we niet uitsluiten. Wel hebben we op deze wijze de opdracht richting de interne controle en de accountant dan rechtmatig onderbouwd.