

ADVIES INKOOPSTRATEGIE FORENSISCHE ZORG TEN BEHOEVE VAN DJI

**KLANT
AUTEURS**

Dienst Justitiële Inrichtingen en ministerie van Justitie en Veiligheid
Rinke Meijer (projectleider), Wouter Jongebreur en Elliott Thijssen
Juridische toets: Gijs Verberne en Tycho Ruers (Van Doorne N.V.)
12 mei 2021

DATUM

Inhoudsopgave

1	Inleiding	3
1.1	Achtergrond en aanleiding	3
1.2	Onderzoeksvragen	3
1.3	Bestanddelen van de inkoopstrategie	4
1.4	De gevolgde aanpak	4
1.5	Interpretatie van het advies	5
1.6	Leeswijzer	5
2	Juridisch kader	7
2.1	Inleiding	7
2.2	Samenvatting memo juridisch kader	7
3	Analyse van de inkoopbehoefte	8
3.1	Inleiding	8
3.2	De reikwijdte van forensische zorg	8
3.3	De huidige situatie	8
4	Analyse van de markt	13
4.1	Inleiding	13
4.2	Inrichting van de forensische zorgmarkt	13
5	Introductie landschapsgericht aanbesteden	16
5.1	Inleiding	16
5.2	Orderingsopties in een inkoopstrategie	16
5.3	Wat is landschapsgericht aanbesteden?	17
5.4	Landschapsgericht aanbesteden binnen de forensische zorgmarkt	17
5.5	Verschillen met open house procedure	18
6	Contractvorm en -duur en inrichting opdrachtgeverschap	19
6.1	Inleiding	19
6.2	Contractvorm en -duur	19
6.3	Contract- en leveranciersmanagement	20
7	Inrichting aanbesteding	22
7.1	Inleiding	22
7.2	Wijze van aanbesteden	22
7.3	Perceelindeling	25
7.4	Te hanteren stelsel van eisen en criteria	27
A.	Documenten veldconsultatie	35
B.	Memo juridisch kader	36
C.	Afwegingsmodel planning aanbesteding	37
D.	Voorbeelduitwerking gunningscriterium	38

1 Inleiding

1.1 Achtergrond en aanleiding

De Dienst Justitiële Inrichtingen (hierna: DJI) is verantwoordelijk voor de inkoop van forensische zorg. Deze zorg valt globaal onder te verdelen in de Overige Forensische Zorg en de tbs. De Overige Forensische Zorg (OFZ) wordt ingekocht bij particuliere zorgaanbieders, voor de huidige periode op basis van een *open house* procedure. Tbs is door middel van een onderhandse aanbestedingsprocedure bij particuliere zorgaanbieders ingekocht.

Bij de destijds gekozen inkoopstrategie blijkt in de praktijk sprake van een aantal knelpunten. Zo hield de systematiek van voorgeschreven tarieven (onder meer inclusief afslagen) geen stand in het kort geding¹ dat door meerdere zorgaanbieders was aangespannen. In de huidige contractering maakt DJI geen prijs- en volumeafspraken met individuele zorgaanbieders en stuurt DJI beperkt op capaciteit. Hierdoor is er beperkt grip op de macrokosten en is niet altijd het juiste zorgaanbod beschikbaar in bepaalde segmenten. Daarom wenst DJI onderzocht te hebben op welke wijze de forensische zorg idealiter ingekocht kan worden zodat DJI meer kan sturen op kwaliteit en capaciteit en meer grip kan houden op de totale uitgaven. Oftewel, welke inkoopstrategie DJI het beste kan volgen.

Deze inkoopstrategie dient te passen binnen het vigerend juridisch kader. Dit rapport behandelt deze twee onderwerpen aan de hand van de onderzoeksvragen zoals opgenomen in de volgende paragraaf.

1.2 Onderzoeksvragen

DJI en JenV hebben Significant in de offerteaanvraag met kenmerk 101000337818 de volgende twee onderzoeksvragen gesteld.

1.2.1 Deel I: juridisch kader

Kan DJI binnen de huidige aanbestedingswetgeving zorgaanbieders verschillend behandelen (voor wat betreft prijs- en volumeafspraken), waarbij nog steeds de Europese beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, proportionaliteit en transparantie gewaarborgd worden? Zo ja, op welke wijze kan dit geobjectieerd plaatsvinden?

1.2.2 Deel II: inkoopstrategie

Welke inkoopstrategie past het beste bij de inkoopbehoefte van DJI voor de Overige Forensische Zorg en de tbs?

Houd hierbij rekening met:

- a. De (potentiële) markt;
- b. Administratieve lasten voor zowel DJI als zorgaanbieders, enerzijds ten tijde van de contractering, anderzijds in het kader van het contractmanagement.

Betrek hierbij de indeling van de aanbesteding in percelen, rekening houdend met de kenmerken van de markt:

- a. Zorgsetting (klinisch, verblijfszorg, ambulante begeleiding, ambulante behandeling);
- b. Zorgsegment (psychiatrie, gehandicaptenzorg, verslavingszorg);
- c. Mogelijke regionale verschillen;
- d. Het zorglandschap: hoe is het zorgaanbod verdeeld over zorgaanbieders?
- e. De hoeveelheid marktwerking.

¹ [ECLI:NL:RBDHA:2020:544, Rechtbank Den Haag, C-09-583824-KG ZA 19-1139 \(rechtspraak.nl\)](https://rechtspraak.nl/ECLI:NL:RBDHA:2020:544).

Bezie welke perceelindelingen welke differentiatie in de behandeling van zorgaanbieders mogelijk maken.

1.3 Bestanddelen van de inkoopstrategie

De verschillende onderdelen van de onderzoeksvragen sluiten aan op het onderstaande conceptuele model om gestructureerd te komen tot een inkoopstrategie. Op basis van een analyse van de inkoopbehoefte en de markt enerzijds en de gewenste inrichting van het opdrachtgeverschap en de contractvorm anderzijds, kan een passende inkoopstrategie worden bepaald. Die strategie dient te passen binnen het vigerend juridisch kader. Er ontstaat zodoende een volgorde: het kader bepaalt de speelruimte voor opdrachtgeverschap en markt, en dat geeft vervolgens richting aan de 'inkoopstrategie': welke inrichting van aanbestedingsprocedure past het best bij het juridisch kader, de marktmogelijkheden en behoefte van DJI als opdrachtgever?



Figuur 1. Bestanddelen inkoopstrategie

Dit rapport volgt de volgorde van de bestanddelen van dit model.

1.4 De gevolgde aanpak

Onze aanpak volgt de bestanddelen van bovenstaande inkoopstrategie en kenmerkt zich door intensieve interactie met DJI, JenV en afstemming met zorgaanbieders en de Nederlandse Zorgautoriteit. Dit rapport is de vastlegging van het advies en de opbouw hiervan reflecteert de gehanteerde aanpak.

DJI en JenV hebben een gezamenlijke begeleidingsgroep samengesteld, bestaande uit de volgende functionarissen:

- a. DJI:
 - i. Directeur Forensische Zorg en Justitiële Jeugdinrichtingen;
 - ii. Afdelingshoofd Inkoop en Kwaliteit Forensische Zorg;
 - iii. Senior adviseur zorginkoop;
 - iv. Aanbestedingsadviseur;
- b. JenV:
 - i. Programmadirecteur Forensische Zorg;
 - ii. Plaatsvervangend afdelingshoofd Toezicht en Behandeling/teamcoördinator Forensische Zorg;
 - iii. Senior beleidsmedewerker.

Met deze begeleidingsgroep hebben wij periodieke sessies gehad om de verschillende bestanddelen van de inkoopstrategie (zie figuur 1) te bespreken en gezamenlijk toe te werken naar het voorliggende advies voor de inkoopstrategie. Met een werkgroep bestaande uit een afvaardiging van deze begeleidingsgroep hebben wij die sessies voorbereid. Daarnaast hebben wij gedurende het project interviews afgenomen met andere betrokken functionarissen,

waaronder de coördinerend specialistisch adviseur en een functionaris van het Forensisch Plaatsingsloket van DJI en juridische functionarissen van zowel DJI als JenV.

Verder hebben wij ons advies gebaseerd op verkregen relevante interne en externe documenten en data die DJI en JenV beschikbaar hebben gesteld. Een belangrijke bron hierbij was de website www.forensischezorg.nl.

Een belangrijk element van onze aanpak is de afstemming met zorgaanbieders en de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa). Die heeft plaatsgevonden door individuele interviews en een veldconsultatie op 27 november 2020 en 23 februari 2021. Deze interviews hebben wij afgenomen als onderdeel van het tweede bestanddeel van de inkoopstrategie, namelijk de analyse van de markt. Hierin zijn wij het gesprek aangegaan met zorgaanbieders om hun beelden te verkrijgen van hoe zij de huidige samenwerking met DJI ervaren, wat zij in de toekomst graag anders zien en wat zij willen behouden. Onderstaande tabel laat zien welke zorgaanbieders wij hebben gesproken.

Branchevereniging	Organisatie
Valente	a. Exodus Midden Nederland b. Leger des Heils
Vereniging Gehandicaptenzorg NL	a. Middin b. STEVIG
De Nederlandse GGZ	a. De Forensische Zorgspecialisten b. De Rooyse Wissel c. Dimence Groep d. Fivoor e. GGZ Eindhoven
-	Nederlandse Zorgautoriteit

Tabel 1. Geïnterviewde organisaties

Het doel van de veldconsultatie was om de op dat moment bekende contouren van de inkoopstrategie met zorgaanbieders te bespreken. Het gepresenteerde materiaal van de veldconsultatie van 23 februari 2021 hebben wij opgenomen als bijlage A. Het materiaal van de tweede veldconsultatie is gelijk aan die van de eerste veldconsultatie, maar met daarin de inzichten verwerkt die wij in de tussentijd hebben opgedaan. Die inzichten en de eventuele reacties van zorgaanbieders op het gepresenteerde materiaal hebben wij in dit rapport verwerkt.

1.5 Interpretatie van het advies

Voorliggend rapport is, om de termen van de nadere offerteaanvraag van DJI en JenV te hanteren, een 'strategisch inkoopadvies'. Binnen de reikwijdte van onze opdracht en de ons verstrekte informatie is dit, aangevuld met onze expert opinie, het advies voor de inkoopstrategie dat wij DJI en JenV geven. Het advies vergt nadere uitwerking, verdieping en besluitvorming om te kunnen toepassen bij het daadwerkelijk aanbesteden en contracteren van forensische zorg. Wij adviseren daarnaast om de verdere detaillering ook steeds juridisch te laten toetsen. Ook hebben zowel DJI als zorgaanbieders de behoefte aan een marktconsultatie in aanloop naar de aanbestedingsprocedures.

1.6 Leeswijzer

Na dit inleidende hoofdstuk bevat hoofdstuk 2 het advies naar aanleiding van de eerste onderzoeksvraag die betrekking heeft op het juridisch kader. Het hoofdstuk bevat de samenvatting van het advies; het integrale advies is opgenomen als bijlage B.

Vervolgens behandelt hoofdstuk 3 onze analyse van de inkoopbehoefte. Het gaat in op de onderdelen van de forensische zorg, relevante ontwikkelingen die van invloed zijn op de inkoopstrategie en de knelpunten die DJI in de huidige situatie ervaart en die met de nieuwe inkoopstrategie moeten worden opgelost.

Daarna gaan wij in hoofdstuk 4 in op de analyse van de markt. Hierin beschrijven wij hoe de forensische zorgmarkt is georganiseerd en beschrijven wij de tijdens de interviews met zorgaanbieders verkregen beelden. Met de inhoud van de hoofdstukken 3 en 4 leggen wij de basis voor de toekomstige wijze van aanbesteden en samenwerken.

In hoofdstuk 5 introduceren wij een aanbestedings- en contracteringsbenadering die past bij de beelden die wij op basis van de hoofdstukken 3 en 4 hebben verkregen, namelijk landschapsgericht aanbesteden.

Hoofdstuk 6 concretiseert die benadering naar een contractvorm en -duur die past bij wat DJI wenst te bereiken. Hier besteden wij ook aandacht aan de belangrijkste bestanddelen van het te bedrijven contract- en leveranciersmanagement.

In hoofdstuk 7 beschrijven wij de wijze van aanbesteden, de daarbij behorende perceelindeling en de hoofdlijnen van het te hanteren stelsel van eisen en criteria. Hierbij rekening houdend met zorgsetting, zorgsegment en het zorglandschap.

De hoofdstukken 2 tot en met 7 beschrijven gezamenlijk de inkoopstrategie. Vanuit de gedachte dat deze inkoopstrategie nadere verdieping en concretisering behoeft om daadwerkelijk tot het aanbesteden over te kunnen gaan, bevat hoofdstuk 8 ten slotte onze aanbevelingen voor opvolging van de voorliggende inkoopstrategie.

2 Juridisch kader

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk geeft antwoord op de in paragraaf 1.2 geformuleerde vraag: *'Kan DJI binnen de huidige aanbestedingswetgeving zorgaanbieders verschillend behandelen (voor wat betreft prijs- en volumeafspraken), waarbij nog steeds de Europese beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, proportionaliteit en transparantie gewaarborgd worden? Zo ja, op welke wijze kan dit geobjectiveerd plaatsvinden?'*

Van Doorne heeft deze vraag in een memo² beantwoord. Paragraaf 2.2 bevat de samenvatting zoals Van Doorne die heeft opgesteld. De tekst van het integrale memo hebben wij opgenomen als bijlage B.

2.2 Samenvatting memo juridisch kader

De Wet forensische zorg bepaalt dat inkoop van forensische zorg plaatsvindt op basis van (juridisch afdwingbare) contracten. Dergelijke schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel kwalificeren als overheidsopdracht en zijn in beginsel aanbestedingsplichtig.

Voor de inkoop van forensische zorg met een geraamde waarde van minimaal EUR 750.000 exclusief btw zal DJI gebruik moeten maken van de (vereenvoudigde) aanbestedingsprocedure voor sociale en andere specifieke diensten of één van de andere (Europese) aanbestedingsprocedures. DJI moet in ieder geval een (voor)aankondiging van de opdracht bekendmaken en hierin de hoofdkenmerken van de gunningsprocedure beschrijven, toetsen of de inschrijvingen voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde technische specificaties, eisen en normen, een proces-verbaal van de opdrachtverlening maken, een overeenkomst sluiten en de aankondiging van de gegunde opdracht publiceren. DJI is daarbij gebonden aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen inzake gelijkheid (en non-discriminatie), transparantie en proportionaliteit.

Aangezien bij de inkoop van forensische zorg sprake is van overheidsopdrachten dient DJI deze in beginsel (Europees) aan te besteden. Het is DJI toegestaan de 'vereenvoudigde' aanbestedingsprocedure voor sociale en andere specifieke diensten te volgen en die aanbestedingsprocedure zodanig vorm te geven dat de facto sprake is van een Open House systeem. In die aanbestedingsprocedure dient DJI kaders te stellen zodat door de Nederlandse Zorgautoriteit vastgestelde (maximum)tarieven voor forensische zorgverlening niet worden overschreden.

DJI mag zorgaanbieders alleen verschillend behandelen (i.e. verschillende prijs- en volumeafspraken maken) wanneer daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het verschillend behandelen van zorgaanbieders ontstaat, bijvoorbeeld, door het houden van een Europese openbare aanbestedingsprocedure die vooraf wordt aangekondigd en waarvan alle voorwaarden en modaliteiten van te voren op een transparante wijze worden bekendgemaakt. In de aanbestedingsprocedure moeten alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen en moet op een transparante wijze inzichtelijk gemaakt worden hoe inschrijvingen worden beoordeeld en hoe aan de hand daarvan verschillende prijs- en volumeafspraken gemaakt worden met afzonderlijke zorgaanbieders. Na het doorlopen van een dergelijke aanbestedingsprocedure is het DJI toegestaan verschillende prijs- en volumeafspraken te maken met zorgaanbieders, aan de hand van de inschrijvingen van de zorgaanbieders en conform de vooraf bekendgemaakte procedure.

² Memo 'Inkoopstrategie ForZo - Aanbestedingsrechtelijk kader' met referentie 55001289 van 4 mei 2021.

3 Analyse van de inkoopbehoefte

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk beschrijft de inkoopbehoefte van DJI en gaat nader in op de huidige situatie. Wij behandelen welke knelpunten DJI identificeert en daaruit volgend: wat DJI wenst te behouden en te verbeteren. Ten slotte gaan wij in op toekomstige ontwikkelingen die van invloed zijn op de te volgen inkoopstrategie. Een en ander baseren wij op de verkregen documentatie en de interviews die wij met DJI en JenV hebben afgenomen.

3.2 De reikwijdte van forensische zorg

Forensische zorg heeft betrekking op de zorg in het kader van de behandeling van tbs-gestelden en overige forensische zorg, te onderscheiden in de volgende onderdelen (gelijk aan de tot nu toe gehanteerde perceelindeling):

- a. Tbs met dwangverpleging;
- b. Klinische zorg;
- c. Ambulante behandeling;
- d. Ambulante begeleiding en verblijfszorg.

De inkoopdocumenten 2020 zoals gepubliceerd op www.forensischezorg.nl bevatten de definities van deze typen van zorg en de nadere specificaties hiervan. Naar wij hebben begrepen, zijn deze actueel en onverkort van toepassing op de toekomstige behoefte.

Om de inkoopbehoefte te kunnen koppelen aan het marktaanbod, is onder andere ook de geografische reikwijdte van belang. Voor klinische zorg, ambulante behandeling en ambulante begeleiding en verblijfszorg streeft DJI naar een landelijk dekkend zorgnetwerk, zodat zorg zo dicht als mogelijk bij huis van de justitiabele kan worden geleverd. Volgens de geldende plaatsingskaders, die als onderdeel van de genoemde inkoopdocumenten zijn gepubliceerd, is het uitgangspunt dat 'forensische patiënten zo veel mogelijk worden geplaatst in de regio waar de forensische patiënt zal re-integreren'. Wij stellen vast dat voor reistijd of -afstand geen harde normering geldt: *'de instelling wiens vestiging in aanmerking komt voor plaatsing wordt bepaald aan de hand van de kortste reisafstand met de auto'*. Bij tbs is er sprake van plaatsing op basis van een postcodetabel.

Buiten de reikwijdte van de inkoopbehoefte voor OFZ vallen:

- a. Investering bij de Rijksklinieken, bij de rijks Justitiële Jeugdinstellingen (JJJ's) en bij de Penitentiair Psychiatrische Centra (PPC's) (interne aangelegenheden DJI);
- b. Subsidieovereenkomsten met de particuliere JJJ's.

Deze aspecten laten wij in het vervolg van deze rapportage dan ook buiten beschouwing.

3.3 De huidige situatie

Voor de periode 2020 en 2021 heeft DJI voor het contracteren van zorgaanbieders gekozen voor een zogenaamde open house procedure. Hierbij zijn alle zorgaanbieders gecontracteerd die zich hebben aangemeld en aan de minimumvoorwaarden voldoen. De FPC's (beveiligingsniveau 4) zijn een uitzondering hierop, die zijn gecontracteerd door middel van een onderhandse procedure.

Volgens het toetredingsdocument dat als onderdeel van bovengenoemde inkoopdocumenten 2020 is gepubliceerd, hecht DJI waarde aan een landelijk dekkend zorgnetwerk. Er is gekozen voor een opzet waarbij alle zorgaanbieders die voldoen aan minimumvereisten worden toegelaten. DJI heeft hierbij vervolgens - binnen de percelen - geen onderscheid gemaakt tussen grote en kleine aanbieders of tussen bestaande en nieuwe aanbieders: alle partijen die voldeden aan de minimumeisen zijn gecontracteerd met dezelfde voorwaarden. Een kenmerk van een *open house* procedure is dat tussentijdse toetreding van aanbieders mogelijk is. DJI heeft er echter voor gekozen om geen mogelijkheid voor tussentijdse toetreding op te nemen.

DJI heeft volgens de inkoopdocumenten 2020 het volgende aantal aanbieders gecontracteerd.

Zorgtype	Aantal zorgaanbieders	Opmerking
Klinische zorg	29	
Ambulante behandeling	50	
Ambulant begeleiding en verblijfszorg	174	
Tbs-FPK	6	
FPC	5	FPC's zijn separaat gecontracteerd door middel van een enkelvoudig onderhandse procedure
Rijks FPC's	2	Deze zorg valt buiten de reikwijdte van deze inkoopstrategie
PPC's	4	Deze zorg valt buiten de reikwijdte van deze inkoopstrategie

Tabel 2. Aantal zorgaanbieders per zorgtype

Wij merken hierbij op dat een zorgaanbieder meerdere zorgtypen kan leveren.

De looptijd van de overeenkomsten verschilt. Voor klinische zorg, ambulante behandeling en ambulante begeleiding & verblijfszorg is deze twee jaar, met de optie om tweemaal met een periode van twaalf maanden te verlengen. Voor tbs heeft de overeenkomst een initiële looptijd van een jaar, waarbij DJI de mogelijkheid heeft om deze driemaal met een periode van twaalf maanden te verlengen. De ingangsdatum was 1 januari 2020 en met de verschillende verlengingsmogelijkheden is de maximale looptijd van de overeenkomsten in principe tot 1 januari 2024.

3.3.1 De knelpunten die DJI ervaart

In de huidige situatie ervaart DJI een aantal knelpunten. Ten behoeve van het overzicht, hebben wij deze knelpunten onderverdeeld naar de thema's kwaliteit, financieel en opdrachtgeverschap.

Kwaliteit

DJI ervaart:

- a. Beperkte grip op kwaliteit, oftewel de beschikbaarheid van het juiste (kwalitatief goede) zorgaanbod;
- b. Beperkte sturingsmogelijkheden op capaciteit.

Eenzijds kan DJI (logischerwijs) niet sturen op de omvang en de aard van de zorgbehoefte. Anderzijds zorgt het construct van de *open house* procedure met overeenkomsten zonder volumeafspraken ervoor dat DJI onvoldoende invloed heeft op de gecontracteerde capaciteit en de beschikbaarheid van (het regionale) zorgaanbod. Immers, elke zorgaanbieder die zich heeft aangemeld en aan de vereisten voldoet, komt in aanmerking voor contractering. Ongeacht de beschikbare capaciteit die hij kan leveren.

Ten slotte heeft DJI enkel basale afspraken met zorgaanbieders over de samenwerking met andere aanbieders in de zorgketen en hun bijdrage aan het optimaliseren van de in-, door- en uitstroom. Er is derhalve beperkt sturing vanuit DJI mogelijk op de door- en uitstroom; dit speelt met name bij de doorstroom van beveiligde bedden naar verblijfszorg en van verblijfszorg naar ambulante zorg.

Financieel

DJI ervaart:

- a. Beperkte grip op macrokosten;
- b. Discussie over (de onderbouwing van) het tarief.

Door het *open house* model, de hoeveelheid zorgaanbieders en de beperkte mogelijkheid te sturen op capaciteit, heeft DJI ook beperkte grip op de totale kosten van forensische zorg, oftewel de macrokosten. Daarnaast hebben de vastgestelde tarieven en het gebrek aan een deugdelijke onderbouwing van de afslagen op die tarieven tot het eerder aangehaalde kort geding geleid. DJI en JenV beschouwen dit als een markeringspunt in de historie van de forensische zorg en als dieptepunt in de relatie tussen DJI en de aanbieders van forensische zorg. In dit kort geding zijn zorgaanbieders in het gelijk gesteld. DJI heeft uitvoering aan het vonnis gegeven door in overleg met de partijen in het kort geding een aantal maatregelen te treffen:

- a. De tarieven daar waar van toepassing op te hogen tot het 100% NZa-tarief (en de afslagen bij twee ZZP's te handhaven);
- b. De geïntegreerde maximum dagprijs te schrappen en vanaf 2021 een nieuw instrument te introduceren dat ontwikkeld is door de werkgroep Doelmatigheid, bestaande uit een aantal vertegenwoordigers van het veld en DJI;
- c. Een wijze te bepalen waarmee gedurende het contract uitvoering kan worden gegeven aan de 'max-max beleidsregel'. Hiervoor staat de werkgroep Zorgzwaarte, bestaande uit een aantal vertegenwoordigers van het veld en DJI, aan de lat. Dit idee komt erop neer dat voor bepaalde cliënten met complexe problematiek (tot een maximaal aandeel van het totale aantal cliënten) een hoger tarief in rekening gebracht mag worden.

Aangezien alle zorgaanbieders binnen een perceel gelijk behandeld moeten worden (in de gekozen procedure en wijze van contractering), zijn de maatregelen generiek doorgevoerd. Dit zou kunnen betekenen dat er ook zorgaanbieders zijn die de gevraagde kwaliteit van dienstverlening mogelijk wel voor een lager tarief kunnen leveren en nu ook het hogere (100% NZa) tarief vergoed krijgen.

Opdrachtgeverschap

DJI heeft:

- a. Geen prijs- en volumeafspraken met individuele aanbieders;
- b. Een groot aantal aanbieders (met name in de percelen 'ambulante behandeling' en 'ambulante begeleiding en verblijfszorg') en hierdoor hoge beheerlasten.

DJI heeft opgeteld over de verschillende percelen een groot aantal zorgaanbieders gecontracteerd. Zoals eerder vermeld, geldt dat zorgaanbieders ook in meerdere percelen voor kunnen komen. Het netto aantal zorgaanbieders ligt derhalve lager. Dit komt aan de orde in de analyse van de markt, dat volgt op de vaststelling van de inkoopbehoefte. Dit aantal leidt tot een grote beheerlast en intensief contractmanagement. Ook is het gevolg dat de tijd en aandacht van DJI voor het gesprek met een zorgaanbieder gemiddeld beperkt is (de beschikbare tijd voor contractmanagement en relatiebeheer wordt 'dun uitgesmeerd' over veel aanbieders). Daarbij komt dat, zoals eerder aangegeven, met deze zorgaanbieders geen prijs- en volumeafspraken zijn gemaakt, zodat DJI beperkte sturingsmogelijkheden heeft.

Met het realiseren van de inkoopstrategie wenst DJI de hierboven genoemde knelpunten op te lossen. Daarbij geldt nog dat DJI over het algemeen een goede relatie met zorgaanbieders ervaart en een zakelijk relatiemanagement met de betreffende aanbieders wenst te onderhouden.

3.3.2 *Het perspectief van de geïnterviewde zorgaanbieders*

In het kader van deze inkoopstrategie hebben wij diverse zorgaanbieders geïnterviewd en met hen besproken hoe zij de samenwerking met DJI ervaren. In hoofdstuk 1 staat een overzicht van de geïnterviewde zorgaanbieders. Ook hebben wij gesproken met de NZa in de rol van toezichthouder op de zorgmarkt. Deze paragraaf bevat een samenvatting van de verkregen beelden, onderverdeeld naar de thema's kwaliteit, financieel en opdrachtgeverschap.

Kwaliteit

De betrokken zorgaanbieders geven het volgende aan:

- a. Het in de keten gezamenlijk optimaliseren van in-, door- en uitstroom is een aandachtspunt en vindt vooralsnog onvoldoende plaats; DJI hanteert vooral een zorggeoriënteerde en geen markt- of vraaggerichte benadering;
- b. Er is een grote samenwerkingsbereidheid om gezamenlijk de opgave aan te pakken; aanbieders kunnen en willen van elkaar leren en samenwerking in de (forensische) keten begint in een aantal regio's vorm te krijgen;
- c. De gesloten contracten met specifieke zorgaanbieders bieden beperkt ruimte voor flexibiliteit; bijvoorbeeld om (naderhand) aanvullende (niet vooraf geoffreerde) 'bedletters' te leveren;
- d. De betaalbaarheid van (met name) de (klinische) forensische zorg staat onder druk. Het (100%) NZa-tarief is wat de zorgaanbieders betreft in ieder geval nodig om deze zorg te kunnen leveren. Het is voor zorgaanbieders moeilijk om goed personeel te vinden en daarmee staat de kwaliteit van de zorg en/of de betaalbaarheid onder druk (als bijvoorbeeld wordt gekozen voor de inzet van zzp'ers);
- e. De kwaliteit van de zorg staat onder druk door een aantal nieuwe toetreders (met name bij 'verblijf' ofwel beschermd wonen) die weinig ervaring hebben met 'forensisch werken' en de wijze waarop zij invulling geven aan de gestelde eisen; de 'gevestigde' aanbieders hebben hier last van vanwege mogelijke imagoschade voor de sector.

Financieel

De betrokken zorgaanbieders geven het volgende aan:

- a. De gehanteerde tarieven knellen (in ieder geval voor klinische zorg en ambulante behandeling). Mede omdat deze als een integraal tarief gelden, ook voor aanpalende dienstverlening als het ontwikkelen van leerprogramma's en applicaties. Maatwerk is beperkt mogelijk als de behandeling van specifieke justitiabelen daar om vraagt. Deze komen met name bij de grotere aanbieders terecht;
- b. De NZa noemt het Zorgprestatie-model (per 2022) als instrument dat moet bijdragen aan een 'eerlijker' vergoeding (naar verwachting ten gunste van de klinische zorg ten opzichte van ambulante behandeling) en reductie van administratieve lasten. Zorgaanbieders wachten nadere concretisering in spanning af.

Opdrachtgeverschap

De betrokken zorgaanbieders geven het volgende aan:

- a. Sommige zorgaanbieders waarderen het dat er geen plafond is voor wat betreft de te leveren capaciteit;
- b. Er is weinig differentiatie; DJI lijkt in de aansturing van zorgaanbieders geen onderscheid te maken naar type aanbieder en zijn positie in het 'forensische zorgstelsel';
- c. DJI is beperkt in contact met zorgaanbieders. Er is nauwelijks sprake van een inhoudelijk gesprek. Jaargesprekken gaan over cijfers en aantallen en voelen als verantwoording. Vertrouwen mist. Minder dan gewenst gaat het over de inhoud van de zorg en tactische/strategische onderwerpen;

-
- d. Contracten hebben een relatief korte looptijd. Hierdoor komt samenwerking onvoldoende tot stand en ervaren aanbieders bijvoorbeeld beperkte ruimte om te investeren (en te innoveren);
 - e. In dit kader noemen aanbieders ook het aanbesteden als aandachtspunt. De kwaliteit van het proces, de administratieve lasten, de spanning en risico's die het met zich meebrengt.

4 Analyse van de markt

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat in op het tweede bestanddeel van de inkoopstrategie, namelijk de analyse van de forensische zorgmarkt. Wij beschrijven op hoofdlijnen hoe die markt is ingericht, gekoppeld aan de inkoopbehoefte van DJI en gebaseerd op de informatie die DJI ons heeft verstrekt en aangevuld met de beelden die wij hebben verkregen in de gevoerde gesprekken met DJI en zorgaanbieders.

4.2 Inrichting van de forensische zorgmarkt

4.2.1 De door DJI gecontracteerde zorgaanbieders zijn gezamenlijk 'de markt'

Bij het verkennen van de inrichting van de markt, hebben wij ons gericht op de reikwijdte van de zorg zoals wij die in hoofdstuk 3 hebben beschreven:

- a. Tbs met dwangverpleging (FPC en FPK);
- b. Klinische zorg (met beveiligingsniveaus 1 tot en met 4);
- c. Ambulante behandeling;
- d. Ambulante begeleiding en verblijfzorg.

Zoals eerder genoemd, heeft DJI ten behoeve van het sluiten van de huidige contracten een open house procedure gevolgd. Een kenmerk van deze procedure is dat alle aanbieders die zich aanmelden en voldoen aan de vereisten en voorwaarden voor contractering in aanmerking komen. Hierdoor gaan wij ervan uit dat wij met het overzicht van de door DJI gecontracteerde zorgaanbieders, de relevante markt in beeld hebben. Zoals ook in het vorige hoofdstuk aangegeven, heeft DJI volgens de inkoopdocumenten 2020 het volgende aantal aanbieders gecontracteerd.

Zorgtype	Aantal zorgaanbieders
Klinische zorg	29
Ambulante behandeling	50
Ambulant begeleiding en verblijfszorg	174
Tbs - FPK	6
Tbs - FPC	5

Tabel 3. Aantal zorgaanbieders per zorgtype

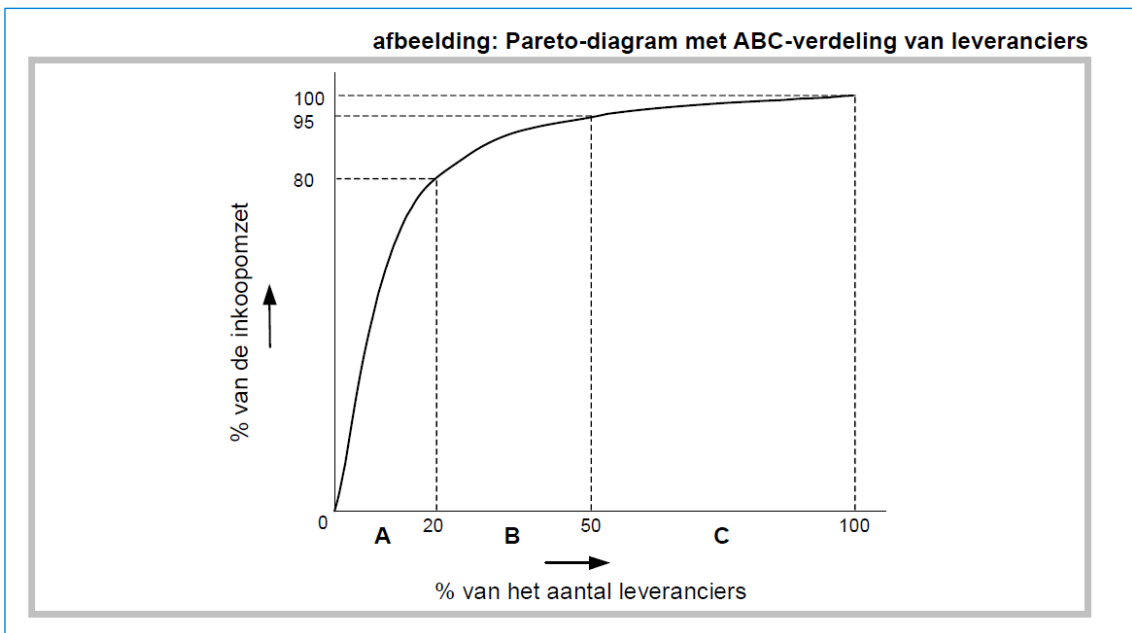
Wij merken hierbij verder op dat rijks FPC's en PPC's geen onderdeel zijn van de scope en dat de aantallen geen unieke zorgaanbieders betreffen. Met andere woorden, een aanbieder kan meerdere zorgtypen leveren.

4.2.2 De ABC-analyse als inkoopmodel ter inspiratie om de forensische zorgmarkt te ordenen

Er zijn diverse hulpmiddelen en inkoopmodellen (zoals de bij inkopers bekende Kraljic-matrix) beschikbaar om te helpen een markt of een leveranciersbestand in kaart te brengen, te segmenteren en mede op basis daarvan passende inkoopstrategieën te kiezen. Een daarvan is de ABC-analyse (of Pareto-analyse). De gedachte achter deze analyse is ook toe te passen voor het ordenen van de forensische zorgmarkt.

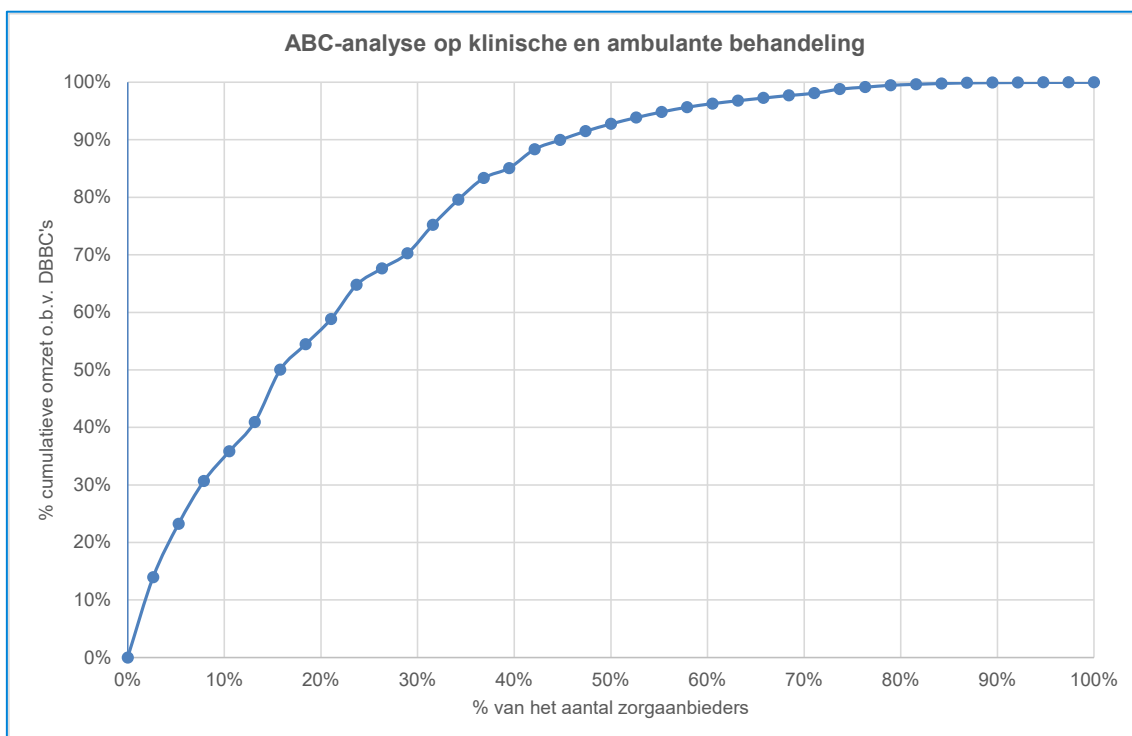
Het ordent de markt relatief simpel naar drie klassen van aanbieders: A, B en C. In figuur 2 geven wij de theorie in het kort weer: enerzijds is een klein aandeel van de leveranciers verantwoordelijk voor een groot deel van de inkoopuitgaven en anderzijds is een groot deel van het aantal leveranciers verantwoordelijk voor maar een klein deel

van de inkoopuitgaven. Dit is 'algemeen geldend' en zien wij in grote lijnen ook als wij dit toepassen op de beschikbare cijfers van de forensische zorg. De uitdaging is voor elke klasse van aanbieders een passende inkoopstrategie te vinden.



Figuur 2. Weergave van de ABC- of Pareto-analyse

Wanneer wij alle aanbieders ordenen naar de geleverde capaciteit aan zorg, dan ontstaat een grafiek: de ABC-analyse. Een pro forma ABC-analyse hebben wij uitgevoerd op de zorgaanbieders voor (klinische en ambulante) behandeling zoals DJI deze heeft gecontracteerd (op basis van verkregen declaratiegegevens over 2018 en 2019). De uitkomst is weergegeven in figuur 3. Voor begeleiding en verblijf is ook een dergelijke analyse gemaakt, die geeft hetzelfde beeld, maar die hebben wij hier niet weergegeven.



Figuur 3. ABC-analyse voor de aanbieders van (klinische en ambulante) behandeling (cijfers 2018 en 2019 (deels))

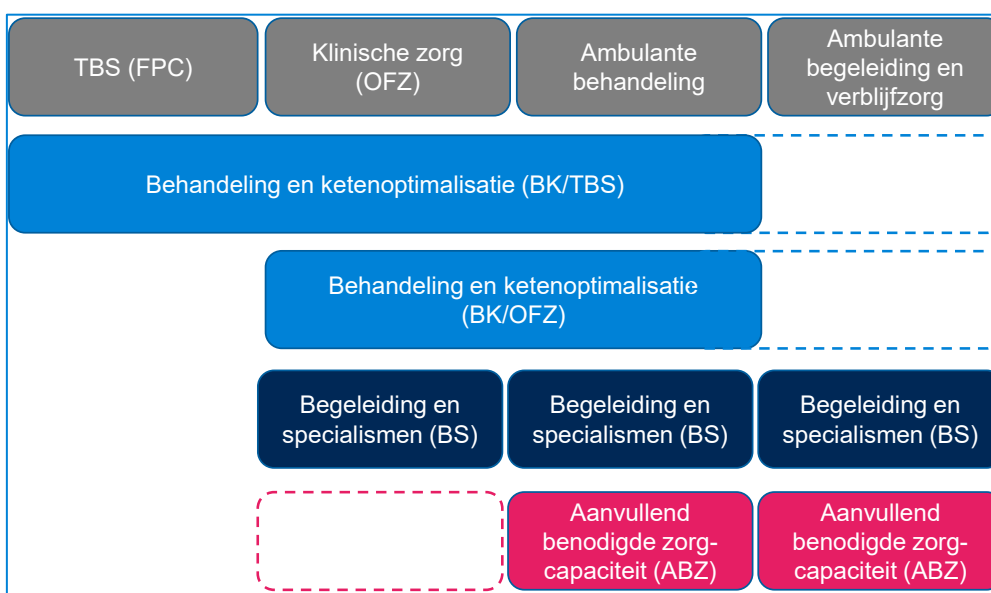
Alhoewel de exacte indeling in drie categorieën met bijbehorende grenzen in zekere zin ook arbitrair is, onderscheiden wij in de analyse van de markt voor forensische zorg de volgende drie segmenten van zorgaanbieders.

Behandeling en ketenoptimalisatie (BK): in termen van de ABC-analyse is dit het segment met A-leveranciers. In dit segment bevinden zich enkele grote zorgaanbieders die (in ieder geval) behandeling leveren en essentieel zijn voor zorgcapaciteit en -continuïteit. Het zijn de bekende en grote aanbieders, met vaak aanzienlijke historie en toegevoegde waarde. Het zijn de aanbieders waar DJI feitelijk niet omheen kan en ook de aanbieders die essentieel zijn om te betrekken in de opgaven in de keten. Er is geen mogelijkheid of wens om het aantal aanbieders in dit segment terug te dringen.

Begeleiding (inclusief verblijf) en specialismen (BS): in termen van de ABC-analyse is dit het segment met B-leveranciers. Dit zijn grote tot middelgrote aanbieders die begeleiding bieden en kleine tot middelgrote zorgaanbieders die met hun specialisme(n) een belangrijke rol hebben in het stelsel en een aanvulling vormen op de capaciteit van de BK-aanbieders. Dit segment is minder homogeen van aard dan die van behandeling en ketenoptimalisatie. Allerlei verschillende aanbieders kunnen zich in dit segment bevinden, van grote en middelgrote aanbieders die verblijf en begeleiding bieden tot nieuwe toetreders in de markt en specialistische instellingen. De totaal door deze aanbieders leverbare zorg is mogelijk groter dan de benodigde zorg: in dat geval is er sprake van overcapaciteit en (enige) marktwerking en ligt hier een noodzaak tot selecteren. Van de beschikbare aanbieders wenst DJI die aanbieders te selecteren die een specifiek doel van DJI dienen.

Aanvullend benodigde zorgcapaciteit (ABZ): in termen van de ABC-analyse is dit het segment met C-leveranciers. Dit zijn een veelheid aan kleine (regionale of lokale) aanbieders. Zij zijn een zeer relevante en nodige aanvulling op het zorglandschap. Dit zijn de aanbieders die een belangrijke bijdrage leveren aan flexibiliteit (bij pieken in de vraag) en nabijheid van de toegang tot de zorg. De uitdaging is hier om het totale aantal zorgaanbieders (en de zorgconsumptie die hiervan uit kan gaan) en de daarbij administratieve lasten beheersbaar te houden.

Gekoppeld aan de diverse typen forensische zorg, laat figuur 4 zien hoe het zorglandschap er conceptueel uitziet. De met stippellijnen aangegeven onderdelen in de figuur laten zien dat er binnen een segment potentieel ook andere zorg geleverd kan worden. Een deel van de aanbieders zal dit wel leveren en andere niet.



Figuur 4. Conceptuele weergave van de forensische zorgmarkt volgens de ABC-analyse

5 Introductie landschapsgericht aanbesteden

5.1 Inleiding

Met de analyse van de inkoopbehoefte en de segmentering van de forensische zorgmarkt in het achterhoofd, introduceren wij in dit hoofdstuk een marktbenadering die wij landschapsgericht aanbesteden noemen. De hoofdstukken daarna zijn gebaseerd op deze benadering en geven er nadere invulling aan.

5.2 Ordeningsopties in een inkoopstrategie

DJI heeft grofweg drie 'ordeningsopties' in haar inkoopstrategie. Deze drie opties hebben wij opgenomen in tabel 4. De keuze voor een van deze opties ligt aan de basis van de te volgen inkoopstrategie.

Nr.	Ordeningsoptie	Toelichting ordeningsopties
1	Segmenteren naar zorginhoud	<p>Kenmerk: de in de praktijk meest gebruikte route om het geheel van de forensische vraag op een behapbare manier uit te vragen in de aanbiedersmarkt, is door de zorgvraag inhoudelijk te segmenteren in logisch samenhangende 'percelen'. De inhoudelijke percelen corresponderen (als het goed is) met dienstverlening die herkenbaar is voor zorgaanbieders, die dan goed positie kunnen kiezen en kunnen besluiten op welk van de percelen zij wel of niet wensen in te schrijven.</p> <p>Geschied voor: zorgsettings en -segmenten met voldoende aanbod (capaciteit en kwaliteit). Daar waar voldoende aanbod of zelfs een overschot aan aanbieders is, lijkt het zorglandschap het meest op een 'volwassen markt' of zelfs op een 'kopersmarkt'. Hier gelden dan ook in een aanbesteding het meest marktwetmatigheden van vraag en (selectie op) aanbod. In markten met voldoende aanbod of een overschot aan aanbieders loopt DJI geen risico op ondercapaciteit en komt zorgcontinuïteit door de selecterende werking van een aanbesteding niet in het geding.</p> <p>Voordelen: door te segmenteren naar inhoud kan de overcapaciteit worden gebruikt om de best passende zorgaanbieders per perceel te selecteren ('concurrentiestelling').</p> <p>Nadelen: de ordening die in de inkoopstrategie ontstaat door het hanteren van inhoudelijke percelen, houdt geen specifieke rekening met het zorglandschap. Daarmee loopt DJI het risico dat ongelijksoortige aanbieders op dezelfde percelen inschrijven. Hiermee dient bij het stellen van eisen en criteria rekening te worden gehouden. Voor zorgaanbieders kan dit een aanbesteding opleveren waarin het eigen type aanbieder niet voldoende wordt herkend (de 'One Size Fits No One'-aanbesteding).</p>
2	Segmenteren naar soort aanbieder	<p>Kenmerk: een alternatief is dat DJI het zorglandschap actief segmenteert naar <i>soort aanbieder</i>. Hier kan bijvoorbeeld een segmentering worden gemaakt zoals in hoofdstuk 4 geschetst.</p> <p>Geschied voor: zorgsettings en -segmenten met op een of meer gebieden onvoldoende aanbod (capaciteit en kwaliteit). Bij onvoldoende aanbod is geen sprake van een 'volwassen markt'. DJI is vaak afhankelijk van een of meer vaste grote aanbieders om überhaupt zorgcontinuïteit te kunnen garanderen. Een reguliere aanbesteding is dan een te beperkt instrument. Door in de inkoopprocedure expliciet rekening te houden met de verschillende soorten aanbieders, kunnen met die verschillende typen aanbieders ook verschillende procedures worden doorlopen en afspraken worden gemaakt.</p> <p>Voordelen: het segmenteren op soort aanbieder levert betere mogelijkheden voor 'maatwerk'. Hoofddoel van een aanbiedersgerichte segmentering is dat zo veel mogelijk aanbieders zich specifiek herkennen in de gestelde zorgvraag, eisen waaraan zij dienen te voldoen en opgave waaraan zij worden gevraagd een bijdrage te leveren.</p> <p>Nadelen: elke gekozen segmentering op soort aanbieder leidt tot arbitraire grenzen. Dit is overigens niet anders bij segmentering op inhoud: de afbakening tussen zorgsetting en -segment kan enigszins arbitrair worden, of niet geheel overeenkomen met hoe zorgaanbieders zich positioneren. Dit risico (niet alle aanbieder herkennen zich in de segmentering) kan worden tegengegaan door via marktconsultatie of dialoog goed te bepalen welke ordening het beste past.</p>

Nr.	Orderingsoptie	Toelichting orderingsopties
3	Mengvormen	<p>Kenmerk: mengvormen van inhoudelijk en zorglandschap gerichte ordening. Bijvoorbeeld: een aanbiedersgerichte segmentering voor delen van klinische zorg en een meer inhoudelijk gesegmenteerde indeling van ambulante behandeling.</p> <p>Geschikt voor: in de praktijk zal er zelden sprake zijn van een zuivere vorm van de eerste twee genoemde orderingsopties. In het zorglandschap in Nederland is er niet snel sprake van 'volledige overcapaciteit en perfecte marktwerking' of juist 'totale ondercapaciteit'. De waarheid ligt in het midden. DJI kan hieraan tegemoet komen door mengvormen te kiezen in de marktsegmentering die zij kiest.</p> <p>Voordelen: door het kiezen voor mengvormen is maatwerk mogelijk die bij het specifieke segment past. Ook heeft DJI de mogelijkheid door de segmenteringskeuzen die zij maakt marktordenend op te treden door bijvoorbeeld via uitvoeringsvoorwaarden marktpartijen te verleiden of forceren om samen in te schrijven, combinaties te maken of een hoofdaannemer/onderaannemer-rol aan te gaan.</p> <p>Nadelen: het kiezen van mengvormen vergt meer specifieke voorbereiding van DJI en goede kennis van de karakteristieken van het zorglandschap.</p>

Tabel 4. Uitwerking orderingsopties

De forensische zorgmarkt lijkt zich in ieder geval deels te karakteriseren als een 'imperfecte markt'. Aanwijzingen hiervoor zijn het beperkte keuzeaanbod, het 'tot elkaar veroordeeld zijn', het hoog-specialistische karakter en de hierdoor stevige toetredingsdrempels. Met het 'tot elkaar veroordeeld zijn' bedoelen wij dat DJI bepaalde zorgtypen of -settings alleen bij een specifieke zorgaanbieder kan afnemen en dat DJI voor die zorgaanbieder een van weinige of soms zelfs enige opdrachtgever is. Ervan uitgaande dat er inderdaad sprake is van imperfectie, menen wij dat DJI er goed aan doet zich te richten op orderingsopties twee en drie. Wij noemen dit **landschapsgericht aanbesteden**. Onderstaand werken wij dit begrip nader uit.

5.3 Wat is landschapsgericht aanbesteden?

Klassiek aanbesteden zonder rekenschap van marktkenmerken, oftewel orderingsoptie 1, heeft als risico dat een 'one size fits all' aanpak wordt gekozen, waarin geen van de verschillende marktsegmenten zich volledig herkennen. Dit leidt vaak tot een 'one size fits no one' situatie. Wanneer 'selecteren' van zorgaanbieders wenselijk is, selecteert een dergelijke one size fits no one aanbesteding vaak vooral de grotere partijen. De markt die na aanbesteding resteert is dan eerder het gevolg van de aanbesteding, dan dat de aanbesteding als middel is ingezet om optimaal gebruik te maken van de expertises en capaciteiten die in de markt aanwezig zijn.

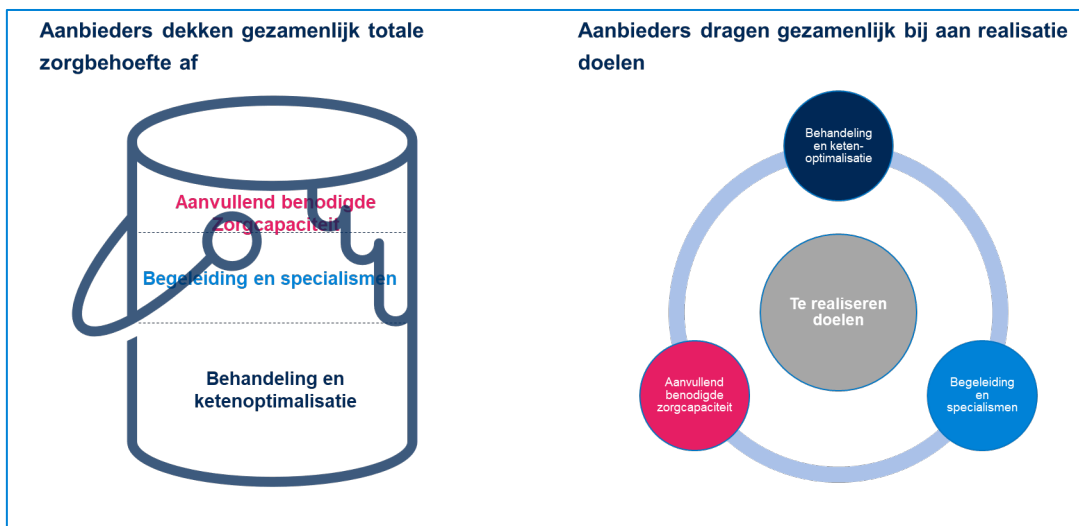
Een alternatieve manier om dit aan te pakken is het om te draaien: landschapsgericht aanbesteden. Oftewel, orderingsoptie 2. Hier wordt een indeling en aanpak gekozen die voor ieder van een aantal duidelijk aan te wijzen marktsegmenten juist 'eigen' voelt, waarbinnen men concurreert met vergelijkbare partijen en waar de mogelijkheid bestaat om een specifieke uitdaging te adresseren, zonder dat dit effect hoeft te hebben op de afspraken die worden gemaakt met aanbieders waarop die uitdaging niet van toepassing is.

Door vooraf transparant te communiceren dat aanbiedersgericht wordt geordend, is DJI in onze optiek gerechtigd om te differentiëren in aanpak tussen verschillende soort aanbieders. De verschillen zijn immers van tevoren transparant bekend en aanbieders kunnen zelf bepalen in welk segment zij zich het best tot hun recht vinden komen. De Aanbestedingswet biedt hiertoe de ruimte.

5.4 Landschapsgericht aanbesteden binnen de forensische zorgmarkt

Bovenstaande benadering betekent dat wij een aanbestedingsaanpak voorstellen die aansluit bij de segmentering zoals wij die in hoofdstuk 4 hebben geïntroduceerd. Concreet betekent dit maatwerk voor elk van de segmenten Behandeling en ketenoptimalisatie (BK), Begeleiding en specialismen (BS) en Aanvullend benodigde zorgcapaciteit (ABZ). De gedachte hierachter is dat de segmenten gezamenlijk de totale zorgbehoefte afdekken en bijdragen aan het realiseren van de doelen van DJI.

In beeldspraak is die zorgbehoefte een te vullen emmer: eerst bekijkt DJI welke zorgbehoefte het segment Behandeling en ketenoptimalisatie kan afdekken, vervolgens welke behoefte het segment Begeleiding en specialismen afdekt en voor de resterende zorgbehoefte die beide segmenten niet bedienen, zet DJI het segment Aanvullend benodigde zorgcapaciteit in. DJI vult de emmer totdat die vol is. Verder draagt elk segment op eigen wijze bij aan het realiseren van de doelen. Grafisch is dit weergegeven in figuur 5.



Figuur 5. Landschapsgericht aanbesteden in de forensische zorgmarkt

5.5 Verschillen met open house procedure

Alvorens deze benadering in het vervolg van dit rapport verder uit te diepen, behandelen wij eerst kort de meest kenmerkende verschillen tussen het eerder toegepaste aanbesteden volgens een open house procedure en landschapsgericht aanbesteden.

Aanbesteden volgens een open house procedure	Landschapsgericht aanbesteden
De procedure is een 'one size fits all' aanpak volgens ordeningsoptie 1 in tabel 4. Segmentering vindt volgens zorginhoud plaats en de markt wordt als een geheel benaderd. Een 'one size fits all' aanpak kan in een markt als die van de forensische zorg leiden tot een 'one size fits no one' aanpak. Dit geldt zowel voor DJI als voor zorgaanbieders.	De forensische zorgmarkt bestaat uit verschillende segmenten. DJI kiest een indeling en aanpak die voor elk van de segmenten 'eigen' voelt. Oftewel, ordening volgens optie 2 in tabel 4. Binnen een segment bevinden zich in zekere zin vergelijkbare partijen. Het is daarmee nadrukkelijk geen zorgsetting.
De procedure houdt geen rekening met marktkenmerken en onderscheidende kenmerken van diverse zorgaanbieders. Met deze aanpak dekt DJI weliswaar de totale zorgbehoefte af, maar kan DJI zorgaanbieders niet in hun kracht zetten om bij te dragen doelen te realiseren.	DJI hanteert per segment een gedifferentieerde aanpak. Die aanpak vertaalt zich in een aanbesteding en contractvorm en leidt ertoe dat de totale zorgbehoefte wordt afgedekt en doelen worden gerealiseerd. Binnen een segment bestaat de mogelijkheid om een voor DJI en het veld specifieke uitdaging te adresseren.
Elke zorgaanbieder die voldoet aan vereisten en voorwaarden komt in aanmerking voor een overeenkomst. Er vindt geen selectie plaats.	In de segmenten waar DJI dat wenselijk vindt, kan selectie van zorgaanbieders plaatsvinden. Hiermee introduceert DJI ordeningsoptie 3 in tabel 4: een mengvorm.
Aanbesteden is administratief betrekkelijk 'luw', het in de uitvoering managen van het totaal aan zorgaanbieders is door de veelheid aan partijen bewerkelijk en beperkt doeltreffend.	Aanbesteden is relatief bewerkelijk, het managen van het totaal aan zorgaanbieders vindt door de gerichte selectie en gedifferentieerd contract- en leveranciersmanagement doeltreffend plaats.

Tabel 5. Verschillen open house procedure en landschapsgericht aanbesteden

6 Contractvorm en -duur en inrichting opdrachtgeverschap

6.1 Inleiding

Dit hoofdstuk beschrijft welke contractvorm en -duur past bij wat DJI wil bereiken en op welke wijze DJI invulling kan geven aan het opdrachtgeverschap. Het begrip opdrachtgeverschap hebben wij in het kader van deze inkoopstrategie vertaald in contract- en leveranciersmanagement.

6.2 Contractvorm en -duur

6.2.1 De raamovereenkomst als passende contractvorm

Zoals in hoofdstuk 2 reeds is beschreven, bepaalt de Wet forensische zorg dat inkoop van forensische zorg plaatsvindt op basis van (juridisch afdwingbare) contracten. Dergelijke schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel kwalificeren als overheidsopdracht.

In het verleden heeft DJI raamovereenkomsten gesloten. Volgens artikel 1.1 van de Aanbestedingswet is dit 'een schriftelijke overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen overheidsopdrachten of speciale-sectoropdrachten vast te leggen'. De overeenkomsten die DJI voor forensische zorg in het verleden heeft gesloten en in de toekomst wenst te sluiten, voldoen aan deze definitie; de zogenaamde technische specificaties en de inhoudelijke, commerciële en juridische voorwaarden van de te leveren zorg zijn bekend, maar dit geldt niet voor het af te nemen aantal behandelingen of begeleidingsuren. In dergelijke gevallen is een raamovereenkomst een passende contractvorm.

Een belangrijke rechtsregel bij toepassing van een raamovereenkomst is dat DJI de maximumhoeveelheid en het maximumbedrag van de forensische zorg dient te vermelden³. Zodra dit maximum is bereikt, heeft de overeenkomst geen effect meer en worden de uitgaven als onrechtmatig aangemerkt. Die objectief geraamde waarde maakt DJI bij publicatie van de aanbesteding bekend. Het vergt nader onderzoek om vast te stellen wat de totale waarde van de raamovereenkomst is.

6.2.2 De looptijd van de raamovereenkomst per segment

In tabel 6 doen wij een richtinggevend advies per segment voor de looptijd, waarbij wij tevens een suggestie doen voor de verdeling tussen de vaste en variabele looptijd.

Segment	Totale looptijd	Verdeling vaste en variabele looptijd
Behandeling en ketenoptimalisatie	8 jaar	1 x 8 jaar
Begeleiding en specialismen	4 jaar	2 + 1 + 1 jaar
Forensische zorgcapaciteit	2 jaar	1 + 1 jaar

Tabel 6. Looptijd raamovereenkomst per segment

³ Hof van Justitie EU (C-216/17, ECLI:EU:C:2018:1034, 19 december 2018).

Wij menen dat DJI en de markt per segment baat hebben bij een looptijd als bovenstaand voorgesteld. Die looptijd is vooral gekoppeld aan de opgave waar partijen gezamenlijk voor staan. Het geeft invulling aan de belangen van beide partijen, waaronder het oplossen van de geïdentificeerde knelpunten, het invulling geven aan de doelen zoals opgenomen in het Kwaliteitskader Forensische Zorg⁴ en het zo veel als mogelijk beperken van de administratieve lasten.

Zoals in hoofdstuk 4 staat beschreven wenst DJI met de zorgaanbieders in het segment Behandeling en ketenoptimalisatie gezamenlijk de uitdagingen in de keten aan te gaan. Hier past geen relatief kortlopend contract bij, maar een langdurige samenwerking die partijen daadwerkelijk in staat stelt om de gezamenlijke opgave aan te pakken, de keten te optimaliseren en hierin ook te investeren. Dat kost tijd en daar moet de raamovereenkomst de ruimte voor bieden. Wij denken daarbij aan een vaste looptijd van acht jaar, met daarbij regelingen om de raamovereenkomst tussentijds te beëindigen. Vaak kent een overeenkomst een vaste looptijd en daarna enkele verlengingsopties. Van een langdurige vaste looptijd gaat nadrukkelijker de intentie van samenwerken uit. Het biedt zorgaanbieders ook een bepaalde vorm van zekerheid. Hierbij merken wij nog op dat conform artikel 2.140 van de Aanbestedingswet de looptijd van een raamovereenkomst niet langer dan vier jaar mag zijn, behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd zijn. Met een goede onderbouwing die gekoppeld is aan de kenmerken van het segment en de te realiseren doelen, menen wij dat DJI met succes een beroep kan doen op de hierboven genoemde uitzonderingsgrond.

Bij het segment Begeleiding en specialismen stellen wij een kortere looptijd voor, namelijk vier jaar. Het voornaamste onderscheid met het segment Behandeling en ketenoptimalisatie is dat het realiseren van de gezamenlijke doelen minder investering van zorgaanbieders vergt. Daarmee is een kortere looptijd gerechtvaardigd. Het is onze ervaring dat een looptijd van maximaal vier jaar opdrachtgever en -nemers voldoende mogelijkheden biedt om gezamenlijke doelstellingen te realiseren.

Bij het segment Aanvullend benodigde zorgcapaciteit gaan wij uit van dezelfde looptijd als in de huidige situatie, namelijk maximaal twee jaar. De reden is dat zorgaanbieders in dit segment primair aan de lat staan om zorg te leveren en DJI aan hen in mindere mate vraagt om te helpen knelpunten op te lossen of andere doelstellingen te realiseren. Dat vraagt minder investering dan de samenwerking in de andere segmenten. Vanuit dat perspectief is er geen reden voor een lange looptijd. Daarnaast wenst DJI dit segment ook in te zetten om nieuwe toetreders een kans te geven. Met een looptijd van twee jaar biedt DJI enerzijds aan gecontracteerde zorgaanbieders voldoende rust om daadwerkelijk zorg te kunnen leveren, maar hebben potentieel nieuwe toetreders anderzijds zicht op periodieke instapmomenten.

6.3 Contract- en leveranciersmanagement

6.3.1 Een contractmanagementregime per segment

Het doel van contract- en leveranciersmanagement (hierna: CLM) is om te komen tot een optimale aansluiting van de behoefte van DJI op de afspraken die in raamovereenkomsten zijn vastgelegd en de wijze waarop de zorgaanbieders daar invulling aan geven. Een belangrijk uitgangspunt bij professioneel CLM is aandacht voor de raamovereenkomst per segment naar gelang belang en omvang voor DJI en de keten. Dit vertaalt zich in inrichting en handelen op operationeel, tactisch en strategisch niveau. Hierbij spelen op hoofdlijnen drie onderwerpen een rol: de **prestatie** van de zorgaanbieder, het **proces** tussen DJI en de zorgaanbieder of een deel van de keten en het optimaliseren van de gehele **keten**. Dit vatten wij in drie verschillende contractmanagementregimes, namelijk een basis, beperkt en volledig regime. Figuur 6 laat zien hoe een en ander zich tot elkaar verhoudt en hoe de basisagenda per segment in het gesprek met de zorgaanbieders ingericht is.

⁴ Het Kwaliteitskader Forensische Zorg moet nog aan Nza worden aangeboden. Ten tijde van onze opdracht hebben wij een concept ingezien.

Segment	Regime	Keten	Proces	Prestatie	Kenmerken voor de basisagenda
Behandeling en ketenoptimalisatie	Volledig regime	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<ul style="list-style-type: none"> • Structureel <u>hoogfrequent overleg</u> • Overleg op zowel <u>operationeel</u>, <u>tactisch</u> als <u>strategisch niveau</u> • Aandacht voor opbouwen, onderhouden en afbouwen van <u>relatie</u> • Aandacht voor hoe partijen <u>elkaar en de keten</u> kunnen verbeteren, gericht op de voor het segment specifieke doelen
Begeleiding en specialismen	Beperkt regime		<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<ul style="list-style-type: none"> • Structureel en <u>frequent overleg</u> over prestatie en vooral proces • Overleg op zowel <u>operationeel</u> als <u>tactisch niveau</u> • Aandacht voor <u>optimalisatiemogelijkheden</u>: <ul style="list-style-type: none"> • van de samenwerking • van de prestaties van de aanbieder, gericht op de voor het segment specifieke doelen
Aanvullend benodigde zorgcapaciteit	Basis regime			<input checked="" type="checkbox"/>	<ul style="list-style-type: none"> • Structureel uitsluitend jaarlijks kwaliteitsoverleg over de prestatie • Overleg op operationeel niveau en jaarlijks op tactisch niveau • Aandacht primair gericht op het leveren van kwalitatief hoogwaardige zorg

Figuur 6. Contractmanagementregime per segment, met onderwerpen en basisagenda per regime

7 Inrichting aanbesteding

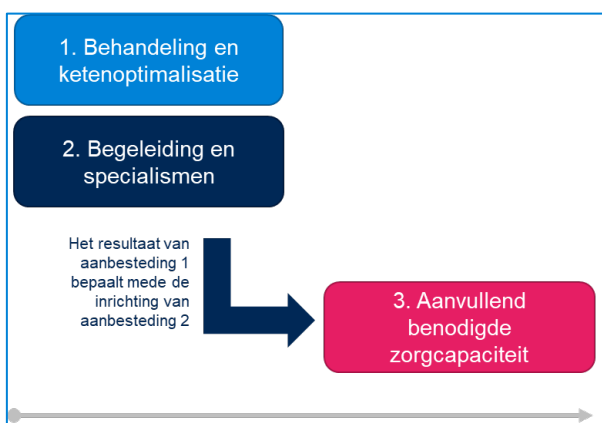
7.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken hebben wij de inkoopbehoefte, te realiseren doelen en op te heffen knelpunten beschreven, hebben wij het begrip landschapsgericht aanbesteden geïntroduceerd en zijn wij ingegaan op hoe de markt is georganiseerd en hebben wij aandacht besteed aan de contractvorm en -duur en het opdrachtgeverschap. Dit hoofdstuk brengt al die zaken bij elkaar en operationaliseert dit concept in de te volgen aanbestedingsprocedures en het te hanteren stelsel van eisen en criteria.

7.2 Wijze van aanbesteden

7.2.1 De volgorde van aanbesteden

Eerder hebben wij aandacht besteed aan hoe DJI de zorgbehoefte kan afdekken en doelen kan realiseren met die segmentering in het achterhoofd. Als basis hierbij dienen de segmenten 'Behandeling en ketenoptimalisatie' en 'Begeleiding en specialismen'. Dit is dan ook de eerste aanbesteding. Daarna, nadat bekend is wat het resultaat is van het aanbesteden van beide segmenten, kan DJI vaststellen waaruit het segment Aanvullend benodigde zorgcapaciteit concreet bestaat. Vanuit deze visie, stellen wij een volgtijdelijke aanpak voor, zoals grafisch weergegeven in figuur 7.



Figuur 7. Volgorde van aanbesteden van de drie segmenten

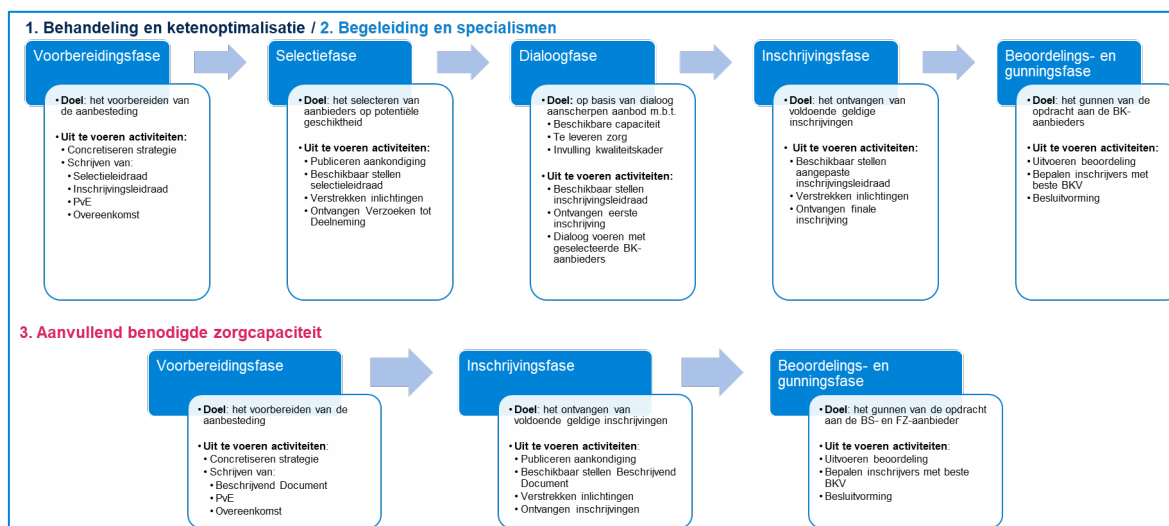
Door niet meer zorgaanbod te contracteren dan benodigd is en de inrichting van de segmenten hierop af te stemmen, draagt deze volgtijdelijke aanpak bij aan het oplossen van het knelpunt 'een groot aantal aanbieders [...] en hierdoor hoge beheerlasten', zoals genoemd in paragraaf 3.3.

7.2.2 Dialoog met zorgaanbieders tijdens de aanbesteding

Zowel DJI als de zorgaanbieders hebben de behoefte geuit om met elkaar de dialoog aan te gaan. Partijen zijn zich ervan bewust dat de administratieve lasten tijdens de aanbesteding daardoor toenemen, maar in dit geval wegen de voordelen tegen de nadelen op. Immers, door tijdens de aanbesteding met elkaar het gesprek aan te gaan over de te leveren zorg en over de bijdrage die zorgaanbieders kunnen leveren aan het realiseren van de doelen, sluiten de vraag van DJI en het aanbod van zorgaanbieders naar verwachting beter op elkaar aan. Bovendien dragen de langere contracttermijnen, zoals voorgesteld in hoofdstuk 5, bij aan een beperking van de administratieve (aanbestedingslasten).

De Aanbestedingswet biedt de ruimte voor een dergelijke dialoog, onder meer bij toepassing van de zogenaamde mededingingsprocedure met onderhandeling of de concurrentiegerichte dialoog. Bij een regulier openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure is die ruimte er slechts in beperkte mate. Wij voorzien dat de dialoog voornamelijk toegevoegde waarde heeft bij de segmenten Begeleiding en ketenoptimalisatie en Behandeling en specialismen. De zorgaanbieders in deze segmenten leveren naar verwachting een significante bijdrage aan het realiseren van de doelen. Omdat forensische zorg zich volgens de Aanbestedingswet kwalificeert als 'sociale en andere specifieke dienst' (SAS) stellen wij hier een SAS-procedure voor die is ingericht zoals de *mededingingsprocedure met onderhandeling*. Vooral in het segment Behandeling en ketenoptimalisatie is die procedure bedoeld om voorafgaand aan contractering het goede gesprek met zorgaanbieders te voeren, niet per se om te selecteren en zorgaanbieders af te laten vallen. Bij deze procedure voert DJI dialoog met zorgaanbieders op basis van hun eerste aanbod. Dit in tegenstelling tot de concurrentiegerichte dialoog, waarbij de dialoog plaatsvindt om de invulling van de opdracht en het aanbod gezamenlijk vorm te geven. Dat alles lijkt niet nodig. Voor het segment Aanvullend benodigde zorgcapaciteit is er minder behoefte aan een dialoog, waardoor hier een van de reguliere aanbestedingsprocedures in onze optiek volstaat.

Figuur 8 laat het verloop van de aanbestedingen zien, waarbij wij per fase van de aanbesteding aangeven wat het desbetreffende doel is en welke activiteiten DJI dient uit te voeren.



Figuur 8. Verloop aanbestedingsprocedures

Het voorbereiden en uitvoeren van twee volgtijdelijke aanbestedingen kent een relatief lange doorlooptijd en is voor zowel DJI als de markt bewerkelijk. Los van de inhoudelijke argumenten zoals bovenstaand geschetst, menen wij dat DJI er om een aantal andere redenen verstandig aan doet om deze lijn te volgen. Ten eerste draagt volgtijdelijk aanbesteden bij aan de beheersbaarheid voor DJI. De volledige zorgmarkt met de drie segmenten betrekken in een aanbesteding die op zichzelf al bewerkelijk is, doet een zeer groot beroep op de organisatie. Door een scheiding aan te brengen, verdeelt DJI het totale aanbod over twee aanbestedingen. Dit komt de beheersbaarheid ten goede. Ten tweede beperkt het houden van twee volgtijdelijke aanbestedingen de administratieve lasten voor de zorgmarkt. Immers, zorgaanbieders die in aanmerking wensen te komen voor een overeenkomst in het segment Aanvullend benodigde zorgcapaciteit hoeven niet deel te nemen aan de intensieve procedure zoals die bij een mededingingsprocedure met onderhandeling. Voor zorgaanbieders die aan beide aanbestedingen wensen deel te nemen geldt dit argument overigens niet.

7.2.3 Mogelijke planning van de aanbestedingen

Initieel hebben wij bekeken of het mogelijk is om de aanbestedingen in 2021 af te ronden. Dit vanwege de expirerende overeenkomsten per 31 december 2021. Indien DJI die tijdlijn wenst te hanteren, dan was bijvoorbeeld een planning van toepassing geweest zoals weergegeven in figuur 9.

Verdieping inkoopstrategie		Vorbereiding aanbesteding		Selectiefase		Inschrijvingsfase		Dialogfase		Beoordelingsfase		Gunningsfase
Januari	Februari	Maart	April	Mei	Juni	Juli	Augustus	September	Oktober	November	December	

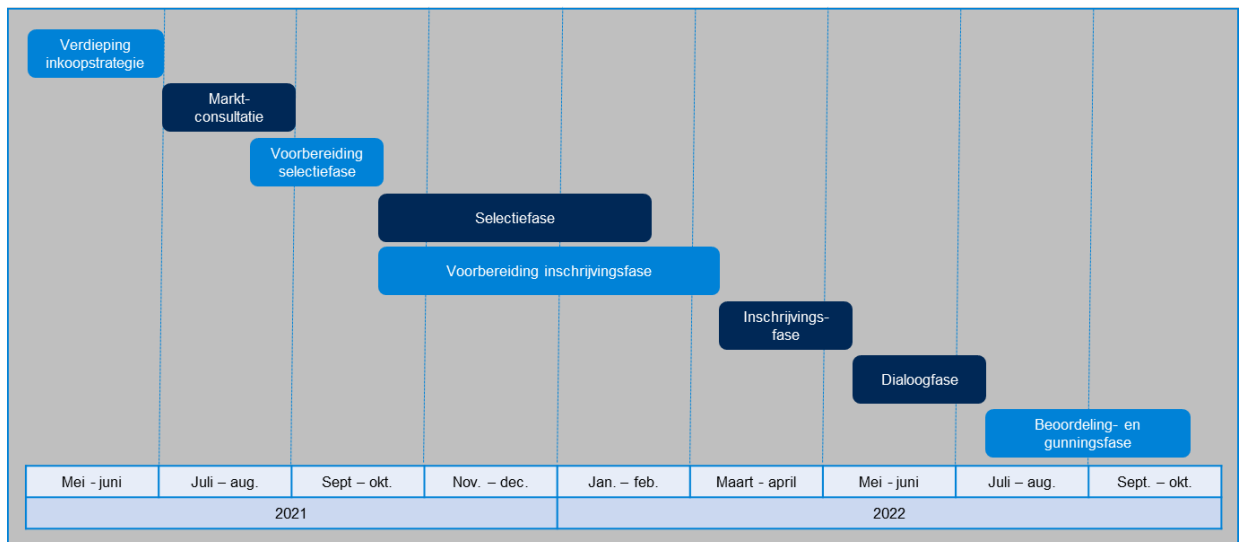
Figuur 9. Planning aanbesteding in 2021

Op basis van deze planning kan DJI de segmenten Behandeling en ketenoptimalisatie en Begeleiding en specialismen aanbesteden. Vanwege de beoogde volgtijdelijkheid van aanbesteden, past het niet om het segment Aanvullend benodigde zorgcapaciteit ook in dit jaar aan te besteden.

Verder plaatsen wij bij deze planning enkele kanttekeningen:

- De voorbereiding en uitvoering van de aanbesteding doet een aanzienlijk beslag op de organisatie van DJI. Dit heeft betrekking op het verder uitwerken van de strategie en het voorbereiden en realiseren van benodigde veranderingen. Van zorgaanbieders vraagt het capaciteit om aan de aanbestedingen deel te nemen;
- De planning houdt geen rekening met de timing van de publicatie van nieuwe tarieven en het zorgprestatie-model en de introductie van het Kwaliteitskader forensische zorg (hierna: KKFZ);
- De planning houdt geen rekening met de door DJI gewenste en aan zorgaanbieders beloofde marktconsultatie voorafgaand aan de start van de aanbesteding;
- De planning houdt geen rekening met de zomerperiode en de dan mogelijk lagere bezetting bij DJI en zorgaanbieders;
- Voorliggend advies hebben wij eind april 2021 aan DJI en JenV aangeboden. Daarmee is het niet meer realistisch om de selectiefase in mei 2021 te starten en de aanbesteding in december 2021 af te ronden.

Als alternatief hebben wij onderstaand een planning uitgewerkt die rekening houdt met deze kanttekeningen. Hierbij rondt DJI de aanbesteding voor 'Behandeling en ketenoptimalisatie' en 'Begeleiding en specialismen' in de loop van 2022 af en kan DJI de aanbesteding voor 'Aanvullend benodigde zorgcapaciteit' daarna in het vervolg van 2022 uitvoeren. Een mogelijke planning van het aanbesteden van de eerste twee segmenten ziet er dan als onderstaand uit.



Figuur 10. Mogelijke planning aanbesteding segmenten Behandeling en ketenoptimalisatie en Begeleiding en specialismen

In bijlage C hebben wij op verzoek van DJI een afwegingsmodel opgesteld dat kan helpen bij de besluitvorming op dit punt. Het model zet het theoretische scenario van aanbesteden in 2021 af tegen het scenario zoals weergegeven in figuur 10.

7.3 Perceelindeling

Landschapsgericht aanbesteden betekent aanbesteden volgens de karakteristieken van de forensische zorgmarkt. De perceelindeling dient hier ook bij aan te sluiten. Een belangrijke keuze in het landschapsgericht aanbesteden, is dat aanbieders zich richten op één perceel. Ze richten zich op het perceel waarin het hoogste beveiligingsniveau overeenkomt met hun eigen zorgaanbod en kunnen alleen dat perceel gegund krijgen. Het geheel aan klinische zorg, ambulante behandeling en (indien aan de orde) verblijf en ambulante begeleiding wordt 'mee gecontracteerd' in hetzelfde perceel. Zorgaanbieders geven daarbij in de aanbesteding aan welke zorg zij kunnen leveren. De percelen richten zich derhalve niet op één zorgsoort, maar op aanbieders die een vergelijkbare positie hebben in het Nederlandse stelsel van de forensische zorg.

Voor de segmenten Behandeling en ketenoptimalisatie en Begeleiding (inclusief verblijfszorg) en specialismen geldt dat de mate van integraliteit van de zorg van belang is. Dit betekent hoe minder percelen, hoe beter. Tegelijkertijd dient DJI zorgaanbieders in staat te stellen in te schrijven op de aanbesteding en een aanbod te doen dat aansluit bij hun organisatie. Dat betekent dat we zoeken naar percelen waarbinnen aanbieders zo goed mogelijk met elkaar te vergelijken zijn. Dit resulteert uiteindelijk in twee percelen gericht op behandeling van tbs-gestelden, vijf percelen gericht op behandeling in de overige forensische zorg en drie percelen gericht op verblijf en begeleiding.

Het is belangrijk deze aanbesteding en genoemde percelen helder af te bakenen ten opzichte van de Aanvullend benodigde zorgcapaciteit (voorstel in vier percelen). De afbakening vindt plaats op basis van minimumeisen ten aanzien van ervaring met het bieden van forensische zorg en een minimumomvang. Aanbieders die kunnen voldoen aan deze eisen doen mee met de aanbesteding in de segmenten Behandeling en ketenoptimalisatie en Begeleiding (inclusief verblijfszorg) en specialismen. Aanbieders die niet aan deze eisen voldoen, kunnen meedoen in de aanbesteding van het segment Aanvullend benodigde zorgcapaciteit. Uiteraard gelden ook hiervoor geschiktheidseisen. Zoals in paragraaf 5.4 geschetst, kan DJI de definitieve inrichting van de aanbesteding Aanvullend benodigde zorgcapaciteit pas vaststellen nadat er zicht is op het resultaat van de aanbesteding van de segmenten Behandeling en ketenoptimalisatie en Begeleiding en specialismen. Pas dan kan DJI bepalen in welke mate de eerste aanbesteding de totale zorgbehoefte afdekt en welke zorg in het segment 'Aanvullend benodigde zorgcapaciteit' dient te worden gecontracteerd.

Net als in de huidige situatie maken we onderscheid in forensische zorg voor tbs-gestelden en overige forensische zorg. Van aanbieders van forensische zorg voor tbs-gestelden verwachten we een belangrijke rol in de keten. We maken onderscheid in twee percelen: de aanbieders met beveiligingsniveau 4 (FPC's) en aanbieders met beveiligingsniveau 3. Een belangrijke rol in de keten van de overige forensische zorg (OFZ) verwachten we in ieder geval van aanbieders met beveiligingsniveau 3.

Wij stellen de volgende indeling van aanbestedingen en percelen voor:

- a. Aanbesteding van Behandeling en ketenoptimalisatie (ketenbrede behandeling) en Begeleiding (inclusief verblijf) en specialismen:
 - i. Tbs-aanbieders:
 - Perceel 1: met beveiligingsniveau 4 als hoogste beveiligingsniveau (FPC's) en vervolgzorg in termen van klinische en ambulante behandeling en (optioneel) verblijf en begeleiding voor tbs-gestelden;
 - Perceel 2: met beveiligingsniveau 3 als hoogste beveiligingsniveau en vervolgzorg in termen van klinische en ambulante behandeling en (optioneel) verblijf en begeleiding voor tbs-gestelden;
 - ii. Aanbieders van behandeling in de overige forensische zorg:
 - Perceel 3: met beveiligingsniveau 3 als hoogste beveiligingsniveau (FPK) en vervolgzorg in termen van klinische en ambulante behandeling en (optioneel) verblijf en begeleiding;
 - Perceel 4: met beveiligingsniveau 2 als hoogste beveiligingsniveau (FPA) en vervolgzorg in termen van klinische en ambulante behandeling en (optioneel) verblijf en begeleiding;

- Perceel 5: met beveiligingsniveau 1 als hoogste beveiligingsniveau en vervolgzorg in termen van klinische en ambulante behandeling en (optioneel) verblijf en begeleiding;
 - Perceel 6: voor ambulante behandeling inclusief FACT en met een regiofunctie;
 - Perceel 7: voor specialistische ambulante behandeling (voor specifieke groepen);
- iii. Aanbieders van ambulante begeleiding en verblijfszorg:
- Perceel 8: met een landelijk, bovenregionaal en/of gespecialiseerd aanbod van verblijf en ambulante begeleiding;
 - Perceel 9: met een regionaal aanbod van verblijf en ambulante begeleiding;
 - Perceel 10: met een regionaal aanbod van ambulante begeleiding (met een nader te bepalen minimum omvang);
- b. Aanbesteding van Aanvullende benodigde zorgcapaciteit (voorlopige indeling):
- i. Perceel 1: Klinische behandeling beveiligingsniveau 1;
 - ii. Perceel 2: Ambulante behandeling;
 - iii. Perceel 3: Verblijf en ambulante begeleiding;
 - iv. Perceel 4: Ambulante begeleiding (zonder verblijf).

Grafisch ziet deze voorgestelde indeling in percelen er als volgt uit.

Aanbesteding 1: Behandeling en ketenoptimalisatie (BK; inclusief tbs) en Begeleiding (inclusief verblijf en specialismen (BS))		Klinische zorg - behandeling				Ambulante behandeling	Verblijf	Ambulante begeleiding
		Beveiligingsniveau						
Perceel	Beschrijving	4 FPC	3 FPK/FVK	2 FPA	1			
1	TBS - Forensisch Psychiatrische Centra (hoogste beveiligingsniveau 4)				vervolgzorg			
2	TBS - Forensisch Psychiatrische Klinieken (hoogste beveiligingsniveau 3)				vervolgzorg			
3	OFZ - Aanbieders met (als hoogste) beveiligingsniveau 3							
4	OFZ - Aanbieders met (als hoogste) beveiligingsniveau 2							
5	OFZ - Aanbieders met (als hoogste) beveiligingsniveau 1 (> minimum omvang)							
6	OFZ - Aanbieders ambulante behandeling met FACT en regiofunctie (> minimum omvang)							
7	OFZ - Aanbieders specialistische behandeling (specifieke doelgroep)							
8	OFZ - Landelijke, bovenregionale en specialistische aanbieders verblijf							
9	OFZ - Regionale aanbieders verblijf (per regio 7a t/m 7j)						Per regio	
10	OFZ - Ambulante begeleiding (> minimum omvang) (per regio 8a t/m 8j)							Per regio
Aanbesteding 2: Aanvullend benodigde zorgcapaciteit (ABZ)								
1	OFZ - klinische behandeling (< minimum omvang voor aanbesteding 1)						Per regio	
2	OFZ - ambulante behandeling (< minimum omvang voor aanbesteding 1)						Per regio	
3	OFZ - verblijf en ambulante begeleiding (< minimum omvang voor aanbesteding 1)						Per regio	
4	OFZ - ambulante begeleiding (< minimum omvang voor aanbesteding 1)							Per regio
		Landelijke plaatsing		Plaatsing o.b.v. specialisme (regionaal / bovenregionaal) en/of regio				
		(1) o.b.v. regio						
		(2) o.b.v. specialisme						

Figuur 11. Voorgestelde indeling in aanbestedingen en percelen

We gaan in principe uit van het uitgangspunt 'één aanbieder, één aanbesteding en één perceel'. Voor aanbieders die naast overige forensische zorg ook zorg aan tbs-gestelden bieden, zal gelden dat ze inschrijven op twee percelen binnen één aanbesteding.

Voor een doelmatige, doeltreffende én rechtmatige aanbesteding is het van belang om de volgende vragen voorafgaand aan de aanbesteding beantwoord te hebben en in de marktconsultatie en in de aanbestedingsdocumenten goed onderbouwd te hebben:

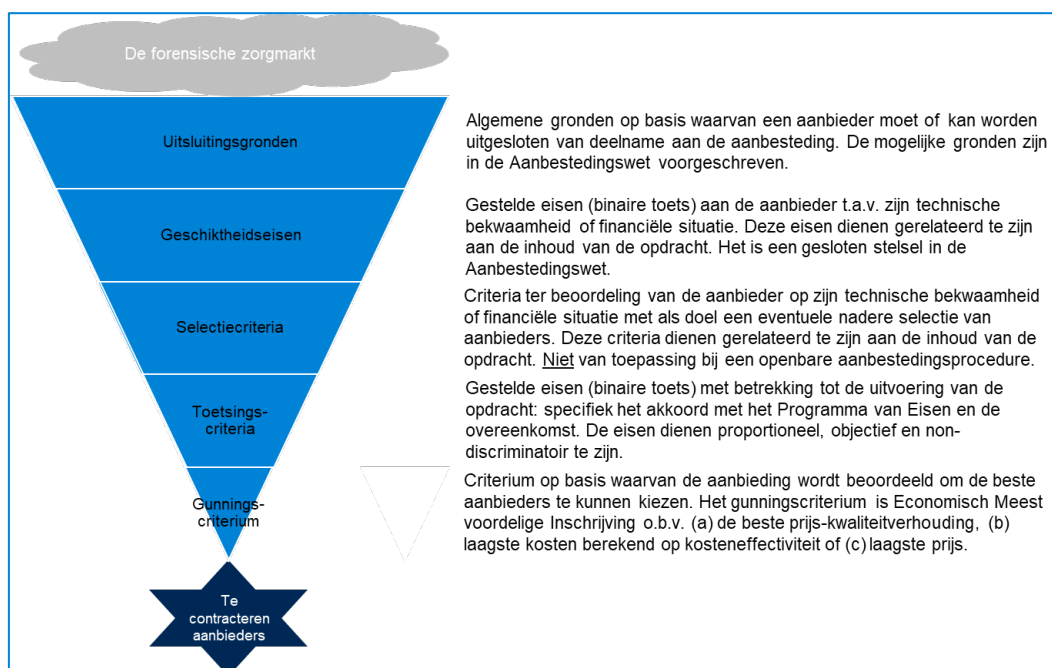
- a. *Allocatievraagstuk*: indien een zorgsetting in verschillende aanbestedingen of percelen is gecontracteerd, hoe komt DJI dan tot een objectieve (en vooral ook rechtmatige) toewijzing van justitiabelen aan de verschillende zorgaanbieders?
- b. *Integraliteitsvraagstuk*: de perceelindeling nodigt uit tot een inschrijving op meerdere percelen en leidt zo tot een zekere versnippering van het totale zorgaanbod. Welke condities kan DJI stellen om integraliteit zo veel als mogelijk te bewaken en ongewenste effecten te beperken?
- c. *Doublurevraagstuk*: indien een zorgaanbieder op meerdere aanbestedingen en/of percelen inschrijft, hiervoor verschillende aanbiedingen doet en die ook gegund krijgt, hoe gaat DJI hier dan mee om?

De volgende uitgangspunten stellen we voor bij de eerder gepresenteerde perceelindeling:

- Aanbieders in een perceel worden gelijk behandeld (ook in de mate van dialoog), maar kunnen wel van elkaar verschillen in kwaliteit en prijs op basis van hun eigen inschrijving;
- Voor zorgsoorten die in meerdere percelen voorkomen, wordt een objectieve wijze van plaatsing vastgesteld, mede op basis van de trajectindicaties die op dit moment, in samenspraak met het veld, worden uitgewerkt;
- Plaatsing bij een aanbieder die gecontracteerd wordt in de eerste aanbesteding heeft, bij gelijke geschiktheid op grond van de plaatsingscriteria, voorrang boven plaatsing bij een aanbieder die is gecontracteerd in de tweede aanbesteding (aanvullend benodigde zorgcapaciteit). Hiermee prevaleert de inhoud van het plaatsingskader bij gelijke geschiktheid boven de aanbesteding- en perceelindeling.

7.4 Te hanteren stelsel van eisen en criteria

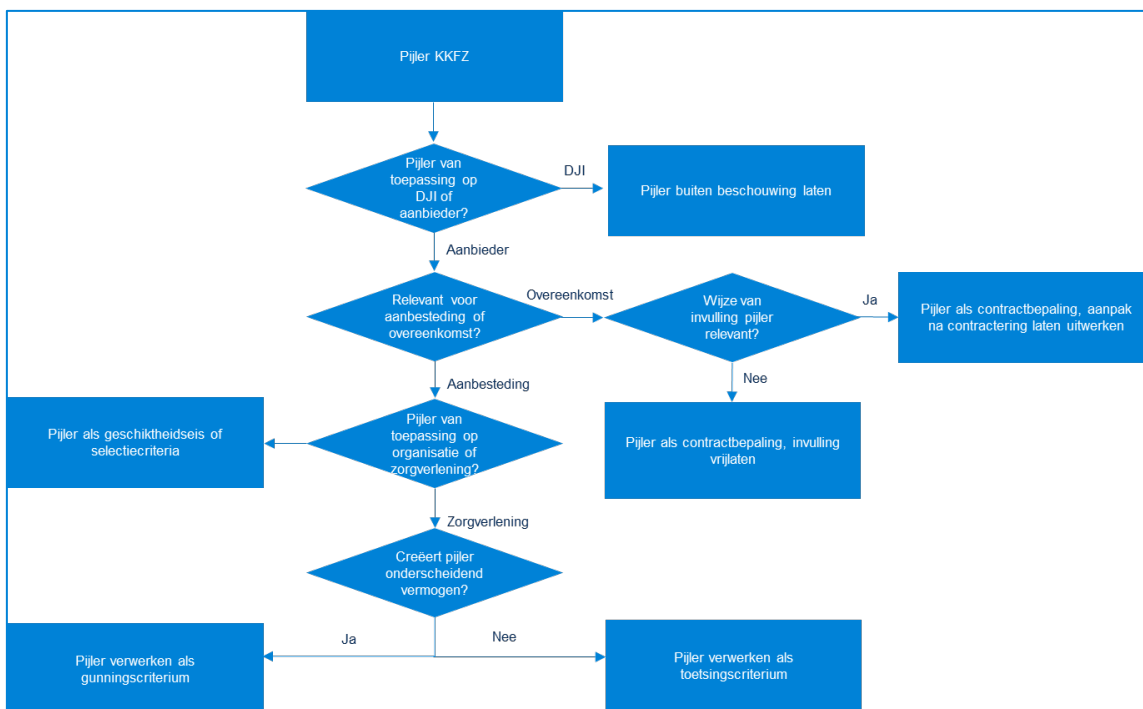
Alvorens in te gaan op de voorgestelde toepassing van eisen en criteria, geven wij eerst voor de juiste interpretatie een definitie van de in dit kader te hanteren begrippen, namelijk uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria, toetsingscriteria en gunningscriterium. Tijdens een aanbesteding is dit ook de volgorde van de te toetsen eisen of te beoordelen criteria. Die gaan van generiek en gericht op de organisatie van de zorgaanbieder naar specifiek en gericht op het concrete aanbod van die zorgaanbieder. Vandaar dat deze chronologie van eisen en criteria in een aanbesteding kan worden weergegeven in de vorm van een trechter: van de gehele forensische zorgmarkt blijven door de toepassing van eisen en criteria de te contracteren zorgaanbieders over. Deze werking en uitleg van begrippen hebben wij opgenomen in het figuur 9.



Figuur 12. Uitleg eisen en criteria

7.4.1 De toepassing van het Kwaliteitskader forensische zorg

DJI wenst het Kwaliteitskader forensische zorg (KKFZ) dat in ontwikkeling is een centrale plek te geven bij het inrichten van de aanbesteding en om het kader daar waar van toepassing te adresseren in de te sluiten raamovereenkomst. Het KKFZ is opgesteld aan de hand van een aantal pijlers, waarover in paragraaf 7.4.3. inhoudelijk meer. Het per segment bepalen welke pijler op welke wijze een plek krijgt in de aanbesteding en/of in de overeenkomst, kan volgens onderstaande beslisboom plaatsvinden.



Figuur13. Beslisboom toepassing KKFZ in de aanbesteding

Wij adviseren DJI om deze exercitie in de verdere voorbereiding van de aanbesteding uit te voeren.

7.4.2 Nadere concretisering uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en toetsingscriteria

In onderstaande tabel hebben wij per segment de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en toetsingscriteria geconcretiseerd. Wij verwijzen hier naar het toetredingsdocument 2020. Dat betreft het document zoals dat onder de inkoopdocumenten 2020 op de website www.forensischezorg.nl is gepubliceerd⁵. De toepassing van het gunningscriterium en de toetsing of beoordeling van het tarief behandelen wij apart.

Soort eis	Behandeling en ketenoptimalisatie	Begeleiding en specialismen	Aanvullend benodigde zorgcapaciteit
Uitsluitingsgrond	Zie toetredingsdocument 2020	Zie toetredingsdocument 2020	Zie toetredingsdocument 2020
Geschiktheidseisen	Zie toetredingsdocument 2020: a. Inschrijving nationaal Handelsregister; b. WTZi-toelating (indien relevant); c. Kwaliteitsborging algemeen. Aanvullend: a. Relevante ervaring (op basis van referenties): i. Behandeling: klinische zorg; ii. Begeleiding: boven-regionaal gevestigd.	Zie toetredingsdocument 2020: a. Inschrijving nationaal Handelsregister; b. WTZi-toelating (indien relevant); c. Kwaliteitsborging algemeen. Aanvullend: a. Relevante ervaring: i. Specialisme en/of; ii. Gevestigde naam in regio.	Zie toetredingsdocument 2020: a. Inschrijving nationaal Handelsregister; b. WTZi-toelating (indien relevant); c. Kwaliteitsborging algemeen. Geen aanvullende eisen.

⁵ [Inkoopdocumenten 2020 | Forensische Zorg.](#)

Soort eis	Behandeling en ketenoptimalisatie	Begeleiding en specialismen	Aanvullend benodigde zorgcapaciteit
Selectiecriteria	Relevante ervaring (op basis van referenties), bijvoorbeeld: a. Aanpalende segmentspecifieke diensten; b. Bijdrage aan ontwikkeling netwerk; c. Regiofunctie; d. Overige relevante aspecten uit kwaliteitskader.	Relevante ervaring (op basis van referenties), bijvoorbeeld: a. Aanpalende segmentspecifieke diensten; b. Relevante aspecten uit kwaliteitskader.	Niet van toepassing.
Toetsingscriteria	a. Programma van eisen; b. Overeenkomst.	a. Programma van eisen; b. Overeenkomst.	a. Programma van eisen; b. Overeenkomst.

Tabel 7. Toe te passen uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en toetsingscriteria

Als onderdeel van het toetsingscriterium 'Programma van Eisen' adviseren wij om elke zorgaanbieder in zijn inschrijving aan te laten geven hoeveel en welke zorg hij binnen de gestelde eisen kan en wil leveren. Dit is daarmee ook een van de gespreksonderwerpen in de dialoof fase. Door het aanbod per aanbieder als toetsingscriterium een plek in de aanbesteding te geven en het na gunning onderdeel te maken van de raamovereenkomst, maakt DJI volumeafspraken met de individuele zorgaanbieders. Door de te leveren hoeveelheid zorg als toetsingscriterium mee te nemen, is dit geen gunningscriterium en krijgt het derhalve geen plek in de beoordeling van de inschrijvingen.

Gezamenlijk over alle zorgaanbieders die DJI in de eerste aanbesteding wenst te contracteren, bepaalt deze werkwijze de hoeveelheid zorg die en het aantal zorgaanbieders dat DJI binnen de segmenten 'Behandeling en ketenoptimalisatie' en 'Begeleiding en specialismen' contracteert; en vervolgens de hoeveelheid zorg die DJI binnen het segment Aanvullend benodigde zorgcapaciteit nog dient te contracteren.

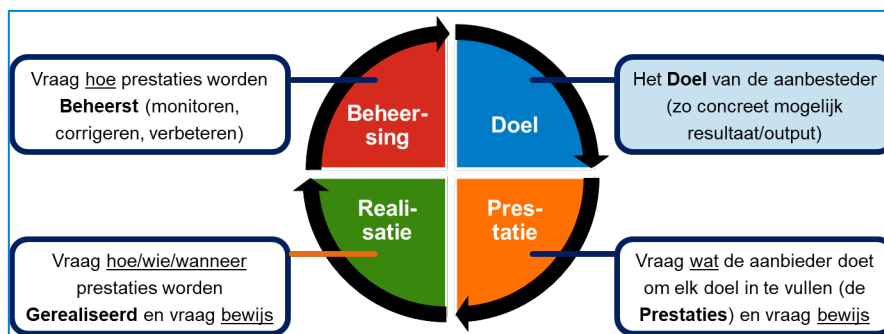
7.4.3 Een mogelijk toe te passen gunningsmodel en de daarbij behorende gunningscriteria

Zoals figuur 9 ook aangeeft, kan DJI conform de Aanbestedingswet de raamovereenkomst gunnen op grond van de economisch meest voordelige inschrijving. Dit dient te worden vastgesteld op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, de laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit (zoals de levenscycluskosten) of de laagste prijs.

Omdat DJI zorgaanbieders aan zich wil binden die bijdragen aan het realiseren van de doelen of het oplossen van knelpunten en kosteneffectiviteit zoals bedoeld in de Aanbestedingswet geen rol speelt, lijkt gunning op basis van beste prijs-kwaliteitverhouding een passende manier.

Hierbij spelen prijs- en kwaliteitscriteria een rol. Bij het in de gunning centraal stellen van doelen of knelpunten past een model dat hier invulling aan geeft. In dat kader hebben wij goede ervaringen met de toepassing van de RADAR-systematiek. RADAR is het onderdeel van de European Foundation for Quality Management (EFQM) dat zich richt op het beoordelen van kwaliteitscriteria. Deze logica biedt een gestructureerde benadering om de prestaties te beoordelen en te begrijpen en de bijdrage van de benaderingen leidend tot die prestaties nader te evalueren en te verfijnen.

Het model gaat uit van het formuleren van gunningscriteria die DJI koppelt aan een te realiseren doelstelling (of op te heffen knelpunt). Zoals te doen gebruikelijk zien gunningscriteria op de inschrijving (het inhoudelijke aanbod) en niet op de inschrijver (de organisatie van de zorgaanbieder). DJI vraagt vervolgens aan de zorgaanbieder om in de offerte aan te geven wat hij gaat doen om het doel in te vullen (prestatie), hoe hij de prestatie realiseert en op welke wijze hij die beheerst. Bij prestatie en realisatie wordt ook concrete bewijsvoering gevraagd. Zo verkleint DJI het risico's op loze beloftes. Grafisch ziet dit model er als volgt uit.



Figuur 14. RADAR-model

De door DJI en zorgaanbieders benoemde knelpunten (zoals beschreven in paragraaf 3.3) of de nog per segment te formuleren doelen staan centraal. Doelen kunnen worden afgeleid van het kwaliteitskader en de pijlers die hierin worden genoemd. De cijfers in onderstaande opsomming verwijzen naar de nummering in het kwaliteitskader.

- a. *Persoonsgerichte zorg in relatie tot veiligheid*: (2) veiligheidsmanagement (risicotaxatie en delictanalyse) ook voor verloven (8); (3) behandel/begeleidingsplan op maat; (5) betrekken netwerk van de patiënt; (6) goede open afschaling; (7) leefklimaat;
- b. *Vakmanschap*: (1) methodisch werken; (2) professionele standaard; (3) vakbekwaam en bevoegd; (4) tijd en ruimte om continu te leren en te ontwikkelen;
- c. *Organisatie van zorg*: (4) organisatie draagt (waar mogelijk) bij aan onderzoek, innovatie en implementatie;
- d. *Samenwerken*: (1) samenwerking buiten de forensische zorg; (2) onderdeel lerend netwerk in de forensische keten; (3) omgang met maatschappij en omgeving;
- e. *Informeren over resultaten*: (2) organisatie werkt mee aan monitoringsinformatie om van elkaar te leren.

Een randvoorwaarde bij het gebruik van het kwaliteitskader is dat de uitwerking van de pijlers eenduidig te interpreteren is en voldoet aan de aanbestedingsrechtelijke grondbeginselen. Verder is het belangrijk om op te merken dat het verhelpen van de knelpunten of het realiseren van de doelen als gunningscriterium binnen de invloedssfeer van de zorgaanbieder dienen te liggen. Anders is het knelpunt of het doel daarvoor waarschijnlijk niet geschikt. Wij adviseren DJI om de inschrijving op elk van de gunningscriteria te beoordelen en een waardering op een schaal van bijvoorbeeld 0 (slechte uitwerking) tot 10 (uitstekende uitwerking) toe te kennen. Om een kwaliteitsdrempel in te bouwen kan DJI verder opnemen dat elke inschrijving gemiddeld of per gunningscriterium minimaal een waardering 'voldoende' dient te hebben. Indien de waardering lager is, legt DJI de offerte ter zijde. Hiermee voorkomt DJI zorgaanbieders te moeten contracteren die volgens de gunningssystematiek onvoldoende kwaliteit leveren.

Als bijlage D bij dit rapport hebben wij een voorbeeld van de inhoudelijke uitwerking van een gunningscriterium opgenomen.

7.4.4 De mogelijkheden van het tarief als onderdeel van de aanbesteding

Het memo over het juridisch kader dat onderdeel uitmaakt van hoofdstuk 2 gaat uitgebreid in op de tariefstelling. In de basis zien wij drie varianten om tarieven mee te nemen in de aanbesteding:

- a. Tarief als toetsingscriterium. DJI bepaalt zelf het tarief, rekening houdend met de tarieven die de NZa heeft vastgesteld, en stelt deze voor in de aanbesteding. Aan aanbieders is het om ja of nee te zeggen tegen het voorgestelde tarief;
- b. Tarief als gunningscriterium. DJI laat de markt het tarief bepalen binnen een door DJI aangegeven bandbreedte die is gebaseerd op de door de NZa vastgestelde tarieven. Aanbieders geven in hun inschrijving aan voor welk tarief zij hun dienstverlening aanbieden. DJI kan hierbij een onderbouwing vragen;
- c. Geen tarief in de aanbesteding. Het tarief wordt niet uitgevraagd en vastgesteld in deze aanbesteding, maar wordt bepaald bij de nadere opdrachten (de plaatsing van justitiabelen).

De drie varianten hebben wij in onderstaande tabel samengevat met daarbij aangegeven de voor- en de nadelen.

Nr.	Variante	Voordelen	Nadelen
1	Tarief als toetsingscriterium Voorgeschreven en vast tarief (Nza), met eventuele toe-/afslag.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Eenduidigheid in tarieven per zorgsetting. ▪ Tarief geen onderdeel van verstrekken nadere opdrachten. ▪ Macro-kosten worden uitsluitend nog beïnvloed door Q. ▪ Geen (schijn van) marktwerking op tarief. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Onderzoeksplicht realiteitsgehalte tarieven en toe-/afslag. ▪ Geen financiële bewegingsruimte aanbieders. ▪ Aanbestedingsrechtelijk kwetsbaar.
2	Tarief als gunningscriterium Binnen realistische bandbreedtes. Uitgedrukt in € of in % afwijking van Nza-tarief.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Financiële bewegingsruimte aanbieders, aanbestedingsrechtelijk minder kwetsbaar dan variant 1. ▪ Potentieel lagere tarieven dan bij generiek vast tarief per zorgsetting. ▪ Tarief geen onderdeel van verstrekken nadere opdrachten. ▪ Macro-kosten worden uitsluitend beïnvloed door Q. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Bepalen bandbreedte per zorgsetting is bewerkelijk. ▪ Onderzoeksplicht realiteitsgehalte bandbreedte. ▪ Differentiatie in tarieven per zorgsetting per aanbieder. ▪ Schijn van marktwerking op tarief.
3	Geen tarief in de aanbesteding Het tarief wordt bepaald bij het aangaan van nadere opdrachten.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Geen 'gedoe' tijdens de aanbesteding. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Verschuiven tariefdiscussie van aanbesteding naar overeenkomst. ▪ Noodzaak om bij nadere opdrachten prijsafspraken te maken. ▪ (Macro-)kosten zijn onvoorspelbaar en onbeheersbaar voor DJI. ▪ Fluctuerende tarieven tijdens looptijd overeenkomst.

Tabel 8. Varianten voor het meenemen van tarieven in de aanbesteding

Bij de toepassing van het tarief als toetsingscriterium (variant 1), zien wij op basis van hoofdstuk 2 een rechtmatigheidsrisico. In dit kader is de overweging van de voorzieningenrechter van de rechtbank Dan Haag in de uitspraak van 28 januari 2020 relevant⁶: "Onder voormelde omstandigheden rust naar het oordeel van de voorzieningenrechter dan ook op DJI een (extra) zware plicht om goed te motiveren i) waarom zij generieke kortingen toepast op de vastgestelde NZa-maximumtarieven en waarom zij de geïntegreerde maximum dagprijs introduceert, ii) waarom zij weigert met zorgverleners te overleggen over toekenning van het max-max-tarief en iii) waarom zij van mening is dat zij met de daarmee geldende tarieven reële tarieven biedt voor de door haar gevraagde zorg. Dat laatste is immers het uitgangspunt. DJI hoeft geen tarieven te bieden die voor elke aanbieder kostendekkend zijn, zoals zij terecht heeft opgemerkt. Dan zou de duurste aanbieder de maatstaf worden, en zou elke prikkel om efficiënt te werken verdwijnen. Er moet echter wel sprake zijn van reële tarieven, waarbij rekening wordt gehouden met de sectorale uitvoeringswerkelijkheid, met de kostprijs van een redelijk efficiënt functionerend aanbieder, en waarbij de prijs niet zodanig laag mag zijn dat het ten koste gaat van de tijdige beschikbaarheid van voldoende, juiste en, kwalitatief hoogwaardige zorg. DJI kan zich er in deze procedure ook niet achter verschuilen dat de NZa haar tarieven mogelijk nog aanpast bij een geslaagd bezwaar/beroep. In dit geding is immers aan de orde of zij zelfstandig aannemelijk kan maken dat de thans door haar aangeboden tarieven adequaat zijn in het licht van de gevraagde zorg. Zij dient kortom te onderbouwen en te motiveren dat de door haar gehanteerde generieke kortingen, de geïntegreerde maximum dagprijs en de wijze waarop zij omgaat met het max-max-tarief leidt tot reële tarieven."

In deze uitspraak oordeelt de rechter derhalve dat DJI, in de situatie dat zij zelf de tarieven vaststelt, moet onderbouwen dat die tarieven reëel zijn. Dit geldt ook als DJI de tarieven van NZa overneemt. Hiermee loopt DJI volgens

⁶ ECLI:NL:RBDHA:2020:544, r.o. 5.5.

aanbestedingsjuristen een zeker rechtmatigheidsrisico. Immers, net als in het bovenstaande kort geding, kunnen zorgaanbieders betwisten dat de door DJI voorgeschreven tarieven reëel zijn.

DJI heeft naar aanleiding van het kort geding aanpassingen doorgevoerd in de contracten met alle aanbieders van klinische en ambulante behandeling. Deze aanpassingen betroffen het niet meer hanteren van afslagen en de introductie van het max-max-tarief. Hierbij heeft DJI één lijn moeten trekken voor alle aanbieders.

Onze inschatting is dat als er in de tarieven die DJI voorstelt geen afslagen worden gehanteerd ten opzichte van de 100%-tarieven van de NZA en er ruimte zit om in specifieke situaties en/of voor specifieke behandelingen een hoger tarief te ontvangen dan het 100%-tarief, het rechtmatigheidsrisico aanzienlijk lager is. Het risico is echter niet uitgesloten. Om die reden adviseren wij vooralsnog om bij de segmenten Behandeling en ketenoptimalisatie en Begeleiding en specialismen het tarief niet als een toetsingscriterium op te nemen, maar om er een gunningscriterium van te maken, waarbij zorgaanbieders, met de NZa-tarieven als norm, zelf een tarief offeren. Uitgaande van een reële bandbreedte voor de tarieven en de ruimte voor dialoog in de aanbesteding van de belangrijke segmenten zou dit tot een goede uitkomst (faire tarieven) moeten leiden.

Uitgangspunt is een fair tarief: niet te weinig, maar ook niet te veel. Het voorstel is om op basis van de NZa-tarieven een bandbreedte voor te stellen, waarbinnen de aanbieders zelf bepalen voor welk tarief zij de zorg kunnen leveren. De NZa heeft een evident belangrijke rol in het stelsel voor het vaststellen van tarieven, dus onze aanbeveling is om de door de NZa vastgestelde tarieven als referentiepunt(en) te gebruiken. Het hanteren van een tarief lager dan het 100% NZa-tarief als bovengrens van de bandbreedte, vraagt net als in variant 1 (tarief als toetsingscriterium) veel van de onderbouwing van het reëel zijn van tarieven.

Ons advies is om in aanbesteding 1 (BK/BS) te kiezen voor de volgende systematiek:

- a. Het gunningscriterium krijgt een relatief laag gewicht en speelt in de gunning een beperkte rol;
- b. Tarieven zijn onderwerp van gesprek in de dialooffase;
- c. Er wordt voor de tarieven een bandbreedte gehanteerd die start onder de 100% NZa-tarief (voorstel: 95%) en eindigt boven (of in sommige gevallen op) het 100% NZa-tarief;
- d. Aanbieders krijgen de gelegenheid om binnen de aangegeven bandbreedte een tarief aan te bieden en deze te onderbouwen met de volgende componenten (van tijdelijke of structurele aard);
 - i. De rol van de aanbieder in onderzoek en innovatie, ketensamenwerking, kwaliteitsnetwerk, et cetera;
 - ii. Bijzondere, objectieveerbare kosten voor huisvesting, arbeidsmarktproblematiek, et cetera;
 - iii. Extra kosten vanwege zorgintensiteit voor complexe doelgroep;
- e. Vervolgens op basis van heldere opslagen doorpraten over de redelijkheid van hogere tarieven.

Onze inschatting vooraf is dat de ruimte naar boven er met name moet zijn voor zwaardere klinische zorg. Ons voorstel is om in aanbesteding 2 (ABZ) te kiezen voor variant 1 (tarief als toetsingscriterium, waarbij het vaste tarief het 100% NZa-tarief is) of variant 2 met een kleine bandbreedte, waarbij het 100% NZa-tarief als maximum geldt. Met dit voorstel verwachten wij dat DJI een belangrijke stap zet in het oplossen van het knelpunt 'discussie over (de onderbouwing van) het tarief'.

Belangrijk aandachtspunt is dat deze benadering effecten heeft op het makro-kader. Het verdient aanbeveling om dit vooraf goed door te rekenen in diverse scenario's.

Wij realiseren ons dat tariefstelling in relatie tot te leveren kwaliteit van zorg en de daaraan gekoppelde (ongewenste effecten van) marktwerking binnen de forensische zorg (politiek) gevoelige onderwerpen zijn en vragen om prudente behandeling. Met de toepassing van het tarief als gunningscriterium zien wij hier voldoende mogelijkheden toe:

- a. *Kies voor een relatief laag gewicht voor tarief.* Door aan kwaliteit een hoog gewicht toe te kennen, neemt het relatieve belang van het tarief af. Als richtinggevende verhouding denken wij aan in ieder geval 80% voor kwaliteit en maximaal 20% voor prijs. Definitieve vaststelling van de weegfactoren vraagt om nadere simulatie;

- b. *Pas een absolute beoordelingsmethode toe.* Bij een dergelijke methode bepaalt DJI de norm op basis waarvan een zorgaanbieder zijn tarief offreert, bijvoorbeeld het NZa-tarief. Zo kan DJI invloed uitoefenen op de geoffreerde hoogte van dit tarief. In de aanbestedingspraktijk zien wij nogal eens dat aanbesteders een relatief beoordelingsmodel toepassen. Oftewel, de laagste aanbieder krijgt het maximaal aantal punten en overige aanbieders krijgen een score naar rato toegekend, bijvoorbeeld volgens de formule (laagste geoffreerde tarief / geoffreerde tarief) x maximaal te behalen aantal punten. Los dat dit tot ongewenste effecten leidt, ontstaat hiermee een 'race to the bottom', het is voor aanbieders immers niet bekend wanneer zij welk puntenaantal halen en hiermee ontstaat een prikkel om laag te offren;
- c. *Hanteer een realistische bandbreedte.* DJI kan sturen op de hoogte van het tarief door een bandbreedte voor te schrijven waarbinnen zorgaanbieders hun tarief moeten offren. Als basis hiervoor kan het NZa-tarief dienen. Door een passende bovengrens (wat is DJI bereid om maximaal te betalen?) en ondergrens (wat vindt DJI dat een zorgaanbieder minimaal dient te ontvangen?) te hanteren, geeft DJI zorgaanbieders enerzijds de ruimte om zelf hun tarief te bepalen, maar stuurt DJI op de hoogte ervan. Voor het bepalen van een realistische bandbreedte adviseren wij om zoveel mogelijk uit te gaan van wat de NZa heeft vastgesteld en onderbouwd: het 100% NZa-tarief.

7.4.5 Gunnen van de raamovereenkomst

Per aanbesteding en per perceel komen de inschrijvers die de economisch meest voordelige inschrijving hebben gedaan op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding voor gunning van de raamovereenkomst in aanmerking.

Wij adviseren DJI om na toepassing van de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en toetsingscriteria een rangorde te maken op basis van de beoordeling van de gunningscriteria. De inschrijver met de hoogste score eindigt op de eerste plaats. Op basis van de zorgbehoefte bepaalt DJI vervolgens hoeveel en welke zorgaanbieders gecontracteerd dienen te worden om die totale behoefte af te dekken. Hiervoor gaat DJI uit van de hoeveelheid zorg die de zorgaanbieder als onderdeel van het toetsingscriterium 'programma van eisen' heeft aangeboden. Daarbij begint DJI bij de zorgaanbieder die als eerste is geëindigd en loopt vervolgens de rangorde af. Alle zorgaanbieders die gezamenlijk de hoeveelheid zorg aanbieden die benodigd is om de totale zorgbehoefte af te dekken, komen voor gunning in aanmerking. De overige inschrijvers niet. Wij illustreren dit met onderstaand fictief cijfervoorbeeld. Dit is een versimpelde weergave van de werkelijkheid en is uitsluitend bedoeld om de werking van het model te laten zien.

De zorgbehoefte die DJI wenst te contracteren is 100 eenheden. DJI heeft zes inschrijvingen ontvangen. Op basis van de beoordeling op de gunningscriteria is de volgende rangorde ontstaan.

Rangorde	Naam inschrijver	Score op gunningscriteria	Hoeveelheid aangeboden zorg
1	A	9	30
2	B	8,5	10
3	C	8	40
4	D	7	20
5	E	6,5	35
6	F	6	5
Totaal aangeboden eenheden zorg			140

Zoals bovenstaand aangegeven, wenst DJI 100 eenheden zorg te contracteren. In dit voorbeeld komen de inschrijvers A, B, C en D voor gunning van de raamovereenkomst in aanmerking. De inschrijvers E en F komen niet voor gunning in aanmerking.

Figuur 15. Cijfervoorbeeld gunning

Wij merken hierbij op dat DJI deze rekenexercitie per perceel en over het totaal aan percelen per aanbesteding heen dient uit te voeren. Zoals in paragraaf 7.3 aangegeven, richten aanbieders zich op het perceel waarin het hoogste beveiligingsniveau overeenkomt met hun eigen zorgaanbod. Het geheel aan klinische zorg, ambulante behandeling en

(indien aan de orde) verblijf en ambulante begeleiding wordt vervolgens 'mee gecontracteerd' in hetzelfde perceel. Bij het bepalen van de totale hoeveelheid zorg die de markt aanbiedt, telt het 'mee gecontracteerde' aanbod uit de percelen met lagere nummers derhalve mee bij het bepalen van het afdekken van de zorgbehoefte in de percelen met de hogere nummers. Wij illustreren dit met een tweede voorbeeld.

Stel dat bovenstaand voorbeeld over het fictieve perceel 17 gaat. Voor de zorgsoort die bij dat perceel hoort is de zorgbehoefte 100 eenheden. Indien in de percelen 1 tot en met 16 van dezelfde aanbesteding deze zorgsoort voor 20 eenheden is mee gecontracteerd, dan hoeft perceel 17 nog slechts $100 - 20 = 80$ eenheden zorg af te dekken. Dit betekent in dit voorbeeld dat inschrijvers alleen inschrijvers A, B en C voor gunning van de raamovereenkomst in aanmerking komen en inschrijver D niet meer. Immers, met het aanbod van inschrijver A, B en C wordt, tezamen met de mee gecontracteerde zorg in de overige percelen, de zorgbehoefte afgedekt.

Deze aanpak draagt bij aan een integrale benadering van de opgave en een beperking van het totaal aantal te contracteren zorgaanbieders.

A. Documenten veldconsultatie

INKOOPSTRATEGIE FORZO

VELDCONSULTATIE OM DE VOORLOPIGE RESULTATEN TE DELEN EN TE BESPREKEN

OPDRACHTGEVERS
AUTEURS
DATUM

Dienst Justitiële Inrichtingen en het Ministerie van Justitie en Veiligheid
Wouter Jongebreur en Rinke Meijer
23 februari 2021

Agenda

- Gevolgde aanpak
- Landschapsgericht aanbesteden
- Wijze van aanbesteden
- Dialoog over de voorgenomen koers
- Vervolg

Gevolgde aanpak



Juridisch kader

- De Wet forensische zorg bepaalt dat inkoop van forensische zorg plaatsvindt op basis van (juridisch afdwingbare) contracten. Dergelijke schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel kwalificeren als **overheidsopdracht** en zijn in beginsel **aanbestedingsplichtig**
- De dienstverlening van een **Tbs(4)-instelling** valt onder de definitie van 'forensische zorg' zoals opgenomen in de Wet forensische zorg. De bovengenoemde aanbestedingsplicht is derhalve ook op die dienstverlening van toepassing
- Voor de inkoop van forensische zorg met een geraamde waarde van minimaal EUR 750.000 exclusief btw zal DJI in beginsel gebruik moeten maken van de **(vereenvoudigde) aanbestedingsprocedure voor sociale en andere specifieke diensten** of één van **de andere (Europese) aanbestedingsprocedures**
- DJI is daarbij gebonden aan de **aanbestedingsrechtelijke beginselen** inzake gelijkheid (en non-discriminatie), transparantie en proportionaliteit
- DJI mag zorgaanbieders voor wat betreft prijs en volume verschillend behandelen als daar een '**objectieve rechtvaardigheidsgrond**' voor bestaat. Oftewel, aan de hand van het aanbod dat een zorgaanbieder tijdens een Europese aanbestedingsprocedure heeft ingediend

Inkoopbehoefte

Inkoopbehoefte

- Klinische zorg van beveiligingsniveau 4 (fpc/tbs) t/m 1
- Ambulante behandeling van FACT t/m forensische poli
- Verblijfszorg van beschermd/begeleid wonen tot maatschappelijke opvang (ZZP 1-5 en ZZP-VG 1-7)
- Ambulante begeleiding (en dagbesteding)

Belangrijk

- Landelijke dekking / zorg zo dichtbij mogelijk
- Voldoende aanbod tegen een redelijke prijs

Wensen (oplossen knelpunten)

- Grip op kwaliteit / het juiste (kwalitatief goede) zorgaanbod
- Kunnen sturen op capaciteit
- Stimuleren ketensamenwerking t.b.v. in-, door-, uitstroom
- Grip op de kosten / heldere prijs- en volumeafspraken
- Beheersbaarheid aantal aanbieders

Deze wensen vloeien voort uit de ervaringen met de huidige situatie, namelijk het open house model

Beelden vanuit de markt o.b.v. interviews

Kwaliteit

- Kwaliteit van zorg onder druk door nieuwe toetreders die niet de 'forensische scherpte' hebben met risico op imagoschade
- Ervaren weinig sturing op in-, door- en uitstroom / oriëntatie is op zorgsoort en niet/minder vraaggericht
- Samenwerking in de keten begint in regio's vorm te krijgen
- Weinig ruimte en flexibiliteit in 'gesloten' contracten om in te spelen op de wijzigende vraag
- Goed personeel moeilijk te krijgen => druk op betaalbaarheid

Financieel / opdrachtgeverschap

- Gehanteerde tarieven knellen voor complexe cliënten (maatwerk), maar ook door afslagen, malus op niet voldoende afschaling en maximum gemiddelde behandelprijs
- Zorgprestatiemodel per 2022 biedt mogelijk uitkomst
- Geen productieplafond is prettig
- Geen differentiatie opdrachtgeverschap naar type aanbieder (omvang, historie, positie in 'het stelsel')
- Beperkt inhoudelijk gesprek; 1 keer per jaar verantwoording
- Korte doorlooptijd contracten / beperkt ruimte voor innovatie
- Administratieve lasten aanbesteden en verantwoording

Introductie landschapsgericht aanbesteden

De huidige situatie – open house procedure

- Open house is een 'one size fits all' aanpak
- 'One size fits all' leidt veelal tot 'one size fits no one'. Dit geldt zowel voor DJI als voor zorgaanbieders
- Het model houdt geen rekening met marktkarakteristieken en onderscheidende kenmerken van diverse zorgaanbieders
- Dit betekent dat die karakteristieken en kenmerken niet optimaal worden ingezet
- Dit resulteert in een situatie zoals die nu is: zowel DJI, JenV als zorgaanbieders zien ruimte voor verbetering

De toekomstige situatie – landschapsgericht aanbesteden

- De forensische zorgmarkt bestaat uit verschillende segmenten.
- DJI kiest een indeling en aanpak die voor elk van de segmenten 'eigen' voelt
- Binnen een segment bevinden zich in zekere zin vergelijkbare partijen. Het is dus geen zorgsetting
- Binnen een segment bestaat de mogelijkheid om een voor DJI en het veld specifieke uitdaging te adresseren
- DJI hanteert per segment een gedifferentieerde aanpak
- Die aanpak vertaalt zich in een aanbesteding en contractvorm en leidt ertoe dat de totale zorgbehoefte wordt afgedekt en doelstellingen worden gerealiseerd
- Elke zorgaanbieder bepaalt zelf in welk segment hij zich het beste tot zijn recht vindt komen. Belangrijk hierbij: elk segment is belangrijk voor DJI
- **Landschapsgericht aanbesteden** is afgeleid van de de ABC-analyse, een theorie uit de inkooppraktijk

Een kort uitstapje naar die inkooptheorie

De ABC-analyse als ordeningsinstrument

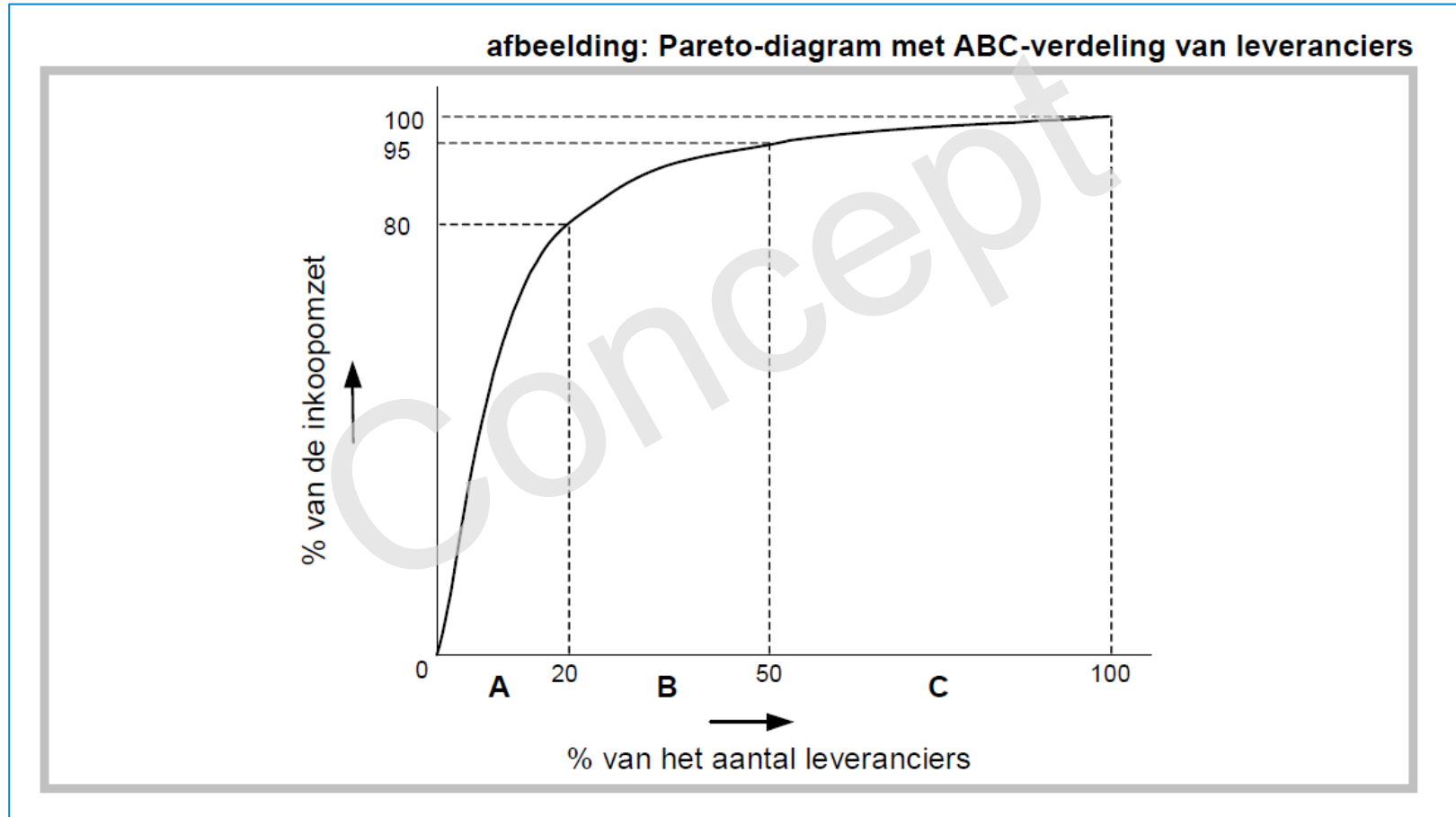
De ABC-analyse is een techniek waarmee de leveranciers of artikelen worden ingedeeld in drie categorieën: A, B en C. Daarbij kan worden gekozen voor verschillende meetvariabelen. De meest gebruikte indeling is de indeling naar geldwaarde. Daarbij stel je een lijst op van leveranciers of artikelen in volgorde van aflopende bijdrage aan de inkoopomzet over een bepaalde tijdsperiode. Vervolgens zet je deze tabel om in een Pareto-diagram.

De drie categorieën van de ABC-analyse staan voor het volgende:

- Categorie A: deze 20% van de leveranciers (of artikelen) vormen circa 80% van de jaarlijkse inkoopomzet.
- Categorie B: deze 30% van de leveranciers (of artikelen) vormen circa 15% van de jaarlijkse inkoopomzet.
- Categorie C: deze 50% van de leveranciers (of artikelen) vormen circa 5% van de jaarlijkse inkoopomzet.

Een kort uitstapje naar die inkooptheorie

De ABC-analyse als ordeningsinstrument



Bron: <https://nevi.nl/kennislab/vakkennis/abc-analyse,-versie-1-1>

Segmenten binnen de forensische zorgmarkt

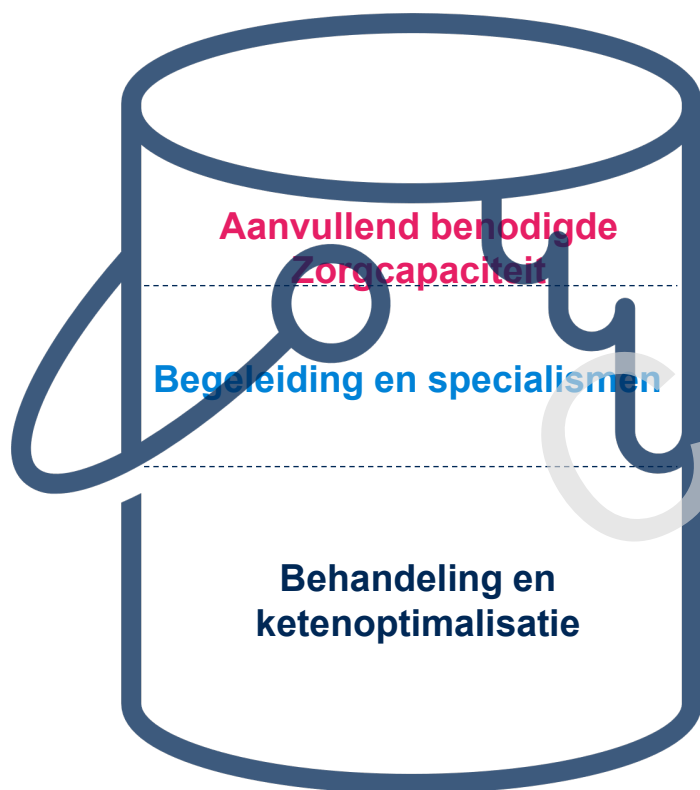
Behandeling en ketenoptimalisatie (BK): in dit segment bevinden zich enkele grote zorgaanbieders die (in ieder geval) behandeling leveren en essentieel zijn voor zorgcapaciteit en -continuïteit. Het zijn de bekende en grote aanbieders, met vaak aanzienlijke historie en toegevoegde waarde. Het zijn de aanbieders waar DJI feitelijk niet omheen kan, en ook de aanbieders die essentieel zijn om te betrekken in de opgaven in de keten. Er is geen wens en mogelijkheid om het aantal aanbieders in dit segment terug te dringen.

Begeleiding en specialismen (BS): dit zijn grote tot middelgrote aanbieders die begeleiding bieden en kleine tot middelgrote zorgaanbieders die met hun specialisme(n) een belangrijke rol hebben in het stelsel en een aanvulling vormen op de capaciteit van de BK-aanbieders. Dit segment is minder homogeen van aard dan die van **behandeling en ketenoptimalisatie**. Allerlei verschillende aanbieders kunnen zich in dit segment bevinden, van grote en middelgrote aanbieders die verblijf en begeleiding bieden tot nieuwe toetreders in de markt, innovatoren en specialistische instellingen. De totaal door deze aanbieders leverbare zorg is mogelijk groter dan de benodigde zorg: in dat geval is er sprake van overcapaciteit en (enige) marktwerking. In dat geval ligt hier een noodzaak tot selecteren. Van de beschikbare aanbieders wenst DJI die aanbieders te selecteren die een specifiek doel van DJI dienen.

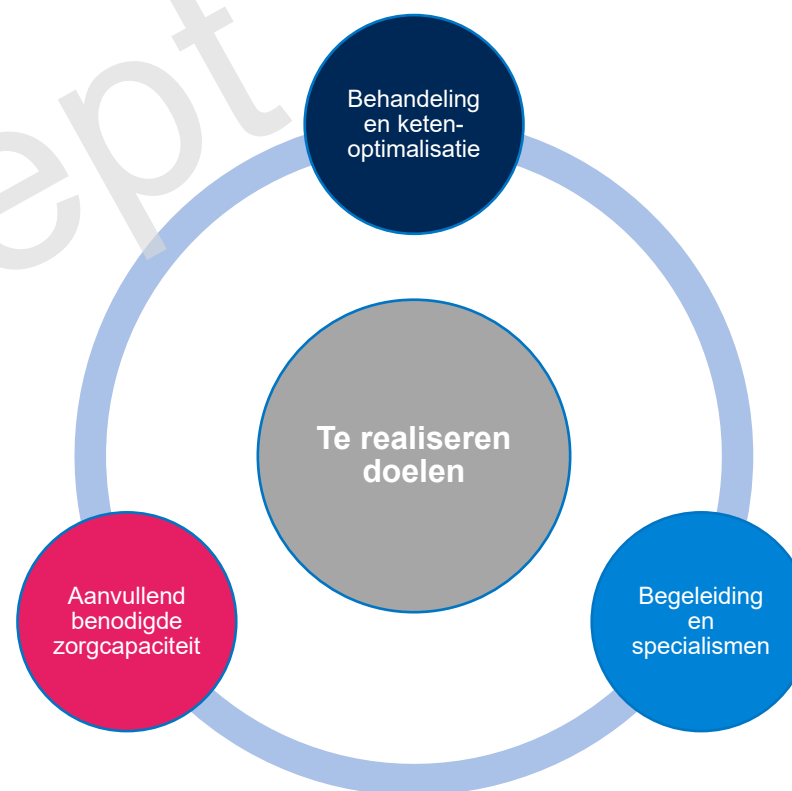
Forensische zorgcapaciteit (FZ): dit zijn een veelheid aan kleine (regionale of lokale) aanbieders. Zij zijn een zeer relevante en nodige aanvulling op het zorglandschap. Dit zijn de aanbieders die een belangrijke bijdrage leveren aan flexibiliteit (bij pieken in de vraag) en nabijheid van de toegang tot de zorg. De uitdaging is hier om het totale aantal zorgaanbieders (en de zorgconsumptie die hiervan uit kan gaan) en de daarbij administratieve lasten beheersbaar te houden.

Segmenten binnen de forensische zorgmarkt

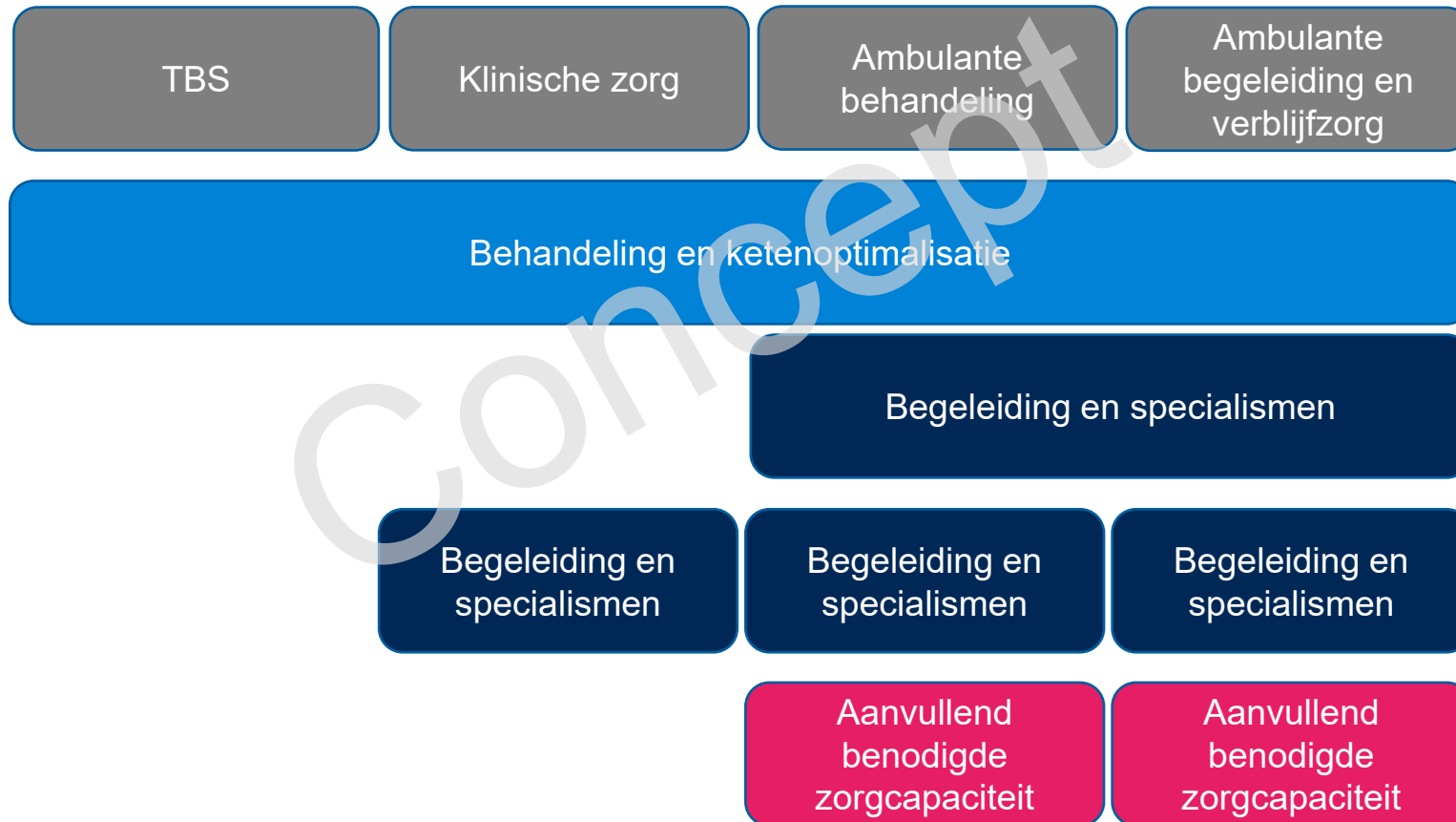
Aanbieders dekken gezamenlijk totale zorgbehoefte af



Aanbieders dragen gezamenlijk bij aan realisatie doelen



Een conceptuele ordening van de forensische zorgmarkt, o.b.v. huidige situatie



Landschapsgericht aanbesteden vanaf 2021



De voorlopige perceelindeling

Aanbesteding 1: TBS + BK/BS		Klinische zorg - behandeling				Ambulante behandeling	Verblijf	Ambulante begeleiding	Opmerking
		Beveiligingsniveau							
Perceel	Beschrijving	4 FPC	3 FPK/FVK	2 FPA	1				
TBS 1	TBS - Forensisch Psychiatrische Centra (hoogste beveiligingsniveau 4)			vervolgzorg				Specifiek voor titel TBS met dwangverpleging	
TBS 2	TBS - Forensisch Psychiatrische Klinieken (hoogste beveiligingsniveau 3)			vervolgzorg				Idem	
BK/BS 1	OFZ - Aanbieders met (als hoogste) beveiligingsniveau 3							Regio en specialisme uitragen	
BK/BS 2	OFZ - Aanbieders met (als hoogste) beveiligingsniveau 2								
BK/BS 3	OFZ - Aanbieders met (als hoogste) beveiligingsniveau 1 (minimum omvang)								
BK/BS 4	OFZ - Aanbieders met regiofunctie ambulante behandeling (forensische polikliniek)								
BK/BS 5	OFZ - Aanbieders specialistische behandeling (specifieke doelgroep)								
BK/BS 6	OFZ - Landelijke, bovenregionale en specialistische aanbieders verblijf								
BK/BS 7	OFZ - Regionale aanbieders verblijf (per regio 7a t/m 7j)					Per regio			
BK/BS 8	OFZ - Ambulante begeleiding (minimum omvang) (per regio 8a t/m 8j)						Per regio		
Aanbesteding 2: FZ									
FZ 1	OFZ - klinische behandeling (< minimum omvang voor aanbesteding 1)				Per regio				
FZ 2	OFZ - ambulante behandeling (< minimum omvang voor aanbesteding 1)					Per regio			
FZ 3	OFZ - verblijf en ambulante begeleiding (< minimum omvang voor aanbesteding 1)						Per regio		
FZ 4	OFZ - ambulante begeleiding (< minimum omvang voor aanbesteding 1)						Per regio		
		Landelijke plaatsing		Plaatsing o.b.v. specialisme (regionaal / bovenregionaal) en/of regio					
		(1) o.b.v. regio							
		(2) o.b.v. specialisme							

'Spelregels'

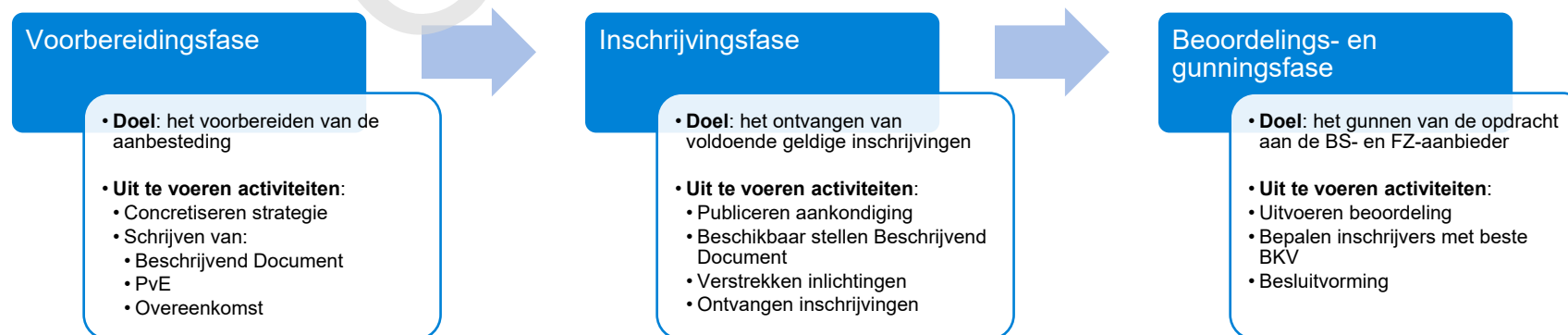
- Forensische zorg voor tbs-gestelden wordt apart gecontracteerd t.o.v. OFZ; onderscheid in 2 percelen: FPC's en FPK's
- Ruimte in TBS-percelen en ev. in BK/BS perceel 1 om tarieven uit te vragen o.b.v. NZa + ruimte bijzondere kosten (zoals voor gebouw etc.)
- Met uitzondering van TBS-instellingen geldt: 1 aanbieder => 1 perceel
- Mate van dialoog neemt af per perceel (aflopend)
- Plaatsing: o.b.v. lijst landelijk of per regio: put uit aanbod van aanbieders uit meerdere (alle) percelen van aanbesteding 1
- Afbakening aanbesteding 1 t.o.v. aanbesteding 2: minimum omvang en ervaring
- Voorrang in plaatsing bij gecontracteerde aanbieders in aanbesteding 1 t.o.v. gecontracteerde aanbieders in aanbesteding 2
- Aanbieders binnen een perceel in principe gelijk behandelen in mate van dialoog etc., maar wel onderscheid op kwaliteit en tarief mogelijk door aanbieders een aanbod te laten doen (niet voorschrijven)

Verloop aanbestedingsprocedures

1. Behandeling en ketenoptimalisatie / 2. Begeleiding en specialismen

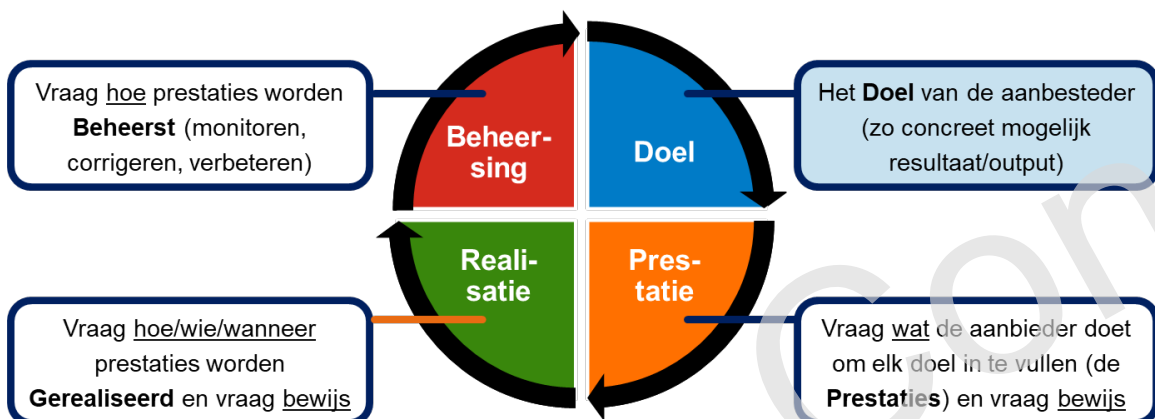


3. Aanvullend benodigde zorgcapaciteit



Gunningsmodel als basis van de uitvoering

RADAR: gunning vindt plaats op basis van de aangeboden bijdrage aan het realiseren van de doelen



Doelen vloeien voort uit:

- Geïdentificeerde knelpunten
- Kwaliteitskader:
 1. Persoonsgerichte zorg in relatie tot veiligheid: (2) veiligheidsmanagement (risicotaxatie en delictanalyse) ook voor verloven (8); (3) behandel/begeleidingsplan op maat; (5) betrekken netwerk van de patiënt; (6) goede op- en afschaling; leefklimaat (7).
 2. Vakmanschap: (1) methodisch werken; (2) professionele standaard; (3) vakbekwaam en bevoegd; (4) tijd en ruimte om continu te leren en te ontwikkelen.
 3. Organisatie van zorg: (4) organisatie draagt (waar mogelijk) bij aan onderzoek, innovatie en implementatie.
 4. Samenwerken: (1) samenwerking buiten de forensische zorg; (2) onderdeel lerend netwerk in de forensische keten; (3) omgang met maatschappij en omgeving.
 5. Informeren over resultaten: (2) organisatie werkt mee aan monitoringsinformatie om van elkaar te leren.



DIALOOG

EERSTE REACTIES OP DE INKOOPSTRATEGIE

Concept



B. Memo juridisch kader

NOTITIE

Aan Significant
Referentie 55001289
Inzake Inkoopstrategie ForZo - Aanbestedingsrechtelijk kader
Datum 12 mei 2021

SAMENVATTING

Deze notitie betreft het aanbestedingsrechtelijk kader ter beantwoording van de vraag:

"Kan DJI binnen de huidige aanbestedingswetgeving zorgaanbieders verschillend behandelen (v.w.b. prijs- en volumeafspraken), waarbij nog steeds de Europese beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, proportionaliteit en transparantie gewaarborgd worden? Zo ja, op welke wijze kan dat geobjectieerd plaatsvinden?"

De Wet forensische zorg bepaalt dat inkoop van forensische zorg plaatsvindt op basis van (juridisch afdwingbare) contracten. Dergelijke schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel kwalificeren als overheidsopdracht en zijn in beginsel aanbestedingsplichtig.

Voor de inkoop van forensische zorg met een geraamde waarde van minimaal EUR 750.000 exclusief btw dient DJI gebruik te maken van de (vereenvoudigde) aanbestedingsprocedure voor sociale en andere specifieke diensten of één van de andere (Europese) aanbestedingsprocedures. DJI dient in ieder geval een (voor)aankondiging van de opdracht bekend te maken en hierin de hoofdkenmerken van de gunningsprocedure beschrijven, toetsen of de inschrijvingen voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde technische specificaties, eisen en normen, een proces-verbaal van de opdrachtverlening maken, een overeenkomst sluiten en de aankondiging van de gegunde opdracht publiceren. DJI is daarbij gebonden aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen inzake gelijkheid (en non-discriminatie), transparantie en proportionaliteit.

In die aanbestedingsprocedure dient DJI kaders te stellen zodat door de Nederlandse Zorgautoriteit vastgestelde (maximum)tarieven voor forensische zorgverlening niet worden overschreden.

Uitgangspunt is dat DJI zorgaanbieders in beginsel gelijk dient te behandelen. DJI mag met zorgaanbieders verschillende prijs- en volumeafspraken maken indien dit bijvoorbeeld voortvloeit uit inschrijvingen die gedaan zijn vanwege een daartoe gehouden Europese openbare aanbestedingsprocedure die vooraf wordt aangekondigd en waarvan alle voorwaarden en modaliteiten van te voren op een transparante wijze worden bekendgemaakt. In de aanbestedingsprocedure moeten alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen en moet op een transparante wijze inzichtelijk gemaakt worden hoe inschrijvingen worden beoordeeld en hoe aan de hand daarvan verschillende prijs- en volumeafspraken gemaakt worden met afzonderlijke zorgaanbieders. Na het doorlopen van een dergelijke aanbestedingsprocedure is het DJI toegestaan verschillende prijs- en volumeafspraken te maken met zorgaanbieders, aan de hand van de inschrijvingen van de zorgaanbieders en conform de vooraf bekendgemaakte procedure.

1 Inleiding

1.1

1.2 Deze notitie betreft het aanbestedingsrechtelijk kader ter beantwoording van de vraag:

"Kan DJI binnen de huidige aanbestedingswetgeving zorgaanbieders verschillend behandelen (v.w.b. prijs- en volumeafspraken), waarbij nog steeds de Europese beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, proportionaliteit en transparantie gewaarborgd worden? Zo ja, op welke wijze kan dat geobjectiveerd plaatsvinden?"

1.3 Alvorens een antwoord te formuleren op deze vraag, bespreken wij het juridisch kader op grond van de Wet forensische zorg (paragraaf 2), de relevante aanbestedingswet- en regelgeving (paragraaf 3), het Open House systeem (paragraaf 4), of een uitzondering geldt op de aanbestedingsplicht (paragraaf 5) en de tarifiering door de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) (paragraaf 6). In paragraaf 7 formuleren wij een antwoord op de bovenstaande vraag.

2 Wet forensische zorg

2.1 De Wet forensische zorg is op 1 januari 2019 in werking getreden. Hoofdstuk 4 van de Wet Forensisch zorg ('Inkoop') bepaalt dat Minister van Justitie en Veiligheid forensische zorg inkoop bij zorgaanbieders op basis van contracten. Artikel 4.1 en 4.2 Wet forensische zorg bepalen, voor zover relevant:

Artikel 4.1: "1. Onze Minister koopt forensische zorg in bij zorgaanbieders, met uitzondering van rijksinstellingen, op basis van contracten.

(...) 3. De Nederlandse Zorgautoriteit geeft advies aan Onze Minister over de uitoefening van de taak, bedoeld in het eerste lid."

Artikel 4.2: "Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de inhoud van het contract, bedoeld in artikel 4.1, eerste lid."

2.2 Uit de Memorie van Toelichting bij de Wet forensische zorg blijkt onder meer dat de subsidierelatie tussen de Minister van Justitie en Veiligheid en de bestaande particuliere instellingen verdwijnt en plaatsmaakt voor inkoop op basis van contracten:

"(...) De inkoop van de vereiste zorg bij private instellingen en private zorgverleners vindt plaats op basis van contracten, hetgeen meebrengt dat de subsidierelatie tussen de Minister van Justitie en de bestaande particuliere tbs-instellingen verdwijnt. (...)." ¹

2.3 Uit de Memorie van Toelichting bij de Wet forensische zorg blijkt verder nog dat het met de zorgaanbieders te sluiten contract de basis is voor de te leveren zorg, en dat in deze contracten afspraken worden gemaakt met betrekking tot de kwaliteit en kwantiteit van de zorgverlening.² De geboden zorg zal worden gefinancierd op basis van een DBBc (Diagnose Behandelen en

¹ Tweede Kamer 2009-2010, 32 398, nr. 3.

² Idem.

Beveiligingscombinatie). DBBc's zijn prestatiebeschrijvingen van zorg, waarin zogeheten 'beveiligingscomponenten' zijn meegenomen. Een DBBc omvat het zorgtraject dat een patiënt doorloopt wanneer hij zorg nodig heeft voor een specifieke diagnose. In de Memorie van Toelichting wordt tevens ingegaan op de maximumtarieven die verbonden zijn aan de DBBc's (die door de Ministers van Justitie en Veiligheid en VWS worden vastgesteld, na advies van de NZa). Bij de inkoop kunnen vervolgens contracten worden gesloten, waarin een lager tarief wordt afgesproken.³

- 2.4 Het Besluit forensische zorg bevat nadere regels omtrent de inkoop van forensische zorg.⁴ Te contracteren zorgaanbieders dienen te beschikken over een aanwijzing als private instelling voor forensische zorg. Het Besluit forensische zorg stelt verder nog eisen aan de inhoud van het contract. Zo moeten de contracten bepalingen bevatten over de aard, de kwaliteit, de doelmatigheid, de omvang, de prestaties en de prijs van de te verlenen forensische zorg.⁵

Tussenconclusie

- 2.5 De Wet forensische zorg bepaalt dat inkoop van forensische zorg plaatsvindt op basis van (juridisch afdwingbare) contracten. Dergelijke schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die betrekking hebben op het verrichten van diensten, kwalificeren als overheidsopdracht en zijn in beginsel aanbestedingsplichtig.⁶

N.B. Zoals vermeld in paragraaf 2.2 van deze notitie heeft de Wet forensische zorg een einde gemaakt aan de subsidierelatie tussen de Minister van Justitie en Veiligheid en de bestaande particuliere tbs-instellingen. Wij sluiten niet uit dat dergelijke subsidies – die verleend zijn in de periode *voorafgaand* aan 1 januari 2019 – ook al kwalificeerden als aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten. Wij lichten dat toe. Omdat een subsidie *in beginsel* geen overheidsopdracht is, valt deze *in beginsel* niet onder de werking van de aanbestedingsrichtlijnen. Dit neemt evenwel niet weg dat uit een materiële beoordeling van een subsidierelatie kan blijken dat er bijvoorbeeld sprake is van een vergoeding voor bepaalde door de subsidieontvanger verleende diensten, waardoor de betreffende financiële relatie aangemerkt dient te worden als een overheidsopdracht als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen.⁷ Deze richtlijnen definiëren een overheidsopdracht namelijk als een

³ Tweede Kamer 2009-2010, 32 398, nr. 3. De relevante passages uit de Memorie van Toelichting luiden: "Dit contract is de basis voor de te leveren zorg. In de contracten worden afspraken gemaakt met betrekking tot de kwaliteit en kwantiteit. De geboden zorg zal worden gefinancierd op basis van een DBBc (Diagnose Behandel- en Beveiligingscombinatie). DBBc's zijn prestatiebeschrijvingen van zorg, waarin de beveiligingscomponenten zijn meegenomen. De beveiliging kent verschillende niveaus, naar gelang de ernst van het gepleegde delict en de aard en ernst van de psychische stoornis of verstandelijke beperking. Deze DBBc's worden vastgesteld door de Ministers van Justitie en VWS. De DBc's (Diagnose Behandelcombinatie) zijn de prestatiebeschrijvingen in de reguliere curatieve zorg. De maximumtarieven verbonden aan de DBBc's worden door de Ministers van Justitie en VWS vastgesteld, na advies van de NZa. Bij de inkoop kunnen vervolgens contracten worden gesloten, waarin een lager tarief wordt afgesproken. Over de DBBc-systematiek hebben aantal adviesinstanties opmerkingen gemaakt, in de adviezen die zijn uitgebracht naar aanleiding van een conceptversie van dit wetsvoorstel. Dit is voor ons aanleiding om te onderzoeken welk bekostigingssysteem het meest passend is voor instellingen die zich richten op verblijf en begeleiding, zonder vorm van behandeling."

⁴ Vgl. artikel 4.2 Wet forensische zorg.

⁵ Artikel 4.1 Besluit forensische zorg. Op grond van artikel 4.1, vierde lid, Besluit forensische zorg zijn bij ministeriële regeling (de Regeling forensische zorg) nadere regels gesteld over de administratieve voorwaarden omtrent de uitvoering van de te sluiten overeenkomsten.

⁶ Aanbestedende diensten moeten overheidsopdrachten met een geraamde waarde van minimaal het toepasselijke drempelbedrag in beginsel volgens voorgeschreven Europese procedures aanbesteden. Deze opdrachten moeten vooraf worden aangekondigd/gepubliceerd op de publicatiemodule van TenderNed.

⁷ Richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU.

schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die betrekking heeft op – kort gezegd – het verrichten van een werk, de aankoop van goederen of het verrichten van diensten. Zeker wanneer sprake is van een overeenkomst waarbij de subsidieontvanger zich verplicht tegen betaling bepaalde diensten te verlenen, lijkt niet uit te sluiten dat een bepaalde subsidie als overheidsopdracht aangemerkt kan worden. Daarbij moet ook bedacht worden dat het Hof van Justitie van de Europese Unie doorgaans een ruime toepassing toekent aan de aanbestedingsrichtlijnen, teneinde de effectieve werking ervan te garanderen. Het enkele feit dat een bepaalde financiële relatie door het betreffende overheidsorgaan als subsidie wordt bestempeld, betekent dus niet dat deze financiële relatie per definitie aan de werking van de aanbestedingsrichtlijnen onttrokken is. Een materiële beoordeling zal van geval tot geval antwoord moeten geven op de vraag of er bij het verlenen van een subsidie in de zin van de Awb⁸ toch sprake is een overheidsopdracht, dat wil zeggen een regeling die voorziet in de verwerving van diensten, goederen of werken.

3 Aanbestedingsprocedure

- 3.1 Vanaf 1 juli 2016 geldt de gewijzigde Aanbestedingswet 2012 (hierna: "Aanbestedingswet"). De Aanbestedingswet is een implementatiewet van (onder meer) de Europese aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU (hierna: "Aanbestedingsrichtlijn").

Aanbesteding van sociale en andere specifieke diensten

- 3.2 Aanbestedingen van zogeheten 'sociale en andere specifieke diensten' kunnen worden ingericht conform de procedure voor sociale en andere specifieke diensten, zo volgt uit artikel 2.38 Aanbestedingswet:

"1. De aanbestedende dienst kan voor sociale en andere specifieke diensten als bedoeld in bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU de procedure voor sociale en andere specifieke diensten toepassen.

2. Voor overheidsopdrachten betreffende diensten voor gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening zoals opgenomen in bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU, wordt de procedure voor sociale en andere specifieke diensten toegepast, tenzij de aanbestedende dienst anders beslist."

- 3.3 Artikel 2.39 Aanbestedingswet bevat de procedurevoorschriften die de aanbestedende dienst toepast bij plaatsing van een overheidsopdracht voor sociale en andere specifieke diensten. Artikel 2.39, eerste lid, geeft een overzicht van de stappen die worden doorlopen. Artikel 2.39, tweede lid, geeft aan welke paragrafen van hoofdstuk 2.3 van toepassing zijn. In die paragrafen is zo nodig een specifiek voorschrift voor sociale en andere specifieke diensten opgenomen. Artikel 2.39 van de Aanbestedingswet luidt:

⁸ Artikel 4:21, eerste lid, Awb: "Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten."

"1. De aanbestedende dienst die de procedure voor sociale en andere specifieke diensten toepast doorloopt de volgende stappen. De aanbestedende dienst:

- a. maakt een vooraankondiging of een aankondiging van de overheidsopdracht bekend*
- b. toetst of de inschrijvingen voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde technische specificaties, eisen en normen;*
- c. maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening;*
- d. kan de overeenkomst sluiten;*
- e. maakt de aankondiging van de gegunde overheidsopdracht bekend.*

2. Bij toepassing van de procedure voor sociale en andere specifieke diensten zijn uitsluitend de paragrafen 2.3.1.2 [Communicatie en inlichtingen], 2.3.2.1 [Vooraankondiging], 2.3.2.2 [Aankondiging] en 2.3.3.1 [Technische specificaties], afdeling 2.3.4 [Eigen Verklaring / Uniform Europees Aanbestedingsdocument] en paragraaf 2.3.8.9 van hoofdstuk 2.3 [Verslaglegging en bekendmaking] van toepassing.

- 3.4 Voor overheidsopdrachten betreffende sociale en andere specifieke diensten geldt een verhoogde aanbestedingsdrempel, die voor de periode van 1 januari 2020 tot 1 januari 2022 is vastgesteld op EUR 750.000 exclusief btw.⁹

Inkoop van forensische zorg

- 3.5 Het hierboven beschreven regime voor sociale en andere specifieke diensten is van toepassing op aanbestedingen van overheidsopdrachten inzake (onder meer) 'diensten voor de terbeschikkingstelling van medisch personeel'.¹⁰ Voor zover wij kunnen beoordelen, valt ook de zorg die wordt verleend in het kader van de Wet forensische zorg onder sociale en andere specifieke diensten als bedoeld in de Aanbestedingsrichtlijn. Dit betekent dat DJI bij de inkoop van forensische zorg gebruik mag maken van de 'vereenvoudigde' aanbestedingsprocedure voor sociale en andere specifieke diensten. Het staat DJI evenwel ook vrij een 'zwaardere' (met meer regels omklede) aanbestedingsprocedure te houden voor de inkoop van forensische zorg.

- 3.6 DJI dient overheidsopdrachten inzake de inkoop van forensische zorg met een geraamde waarde van EUR 750.000 exclusief btw derhalve in beginsel Europees aan te besteden. Bij de inrichting van een dergelijke Europese aanbesteding wordt wel meer vrijheid geboden, omdat het regime van sociale en andere specifieke diensten van toepassing is. DJI dient bij de aanbesteding de volgende stappen te doorlopen:

- een (voor)aankondiging van de opdracht bekendmaken en hierin de hoofdkenmerken van de gunningsprocedure beschrijven;
- toetsen of de inschrijvingen voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde technische specificaties, eisen en normen;
- een proces verbaal van de opdrachtverlening maken; en

⁹ Dit volgt uit artikel 4 sub d van de Aanbestedingsrichtlijn en artikel 2.3 in samenhang met artikel 2.6a van de Aanbestedingswet in samenhang met de gedelegeerde Verordening 2019/1828 van de Europese Commissie tot wijziging van richtlijn 2014/24, Pb EU L 279.

¹⁰ Bijlage XIV van de Aanbestedingsrichtlijn.

- de overeenkomst sluiten en de aankondiging van de gegunde opdracht publiceren.

3.7 Opdrachten voor forensische zorg waarvan de geraamde waarde beneden EUR 750.000 exclusief btw blijft, hoeft DJI niet aan te besteden.¹¹¹²

Aanbestedingsrechtelijke beginselen

3.8 Afdeling 1.2.2 van de Aanbestedingswet bevat de aanbestedingsrechtelijke beginselen die van toepassing zijn op Europese aanbestedingen (en opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang).

Aanbestedingsrechtelijke beginselen: (1) Gelijkeheidsbeginsel

3.9 Artikel 1.8 Aanbestedingswet betreft het gelijkheidsbeginsel:

"Een aanbestedende dienst (...) behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze."

N.B. Het gelijkheidsbeginsel voor nationale aanbestedingsprocedures is opgenomen in artikel 1.12, eerste lid, Aanbestedingswet. Het gelijkheidsbeginsel voor meervoudig onderhandse procedures is opgenomen in artikel 1.15, eerste lid, Aanbestedingswet.

3.10 Artikel 1.8 Aanbestedingswet bevat zowel het non-discriminatiebeginsel als het gelijkheidsbeginsel. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden.¹³ Het gelijkheidsbeginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen waarbij alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen.¹⁴ Het non-discriminatiebeginsel verbiedt onderscheid op grond van nationaliteit.

Aanbestedingsrechtelijke beginselen: (2) Transparantiebeginsel

3.11 Artikel 1.9 Aanbestedingswet betreft het transparantiebeginsel:

"1. Een aanbestedende dienst (...) handelt transparant."

"2. Bij de toepassing van het eerste lid draagt de aanbestedende dienst (...) in ieder geval zorg voor een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van een overheidsopdracht (...)."

¹¹ Er gelden specifieke inkoopregels voor onderdrempelige overheidsopdrachten door de Rijksoverheid. Het betreft onder meer de Rijksbrede inkoopstrategie 'Inkopen met Impact' en (voor overheidsopdrachten onder de toepasselijke aanbestedingsdrempel) de circulaire 'Onderdrempelige opdrachten', die bepaalt welke procedure in een concreet geval gevolgd dient te worden. Van DJI begrijpen wij evenwel dat bij de inkoop van forensische zorg het toepasselijke drempelbedrag van EUR 750.000 exclusief btw over het algemeen in ruime mate wordt overschreden.

¹² Een aanbestedende dienst moet bij opdrachten onder de drempel met een duidelijk grensoverschrijdend belang een passende mate van openbaarheid garanderen. Dat betekent dat een vorm van voorafgaande bekendmaking moet worden gedaan zodat geïnteresseerde ondernemingen in andere lidstaten hun belangstelling kunnen tonen.

¹³ Tweede Kamer 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 51.

¹⁴ HvJEG 29 april 2004, zaak C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236.

N.B. Het transparantiebeginsel voor nationale aanbestedingsprocedures is opgenomen in artikel 1.12, tweede lid, Aanbestedingswet. Het transparantiebeginsel voor meervoudig onderhandse procedures is opgenomen in artikel 1.15, tweede lid, Aanbestedingswet.

- 3.12 Het transparantiebeginsel omvat twee elementen, namelijk openbaarmaking van het voornemen een opdracht te plaatsen of een overeenkomst te sluiten, en de motivering van de uiteindelijk gemaakte keuze.¹⁵
- 3.13 Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft het transparantiebeginsel nader ingevuld in het arrest *Succhi di Frutta*.¹⁶ Het transparantiebeginsel strekt ertoe elk risico van favoritisme en willekeur uit te bannen. Om aan deze verplichting te voldoen, worden alle voorwaarden en modaliteiten van de plaatsingsprocedure in de aankondiging of in het bestek geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om daadwerkelijk na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.¹⁷
- 3.14 Het transparantiebeginsel omvat ook de motiveringsplicht, in die zin dat vooraf de gunningscriteria en hun relatieve gewicht kenbaar worden gemaakt, en achteraf de individuele score van inschrijvers (onderbouwd) wordt verstrekt. Daaruit volgt dat de gunningscriteria geobjectiveerd moeten zijn om het proces ook daadwerkelijk transparant te laten zijn.¹⁸

Aanbestedingsrechtelijke beginselen: (3) Proportionaliteitsbeginsel

- 3.15 Artikel 1.10 Aanbestedingswet betreft het proportionaliteitsbeginsel:

"1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...), voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

- a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;*
- b. de uitsluitingsgronden;*
- c. de inhoud van de geschiktheidseisen;*
- d. het aantal te stellen geschiktheidseisen;*
- e. de te stellen termijnen;*
- f. de gunningscriteria;*
- g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;*
- h. de voorwaarden van de overeenkomst. (...)"*

¹⁵ Tweede Kamer 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 51.

¹⁶ HvJEG 29 april 2004, zaak C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236.

¹⁷ Idem, r.o. 111.

¹⁸ Tweede Kamer 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 51-52.

N.B. Het proportionaliteitsbeginsel voor nationale aanbestedingsprocedures is opgenomen in artikel 1.13 Aanbestedingswet. Het proportionaliteitsbeginsel voor meervoudig onderhandse procedures is opgenomen in artikel 1.16 Aanbestedingswet.

- 3.16 Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat een aanbestedende dienst bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een opdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijver en de inschrijving kan stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Er is dus ruimte voor maatwerk, maar die ruimte kent haar grenzen in het proportionaliteitsbeginsel. Het proportionaliteitsbeginsel geldt voor alle fasen van de aanbestedingsprocedure. Hieronder vallen in ieder geval de keuze voor een bepaalde procedure, de inhoud van de geschiktheidseisen, het aantal geschiktheidseisen, termijnen, uitsluitingsgronden en de vergoeding van extra inspanningen tijdens de offertefase.¹⁹
- 3.17 Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat een afweging moet plaatsvinden van de gevolgen die een bepaalde maatregel veroorzaakt en de daar tegenoverstaande voordelen. Daarbij moet worden bekeken in hoeverre de gekozen maatregel evenredig is aan het te bereiken doel. Kern van het beginsel is dat bij het voorbereiden en tot stand brengen van een overeenkomst in het kader van een overheidsopdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria worden gesteld aan inschrijvers en inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Dit is een objectief criterium, dat door de rechter getoetst kan worden. Indien een zorgaanbieder (of andere ondernemer) van oordeel is dat dit criterium niet is nageleefd, kan hij in een civiele procedure aanvoeren dat en waarom daarvan naar zijn mening sprake is. De rechter zal dan in de regel de aanbestedende dienst vragen aan te tonen dat dit wel het geval is.²⁰
- 3.18 In de Gids Proportionaliteit 2020 zijn voorschriften opgenomen over de wijze waarop aanbestedende diensten uitvoering dienen te geven aan het proportionaliteitsbeginsel (vgl. artikel 1.10, derde lid, Aanbestedingswet). De aanbestedende dienst past de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit 2020 toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken (artikel 1.10, vierde lid, Aanbestedingswet).

4 Open House

- 4.1 Wij hebben onderzocht of voor het contracteren van forensische zorgaanbieders gekozen kan worden voor een zogenaamde 'Open House procedure'. Het Open house systeem is een toelatingsprocedure. Alle deelnemers/zorgaanbieders die zich hebben aangemeld en aan vooraf bekendgemaakte geschiktheids- en minimumeisen voldoen, worden gecontracteerd. Er vindt geen selectie plaats door de aanbestedende dienst.

N.B. Opgemerkt moet worden dat er geen specifieke (aanbestedingsrechtelijke) definitie is van een Open House systeem, laat staan dat daar concrete regels voor zijn geformuleerd. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie komt het begrip 'Open House' ook niet voor.

¹⁹ Tweede Kamer 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 15-16.

²⁰ Tweede Kamer 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 52-53.

- 4.2 De toelaatbaarheid van Open House wordt gebaseerd op twee uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie: Falk Pharma en Tirkkonen.²¹
- 4.3 In de zaak Falk Pharma overweegt het Hof van Justitie van de Europese Unie onder meer:

"36. Het risico dat nationale ondernemingen worden begunstigd, dat deze richtlijn beoogt uit te sluiten, houdt (...) in wezen nauw verband met de selectie die de aanbestedende dienst onder de ontvankelijke inschrijvingen wil maken, en met de exclusiviteit die zal voortvloeien uit de gunning van de betrokken opdracht aan de geselecteerde ondernemer, of aan de geselecteerde ondernemers ingeval van een raamovereenkomst, wat uiteindelijk het doel vormt van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

37. Wanneer een openbare instelling leveringsovereenkomsten wil sluiten met alle ondernemers die de betrokken producten willen leveren onder de door deze instelling opgelegde voorwaarden, bestaat er dus, doordat geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, geen noodzaak om het handelen van deze aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels van richtlijn 2004/18 te onderwerpen teneinde te vermijden dat hij bij de gunning van een opdracht nationale ondernemers begunstigt.

38. De keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, is dus een element dat intrinsiek verbonden is met de bij deze richtlijn ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en bijgevolg met het begrip „overheidsopdracht“ (...).

(...)

42. Bijgevolg moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip „overheidsopdracht“ in de zin van deze richtlijn niet ziet op een systeem van afspraken als in het hoofdgeding, waarmee een openbare instelling voornemens is goederen op de markt aan te kopen, door tijdens de gehele looptijd van dat systeem overeenkomsten te sluiten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken goederen te leveren tegen vooraf vastgestelde voorwaarden, waarbij de openbare instelling geen selectie onder de belangstellende ondernemers maakt en hun toestaat tot dat systeem toe te treden tijdens de gehele looptijd ervan."

- 4.4 Uit de zaak Falk Pharma volgt dus, kort gezegd, dat geen sprake is van een overheidsopdracht indien de aanbestedende dienst geen keuze maakt voor een bepaalde ondernemer. Bij gebrek aan een overheidsopdracht geldt er geen aanbestedingsplicht.
- 4.5 In de zaak Tirkkonen overweegt het Hof van Justitie van de Europese Unie:

"35. Zoals de advocaat-generaal in de punten 51 en 52 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is het feit dat – anders dan de context die heeft geleid tot het

²¹ HvJEU 2 juni 2016, zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma*) en HvJEU 1 maart 2018, zaak C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*).

arrest van 2 juni 2016, Falk Pharma (C-410/14, EU:C:2016:399) – een landbouwadviseringssysteem als aan de orde in het hoofdgeding niet te allen tijde openstaat voor belangstellende ondernemers, immers niet relevant. In casu is het doorslaggevend element gelegen in het feit dat de aanbestedende dienst geen enkel gunningscriterium noemt voor het vergelijken en rangschikken van de ontvankelijke inschrijvingen. Bij gebreke van dat element, dat – zoals volgt uit punt 38 van het arrest van 2 juni 2016, Falk Pharma (C-410/14, EU:C:2016:399) – intrinsiek verbonden is met de regelgeving voor overheidsopdrachten, kan een landbouwadviseringssysteem als aan de orde in het hoofdgeding geen overheidsopdracht in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 vormen.(...)."

- 4.6 In de zaak Tirkkonen bevestigt het Hof van Justitie van de Europese Unie het Falk Pharma-arrest. Het Hof voegt daar aan toe dat een Open House systeem niet te allen tijde open hoeft te staan voor belangstellende ondernemers. Het doorslaggevend element ter beantwoording van de vraag of sprake is van een overheidsopdracht, is of er selectie plaatsvindt op grond van gunningscriteria. Daar was in deze zaak geen sprake van. Er was immers alleen een toelatingsvoorwaarde (i.e. het slagen voor een examen) gesteld.

Mag DJI gebruik maken van het Open House systeem bij de inkoop van forensische zorg?

- 4.7 Uit de zaken Falk Pharma en Tirkkonen kan worden afgeleid dat geen sprake is van een aanbestedingsplicht indien de aanbestedende dienst een systeem hanteert waarbinnen een overeenkomst wordt gesloten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken diensten te leveren tegen vooraf vastgestelde voorwaarden, waarbij de aanbestedende dienst zelf geen selectie onder de belangstellende ondernemers maakt. Kenmerkend voor deze zaken is dat die betrekking hebben op situaties waarin de keuze voor een bepaalde marktpartij niet wordt gemaakt door een aanbestedende dienst, maar door een particuliere afnemer.²²
- 4.8 Die situatie lijkt zich bij de inkoop van forensische zorg door DJI niet voor te doen. De rechter legt forensische zorg op als onderdeel van een straf of maatregel. Zodra bepaald is welk type forensische zorg wordt opgelegd, bepaalt het Forensisch Plaatsingsloket van DJI waar patiënten worden geplaatst. De zorgaanbieders zijn vervolgens verplicht de patiënt op te nemen.²³ Met andere woorden: niet de (particuliere) afnemer van de forensische zorg maakt de keuze voor een bepaalde marktpartij, maar de aanbestedende dienst. Diezelfde aanbestedende dienst draagt zorg voor de inkoop van de forensische zorg.
- 4.9 Het toepassen van een Open House systeem bij de inkoop van forensische zorg lijkt daarom niet houdbaar. Het betreffen immers (aanbestedingsplichtige) overheidsopdrachten waarop de Aanbestedingsrichtlijn en de Aanbestedingswet van toepassing zijn. DJI dient dergelijke overheidsopdrachten in beginsel (Europees) aan te besteden wanneer de drempelwaarde wordt overschreden. Het is DJI wel toegestaan de 'vereenvoudigde' aanbestedingsprocedure voor sociale en andere specifieke diensten (zie paragraaf 3 van deze notitie) te volgen.

5 Geldt er een uitzondering op de aanbestedingsplicht (i) omdat er relatief weinig gegadigden zijn voor de uitvoering van overheidsopdrachten van DJI, en/of (ii) op grond van artikel

²² De toepassing van een Open House systeem sluit overigens ook niet uit dat de gunning van een concrete opdracht aan één van de gecontracteerde aanbieders op basis van een Open house overeenkomst toch aanbestedingsplichtig is. Dit speelt wanneer een aanbestedende dienst uiteindelijk toch de zorgaanbieder kiest (of deze keuze wezenlijk beïnvloedt) en hier onder bezwarende titel een overeenkomst mee aangaat.

²³ Op grond van artikel 6.1 lid 3 van Wet forensische zorg.

2.24a/b Aanbestedingswet (inzake quasi-inbesteding), en/of (iii) omdat sprake forensische zorg kwalificeert als niet-economische dienst van algemeen belang?

(i) Geldt er een uitzondering op de aanbestedingsplicht omdat er relatief weinig gegadigden zijn voor de uitvoering van overheidsopdrachten van DJI?

- 5.1 In de voorgaande paragrafen concludeerden wij dat de inkoop van forensische zorg in beginsel Europees, openbaar aanbesteed moet worden. In aanvullende gesprekken met DJI is de vraag naar voren gekomen of er een uitzondering bestaat op de aanbestedingsplicht, omdat – zo begrijpen wij van DJI – de markt van forensische zorgaanbieders (met name op het gebied van klinische zorg/FPC's) bestaat uit een beperkt aantal zorgaanbieders. De vraag kwam naar voren of het wel zin heeft om aan te besteden, gelet op het beperkt aantal gegadigden/het mogelijk ontbreken van mededinging om technische redenen.
- 5.2 Aanbestedende diensten moeten overheidsopdrachten met een geraamde waarde van minimaal het toepasselijke drempelbedrag in beginsel volgens voorgeschreven Europese procedures aanbesteden. Het feit dat er mogelijk relatief weinig gegadigden zijn voor de uitvoering van opdrachten inzake het leveren van forensische zorg, doet daar in beginsel niets aan af. Op deze hoofdregel bestaat een uitzondering – die restrictief toegepast dient te worden – wanneer de mededinging ontbreekt om technische redenen. In dat geval mag een opdracht onderhands worden verleend op grond van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2° van de Aanbestedingswet. Die situatie doet zich niet naar ons oordeel niet voor. Het staat immers vast dat meerdere forensische zorgaanbieders actief zijn in de markt en – in ieder geval in potentie – onderling met elkaar (kunnen) concurreren. Er zijn ook al verschillende aanbestedingen gehouden in deze markt, waar meerdere marktpartijen op hebben ingeschreven. Daarmee lijkt het lijkt weinig realistisch dat opdrachten inzake forensische zorg slechts door een bepaalde ondernemer kunnen worden verricht. Naar ons oordeel gaat deze uitzondering derhalve niet op.
- (ii) Geldt er een uitzondering op de aanbestedingsplicht op grond van artikel 2.24a Aanbestedingswet (quasi-inbesteding)?*
- 5.3 De Aanbestedingswet 2012 kent een aantal uitzonderingen op de hoofdregel dat een overheidsopdracht Europees aanbesteed dient te worden.
- 5.4 In aanvullende gesprekken met DJI is de vraag naar voren gekomen of er een uitzondering bestaat op de aanbestedingsplicht op grond van artikel 2.24a van de Aanbestedingswet (quasi-inbesteding). Quasi-inbesteding houdt in dat een aanbestedende dienst een overheidsopdracht binnen de grenzen van art. 2.24a Aanbestedingswet onderhands gunt aan een door hem gecontroleerde rechtspersoon.
- 5.5 **N.B.** Het Hof van Justitie van de Europese Unie kent doorgaans een ruime toepassing toe aan de Aanbestedingsrichtlijnen, teneinde de effectieve werking ervan te garanderen. Uitzonderingen op de aanbestedingsplicht (waaronder de uitzondering op grond van artikel 2.24a Aanbestedingswet 2012) worden derhalve restrictief uitgelegd. Voor quasi-inbesteding moet voldaan zijn aan twee criteria; het toezichtcriterium en het werkzaamhedencriterium. Daarnaast mag er ook geen sprake zijn van privékapitaal in de entiteit waarop toezicht wordt gehouden.
- 5.6 De eerste voorwaarde voor quasi-inbesteding is dat de aanbestedende dienst op de partij aan wie de opdracht wordt gegund "toezicht uitoefent zoals op de eigen diensten". Daarvan wordt geacht sprake te zijn wanneer de toezichthoudende aanbestedende dienst in staat is een beslissende

invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde entiteit, en deze entiteit geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de toezichthoudende aanbestedende dienst.

5.7 De Wet forensische zorg kent meerdere toezichtsinstrumenten voor de Minister van Justitie en Veiligheid, zeker waar het instellingen voor ter beschikking gestelden betreft, zie artikel 3.3 van de Wet forensische zorg:

1. Onze Minister kan in de aanwijzing, bedoeld in artikel 3.2, eerste lid, bepalen dat deze instelling in het bijzonder bestemd is als private instelling voor de verpleging van ter beschikking gestelden.
2. In de private instelling bedoeld in het eerste lid is de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden van toepassing, tenzij de wet anders bepaalt.
3. Het beheer van de private instelling, bedoeld in het eerste lid, berust bij het hoofd van de instelling, die als zodanig door de Raad van toezicht wordt benoemd. Van de benoeming wordt schriftelijk bericht gezonden aan Onze Minister.
4. Het hoofd van de private instelling, bedoeld in het eerste lid, wijst, met machtiging van de Raad van toezicht, één of meer personen als zijn vervanger aan. Van de aanwijzing wordt schriftelijk bericht gezonden aan Onze Minister.
5. Onze Minister is bevoegd tot het geven van een aanwijzing aan de Raad van bestuur indien de bij of krachtens de wet gestelde bepalingen met betrekking tot ter beschikking gestelden onvoldoende worden nageleefd.
6. Onze Minister kan het beheer van de private instelling overnemen en of een bewindvoerder aanstellen, het hoofd van de private instelling schorsen dan wel het hoofd van de private instelling voordragen voor ontslag, indien de aanwijzing, bedoeld in het vijfde lid, onvoldoende wordt nageleefd.
7. Onze Minister benoemt één van de leden van de Raad van toezicht van de private instelling, die als bijzondere taak heeft om toezicht te houden op de naleving van de bij of krachtens de wet gestelde bepalingen met betrekking tot ter beschikking gestelden en daarover ruggespraak te kunnen houden.
8. De Raad van toezicht benoemt één van de leden van de Raad van toezicht van de private instelling tot voorzitter, na overleg met Onze Minister.
9. Ten aanzien van het sluiten van overeenkomsten tot kopen, vervreemden of bezwaren van registergoederen door de private instelling is machtiging of toestemming van Onze Minister vereist.
10. Wijziging van de statuten, juridische fusie en of splitsing van de private instelling geschiedt niet zonder voorafgaande toestemming van Onze Minister.

5.8 De Minister van Justitie en Veiligheid kan dus onmiskenbaar invloed uitoefenen op bepaalde aspecten van de bedrijfsvoering van private instellingen. Toch zien wij onvoldoende aanwijzingen dat het gaat om een *beslissende* invloed op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van een dergelijke instelling teneinde te kwalificeren als "toezicht zoals op de eigen diensten" in de zin van artikel 2.24a van de Aanbestedingswet 2012. De private instellingen hebben binnen de gestelde kaders immers – een zekere mate van – beleidsvrijheid met het oog op de bevordering van een doelmatige uitvoering waar de aanbestedende dienst in beperkte mate invloed op heeft. De aanbestedende dienst neemt in beginsel geen beslissingen omtrent meerjarenplannen en het vaststellen van de begroting. Behoudens een goedkeuringsrecht ten aanzien van het sluiten van overeenkomsten tot kopen, vervreemden of bezwaren van registergoederen heeft de aanbestedende dienst geen invloed op beslissingen ten aanzien van belangrijke investeringen. De aanbestedende dienst benoemt slechts één van de leden van de

Raad van toezicht van de private instelling, die als bijzondere taak heeft om toezicht te houden op de naleving van de bij of krachtens de wet gestelde bepalingen met betrekking tot ter beschikking gestelden en daarover ruggespraak te kunnen houden. Ook sluiten wij niet uit dat dergelijke instellingen participatie van privékapitaal kennen. Daar komt bij dat in de rechtspraak is bevestigd dat er geen sprake is van toezicht 'als ware het een eigen onderdeel' wanneer de entiteit aan wie de opdracht wordt gegund zich laat leiden door overwegingen die verband houden met haar eigen particuliere belangen en die verschillen van de door de aanbestedende dienst nagestreefde doelstelling van algemeen belang. Wij sluiten niet uit dat bepaalde instellingen winstgericht zijn en een zekere mate van vrijheid hebben om hun gedrag door economische motieven te laten leiden

5.9 Daarnaast geldt als voorwaarde voor quasi-inbesteding dat meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon de uitvoering van taken behelst die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst(en) of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen. De Aanbestedingswet geeft daarbij aan dat dit percentage wordt bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf, zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken, over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht.

5.10 Per instelling dient bepaald te worden of aan het toezichtcriterium en het werkzaamheden criterium wordt voldaan en of de betreffende instelling geen participatie van privékapitaal kent. In de bovenstaande analyse hebben wij geconcludeerd dat wij onvoldoende aanwijzingen zien dat de aanbestedende dienst beslissende invloed op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van tbs-instellingen kan uitoefenen (en dat dergelijke instellingen mogelijk participatie van privékapitaal kennen); quasi-inbesteding behoort onder deze omstandigheden niet tot de mogelijkheden.

(iii) Geldt er een uitzondering op de aanbestedingsplicht omdat forensische zorg kwalificeert als niet-economische dienst van algemeen belang?

5.11 Voorts rijst de vraag of forensische zorg kwalificeert als niet-economische dienst van algemeen belang (hierna: "NEDAB"). Die vraag is relevant, omdat een NEDAB buiten het toepassingsbereik van de Aanbestedingsrichtlijn valt. De laatste zin van overweging 6 van de Aanbestedingsrichtlijn luidt:

"Duidelijk moet worden dat niet-economische diensten van algemeen belang buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn moeten blijven."²⁴

5.12 Het Hof van Justitie van de Europese Unie kent doorgaans een ruime toepassing toe aan de Aanbestedingsrichtlijn, teneinde de effectieve werking ervan te garanderen. Uitzonderingen

²⁴ Overweging 6 Aanbestedingsrichtlijn: "Tevens dient erop te worden gewezen dat deze richtlijn niet van invloed mag zijn op de socialezekerheidswetgeving van de lidstaten. Evenmin mag zij betrekking hebben op de liberalisering van diensten van algemeen economisch belang die voorbehouden zijn aan openbare of particuliere entiteiten, of op de privatisering van openbare dienstverlenende entiteiten. Er zij ook aan herinnerd dat het de lidstaten vrijstaat om zelf verplichte sociale voorzieningen of andere diensten, zoals postdiensten, te organiseren als diensten van algemeen economisch belang, als niet-economische diensten van algemeen belang, of als een combinatie van beide. Duidelijk moet worden dat niet-economische diensten van algemeen belang buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn moeten blijven."

(waaronder deze NEDAB-uitzondering) worden derhalve restrictief uitgelegd. Dat geldt eens te meer nu voor NEDAB geen specifieke (Europese of nationale) wetgeving bestaat.²⁵

Onderscheid economische activiteit/niet-economische activiteit

- 5.13 Alleen niet-economische activiteiten (kunnen) kwalificeren als NEDAB.
- 5.14 Om onderscheid te maken tussen economische en niet-economische activiteiten, volgt uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat iedere activiteit die erin bestaat goederen of diensten op een markt aan te bieden, een economische activiteit is.²⁶ Het is niet altijd eenvoudig vast te stellen of activiteiten economisch van aard zijn. Deze beoordeling hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval.²⁷ Wel zijn er een aantal indicatoren die meewegen bij de beoordeling. Zo heeft de Europese Commissie aangegeven dat er geen sprake is van een economische activiteit als er, onder omstandigheden, sprake is van een zogenaamde 'typische overheidstaak', of als de activiteit wordt uitgevoerd om een zuiver sociaal doel te bewerkstelligen (meer hierover in paragraaf 5.17 e.v. van deze notitie).²⁸
- 5.15 Sterke indicaties dat een activiteit wel van economische aard is, zijn:
- De aanwezigheid van winstgerichtheid bij de onderneming of instelling die de dienst levert.
 - Een grote vrijheid van de onderneming om zijn gedrag door economische motieven te laten leiden. Dit valt bijvoorbeeld af te leiden uit het recht om eigen prijzen te bepalen.
 - De aanwezigheid van meerdere aanbieders.
- 5.16 Als de overheid een aan haar toevertrouwde dienst niet direct zelf uitvoert, maar de uitvoerder niet of nauwelijks ruimte laat om zelf zaken als organisatie, prestatie en prijs te bepalen, is al snel geen sprake meer van een economische activiteit. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de manier waarop in Nederland de publieke drinkwatervoorziening is vormgegeven.

Voorbeelden niet-economische activiteiten

- 5.17 Tot dusver zijn twee soorten activiteiten erkend als niet-economische activiteiten: activiteiten gerelateerd aan de uitoefening van zogenaamde typische overheidstaken (exclusief behorend tot het overheidsdomein) en bepaalde activiteiten van puur sociale aard.
- 5.18 Onder de eerste categorie ('typische overheidstaken') vallen bijvoorbeeld activiteiten in verband met het handhaven van de openbare orde, het verlenen van vergunningen, kwaliteitsbewaking van voedsel en de controle van het luchtverkeer en het op grond van een aan ondernemingen bij wet opgelegde meldingsplicht verzamelen van door de overheid te gebruiken gegevens.

²⁵ De onderstaande analyse is derhalve (grotendeels) gebaseerd op rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en relevante mededelingen van de Europese Commissie.

²⁶ Zie bijvoorbeeld het arrest *Höfner*, zaak 41/90, jur. 1991, p I-1979.

²⁷ Ook de Europese Commissie benadert het onderscheid tussen economische en niet-economische diensten van algemeen belang functioneel: of een dienst als een economische activiteit moet worden gezien kan niet *a priori* worden gezegd. Dat dient per geval te worden beoordeeld. In de praktijk blijken volgens de Europese Commissie de meeste diensten 'economisch' van aard.

²⁸ Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang (Werkdocument d.d. 29.4.2013, digitaal te raadplegen op: <<http://ec.europa.eu>>).

5.19 Onder de tweede categorie ('activiteiten van puur sociale aard') vallen bijvoorbeeld een sociaal verzekeringsstelsel onder aansturing van de overheid en openbaar onderwijs gefinancierd uit de overheidsbegroting en waarmee de overheid ten behoeve van de bevolking zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak vervult.

Kwalificeert forensische zorg als NEDAB?

5.20 Teneinde te beoordelen of forensische zorg kwalificeert als NEDAB, dient vastgesteld worden of forensische zorg valt onder een categorie die is aangemerkt als niet-economische dienst.

5.21 Enerzijds zou betoogd kunnen worden dat forensische zorg rechtstreeks verband houdt met de uitoefening van overheidsgezag (een 'typische overheidstaak'). Immers, in Nederland legt de rechter forensische zorg op als onderdeel van een straf of maatregel en zodra bepaald is welk type forensische zorg wordt opgelegd, bepaalt het Forensisch Plaatsingsloket van DJI waar patiënten worden geplaatst.

5.22 De forensische zorg (i.e. de daadwerkelijke economische activiteit) wordt evenwel verleend door verschillende zorgaanbieders op basis van contracten, waarin afspraken worden gemaakt aangaande de prijs, de kwaliteit en de capaciteit van de te leveren zorg (zie paragraaf 2 van deze notitie). Er worden dus onmiskenbaar diensten aangeboden op een markt: de forensische zorgmarkt. Forensische zorgaanbieders hebben binnen de gestelde kaders – een zekere mate van – beleidsvrijheid met het oog op de bevordering van een doelmatige uitvoering. Wij sluiten ook niet uit dat forensische zorgaanbieders winstgericht zijn en een zekere mate van vrijheid hebben om hun gedrag door economische motieven te laten leiden. Het staat ook vast dat meerdere forensische zorgaanbieders actief zijn in de markt en – in ieder geval in potentie – onderling met elkaar (kunnen) concurreren. Daarmee is onzes inziens ook gegeven dat forensische zorg niet kwalificeert als activiteit van puur sociale aard.

5.23 Overigens gaat ook de Nederlandse wetgever ervan uit dat er een markt bestaat voor forensische zorg. Blijkens de preambule van de Wet marktordening gezondheidszorg (hierna: "Wmg", zie ook de volgende paragraaf van deze notitie) is het wenselijk regels te stellen inzake de "ontwikkeling en ordening van markten op het gebied van de gezondheidszorg". Onder 'zorg' wordt mede begrepen 'forensische zorg' als omschreven in de Wet forensische zorg (artikel 1 lid 2 Wmg). De Nederlandse wetgever veronderstelt dus dat er een markt bestaat voor forensische zorg die 'ontwikkeling en ordening' behoeft. Ook daaruit volgt dat forensische zorgverlening een activiteit behelst die erin bestaat diensten op een markt aan te bieden. Uit deze wetgeving blijkt bovendien dat de Nederlandse wetgever forensische zorg kennelijk niet als eigen taak ziet. Forensische zorg wordt aan de markt overgelaten.

5.24 Forensische zorg toont ook weinig verwantschap/gelijkenissen met diensten die wél als NEDAB zijn aangemerkt.

5.25 Naar ons oordeel kwalificeert forensische zorg derhalve als economische activiteit en daardoor niet als NEDAB. De uitzondering ex overweging 6 van de Aanbestedingsrichtlijn gaat niet op.

6 Wet marktordening gezondheidszorg

- 6.1 In het kader van de inkoop van forensische zorg is de Wet marktordening gezondheidszorg relevant.²⁹ In de Wmg zijn bepalingen opgenomen over de rol van de NZa. De NZa is onder meer belast met markttoezicht, marktontwikkeling en tarief- en prestatieregulering op het terrein van de gezondheidszorg. Eén van de taken van de NZa is het vaststellen van tarieven voor prestaties in verschillende zorgsectoren, waaronder de forensische zorg.

Vaststelling tarieven en prestatiebeschrijvingen

- 6.2 Artikel 50 Wmg betreft de vaststelling van tarieven en prestatiebeschrijvingen.³⁰ De NZa legt per (deel)prestatie in een beschikking vast of sprake is van een vrij tarief, een vast tarief of een bedrag dat ten minste of ten hoogste als tarief in rekening kan worden gebracht.³¹ De NZa kan daarbij ook een begrenzingssysteem vaststellen. Een begrenzingssysteem is een vaste, onder-, boven- of bandbreedtegrens voor het totaal van de tarieven voor de betrokken prestaties in de daarbij aangegeven periode.³²

Tariefbeschikking NZa

- 6.3 De NZa heeft de tariefbeschikking Forensische Zorg TB/REG-20630-02 (hierna: de Tariefbeschikking) vastgesteld, die geldt vanaf 1 januari 2020 tot en met 31 december 2020.³³ De daarin weergegeven tarieven zijn maximumtarieven als bedoeld in artikel 50, eerste lid, onder c, Wmg. Dit betekent dat prijsafspraken kunnen worden gemaakt op of onder het maximumtarief met een ondergrens van EUR 0,-.

²⁹ De Minister van Justitie en Veiligheid wordt, voor zover het de inkoop van forensische zorg betreft, voor de toepassing van de Wmg gelijkgesteld met een ziektekostenverzekeraar, zo bepaalt artikel 1, derde lid, Wmg.

³⁰ Artikel 50, eerste en tweede lid, Wmg luiden: "1. De zorgautoriteit legt, met inachtneming van de artikelen 51 tot en met 56 en 59, in een beschikking ten behoeve van het rechtsgeldig in rekening kunnen brengen van een tarief vast: a. of er sprake is van een vrij tarief, zijnde een tarief waarop artikel 35, eerste lid, onderdelen a en b, niet van toepassing is; b. of er sprake is van een vast tarief; c. of er sprake is van een bedrag dat ten minste of ten hoogste als tarief in rekening kan worden gebracht; d. de beschrijving van de prestatie, deel van de prestatie of geheel van prestaties behorend bij het tarief bedoeld in de onderdelen a, b en c. Bij de toepassing van de aanhef en onderdelen b en c in de eerste volzin stelt de zorgautoriteit de hoogte van het tarief dan wel het bedrag dat als tarief in rekening kan worden gebracht vast in die beschikking. 2. De zorgautoriteit kan bij de toepassing van het eerste lid ambtshalve voor de som van de tarieven voor de betrokken prestaties gerelateerd aan een daarbij aangegeven periode, voorafgaand aan die periode, vaststellen: a. een vaste grens, b. een ondergrens, c. een bovengrens of d. een bandbreedtegrens. Voor onderscheiden delen van een prestatie of geheel van prestaties als bedoeld in artikel 57, derde lid, kunnen afzonderlijke grenzen en grensoorten als bedoeld in de voorgaande volzin worden vastgesteld."

³¹ Artikel 50, eerste lid, Wmg. Tweede Kamer 2009-2010, 32 393, nr. 3, p. 48: "Lid 1 geeft aan welke tariefsoorten de zorgautoriteit kan vastleggen in een beschikking. Dat kan allereerst een vrij tarief zijn, dat wil zeggen een tarief dat de zorgaanbieder en de ziektekostenverzekeraar met elkaar kunnen afspreken en waarbij zij de afspraak niet aan de zorgautoriteit hoeven voor te leggen (onderdeel a). Daarnaast kan de zorgautoriteit een vast tarief vaststellen, ook wel punttarief genoemd (onderdeel b). Bovendien kent het lid de mogelijkheid van een minimum- of maximumtarief, met alle varianten daarop, zoals een bandbreedtetarief, een pendeltarief, enz. (onderdeel c). De zorgautoriteit legt op grond van onderdeel d de prestatiebeschrijving die bij die tarieven hoort vast in een beschikking. De vastlegging en vaststelling in een beschikking door de zorgautoriteit geschiedt ten behoeve van het in rekening kunnen brengen van een rechtsgeldig tarief door een zorgaanbieder. Een tarief kan in rekening gebracht worden voor een prestatie, deel van een prestatie, geheel van prestaties, deel van een geheel van prestaties en een geheel van delen van een prestatie."

³² Artikel 50, tweede lid, Wmg. Tweede Kamer 2009-2010, 32 393, nr. 3, p. 48-49: "Lid 2 maakt in combinatie met art. 35 lid 6 en art. 37 lid 1 onderdeel d, onderdeel uit van het begrenzingssysteem. Het geeft de zorgautoriteit de bevoegdheid om naast een tarief als bedoeld in lid 1 onderdeel a, b of c, voor individuele prestaties tevens ambtshalve een vaste, onder-, boven- of bandbreedtegrens vast te stellen voor het totaal van de tarieven voor de betrokken prestaties in de daarbij aangegeven periode. Die grens staat in hiërarchie boven de tariefstelling. (...) Het kan bij die grens bijv. gaan om de som van tarieven die in een bepaalde periode in rekening zijn gebracht, de som van tarieven die in rekening zijn gebracht en die zijn betaald en ook de som van de tarieven die voor prestaties in rekening hadden kunnen worden gebracht. De grens kan ook in de vorm van een formule worden vastgelegd. De zorgautoriteit legt de grens vast in beleidsregels en in een beschikking die voor de individuele zorgaanbieder of voor alle relevante zorgaanbieders geldt. (...)."

³³ Zie ook Nza, 'Beleidsregel prestaties en tarieven forensische zorg' BR-REG-20142', te raadplegen op www.nza.nl.

6.4 In de Tariefbeschikking heeft de NZa verder opgenomen:

"Max-max-tarieven: Voor alle DBBC's geldt dat zorgaanbieders die gelet op hun zorgzwaarte niet uitkomen met het maximumtarief, een mogelijkheid hebben om tot een maximum van 10% boven het geldende maximumtarief prijsafspraken te maken. Om hiervoor in aanmerking te komen dient sprake te zijn van een schriftelijke overeenkomst met de minister van JenV."

N.B. De NZa baseert haar (maximum)tarieven op uitgebreide kostprijsonderzoeken.

Economisch delict

6.5 Ingevolge artikel 35, eerste lid, onder a Wmg is het een zorgaanbieder verboden een tarief in rekening te brengen dat niet overeenkomt met het tarief dat voor de betrokken prestatie op grond van artikel 50, eerste lid, onderdeel b, Wmg is vastgesteld. Overtreding van de tariefregulering uit (onder meer) artikel 35 van de Wmg kwalificeert in beginsel als economisch delict en is daardoor strafbaar (artikel 1 onder 1° van de Wet Economische Delicten). Bovendien is overtreding van de tariefregulering beboetbaar door de NZa (artikel 85 Wmg).

Wijziging NZa-tarieven

6.6 In een aanbestedingsprocedure is DJI gebonden aan de (maximum)tarieven van de NZa. Bovendien dient DJI ermee rekening te houden dat die (maximum)tarieven jaarlijks (kunnen) wijzigen en dat bezwaar kan worden gemaakt tegen tariefbeschikkingen van de NZa. DJI dient derhalve een clause op te nemen in de aanbestedingsstukken waarin wordt geanticipeerd op een (eventuele) wijziging van de NZa-maximumtarieven voor forensische zorg. Het is tevens raadzaam de inschrijvingstermijn pas van start te laten gaan zodra de NZa-tarieven onherroepelijk zijn vastgesteld voor het betreffende jaar. Indien gekozen wordt voor een aanbesteding van meerjarige overheidsopdrachten dient in de conceptovereenkomst (onderdeel van de aanbestedingsstukken) een prijsherzieningsclause opgenomen te worden die het mogelijk maakt prijzen/tarieven gedurende de looptijd van de overeenkomst aan te passen indien een (eventuele) wijziging van de NZa-tarieven daartoe aanleiding geeft. Daarbij kan bepaald worden dat de tarieven alleen worden gewijzigd wanneer de NZa-maximumtarieven naar beneden worden bijgesteld.

DJI dient 'reële tarieven' te hanteren

6.7 DJI bepaalt thans de tarieven voor de forensische zorgverlening.

6.8 Onder meer omdat DJI voor bepaalde diensten een korting hanteerde op door de NZa vastgestelde maximumtarieven, hebben enkele forensische zorgaanbieders in 2019 een kort geding aangespannen tegen DJI. In zijn uitspraak van 28 januari 2020 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag zich uitgesproken over de door DJI gehanteerde tarieven. Wanneer DJI zelf de prijzen vaststelt (en daarbij afwijkt van NZa-maximumtarieven), is DJI verplicht te "onderbouwen en motiveren dat de door haar gehanteerde generieke kortingen, de geïntegreerde

maximumdagprijs en de wijze waarop zij omgaat met het max-max-tarief leidt tot reële tarieven", aldus de voorzieningenrechter.³⁴

N.B. Ter vergelijking: De discussie over 'reële tarieven' speelt ook in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo). Op grond van de Wmo moeten Nederlandse gemeenten ervoor zorgen dat inwoners zo lang mogelijk thuis kunnen blijven wonen. In de 'Algemene Maatregel van Bestuur reële prijs Wmo 2015' is bepaald hoe een "reële kostprijs" moet worden vastgesteld. In een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 22 oktober 2019 werd bepaald wanneer een tarief 'reëel' en 'kostendekkend' is. Een tarief is reëel wanneer rekening wordt gehouden met belangrijke factoren die invloed hebben op de bepaling van de kostprijs van aanbieders, zoals organisatie-specifieke en regionale omstandigheden. Daarbij hoeft het tarief niet kostendekkend te zijn voor *alle* aanbieders, maar wel voor een redelijk efficiënt functionerende aanbieder.³⁵

In hoger beroep van deze zaak benadrukt het Hof het belang van de organisatie-specifieke en regionale omstandigheden voor het bepalen van de kostprijs van aanbieders, waar gemeenten rekening mee moeten houden bij de vaststelling van hun tarieven. Daarnaast benadrukt het Hof dat, voor het bepalen van een reëel tarief, specifiek naar de zorgvraag in de regio moet worden gekeken. De gemeenten hebben onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij reële, kostendekkende tarieven hebben gesteld. Zij hebben namelijk onvoldoende onderbouwd dat dat er een goede verhouding bestaat tussen de prijs en de kwaliteit, rekening houdend met de reële kostprijs van de gevraagde zorg. Hiertoe zijn zij, op basis van het motiveringsbeginsel, wel verplicht. Over de motiveringsplicht (als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur) overweegt het Hof: "Dat betekent dat de (...) gemeenten moeten onderbouwen dat een goede verhouding bestaat tussen de prijs voor de levering van jeugdhulp en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit, rekening houdend met de deskundigheid van de beroepskrachten en de toepasselijke arbeidsvoorwaarden. Verder dienen zij een inschatting te maken van een reële kostprijs voor de activiteiten die zij door jeugdhulpaanbieders willen laten uitvoeren. Daarbij dient, ook vanuit het oogpunt van de bestuursrechtelijke beginselen van zorgvuldigheid en transparantie, te kunnen worden getoetst of voldoende rekening is gehouden met, onder meer, de eerder genoemde organisatie-specifieke aspecten en regionale omstandigheden."³⁶

6.9 Let wel: De uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 28 januari 2020 (ECLI:NL:RBDHA:2020:544) heeft betrekking op de situatie dat DJI zelf de prijzen vaststelt

³⁴ V.zr.Rb. Den Haag 28 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:544, r.o. 5.5. In deze uitspraak werd tevens bevestigd dat DJI, bij de inkoop van forensische zorg, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen. DJI handelde in strijd met beginselen van behoorlijk bestuur door (onder meer) niet afdoende te onderbouwen en te motiveren hoe de gehanteerde tarieven werden vastgesteld. DJI dient derhalve acht te slaan op (onder meer) het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb), het motiveringsbeginsel (artikel 3:46 Awb) en het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4, tweede lid, Awb).

³⁵ V.zr.Rb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.4.

³⁶ Gerechtshof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120, r.o. 5.9.

voor forensische zorgverlening. Wanneer DJI forensische zorgverleners contracteert naar aanleiding van een Europese aanbestedingsprocedure, dan bepalen inschrijvers (zorgaanbieders) op die aanbesteding – binnen door DJI te stellen kaders – in beginsel zelf met welke tarieven zij inschrijven op de aanbesteding (zie paragraaf 7 van deze notitie).

7 Beantwoording vraag

7.1 In deze slotparagraaf beantwoorden wij de vraag die aan ons is voorgelegd:

"Kan DJI binnen de huidige aanbestedingswetgeving zorgaanbieders verschillend behandelen (v.w.b. prijs- en volumeafspraken), waarbij nog steeds de Europese beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, proportionaliteit en transparantie gewaarborgd worden? Zo ja, op welke wijze kan dat geobjectiveerd plaatsvinden?"

7.2 Op grond van het gelijkheidsbeginsel is DJI gehouden gelijke gevallen gelijk te behandelen. Uitgangspunt is derhalve dat DJI zorgaanbieders gelijk moet behandelen ten aanzien van prijs- en volumeafspraken.

7.3 DJI mag zorgaanbieders alleen *verschillend* behandelen (i.e. verschillende prijs- en volumeafspraken maken) wanneer daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het verschillend behandelen van zorgaanbieders ontstaat, bijvoorbeeld, door het houden van een Europese openbare aanbestedingsprocedure die vooraf wordt aangekondigd en waarvan alle voorwaarden en modaliteiten van te voren op een transparante wijze worden bekendgemaakt. In de aanbestedingsprocedure moeten alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen en moet op een transparante wijze inzichtelijk gemaakt worden hoe inschrijvingen worden beoordeeld en hoe aan de hand daarvan verschillende prijs- en volumeafspraken gemaakt worden met afzonderlijke zorgaanbieders. Na het doorlopen van een dergelijke aanbestedingsprocedure is het DJI toegestaan verschillende prijs- en volumeafspraken te maken met zorgaanbieders, aan de hand van de inschrijvingen van de zorgaanbieders en conform de vooraf bekendgemaakte procedure.

7.4 In een aanbestedingsprocedure kan DJI ervoor kiezen overheidsopdrachten te gunnen aan de inschrijving(en) met de beste prijs-kwaliteitverhouding. Zorgaanbieders geven dan in hun inschrijving aan – binnen de door DJI gestelde kaders – welke kwaliteit zij bereid zijn te leveren tegen welke prijs. Het is aan DJI om voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure te bepalen op welke wijze inschrijvingen worden beoordeeld en op welke wijze de beste prijs-kwaliteitverhouding wordt vastgesteld. Het staat DJI vrij te bepalen welke waarde zij wil toekennen aan de factor 'kwaliteit' en de factor 'prijs'. Het is toegestaan de kwaliteit van een inschrijving zwaarder te laten meewegen in de beoordeling dan de prijs, bijvoorbeeld door de kwaliteit 90% en de prijs 10% van de eindscore te laten bepalen. Zorgaanbieders kunnen zich dan hoofdzakelijk onderscheiden op basis van kwaliteit, maar zullen ook enige prijsdruk voelen om de kosten niet te hoog te laten oplopen. Het is ook toegestaan dat DJI in een aanbestedingsprocedure zelf de tarieven vaststelt. Inschrijvers kunnen zich dan alleen onderscheiden op basis van hun kwaliteit. De factor prijs speelt in dat scenario geen rol bij de beoordeling van de inschrijvingen.

7.5 Het is raadzaam in de aanbestedingsstukken kaders te stellen voor de prijzen/tarieven waarmee zorgaanbieders kunnen inschrijven. Zo kan gedacht worden aan een budget (prijsplafond) en een bandbreedte voor de afzonderlijke tarieven (minimum- en maximumtarieven), waarbij rekening

wordt gehouden met de (maximum)tarieven van de NZa (zie paragraaf 6 van deze notitie). Binnen deze door DJI gestelde kaders bepalen zorgaanbieders vervolgens zelf voor welke prijzen zij hun diensten aanbieden. Prijsdifferentiatie ontstaat derhalve doordat zorgaanbieders inschrijven met verschillende prijzen/tarieven en daarmee wordt het risico op complexe discussies en/of rechtszaken over de hoogte van de tarieven ingeperkt. Volumeafspraken worden – indien gewenst ook binnen door DJI gestelde kaders – gemaakt aan de hand van een verdeelsysteem dat op transparante wijze wordt beschreven in de aanbestedingsstukken.

C. Afwegingsmodel planning aanbesteding

Om een onderbouwde keuze te maken voor de te volgen planning van de aanbesteding voor 'Behandeling en ketenoptimalisatie' en 'Begeleiding en specialismen' hebben wij een afwegingsmodel opgesteld. De criteria hierbij zijn de volgende:

- a. Betrokkenheid van het veld. DJI wenst zorgaanbieders te betrekken bij de verdere voorbereiding van de aanbestedingen. Uiteraard met inachtneming van de Aanbestedingswet. DJI is in dat kader voornemens om de inrichting van de aanbesteding, waaronder de perceelindeling, met behulp van een marktconsultatie aan het veld voor te leggen.
- b. Capaciteitsbeslag DJI en zorgaanbieders. Landschapsgericht aanbesteden is nieuw voor zowel DJI als zorgaanbieders en vraagt meer en andere capaciteit dan de vorige keer toen aanbestedingen volgens het open house model zijn uitgevoerd. Beide partijen dienen voldoende gelegenheid te hebben voor zorgvuldige uitvoering en besluitvorming.
- c. Continuïteit zorgaanbod. DJI dient er verzekerd van te zijn dat de continuïteit van de zorg niet in het geding is en dat overeenkomsten rechtmatig zijn. DJI heeft drie mogelijkheden om dit te waarborgen:
 - i. tijdig nieuwe overeenkomsten sluiten;
 - ii. lopende overeenkomsten verlengen;
 - iii. tijdelijke overeenkomsten sluiten voor specifieke zorgsettings.
- d. KKFZ. De definitieve vaststelling van het KKFZ is 1 september 2021. Mede gegeven de inrichting van de aanbesteding en het gunningsmodel is het KKFZ vastgesteld voordat zorgaanbieders hun inschrijving opstellen.
- e. Tarieven en zorgprestatiemodel. NZa heeft aangegeven de nieuwe tarieven en prestaties voor het zorgprestatiemodel in april 2021 te publiceren. DJI dient voldoende gelegenheid te hebben om de tarieven door te rekenen en die op een juiste wijze te verwerken in de te publiceren aanbestedingsstukken.

Wij hebben deze criteria per planning gescoord met een waardering van een tot en met drie. Bij een score van een houdt de planning beperkt rekening met het desbetreffende criterium en bij een score van drie houdt de planning optimaal rekening met het criterium. De planning met de hoogste score komt het meest tegemoet aan de wensen die DJI heeft. Dit leidt tot het volgende beeld.

Criteria	Omschrijving	Aanbesteden in 2021	Alternatieve planning
a	Betrokkenheid van het veld	1	3
b	Capaciteitsbeslag DJI en zorgaanbieders	1	2
c	Continuïteit zorgaanbod	3	2
d	KKFZ	1	3
e	Tarieven en zorgprestatiemodel	2	3
Totale score		8	13

Tabel 9. Afwegingsmodel planning

Volgens dit model behaalt de alternatieve planning de hoogste score en houdt die het beste rekening met de zaken die DJI belangrijk vindt.

D. Voorbeelduitwerking gunningscriterium

Onderstaand volgt een voorbeeld van de inhoudelijke uitwerking van een gunningscriterium, gebaseerd op de RADAR-systematiek en het KKFZ, specifiek pijler 4: Samenwerken. Die uitwerking is volgens een in de praktijk beproefd en juridisch getoetst model.

Introductie doelstelling

Met dit gunningscriterium ligt de nadruk op de vierde pijler van het KKFZ, namelijk samenwerken. Samenwerking binnen de Forensische Zorg kenmerkt zich door goede ketenaansluiting, zorgvuldige en passende overdrachten van patiënten/cliënten en samen optrekken in het geval van stapelzorg. Bij overdracht aan de voorkant en achterkant van het forensisch traject is het belangrijk om aansluiting met partners buiten de Forensische Zorg te organiseren. Door middel van een goede samenwerking kan continuïteit van zorg geboden worden, wat belangrijk is in het kader van persoonsgerichte zorg, de motivatie van de patiënt/cliënt, en daarmee werken aan het beperken van recidive. Daarnaast wil men binnen de sector van elkaar leren. Participeren in de reeds bestaande of nieuwe (kwaliteits-)netwerken is hiervan een onderdeel.

Gevraagde informatie

De Inschrijver wordt gevraagd in zijn uitwerking op de volgende onderwerpen in onderstaande volgorde in te gaan:

- a. *De voorgestelde wijze van samenwerken, specifiek:*
 - i. *De wijze waarop Inschrijver samenwerkt met andere organisaties binnen en buiten de Forensische Zorg om continuïteit van zorg te realiseren.*
 - ii. *De wijze waarop Inschrijver onderdeel is van een lerend netwerk met andere organisaties, die onderdeel zijn van de forensische keten.*
 - iii. *De wijze waarop Inschrijver de maatschappij en de omgeving van de Inschrijver betreft.*
- b. *Onderbouwing van de effecten van de aangeboden werkwijze: De onderbouwing die Inschrijver kan overleggen om Opdrachtgever ervan te overtuigen dat de aangeboden wijze van samenwerken zal leiden tot goede ketenaansluiting, zorgvuldige en passende overdrachten van patiënten/cliënten en samen optrekken in het geval van stapelzorgen en wat het effect van de aangeboden werkwijze in relatie tot de geformuleerde doelstelling is. Inschrijver kan dat aantonen door middel van:*
 - i. *Een logische onderbouwing,*
 - ii. *Opgedane ervaringen met soortgelijke opdrachten en/of uitgevoerde metingen of onderzoeksresultaten, waaruit blijkt dat de werkwijze het beoogde effect heeft.*

Beoordelingskader

Bij de beoordeling van dit gunningscriterium kijkt het beoordelingsteam naar het 'totaalbeeld' van de aangeboden werkwijze en de geleverde onderbouwing. Daarbij let het beoordelingsteam op de mate waarin de Inschrijver:

- a. *Duidelijk en concreet inzicht geeft in zijn aangeboden werkwijze op alle gevraagde onderdelen en die werkwijze het vertrouwen wekt dat die bijdraagt aan het realiseren van de geformuleerde doelstelling;*
- b. *Onderbouwt dat zijn werkwijze het beoogde effect heeft.*

De beoordelingsaspecten zijn geen nadere (sub)gunningcriteria. Het betreffen aspecten waarop de beoordelaars de Inschrijving beoordelen om te komen tot één integraal rapportcijfer. De genoemde aspecten kennen geen onderlinge weging. DJI kiest bewust voor een integrale beoordeling. Zij is van mening is dat er een duidelijke relatie ligt tussen de

beoordelingsaspecten. Zonder een duidelijke werkwijze is de onderbouwing niet goed te beoordelen. Dit betekent dat wanneer de beschrijving van de werkwijze niet concreet en/of onduidelijk is, dit bepalend is voor de integrale beoordeling en zal leiden tot een onvoldoende (rapportcijfer 5 of lager). Dit ongeacht de kwaliteit van de onderbouwing. Andersom geldt dat een concrete en duidelijke werkwijze pas zal leiden tot een hoog rapportcijfer (rapportcijfer 7 of hoger) indien de werkwijze op een deugdelijke manier is onderbouwd met bijvoorbeeld voorbeelden van soortgelijke opdrachten en/of metingen en onderzoeksresultaten waaruit blijkt dat de werkwijze het beoogde effect heeft.

Ten aanzien van de onderbouwing geldt dat deze beter wordt beoordeeld naarmate specifieker is uitgewerkt hoe de verschillende onderdelen van de werkwijze bijdragen aan het beoogde effect en aangedragen voorbeelden, metingen of onderzoeksresultaten onafhankelijk zijn en verifieerbaar zijn voor het beoordelingsteam.