

de gedwongen zorg te kunnen blijven verlenen. Een oplossing voor het vooromschreven probleem zou bijvoorbeeld zijn dat zowel een Wvggz-machtiging als een Wzd-machtiging worden toegekend, zoals de arts in deze casus ook heeft voorgesteld. De Wzd-machtiging zou dan een opgeschorte machtiging kunnen zijn die pas geldt op het moment dat er plek is in een Wzd-accommodatie, waardoor de Wvggz-machtiging automatisch komt te vervallen. Op die manier worden de machtigingen weliswaar gelijktijdig verleend, maar zijn zij niet gelijktijdig *geldend*. Deze oplossing zou dan wel een wettelijke basis moeten krijgen, want onder de huidige wetten is het voorgaande niet mogelijk. Wellicht dat het kabinet dit probleem meeneemt in een van de wetsvoorstellen die voor dit jaar staan gepland ter verbetering van de Wvggz en Wzd,² zodat ook de continuïteit van zorg voor patiënten die nu tussen wal en schip vallen zo spoedig mogelijk wettelijk zal worden gewaarborgd.

Over de auteur

Mr. M.M.A. (Milou) Janssen
Advocaat op de sectie gezondheidszorg van
Dirkzwager legal & tax.

2 Zie *Kamerstukken II 2019/2020*, 35 370 en 32 399, 2, p. 16-17. Het kabinet streeft ernaar om 1) voor het zomerreces een spoedreparatiewetsvoorstel aan te bieden aan de Tweede Kamer met een beperkt aantal concrete punten ter verbetering van de uitvoerbaarheid van de Wvggz en Wzd op korte termijn; en 2) rond de jaarwisseling een tweede wetsvoorstel aan te bieden aan de Tweede Kamer met verbeteringen die een meer gedetailleerde uitwerking vergen.

34. Tarieven forensische zorg niet reëel

Rechtbank Den Haag 28 januari 2020,
ECLI:NL:RBDHA:2020:544.

**Handelen in strijd met beginselen
van aanbestedingsrecht en algemene
beginselen van behoorlijk bestuur**

Karina Rongen

Achtergrond

Drie aanbieders van onder meer forensische zorg hebben een kort geding aanhangig gemaakt tegen de Staat over de tarieven in de forensische zorg. Vijf andere zorgaanbieders sloten zich daarbij aan. Het Ministerie van Justitie en Veiligheid is verantwoordelijk voor forensische zorg in een strafrechtelijk kader. De Divisie Forensische Zorg en Justitiële Jeugdinrichtingen, onderdeel van de Dienst Justitiële Inrichtingen (hierna: DJI), is namens de Staat belast met de inkoop van forensische zorg.¹ De inkoop Forensische Zorg 2020 is uitgevoerd middels een *open house*-procedure, waarbij iedere partij die aan bepaalde minimumvoorwaarden voldoet een contract krijgt. De inkoopprocedure staat beschreven in het Toetredingsdocument Forensische zorg 2020 (hierna: het toetredingsdocument). De forensische zorg is in de inkoopprocedure ingedeeld in vier terreinen: (i) klinische behandeling, (ii) ambulante behandeling, (iii) ambulante begeleiding en verblijfszorg en (iv) tbs. De inkoopprocedure valt niet onder de aanbestedingsrechtelijke regels.

1 De Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) is van toepassing op de inkoop van zorg. Art. 1 lid 3 Wmg bepaalt dat DJI voor de inkoop van forensische zorg gelijk wordt gesteld met een ziektekostenverzekeraar.

dingsrichtlijn.² Dat betekent dat de Aanbestedingswet niet van toepassing is. De beginselen van het aanbestedingsrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn wel van toepassing.³

De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) heeft voor de periode 1 januari tot en met 31 december 2020 een tariefbeschikking vastgesteld voor forensische zorg (hierna: de tariefbeschikking).⁴ De daarin weergegeven tarieven zijn maximumtarieven.⁵ DJI moet zich houden aan de door de NZa vastgestelde maximumtarieven voor 2020 en mag geen hogere tarieven vaststellen.

Allereerst schets ik kort het standpunt van de zorgaanbieders en van DJI. Vervolgens ga ik in op het oordeel van de voorzieningenrechter.

Standpunt zorgaanbieders

De zorgaanbieders stellen dat DJI in strijd handelt met de op de inkoopprocedure toepasselijke beginselen van aanbestedingsrecht en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het bezwaar van de zorgaanbieders is dat de tarieven zodanig laag en niet kostendekkend zijn dat zij daardoor niet meer in staat zijn forensische zorg met voldoende kwaliteit te leveren.

Standpunt DJI

DJI wijst op haar beleidsvrijheid bij het bepalen van de tarieven in de forensische zorg. DJI stelt

dat het daarom is toegestaan om een lager tarief vast te stellen dan de door de NZa vastgestelde maximumtarieven.

Oordeel voorzieningenrechter

De voorzieningenrechter neemt tot uitgangspunt dat op DJI een (extra) zware plicht rust om goed te motiveren waarom zij:

(i) *generieke kortingen* toepast op de vastgestelde NZa-maximumtarieven en de *geïntegreerde maximumdagprijs* (zie hieronder) introduceert;

(ii) weigert te overleggen met zorgverleners over toekenning van het *max-max-tarief* (zie hierna); en

(iii) van mening is dat zij met de daarmee geldende tarieven, reële tarieven biedt voor de door haar gevraagde zorg.

De omstandigheid dat er een beperkt totaalbudget is kan volgens de voorzieningenrechter niet ertoe leiden dat het geoorloofd is om niet-reële tarieven aan te bieden waarvoor de gevraagde zorg niet, althans niet met voldoende kwaliteit, geleverd kan worden. De voorzieningenrechter merkt daarover op dat eventuele tekorten niet op de zorgaanbieders kunnen worden afgewenteld. DJI dient in dat geval bij de minister aan te kloppen.

De voorzieningenrechter neemt bij haar oordeelsvorming tevens in aanmerking dat DJI feitelijk een monopoliepositie heeft en zorgaanbieders verplicht zijn om een contract met DJI te hebben om forensische zorg te kunnen verlenen. DJI bepaalt daarbij eenzijdig niet-onderhandelbare tarieven. Aan het verlenen van forensische zorg stelt de overheid bovendien hoge kwaliteitseisen. Schending daarvan kan leiden tot zware sancties, zoals hoge bestuursrechtelijke of strafrechtelijke boetes. Zorgaanbieders kunnen dus niet ongestraft kiezen voor mindere kwaliteit, nog afgezien van het feit dat de patiënten hier niet het slachtoffer van mogen worden. Daarnaast hebben zorgaanbieders helemaal geen invloed op de instroom van forensische patiënten. DJI voert de indicatiestelling uit. De indicatiestelling bepaalt de

2 Het Europese Hof van Justitie heeft in de arresten Falk/Farma (C-410/14) en Tirkkonen (C-9/17) bepaald dat een inkoopprocedure waarbij iedereen die aan bepaalde minimumvoorwaarden voldoet een contract krijgt, niet onder de aanbestedingsrichtlijn valt.

3 De algemene beginselen van het aanbestedingsrecht vinden hun grondslag in het 'Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie' (VWEU), dat directe werking kent. In al haar handelen dient de Staat de bepalingen van het VWEU-Verdrag na te leven. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur werken door op grond van art. 3:14 BW.

4 *Tariefbeschikking Forensische Zorg* TB/REG-20630-02.

5 Art. 50 lid 1 onder c Wmg.

zorgvraag, waaronder het beveiligingsniveau en de verblijfsintensiteit, en daarmee de te declareren zorgkosten. DJI bepaalt verder waar patiënten worden geplaatst en de zorgaanbieders hebben een opnameplicht. Ook bepaalt DJI de kwaliteits- en prestatie-indicatoren. De forensische zorgaanbieders zijn voor opdrachten wat betreft forensische zorg dus volledig afhankelijk van DJI. Om die reden rust op DJI een zware eis wat betreft de onderbouwing van de redelijkheid van de door haar gehanteerde tarieven.

Geïntegreerde maximumdagprijs

Voor klinische zorg en tbs gebruikt DJI vanaf 2020 een geïntegreerde maximumdagprijs. Deze maximumdagprijs heeft grote financiële consequenties voor zorgaanbieders. Het betreft een all-in prijs voor verblijf, behandeling en dagbesteding. Deze maximumdagprijs is gebaseerd op een analyse van de gedeclareerde zorgkosten in het jaar 2017. Nieuw in 2020 is dat ook behandeling en dagbesteding worden meegenomen in de maximumdagprijs, dit was in voorgaande jaren niet het geval. Vaststaat dat de geïntegreerde maximumdagprijs een vermindering is van de vergoeding vergeleken met voorgaande jaren, toen cumulatief per onderdeel werd betaald. Overigens hebben de zorgaanbieders gemotiveerd gesteld dat de in 2018 en 2019 gehanteerde maximum gemiddelde dagprijs (die alleen zag op verblijf) ook toen al voor hen aantoonbaar verliesgevend was. De geïntegreerde maximumdagprijs is niet gebaseerd op de tariefbeschikking, maar is door DJI als beleidsinstrument ingevoerd. Het beschikbare budget in combinatie met efficiëntiedoelen is bepalend geweest voor de invoering van de geïntegreerde maximumdagprijs.

De voorzieningenrechter oordeelt dat DJI met de invoering van de geïntegreerde maximumdagprijs haar beleidsvrijheid overschrijdt en in strijd handelt met het proportionaliteits- en gelijkheidsbeginsel. DJI heeft onvoldoende gemotiveerd dat de door haar gestelde doelen realistisch en haalbaar zijn in de praktijk, mede

gezien in het licht van haar monopoliepositie, rekening houdende met de indicatiestelling door DJI en de opnameplicht van de zorgaanbieders. DJI impliceert dat door zorgverleners in het verleden onnodig lang en zwaar is behandeld, maar concretiseert en onderbouwt dit standpunt niet. De zorgaanbieders hebben gemotiveerd betwist dat sprake zou zijn van 'overbehandelen'. DJI heeft de in 2018 en 2019 gehanteerde dagprijs bovendien niet cijfermatig geëvalueerd. De geïntegreerde maximumdagprijs lijkt daarmee uitsluitend te zijn gebaseerd op de wens de kosten omlaag te brengen, los van de vraag of dat behandel-technisch verantwoord is.

De voorzieningenrechter concludeert dat een juiste onderbouwing voor de invoering van de geïntegreerde maximumdagprijs ontbreekt en dat het besluit van DJI onvoldoende is gemotiveerd. DJI mag de geïntegreerde maximumdagprijs vooralsnog niet hanteren en moet de zorgaanbieders per onderdeel (verblijf, behandeling en dagbesteding) betalen.

Generieke kortingen ambulante tarieven

DJI gebruikt in de inkoopprocedure niet alleen een geïntegreerde maximumdagprijs, maar past ook algemene tariefcorrecties toe op de door de NZa vastgestelde maximumtarieven.⁶ De voorzieningenrechter overweegt dat het DJI in beginsel toegestaan is om een lager tarief vast te stellen dan het door NZa bepaalde maximumtarief. Beleidsdoelen kunnen daarbij een rol spelen. Het moet dan wel gaan om reële tarieven gelet op de aan de levering van de gevraagde zorg verbonden redelijke kosten. Een adequate onderbouwing en motivering voor de lagere tarieven ontbreekt evenwel. DJI handelt daarom in strijd met het motiveringsbeginsel door het hanteren van generieke kortingen. De voorzieningenrechter kan in kort

6 *Toetredingsdocument Forensische zorg 2020*, september 2019, blz. 25: 'Ambulante behandeling: DDBC deelprestatie behandeling 4,1%; Ambulante begeleiding en verblijfszorg: ZZP-C 3 6%, ZZP-C 4 en 5 8%'.

geding niet beoordelen of deze kortingen in stand kunnen blijven. DJI moet wel nader motiveren of de korting op de tarieven in de praktijk reëel is.

Max-max-tarieven

Als laatste gaat de voorzieningenrechter in op de max-max-tarieven. In de tariefbeschikking heeft de NZa 'max-max-tarieven' opgenomen. Deze tarieven zijn in feite een toeslag waar zorgaanbieders – die vanwege hun zorgzwaarte niet uitkomen met het maximumtarief – aanspraak op kunnen maken, nadat zij daarover schriftelijke (prijs)afspraken hebben gemaakt met de minister. De toeslag mag maximaal 10% bovenop het geldende maximumtarief zijn.

De voorzieningenrechter stelt vast dat DJI in het toetredingsdocument niet wijst op de mogelijkheid om in aanmerking te komen voor max-max-tarieven. DJI geeft dus geen gevolg aan de door de NZa geboden mogelijkheid om in een voorkomend geval na te gaan of een bepaalde zorgaanbieder (structureel) tekortkomt met het maximumtarief vanwege de zorgzwaarte van zijn patiënten(groep).

De voorzieningenrechter oordeelt dat DJI zorgaanbieders niet de mogelijkheid mag weigeren om overleg te voeren over de max-max-tarieven indien zij kunnen aantonen dat zij niet uitkomen met de door DJI gehanteerde tarieven. De beleidsvrijheid van DJI laat haar niet zodanig vrij dat zij dit in redelijkheid mag weigeren. De redenen daarvoor zijn als volgt.

De door DJI gehanteerde tarieven gaan uit van een bepaalde 'patiënten-productmix', waarvan het gemiddelde volgens DJI zou moeten leiden tot kostendeckende exploitatie. Intussen voert DJI de indicatiestelling uit en plaatst de patiënten bij de zorgaanbieders. De zorgaanbieders kunnen deze patiënten daarnaast niet weigeren. Onder deze omstandigheden kan van deze zorgaanbieders in redelijkheid niet worden verlangd dat zij zich zullen inschrijven op andere (lees: lichtere) vormen van zorg om – gemiddeld gezien – een reëel tarief te kunnen krijgen. Overigens erkent DJI – impliciet – dat de zware

zorg (zoals die verleend wordt in forensische psychiatrische klinieken) op zich verliesgevend is en slechts gecompenseerd kan worden door relatief meer opbrengende lichtere zorg. De voorzieningenrechter oordeelt dat dit, indien zorgaanbieders daadwerkelijk op financiële gronden kiezen voor lichtere zorg en nog maar in beperkte mate zeer zware zorg aan gaan bieden, desastreuus zou kunnen uitpakken.

De voorzieningenrechter volgt het verweer van DJI – dat het in sectoren waar sprake is van marktwerking, zoals hier het geval is, heel gebruikelijk is dat voor lief wordt genomen dat er verlieslatende activiteiten zijn, omdat die kunnen worden gecompenseerd met andere winstgevendende activiteiten – niet. DJI is verplicht om per onderdeel reële tarieven te bieden. Bovendien onderbouwt DJI niet dat de zorgaanbieders daadwerkelijk tot dergelijke compensatie in staat zijn. De zorgaanbieders hebben daarentegen gemotiveerd gesteld dat beëindiging van de zware zorg mogelijk de enige oplossing is om niet financieel ten onder te gaan.

De voorzieningenrechter beveelt – bij wege van voorlopige maatregel – DJI de mogelijkheid van een beroep op de max-max-tarieven op grond van bijzondere zorgzwaarte mogelijk te maken. Zorgaanbieders die denken dat zij voor een opslag in aanmerking komen moeten dat grondig motiveren en cijfermatig onderbouwen.

Alles bij elkaar genomen staat voor de voorzieningenrechter vast dat DJI in de inkoopprocedure – door toepassing van generieke kortingen op de vastgestelde NZa-maximumtarieven, invoering van een geïntegreerde maximumdagprijs en toepassing van het max-max-tarief te weigeren – in strijd heeft gehandeld met meerdere aanbestedingsrechtelijke beginselen en beginselen van behoorlijk bestuur.

Slotopmerkingen

De voorzieningenrechter tikt de minister op de vingers. Opvallend is dat de maatregelen die DJI middels de tarieven in de forensische zorg

heeft doorgevoerd, uitsluitend lijken te zijn gebaseerd op de wens de kosten omlaag te brengen. Vanwege het beperkte DJI-budget moest er koste wat het kost bezuinigd worden op forensische zorg. Men kan zich afvragen hoe de minister de verlaging van de tarieven in de forensische zorg in de praktijk voor zich ziet. De behandeling van deze patiënten halverwege stoppen? Patiënten minder intensief behandelen? Het aantal zorgverleners op de afdeling omlaag brengen? Het doel van forensische zorg is het herstel van de forensisch patiënt én vermindering van de kans op recidive ten behoeve van de veiligheid van de samenleving. Het verlagen van de tarieven in de forensische zorg zou (op termijn) grote recidive- en veiligheidsrisico's op kunnen leveren. De financiële consequenties van de maatregelen zijn – na eerdere verlagingen van de tarieven – nooit cijfermatig geëvalueerd, nog daargelaten dat DJI niet bereid was tot enig overleg met de zorgaanbieders in verband met hun zorgen over de verlieslatende koers van de tarieven in de forensische zorg. Het is onverantwoord om de tarieven (verder) te verlagen in een sector die zorg levert aan de gevaarlijkste patiëntengroep van de samenleving, zonder dat er enige evaluatie heeft plaatsgevonden om uit te sluiten dat de tarieven verliesgevend zijn.

Deze uitspraak heeft ervoor gezorgd dat de minister met de zorgaanbieders in gesprek is gegaan over een reële vergoeding voor forensische zorg. De volgende afspraken zijn in overleg gemaakt:

- (i) de korting op ambulante zorg in 2020 is opgeschort, DJI zal het maximumtarief van de NZa betalen;
- (ii) de geïntegreerde maximumdagprijs voor klinische behandeling (in 2020) en tbs beveiligingsniveau 4 (in 2019 en 2020) is door DJI opgeschort; en
- (iii) DJI maakt het mogelijk dat zorgaanbieders een beroep kunnen doen op het max-max-ta-

rief op grond van zorgzwaarte, kwaliteit en innovatie (in 2020 en 2021).⁷

De bezwaren van de zorgaanbieders tegen de door DJI gehanteerde inkoopprocedure en vastgestelde tarieven zijn door deze procedure eindelijk onderkend door de minister.

Tot slot merk ik op dat door de acht zorgaanbieders tevens bezwaar is aangetekend tegen de tariefbeschikking van de NZa. Het is (nog) mogelijk dat de NZa de tarieven aanpast na het bezwaar, dan wel bij een geslaagd beroep.

Over de auteur

Mr. A.K.M.T. (Karina) Rongen

Advocaat gezondheidsrecht en strafrecht bij Wybenga|Advocaten en redacteur van JGGZR.

⁷ Nieuwsbericht DJI d.d. 18 maart 2020, Tarieven forensische zorg <https://www.forensischezorg.nl/kennisdelen/nieuws/tarieven-forensische-zorg>.