

Handreiking juridisch kader zorgverkoop Wlz aan zorgkantoren

In 50 vragen en antwoorden

Inhoud

Vooraf	4
Algemeen	5
1. Welke wetgeving is van toepassing op de zorgverkoop aan zorgkantoren en welke eisen vloeien daaruit voort?	5
2. Welke andere regels zijn van toepassing op de zorgverkoop aan zorgkantoren en welke eisen vloeien daaruit voort?	8
3. Wat zijn de stappen in de zorginkoopprocedure?.....	13
4. Hoe ziet het tijdspad van de zorginkoopprocedure eruit?.....	16
5. Welke andere partijen en overheidsorganen zijn betrokken bij de zorginkoop/-verkoop Wlz en wat is hun rol daarbij?	17
6. Wat geldt als er een aanspraak is op Wlz-zorg die ook mogelijk op grond van een andere wet bekostigd kan worden?	18
7. Wat zijn de belangrijkste punten – tips & tricks - om in de gaten te houden bij de inkoopprocedure?.....	19
Inkoopprocedure & inkoopvoorwaarden	21
8. Welke typen inkoopprocedures zijn er en wat zijn de voor- en nadelen van de verschillende inkoopprocedures?	21
9. Wanneer is het aanbestedingsrecht van toepassing en hoe toets je aan de algemene aanbestedingsbeginselen?	23
10. Kan het zorgkantoor de algemene aanbestedingsbeginselen uitsluiten?	25
11. Geldt dezelfde inkoopprocedure voor zorg met verblijf als voor zorg thuis (vpt en mpt)?.....	26
12. Wat kan de zorgaanbieder doen als de inkoopdocumenten niet duidelijk zijn?	27
13. Wat kan de zorgaanbieder doen als de inkoopprocedure niet aan de wettelijke vereisten of regels van de NZa voldoet?	28
14. Wat kan de zorgaanbieder doen als het inkoopdocument fouten bevat?	29
15. Wat kan de zorgaanbieder die andere bezwaren heeft tegen de procedure of onderwerpen uit het inkoopdocument?	29

Handreiking mei 2018

Juridisch kader zorgverkoop

Wlz aan zorgkantoren



16. Mogen de inkoopvoorwaarden van het zorgkantoor afwijken van het inkoopdocument van het jaar daarvoor? -----	29
17. Mogen de inkoopvoorwaarden afwijken van de documenten van ZN? -----	30
18. Mag een zorgkantoor als inkoopvoorwaarde hanteren dat een zorgaanbieder de Governancecode Zorg 2017 (GCZ) aantoonbaar heeft ingevoerd? -----	30
19. Kan tijdens de inkoopprocedure van de inkoopvoorwaarden worden afgeweken? -----	31
20. Welke verplichtingen ontstaan voor het zorgkantoor en de zorgaanbieder na een inschrijving? -----	32
21. Kan een inschrijving worden gewijzigd en/of worden ingetrokken door het zorgkantoor of de zorgaanbieder? -----	33
22. Kan de zorgaanbieder die zich niet heeft ingeschreven na het verlopen van de inschrijftermijn alsnog worden gecontracteerd? -----	34
23. Wat als het zorgkantoor mijn inschrijving niet of te laat heeft ontvangen? -----	34
24. Kan het zorgkantoor de onderhandelingen eenzijdig afbreken? -----	35
25. Geeft een bestaande overeenkomst met het zorgkantoor, garantie op een overeenkomst voor volgend jaar? -----	35
26. Welke gegevens mogen de zorgaanbieder en het zorgkantoor uitwisselen in het kader van de inkoopprocedure? -----	36
27. Mogen zorgaanbieders met elkaar overleggen ten behoeve van de inschrijving? -----	36
28. Kan je, wanneer je een meerjarenovereenkomst bent overeengekomen met het zorgkantoor, verplicht worden om na een jaar een aanvullend addendum te ondertekenen? -----	37
29. Aan welke (wettelijke) eisen moet de overeenkomst voldoen? -----	38
30. Mag de overeenkomst van het zorgkantoor afwijken van het model van ZN? -----	39
31. Wat kan je als aanbieder doen als er onredelijke eisen of fouten in de modelovereenkomst staan? -----	39
32. Welke rol heeft de NZa met betrekking tot het sluiten van de overeenkomst? -----	40
33. Wat als je niet tot overeenstemming kunt komen over de productieafspraken? -----	41
34. Kan elk zorgkantoor zelf bepalen welke kortingen worden gehanteerd op de tarieven van de NZa? -----	42
35. Moet er een verwerkersovereenkomst worden gesloten tussen het zorgkantoor en de zorgaanbieder? -----	43
36. Wat kan een zorgaanbieder als hij het niet eens is met documenten die later beschikbaar zijn gekomen terwijl daar wel voor getekend is? -----	45
37. Wat zijn de belangrijkste kenmerken van een meerjarenovereenkomst ten opzichte van een eenjarige overeenkomst? -----	45

Continuïteit van zorg	47
38. Welke verplichtingen heeft de zorgaanbieder als hij niet opnieuw wordt gecontracteerd door het zorgkantoor?	47
39. Welke verplichtingen heeft de zorgaanbieder als de Wlz-indicatie van cliënten gedurende het contractjaar vervalt en overgaat in een Wmo-aanspraak?	49
40. Mag een zorgaanbieder de gecontracteerde Wlz-zorg in onderaanneming uitbesteden?	50
41. Is het zorgkantoor verplicht de overproductie te vergoeden?	51
Vragen, bezwaren en geschillen bij/over de zorginkoop	52
42. Wanneer verliest de zorgaanbieder zijn recht om bezwaar te maken en wat is de consequentie daarvan?	52
43. Wat betekent het escalatiemodel?	53
44. Kan de gang naar de civiele rechter worden uitgesloten door het zorgkantoor?	55
45. Wat zijn de voor- en nadelen van de Geschilleninstantie Zorgcontractering?	56
46. Wat zijn de voor- en nadelen van de civiele rechter?	58
47. Welke rechter gaat over de zorginkoop door het zorgkantoor?	60
48. Aan welke criteria toetst de civiele rechter?	61
49. Wat is de rol van de NZa bij een geschil?	62
50. Aan welke criteria toetst de NZa en de bestuursrechter?	62

Handreiking mei 2018

Juridisch kader zorgverkoop Wlz aan zorgkantoren



Vooraf

Deze handreiking geeft in 50 vragen en antwoorden een beeld van de juridische aspecten van de zorgverkoop aan zorgkantoren voor langdurige zorg. Deze handreiking vervangt de eerdere versie van deze handreiking die door VGN is gepubliceerd in 2014. Deze handreiking beschrijft de stand van zaken per 15 mei 2018. De handreiking is tot stand gekomen in samenwerking met het zorgteam van Van Doorne advocaten, notarissen en fiscalisten.

Aanleiding voor een nieuwe handreiking zorgverkoop is dat sinds de vorige handreiking hervormingen van de langdurige zorg hebben plaatsgevonden. Daarbij is onder meer de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten ("**AWBZ**") vervangen door de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 ("**Wmo**"), de Jeugdwet, de Zorgverzekeringswet ("**Zwv**") en de Wet langdurige zorg ("**Wlz**"). De Wlz is per 1 januari 2015 in werking getreden en regelt hoofdzakelijk de intramurale langdurige intensieve zorg voor mensen die vanwege een somatische of psychogeriatrische aandoening of beperking of een verstandelijke, lichamelijke of zintuiglijke handicap, een blijvende behoefte hebben aan 24 uur per dag zorg in de nabijheid of permanent toezicht. De Wlz is nader uitgewerkt in het Besluit langdurige zorg en de Regeling langdurige zorg.

De Wlz borduurt voort op het wettelijk kader van de AWBZ voor de intramurale zorg. De Wlz-zorg wordt net als bij de AWBZ per regio ingekocht door zorgkantoren. Elk jaar maken leden van de VGN en andere zorgaanbieders afspraken met zorgkantoren over de prijs, het volume en de kwaliteit van Wlz-zorg voor het volgende kalenderjaar. Deze handreiking gaat in op die afspraken en bespreekt de juridische aspecten die daarmee te maken hebben. Er is nog niet veel rechtspraak over de Wlz. De rechtspraak over de vroegere AWBZ kan, omdat de Wlz voortborduurde op de AWBZ, vaak naar analogie worden toegepast op de Wlz. De zorginkoop door cliënten die een persoonsgebonden budget (pgb) hebben, blijft in deze handreiking buiten beschouwing.

Algemeen

1. Welke wetgeving is van toepassing op de zorgverkoop aan zorgkantoren en welke eisen vloeien daaruit voort?

Wlz

Artikel 3.2.1 Wlz bepaalt dat een verzekerde recht heeft op zorg die op zijn behoeften, persoonskenmerken en mogelijkheden is afgestemd voor zover hij naar aard, inhoud en omvang en uit een oogpunt van doelmatige zorgverlening redelijkerwijs op die zorg is aangewezen. Dit is het geval als de verzekerde een blijvende behoefte heeft aan 24 uur per dag zorg in de nabijheid of permanent toezicht vanwege een somatische of psychogeriatrische aandoening of beperking of een verstandelijke, lichamelijke of zintuiglijke handicap.

Het recht op zorg kan op basis van artikel 3.1.1 Wlz omvatten: verblijf in een instelling, persoonlijke verzorging, begeleiding en verpleging, behandeling, mobiliteitshulpmiddelen en vervoer.

Op basis van de Wlz heeft de verzekerde recht op een samenhangend aanbod van zorg in combinatie met verblijf, waarbij het uitgangspunt is dat de verzekerde zorg in natura afneemt met verblijf. Artikel 3.3.2 Wlz biedt de mogelijkheid zorg in natura ook af te nemen *zonder* verblijf. Dit kan met een volledig pakket thuis (vpt) of een modulair pakket thuis (mpt). In plaats van zorg in natura kan een cliënt ook zelf zorg inkopen met een pgb. Die inkoop blijft in deze handreiking buiten beschouwing.

De Wlz wordt formeel uitgevoerd door Wlz-uitvoerders. Een Wlz-uitvoerder is een entiteit die juridisch gezien onderdeel vormt van dezelfde groep als een zorgverzekeraar, maar daarvan afzonderlijk te werk gaat. Per regio is één Wlz-uitvoerder aangewezen als zorgkantoor. Dit zorgkantoor voert de zorgplicht van alle Wlz-uitvoerders in een bepaalde regio uit. De eindverantwoordelijkheid voor het uitvoeren van de Wlz blijft bij de Wlz-uitvoerder en gaat niet over op het zorgkantoor.

Op grond van de Wlz heeft een Wlz-uitvoerder een zogenoemde zorgplicht. Die zorgplicht houdt in dat een Wlz-uitvoerder ervoor moet zorgen dat de bij hem ingeschreven verzekerden hun recht op zorg ook tot gelding kunnen brengen. Een Wlz-uitvoerder moet ervoor zorgen dat een verzekerde binnen redelijke termijn en binnen redelijke afstand van waar hij wil wonen of bij hem thuis de zorg ontvangt die hij nodig heeft. Wlz-uitvoerders geven hier uitvoering aan door via het zorgkantoor overeenkomsten met zorgaanbieders te sluiten die de zorg namens hen aan de verzekerden zullen leveren.

In de praktijk is het zorgkantoor voor zowel cliënten als zorgaanbieders het aanspreekpunt. Dat het zorgkantoor daarbij optreedt als vertegenwoordiger van alle Wlz-uitvoerders (lees: zorgverzekeraars die ieder voor zich de Wlz uitvoeren) gezamenlijk is in de praktijk vrijwel niet zichtbaar. In de rest van deze handreiking hanteren we daarom de term zorgkantoor. Alleen als dat relevant is voor het antwoord zal het formele verschil tussen zorgkantoor en Wlz-uitvoerder worden benoemd.

Het zorgkantoor is niet verplicht met alle zorgaanbieders een overeenkomst te sluiten.¹ De zorgplicht verplicht het zorgkantoor slechts *voldoende* zorgovereenkomsten te sluiten. Gedachte daarbij is dat de verzekerde op deze manier keuzevrijheid heeft binnen een redelijke termijn en afstand de zorg te ontvangen waarop hij is aangewezen-, en dat deze zorg van goede kwaliteit is – (artikel 4.2.1 Wlz). Een zorgaanbieder is niet verplicht een overeenkomst met een zorgkantoor te sluiten. Maar zonder overeenkomst heeft de zorgaanbieder geen toegang tot de bekostiging op grond van de Wlz.

De Wlz stelt een aantal voorwaarden aan de overeenkomsten die het zorgkantoor met de zorgaanbieder sluit (artikel 4.2.2 Wlz). De overeenkomst moet bijvoorbeeld schriftelijk zijn en mag maximaal vijf jaar duren. Zie voor alle voorwaarden het antwoord op vraag 29.

¹ Dit bepaalt artikel 4.2.2 Wlz.

Wet marktordening gezondheidszorg

De Wet marktordening gezondheidszorg ("**Wmg**") reguleert onder andere de prijzen die zorgaanbieders in rekening mogen brengen. Ook bepaalt de Wmg voor welke prestatie (in de Wlz bijvoorbeeld de zorgzwaarte pakketten, de ZZP's) die prijs in rekening moet worden gebracht.

Ook kan de Nederlandse Zorgautoriteit ("**NZa**") op basis van de Wmg regels stellen over voorwaarden waartegen zorg wordt geleverd (artikel 45). Dit onder andere in de vorm van voorwaarden (bijvoorbeeld wanneer de ZZP inclusief of exclusief dagbesteding is) of voorschriften (bijvoorbeeld hoe afwezigheidsdagen moeten worden geregistreerd en gedeclareerd). De NZa kan bepalen dat overeenkomsten die niet voldoen aan die regels nietig zijn, als zij niet binnen een door de NZa vast te stellen termijn aangepast zijn (artikel 46).

Algemeen overeenkomstenrecht

Buiten de wet- en regelgeving en de voorschriften die op grond van de Wmg van toepassing zijn op het maken van prijsafspraken, geldt het algemene uitgangspunt van contracteer- en contractsvrijheid. Dit houdt in dat zorgkantoren en zorgaanbieders in beginsel vrij zijn om al dan niet met elkaar te contracteren én om naar eigen inzicht invulling te geven aan de inhoud van hun afspraken.

De omvang van deze vrijheid kan worden beperkt door de redelijkheid en billijkheid. Zorgaanbieder en zorgkantoor dienen zich – ook in de aanloop naar een contract of de afloop daarvan – redelijk op te stellen. Dat brengt onder meer met zich mee dat als een zorgaanbieder jarenlang door een zorgkantoor is gecontracteerd, het zorgkantoor niet zonder meer een nieuw contract kan weigeren. Dat geldt ook als steeds contracten voor de duur van één jaar zijn afgesloten. Dit is geen stilzwijgende verplichting om te blijven doorcontracteren. Zo kan het niet voldoen aan de voorwaarden van de inkoopprocedure of als is vast

komen te staan dat er eerder onzorgvuldig en onrechtmatig is gedeclareerd, voldoende zijn voor het zorgkantoor om niet langer te contracteren.²

2. Welke andere regels zijn van toepassing op de zorgverkoop aan zorgkantoren en welke eisen vloeien daaruit voort?

De NZa heeft verschillende beleidsregels en regelingen³ die van toepassing zijn op de inkoopprocedure van Wlz-zorg door zorgkantoren. De NZa past de beleidsregels en regelingen regelmatig aan. Zo zijn er diverse (beleids)regels die per kalenderjaar worden herzien. Er zijn geen vaste data waarop de NZa nieuwe regelgeving publiceert. Wel houdt de NZa rekening met de jaarlijkse cyclus voor zorginkoop.⁴ De meeste nieuwe regelgeving publiceert de NZa in de eerste helft van het kalenderjaar zodat die op tijd beschikbaar is voor de start van de zorginkoop (vgl. vraag 4). Dat sluit niet uit dat er gedurende het jaar nog wijzigingen door de NZa worden doorgevoerd.

Kijk dus altijd op de website van de NZa naar de meest recente versie. Naast de (beleids)regels over de prestaties en tarieven die kunnen worden gedeclareerd zijn voor de zorginkoop in het bijzonder de volgende (beleids)regels van belang:

- **Regeling Transparantie contracteerproces Wlz;**

In de regeling Transparantie contracteerproces Wlz stelt de NZa verplichtingen vast op het gebied van transparantie rondom het contracteerproces voor Wlz-zorg. Een zorgkantoor moet voorafgaand aan de onderhandelingen over een overeenkomst bekend maken volgens welke modellen hij aan een zorgaanbieder overeenkomsten zal aanbieden. Basis hiervoor zullen de modelovereenkomsten zijn die bij het Inkoopkader Wet

² Hoge Raad, 11 december 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2090 en ECLI:NL:HR:2015:35.

³ Er is formeel juridisch een verschil tussen beleidsregels en regelingen. In de praktijk rond zorginkoop/-verkoop speelt dat onderscheid vrijwel nooit een rol. Bij de verkoop aan zorgkantoren volstaat dat de zorgaanbieder de voorschriften van de NZa uit zowel de beleidsregels als de regelingen in de gaten houdt. In principe kunnen zorgaanbieders zowel bij de civiele rechter als bij de bestuursrechter een beroep op deze regels en beleidsregels doen.

⁴ In deze handreiking wordt gesproken over zorginkoop als het handelen van het zorgkantoor betreft en zorgverkoop waar het handelen van de zorgaanbieder betreft. Zorginkoop en zorgverkoop beschrijven dus hetzelfde proces, alleen vanuit een andere invalshoek.

langdurige zorg van ZN worden gepubliceerd (vgl. vraag 3). Doel hiervan is zorgaanbieders beter in staat te stellen een onderhandelingsstrategie te bepalen.

Ook moet een zorgkantoor per budgetronde (afsprakenronde) informatie verstrekken over welk deel van de regionale contracteerruimte door het zorgkantoor is gevuld met afspraken met zorgaanbieders. Dit zodat zorgaanbieders een (risico)inschatting kunnen maken wat een (dreigende) overschrijding van de eigen productieafspraken kan betekenen.

Beleidsregel Normenkader Wlz-uitvoerder;

In de Beleidsregel Normenkader Wlz-uitvoerder wordt vastgelegd welke normen de NZa hanteert bij het toezicht op de zorgkantoren. De beleidsregel bevat onder andere de volgende eisen waaraan zorgkantoren in het kader van de zorginkoop zich moeten houden:

- Het zorgkantoor betreft cliënten actief bij het zorginkoopbeleid;
- Het zorgkantoor koopt voldoende, kwalitatief goede zorg in, in aansluiting op de verwachte aantallen cliënten, indicaties, geografische spreiding, cliëntvoorkeuren, en andere voor de zorginkoop relevante factoren, door:
 - o tijdig schriftelijke overeenkomsten te sluiten die waarborgen dat voldoende kwalitatief goede zorg beschikbaar is;
 - o een analyse te maken van de zorg die in het (zorginkoop)jaar nodig is met het oog op te verwachten aantallen cliënten en indicaties, gewenste kwaliteit, waarborgen van zorg binnen redelijke termijn en afstand en de voorkeuren van de verzekerden in de regio onder andere wat betreft godsdienstige gezindheid, levensovertuiging en seksuele geaardheid;
 - o te inventariseren van welk aanbod beschikbaar is om te voorzien in de verwachte zorgbehoefte;

- afspraken te maken met zorgaanbieders die aantoonbaar voortvloeien uit de analyse van zorgbehoefte en -aanbod;
- in het contracteerbeleid te beschrijven welke voorwaarden worden gesteld aan uitbesteding van zorg door de zorgaanbieder (waaronder hoe de zorgaanbieder het zorgkantoor daarover informeert);
- Het zorgkantoor maakt afspraken met zorgaanbieders die een doelmatige zorgverlening waarborgen, door:
 - een beleid vast te leggen waarin een duidelijke relatie wordt gelegd tussen zorgmiddelen en beoogde resultaten met concrete en onderbouwde doelen, activiteiten en middelen om te komen tot een zo doelmatig mogelijke zorgverlening op de korte en lange termijn;
 - aan te geven hoe het beleid zich verhoudt met de voorkeuren van de cliënten en hoe wordt omgegaan met spanningen tussen de voorkeuren van de cliënten en doelmatige zorg;
 - in de overeenkomsten concrete afspraken op te nemen om doelmatige zorgverlening te bevorderen;
 - actief uitvoering te geven aan het beleid, de resultaten daarvan te monitoren en mee te nemen in vervolgactiviteiten;
- Het zorgkantoor koopt in middels een transparant en objectief contracteerproces dat voldoet aan de eisen gesteld in de Regeling Transparantie Contracteerproces Wlz;
- Het zorgkantoor bevordert en controleert actief of de gemaakte afspraken met zorgaanbieders worden nageleefd, onder meer door in de overeenkomst afspraken op te nemen over deze controle;
- Het zorgkantoor voorziet in de zorgbehoefte op de lange termijn door te beschikken over een onderbouwde inschatting van zorgbehoefte en –

aanbod op lange termijn, nieuw en innovatief zorgaanbod te stimuleren en keuzemogelijkheden voor de cliënt te bevorderen;

- Het zorgkantoor zet in op preventie en integrale zorg en ondersteuning voor cliënten, door een beleid vast te leggen met concrete doelen, activiteiten en middelen. Dit beleid is gericht op het beperken van niet-noodzakelijke Wlz-zorg en het optimaal afstemmen van Wlz-zorg met andere vormen van zorg en ondersteuning. Het zorgkantoor dient actieve uitvoering te geven aan dit beleid en de resultaten te monitoren en mee te nemen in vervolgvactiteiten; en
- De afspraken die het zorgkantoor maakt met zorgaanbieders voor de zorginkoop blijven binnen de regionale contracteerruimte.

- **Beleidsregel Toezichtkader zorgplicht Wlz;**

De Beleidsregel Toezichtkader zorgplicht Wlz beschrijft meer concreet waaruit de zorgplicht van het zorgkantoor tegenover zijn verzekerden bestaat. Uit rechtspraak over de Zvw volgt dat ook andere bij het zorgstelsel betrokken partijen de zorgverzekeraar kunnen aanspreken op naleving van deze zorgplicht, zoals leveranciers van zorg.⁵ Deze rechtspraak leent zich ook voor toepassing bij de Wlz. Dat betekent dat een Wlz-zorgaanbieder het zorgkantoor kan aanspreken op naleving van dit toezichtkader.

- **Beleidsregel budgettair kader Wlz (per jaar vastgesteld);**

Ieder jaar stelt de NZa in de Beleidsregel budgettair kader Wlz (jaartal) de regionale verdeling van het budgettair kader vast waarbinnen de zorgkantoren voor dat jaar kunnen contracteren. Ook geeft de beleidsregel aan op welke wijze de verwerking van gemaakte productieafspraken in de budgetronde en herschikkingsronde in de budgetten van zorgaanbieders

⁵ Hoge Raad, 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241 onder 3.11.4.

plaatsvindt en op welke manieren middelen overgeheveld kunnen worden tussen de verschillende kaders.

- **Beleidsregel overgangsmodel nieuwe verdeling budgettair kader langdurige zorg;**

Per 2018 voert de NZa een nieuw verdeelmodel voor het budgettair kader Wlz, beschreven in de Beleidsregel budgettair kader Wlz. Het (nieuwe) verdeelmodel leidt ertoe dat de financiële kaders van sommige zorgkantoren stijgen en van andere dalen. Om de continuïteit van de zorglevering te waarborgen en met het oog op de zorgplicht van de zorgkantoren worden de financiële effecten van het nieuwe verdeelmodel niet in een keer doorgevoerd. De Beleidsregel overgangsmodel nieuwe verdeling budgettair kader langdurige zorg regelt het ingroeitraject voor de jaren 2019 en 2020 naar de (nieuwe) verdeling van het budgettair kader zorg over de regio's.

- **Beleidsregel Bekostigingscyclus Wlz (per jaar vastgesteld);**

In de Beleidsregel Bekostigingscyclus Wlz legt de NZa elk jaar voorwaarden vast voor het bepalen van de aanvaardbare kosten, de beoordeling en afhandeling van de nacalculatie-opgave, de wijze waarop de NZa jaarlijks de Wlz-beleidsregelwaarden indexeert en de wijze waarop de NZa gebruik maakt van haar bevoegdheid om de tarifiering van onderling dienstverlening tussen zorgaanbieders te reguleren.

- **Beleidsregel Overige kosten Wlz (per jaar vastgesteld);**

De Beleidsregel Overige kosten Wlz 2018 legt de voorwaarden voor vergoeding aan zorgaanbieders vast van:

- extreme kosten van zorggebonden materiaal voor cliënten met een somatische dan wel psychogeriatrische aandoening die verblijven in een Wlz-instelling;

- extreme kosten van geneesmiddelen voor cliënten met een somatische, psychogeriatrische of psychische aandoening, stoornis of een handicap die verblijven in een Wlz-instelling; en
 - een onvrijwillige verhuizing van cliënten in verband met renovatie en/of vervangende nieuwbouw en/of het permanent sluiten van woningen voor Wlz-zorg.
- **Beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg.**

Deze beleidsregel beschrijft wanneer en hoe de NZa onderzoek doet naar aanmerkelijke marktmacht van een partij – zorgkantoor of zorgaanbieder – en wanneer ingrijpen aan de orde is. In algemene zin geldt daarbij dat de NZa als beleid heeft dat niet snel wordt ingegrepen bij marktmacht aan de zijde van het zorgkantoor, omdat het doelmatig inkopen van zorg behoort tot de wettelijk taak van het zorgkantoor. De beleidsregel zal vooral in beeld komen als een dominante regionale zorgaanbieder die positie gebruikt om bij het zorgkantoor bepaald (zorginkoop)beleid af te dwingen.

3. Wat zijn de stappen in de zorginkoopprocedure?

Voor het antwoord op deze vraag is van belang dat Zorgverzekeraars Nederland ("ZN") in het Inkoopkader Wet langdurige zorg - in aanvulling op de (beleids)regels van de NZa beschreven bij vraag 2 - de kaders heeft beschreven die de zorgkantoren hanteren bij de zorginkoop van Wlz-zorg. In het document komen verschillende onderwerpen aan bod: thema's die meer toelichting behoeven, achtergronden, aanvullende gedragslijnen en/of wijzigingen op inkoopthema's en aanvullende voorwaarden en richtlijnen op de huidig geldende wet- en regelgeving. Het inkoopkader heeft het voormalige Programma van Eisen vervangen. Zie ook vraag 17.

Er zijn in de zorginkoopprocedure verschillende stappen te onderscheiden. Allereerst wordt een landelijk inkoopkader gepubliceerd dat door alle zorgverzekeraars gezamenlijk in ZN verband is ontwikkeld. Op 1 juni 2017 hebben

Handreiking mei 2018

Juridisch kader zorgverkoop Wlz aan zorgkantoren



de zorgkantoren een zorginkoopbeleid voor drie jaar gepubliceerd: het Zorginkoopkader Wet langdurige zorg 2018-2020. Het is een landelijk kader en bestaat uit twee delen: een inkoopkader voor bestaande zorgaanbieders en een inkoopkader voor nieuwe aanbieders. De zaken die regionaal van aard zijn of opgepakt worden, zijn in het zorginkoopbeleid van de individuele zorgkantoren terug te vinden. Zo krijgt het zorgkantoor bijvoorbeeld de kans in te spelen op vergrijzing, krimpregio's, het kwaliteitskader gehandicaptenzorg of een toename in vraag naar een bepaalde vorm van zorg. Ook verschillen van visie van zorgkantoren leiden tot eigen regionaal beleid op deelonderwerpen.

Nieuw in het Zorginkoopkader Wet langdurige zorg 2018-2020 is dat zorgkantoren aansluiten bij de sectorale kwaliteitskaders en geen aanvullende kwaliteitseisen meer stellen in de contractering. Daarmee is de landelijke werkwijze van het hanteren van een tariefopslag voor het werken aan verbeterplannen vervallen. Het tariefpercentage wordt regionaal vastgesteld, waarbij differentiatie tussen zorgaanbieders mogelijk is conform het regionale beleid. De per regio vastgestelde tarieven zijn ingesteld om ontwikkeling te stimuleren. Doel is dat zorgkantoren zo een betere invulling kunnen geven aan hun zorgplicht, passend bij specifieke doelgroepen of regionale omstandigheden.

ZN heeft aangekondigd gedurende de looptijd van het Zorginkoopkader Wet langdurige zorg 2018-2020 in een addendum aanvullingen op dit inkoopbeleid te publiceren als dat door nieuwe ontwikkelingen nodig is. Een addendum voor 2019 is door ZN al aangekondigd. Dit zal op 1 juni 2018 worden gepubliceerd. In lijn der verwachting ligt dat voor 2020 op 1 juni 2019 een addendum zal worden gepubliceerd.

Na de publicatie van het inkoopkader/addendum voor het komende jaar door ZN bieden de zorgkantoren aan de zorgaanbieders de mogelijkheid vragen in te dienen over eventuele onduidelijkheden over de inkoopprocedure volgens het inkoopkader en bijbehorende documenten. Vragen kunnen tot uiterlijk 21 juni worden gesteld. Na de uiterlijke datum waarvóór vragen moeten zijn gesteld, is het niet meer mogelijk vragen te stellen. Zorgkantoren beantwoorden de gestelde vragen in een nota van inlichtingen. De nota van inlichtingen maakt onderdeel uit van de

inkoopprocedure. De nota van inlichtingen gaat voor op het Zorginkoopkader Wet langdurige zorg 2018-2020. De nota van inlichtingen wordt uiterlijk 29 juni gepubliceerd.

Nadat de nota van inlichtingen is gepubliceerd, kunnen zorgaanbieders zich inschrijven. Daarmee geven ze aan te willen contracteren met een zorgkantoor. Welke verklaring en documenten een zorgaanbieder moet aanleveren bij de inschrijving hangt af van of sprake is van een bestaande of een nieuwe zorgaanbieder. De inschrijving wordt vervolgens beoordeeld door het zorgkantoor. In sommige gevallen neemt het zorgkantoor de inschrijving niet in behandeling of wordt deze uitgesloten. Uit het Zorginkoopkader Wet langdurige zorg 2018-2020 volgt dat in ieder geval in de volgende gevallen de inschrijving niet in behandeling wordt genomen of wordt uitgesloten:

- als de inschrijving niet tijdig is aangeleverd, onvolledig is, onjuiste informatie bevat of om enige andere reden ongeldig is;
- als een zorgaanbieder onjuiste en/of valse gegevens verstrekt;
- als niet voldaan wordt aan één of meer van de gestelde geschiktheidseisen of overige eisen zoals genoemd in de bestuursverklaring, ook in het geval de zorgaanbieder bij de inschrijving aangeeft (ten tijde van de contractperiode) niet te kunnen voldoen aan de geschiktheidseisen;
- als één of meer van de uitsluitingsgronden die blijken uit de bestuursverklaring op de zorgaanbiederzorgaanbieder van toepassing is/zijn;
- als uit de ingediende offerte blijkt dat een zorgaanbieder niet akkoord gaat met de in het inkoopkader gestelde eisen en voorwaarden;
- als er geen positieve uitkomst is van een door het zorgkantoor ingesteld onderzoek bij gerezen twijfel of een zorgaanbieder de ingediende offerte volledig dan wel gedeeltelijk waar kan maken.

Handreiking mei 2018

Juridisch kader zorgverkoop Wlz aan zorgkantoren



Wordt de inschrijving wel in behandeling genomen, dan wordt eerst de voorlopige uitkomst van de inschrijving door het zorgkantoor aan de zorgaanbieder teruggekoppeld. Op basis daarvan is er een mogelijkheid tot gesprek over de contractering, productieafspraken en voorwaarden. Na dit gesprek wordt de definitieve uitkomst van de inschrijving teruggekoppeld en een eenjarige of meerjarige overeenkomst toegestuurd voor ondertekening.

Tot slot wordt definitief gecontracteerd en het budgetformulier ingediend bij de NZa. Zie ook vraag 32.

4. Hoe ziet het tijdschema van de zorginkoopprocedure eruit?

De stappen zijn in het volgende tijdschema terug te vinden. De data zijn gebaseerd op het afgelopen contractjaar en de voorlopige tijdsindeling voor contractjaar 2019. Voor een specifiek jaar zijn de data vindbaar op de site van ZN of (op te vragen bij) het zorgkantoor.

Fase	Wie	Datum
Publicatie (addendum) landelijke inkoopkader	ZN / zorgkantoren	1 juni
Indienen van vragen t.b.v. nota van inlichtingen	Zorgaanbieder	Uiterlijk 21 juni
Publicatie nota van inlichtingen	Zorgkantoren	Uiterlijk 29 juni
Inschrijving nieuwe en bestaande zorgaanbieders (d.m.v. o.a. bestuursverklaring/instemmingsverklaring)	Zorgaanbieder	Uiterlijk 1 augustus
Mogelijkheid tot gesprek over contractering en voorwaarden	Zorgkantoor / zorgaanbieder	Uiterlijk 3 oktober
Voorlopige contractering (eenjarige of meerjarige overeenkomst)	Zorgkantoren	Uiterlijk 10 oktober
Definitieve contractering en indiening budgetformulier NZa	Zorgkantoren	1 november

5. Welke andere partijen en overheidsorganen zijn betrokken bij de zorginkoop/-verkoop Wlz en wat is hun rol daarbij?

ZN

ZN is een vereniging van alle zorgverzekeraars en behartigt de belangen van haar leden. De zorgkantoren publiceren in ZN verband het landelijk inkoopkader. Alleen die zaken die regionaal van aard zijn of opgepakt worden, gericht op lokale ontwikkelingen, krijgen een plek in het beleid van individuele zorgkantoren. Het doel hiervan is voor zorgaanbieders een duidelijk kader te scheppen dat zo veel mogelijk eenduidig wordt uitgewerkt op landelijk niveau.

NZa

De NZa heeft als kerntaken regulering van en toezicht op de zorgmarkten.

Voor de zorginkoop is relevant dat de NZa de contracteerruimte over de regio's verdeelt, de productieafspraken controleert en de maximumtarieven vaststelt. Het toezicht heeft onder meer betrekking op de rechtmatige en doelmatige uitvoering van de Wlz.

Daarnaast kan de NZa zorgaanbieders of zorgkantoren verplichtingen opleggen als zij aanmerkelijke marktmacht hebben. Zoals bij vraag 1 beschreven, is vaste beleidslijn van de NZa dat ze terughoudend is bij het opleggen van verplichtingen aan zorgkantoren.

ACM

De Autoriteit Consument en Markt ("**ACM**") ziet op grond van de Mededingingswet erop toe dat marktdeelnemers – waaronder zorgaanbieders – zich houden aan de regels voor concurrentie en marktwerking. De ACM houdt op grond van het kartelverbod toezicht op de afspraken die zorgaanbieders onderling maken en de informatie die zorgaanbieders uitwisselen met zorgkantoren en andere zorgaanbieders.

Van belang is dat de ACM als uitgangspunt hanteert dat zorgkantoren geen onderneming voeren en daarom niet onder de Mededingingswet vallen (zie onder andere Richtsnoeren voor de zorgsector van de ACM). Dit is waarom afstemming tussen zorgkantoren over de zorginkoop, al dan niet via ZN, niet stuit op bezwaren onder het kartelverbod. En omdat zorgaanbieders wel ondernemingen onder de Mededingingswet zijn, moet afstemming tussen hen over zorgverkoop aan de zorgkantoren wel aan het kartelverbod worden getoetst.

VWS

De Wlz valt onder de verantwoordelijkheid van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ("**VWS**"). VWS is daarmee verantwoordelijk voor het overheidsbeleid op de zorginkoop van Wlz-zorg. In een besluit wijst VWS zorgkantoren per regio aan. Daarnaast stelt VWS ieder jaar het totale budgettaire kader vast voor de Wlz. Ook beheert VWS de WTZi-toelatingen die zorgaanbieders nodig hebben om zorg in natura te kunnen contracteren. VWS heeft verder geen wettelijke betrokkenheid bij de zorginkoop Wlz.

6. Wat geldt als er een aanspraak is op Wlz-zorg die ook mogelijk op grond van een andere wet bekostigd kan worden?

Onder de AWBZ was de Zvw voorliggend op de AWBZ: als de zorg kon worden bekostigd op grond van de Zvw dan was er geen aanspraak op de AWBZ.

Met de Wlz is dit gewijzigd. De Wlz bepaalt nu dat vormen van zorg of diensten die voor de verzekerden kunnen worden bekostigd, niet ten laste van de Zvw kunnen komen. De Wlz is daarmee voorliggend op de Zvw geworden als een verzekerde op grond van de Wlz aanspraak heeft op Wlz-zorg (lees: een Wlz indicatie heeft). Een verzekerde kan daardoor geen beroep doen op verpleging en verzorging uit hoofde van de Zvw als hij deze zorg vanuit de Wlz ontvangt.

Dat geldt ook ten opzichte van de Jeugdwet en de Wmo. Het college van burgemeester en wethouders kan een maatwerkvoorziening weigeren, zodra er een aanspraak bestaat voor verblijf in een instelling op grond van de Wlz. Voor algemene voorzieningen geldt dat er geen of slechts een beperkte

toegangsbeoordeling plaatsvindt. Een algemene voorziening zal alleen worden geweigerd als er een toegangsbeoordeling voor de algemene voorziening is en deze toetsing aanknopingspunten biedt voor weigering. De uitkomst kan daardoor per gemeente per algemene voorziening verschillen.

De Wlz is dus voorliggend op de Zvw, Wmo en Jeugdwet.

Hierop is één uitzondering; de Zvw is voorliggend op de Wlz als de verzekerde minderjarig is en aangewezen is op verpleging en verzorging vanwege complexe somatische problematiek of een lichamelijke handicap.⁶ De minderjarige die zorg behoeft in de vorm van permanent toezicht of 24-uurs zorg in de nabijheid krijgt deze vanuit de Zvw geleverd en krijgt dus geen Wlz-indicatie hiervoor.

7. Wat zijn de belangrijkste punten – tips & tricks - om in de gaten te houden bij de inkoopprocedure?

1. Vraag tijdig de belangrijke data voor de inkoop van het betreffende jaar op en wees oplettend op termijnen. Deze worden vaak al genoemd bij de contouren van de zorginkoop die de zorgkantoren in april publiceren. U kunt bijvoorbeeld meteen in de (elektronische) agenda van alle personen in uw organisatie die iets moeten aanleveren voor de inkoopprocedure, de belangrijkste data inplannen.
2. Start meteen met voorbereiding van de inschrijving. Lees – zo mogelijk met een aantal collega's – het inkoopdocument door en bespreek met elkaar of alles duidelijk en logisch is. U kunt een projectplanning opstellen op basis van de belangrijke data.
3. Stel altijd en zonder te wachten vragen aan het zorgkantoor bij onduidelijkheden, fouten, onredelijke voorwaarden. Stel bij voorkeur gesloten vragen om het zorgkantoor te dwingen tot een uitspraak ergens over. Het niet

⁶ Zie artikel 2.10 Besluit zorgverzekering onder lid 2.

stellen van vragen leidt er al snel toe dat de zorgaanbieder zijn rechten (ook bij de rechter) verspeelt. Zie vraag 31.

4. Neem geen genoegen met een half antwoord. Antwoorden van de zorgkantoren leiden niet altijd tot de gewenste duidelijkheid. Informeel contact wil dan nog wel eens helpen als het zorgkantoor geen vervolgvragen accepteert. Als dat ook niet helpt, maak dan – met de interne (of zo nodig externe) jurist – de afweging of het zinvol is naar de rechter te stappen als het zorgkantoor niet of niet goed reageert op vragen en klachten.
5. Wacht niet te lang met het stappen naar de rechter. Als er onduidelijkheden, fouten, onredelijke voorwaarden blijven ondanks de vragenrondes, is het aan de zorgaanbieder om naar de rechter te stappen. Doet deze dat niet, dan bestaat de kans dat de zorgaanbieder zijn rechten verspeelt en op een later moment deze onduidelijkheid niet meer ter discussie kan stellen (ook niet bij de rechter). Let daarbij op dat sommige zorgkantoren een parallelle procedure hanteren voor vragen en opmerkingen enerzijds en bezwaren anderzijds met elk een eigen vervaltermijn (zie over de vervaltermijn vraag 47).

Of de stap naar de rechter de moeite waard is, is vaak een afweging tussen (i) het belang voor de eigen inschrijving en bedrijfsvoering, (ii) het belang van een goede relatie met het zorgkantoor op andere momenten (bijv. bij rond dezelfde tijd lopend overleg over vergoeding van overproductie uit eerdere jaren), (iii) de kans van slagen van een procedure bij de rechter en (iv) de kosten van die procedure.
6. Meld het de NZa als het inkoopbeleid niet in lijn is met de NZa beleidsregels. Dat kan anoniem via de website als u twijfelt over de impact op uw verstandhouding met het zorgkantoor. <https://meldingsformulier.nza.nl>
7. Controleer de inschrijving voor indiening nog één keer op de vraag of aan alle formaliteiten, vinkjes, etc. is voldaan.

8. Wacht niet tot de laatste dag met het indienen van de inschrijving. Technische fouten bij indiening – bijv. een mail die vertraagd aankomt – komen in principe voor rekening van de zorgaanbieder. Zie vraag 23.

Inkoopprocedure & inkoopvoorwaarden

8. Welke typen inkoopprocedures zijn er en wat zijn de voor- en nadelen van de verschillende inkoopprocedures?

In het gewone rechtsverkeer geldt dat partijen die een contract willen sluiten helemaal vrij zijn bij hoe ze dit vormgeven. Bijvoorbeeld door onderhandse gunning, een niet-onderhandelbaar aanbod of een offerterondje (ook wel: meervoudige onderhandse gunning). Voor deze procedures kan het zorgkantoor niet kiezen. Het zorgkantoor zal ten minste een openbare inkoopprocedure moeten hanteren, waarbij vooraf haar inkoopbeleid wordt gepubliceerd en waarbij inschrijving mogelijk is door elke partij die voldoet aan de gestelde inkoop-eisen. Dit wordt hierna toegelicht.

Onder de AWBZ was vaste rechtspraak dat de zorginkoop door zorgkantoren geen verplichte aanbesteding was.⁷ Wel speelden de algemene aanbestedingsbeginselen een rol. Vanwege de regionale monopoliepositie van de zorgkantoren verplicht de redelijkheid en billijkheid volgens deze rechtspraak tot een bijzondere zorgvuldigheid. Deze bijzondere zorgvuldigheid werd dan ingekleurd door de algemene aanbestedingsbeginselen.

In de memorie van toelichting bij de Wlz staat dat "*De regering ervan uit [gaat] dat zorgkantoren aanbestedingsplichtig zijn.*" Als we de wetgever volgen, is de zorginkoop door zorgkantoren sinds de Wlz wél aanbestedingsplichtig. De vorm van contractering van zorgkantoren moet dan passen binnen de Europese aanbestedingsregels en de Aanbestedingswet 2012.⁸ Op grond van deze aanbestedingsregels kwalificeert de zorginkoop als een zogeheten 'sociale en

⁷ Rechtbank Breda, 12 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2009:BH5880, Rechtbank Amsterdam, 29 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1681 en Rechtbank Arnhem, 8 augustus 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX4463.

⁸ Zie *Kamerstukken II*, 2013/14, 33891, nr. 3, p. 29 alsook Beleidsregel Normenkader Wlz-uitvoerder.

andere specifieke dienst' waardoor een minder strikt regime van toepassing is en een hogere aanbestedingsdrempel geldt van EUR 750.000 exclusief btw.

Het lichtere regime houdt in dat de gekozen procedure onder de Wlz aan een aantal eisen dient te voldoen:

- De inkoopprocedure moet vooraf worden aangekondigd en toegankelijk zijn voor eenieder. Het is in beginsel niet toegestaan onderhands (één op één) te gunnen of vooraf een aantal partijen te selecteren die mogen inschrijven (lees: meervoudig onderhands aan te besteden). Wel moet elke inschrijvende partij om voor gunning in aanmerking te komen aan de door het zorgkantoor gestelde eisen voldoen.
- De procedure en de uitvoering daarvan worden getoetst aan de algemene beginselen uit het aanbestedingsrecht. Dit zijn:
 1. Transparantie: de procedure moet vooraf bekend, inzichtelijk en controleerbaar zijn;
 2. Gelijkheid: alle (zorg) aanbieders moeten op gelijke wijze worden behandeld;
 3. Objectiviteit: onderscheid moet zoveel mogelijk worden gemaakt op basis van objectieve criteria. Dit staat er niet aan in de weg dat bijvoorbeeld bij de beoordeling door het zorgkantoor van in te dienen plannen (als onderdeel van de inschrijving in de procedure) toch subjectieve elementen in een procedure aanwezig kunnen zijn. Dit bijvoorbeeld omdat het zorgkantoor bij inschrijving een plan wil ontvangen over verbetering van kwaliteit of innovatie om in aanmerking te komen voor een tariefopslag. Bij de beoordeling van dit plan zal een zekere mate van subjectiviteit spelen; en
 4. Proportionaliteit: de inkoopcriteria moeten noodzakelijk en passend zijn met het oog op de zorginkoop. De inkoopcriteria moeten in redelijke verhouding staan tot het doel daarvan.

Van belang is nog dat sommige zorgkantoren nog in hun inkoopprocedures opnemen dat zij geen aanbestedende dienst zijn. Het laatste woord hierover is uiteindelijk aan de rechter (zie ook vraag 9).

In de praktijk is dit standpunt van zorgkantoren van beperkte waarde. Onder de oude AWBZ-jurisprudentie werd al aangenomen dat zorgkantoren op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid een openbare inkoopprocedure moesten houden die voldeed aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Ook jurisprudentie uit het aanbestedingsrecht werd wel analoog toegepast op deze procedures.

In alle gevallen – of het zorgkantoor nu wel of niet een aanbestedende dienst is – kunnen VGN-leden het zorgkantoor aanspreken op het houden van een openbare inkoopprocedure die voldoet aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.

De rechtsbescherming is pas anders als het zorgkantoor stelt geen aanbestedende dienst te zijn en bovendien de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zou willen uitsluiten. Zie daarover vraag 10.

9. Wanneer is het aanbestedingsrecht van toepassing en hoe toets je aan de algemene aanbestedingsbeginselen?

In de memorie van toelichting bij de Wlz staat: "*De regering gaat ervan uit dat zorgkantoren aanbestedingsplichtig zijn.*" Daarmee is niet gezegd dat de Wlz-uitvoerders ook op grond van de Aanbestedingswet 2012 kwalificeren als aanbestedende diensten. Het laatste woord daarover is aan de rechter, die zich over deze vraag nog niet heeft gebogen.

Voor het standpunt van de regering valt wel wat te zeggen. De regering merkte daarnaast namelijk op dat zorgkantoren anders dan de zorgverzekeraars geen onderneming zijn in de zin van de Mededingingswet.⁹ Dat verschil tussen zorgverzekeraars en zorgkantoren maakt ook dat de recente jurisprudentie waarin

⁹ *Kamerstukken II*, 2013/14, 33891, nr. 3, p. 101.

is uitgemaakt dat zorgverzekeraars geen aanbestedende dienst zijn, niet toepasbaar is op de zorgkantoren. Het is (goed) mogelijk dat de rechter ten aanzien van de zorgkantoren dus tot een andere uitkomst komt en vaststelt dat de zorgkantoren juist wel aanbestedende diensten zijn. Voor een definitief antwoord moet als gezegd het oordeel van de rechter worden afgewacht.

Indien en voor zover sprake is van een (i) overheidsopdracht van (ii) een aanbestedende dienst die (iii) het toepasselijke drempelbedrag bereikt of overschrijdt, dient de opdracht in beginsel Europees aanbesteed te worden. Volgens de regering is voldaan aan voorwaarden (i) en (ii) bij de inkoop van Wlz-zorg (zie vraag 8). Indien het toepasselijke drempelbedrag van EUR 750.000 exclusief btw niet wordt bereikt of overschreden, gelden nog steeds de algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen (zie vraag 8).

Toetsing aan de algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen vindt plaats door de bevoegde rechter. Het inkoopdocument bepaalt vaak al welke civiele rechter dat is. Ook bepaalt het inkoopdocument vaak binnen welke termijnen de rechter moet worden benaderd op straffe van verval van rechten. Het benaderen van de rechter na die termijn leidt vrijwel altijd tot niet-ontvankelijk verklaring van de zorgaanbieder. Dat betekent dat het geschil niet (meer) vatbaar is voor berechting en de rechter inhoudelijk geen uitspraak doet.

Het is dus zaak tijdig 'te piepen'. In beginsel zo snel mogelijk nadat wordt vastgesteld of vermoed dat de beginselen worden geschonden. Vaak wordt daartoe de gelegenheid geboden in één of meer vragenrondes (Nota's van Inlichtingen). Indien en voor zover een vraag in een Nota van Inlichtingen niet (adequaat) wordt beantwoord, kan daarover vaak nog een klacht worden ingediend bij het zorgkantoor of een in het inkoopbeleid aangewezen partij.

10. Kan het zorgkantoor de algemene aanbestedingsbeginselen uitsluiten?

Indien zorgkantoren kwalificeren als aanbestedende diensten, is het niet toegestaan de algemene aanbestedingsbeginselen uit te sluiten.

Indien zorgkantoren geen aanbestedende diensten zouden zijn, moet worden teruggevallen op het algemeen contractenrecht. Het staat een inkopende partij daarbij vrij zijn inkoopprocedure naar eigen inzicht vorm te geven. Daarbij is van belang dat uit een arrest van de Hoge Raad volgt dat het een inkopende partij vrijstaat bij een procedure die sterk op een aanbesteding lijkt, toch de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht uit te sluiten.¹⁰ De procedure bij de Hoge Raad ging over de inkoop van schoonmaakdiensten. Bij de inkoop door KLM was het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel uitgesloten. Dat kon volgens de Hoge Raad. De Hoge Raad geeft daarbij wel aan dat onder bijzondere omstandigheden het uitsluiten van deze beginselen niet kan zijn toegestaan.

Goed verdedigbaar is dat bij de inkoop van Wlz-zorg die bijzondere omstandigheden zich voordoen. Belangrijk daarbij is dat schoonmaakdiensten door veel partijen in Nederland wordt ingekocht. Het missen van een opdracht, bijvoorbeeld die van KLM, betekent voor aanbieders niet dat ze niet elders aan de slag kunnen.

Voor de inkoop van Wlz-zorg is van overheidswege echter bepaald dat er per regio maar één partij is die de zorg inkoop: het zorgkantoor. Zonder contract met het zorgkantoor vervalt het bestaansrecht voor de zorgaanbieder in de regio. Uitsluiting van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, die de belangen van de inschrijvers beschermen, is dan onaanvaardbaar.

En zelfs als het zorgkantoor onverhoopt van een rechter de algemene beginselen zou mogen uitsluiten, is nog wel de vraag waardoor de precontractuele redelijkheid en billijkheid dan wel moet worden ingevuld? In antwoord op die vraag kan op basis van rechtspraak in elk geval worden aangenomen dat er een bijzondere

¹⁰ Hoge Raad, 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

zorgvuldigheid mag worden verwacht van het zorgkantoor.¹¹ Het is daarom onwaarschijnlijk dat een rechter zou toestaan dat een zorgkantoor gelijke gevallen ongelijk behandelt. Bovendien schrijft de Beleidsregel Normenkader Wlz-uitvoerder voor dat het contracteerproces transparant en objectief moet zijn. Zelfs als uitsluiting van de algemene beginselen mogelijk zou zijn, moet de inkoop door het zorgkantoor vermoedelijk nog steeds worden getoetst op beginselen van transparantie, gelijkheid en objectiviteit.

Wat te doen?

In alle gevallen – of het zorgkantoor nu wel of niet een aanbestedende dienst is – kunnen VGN-leden het zorgkantoor aanspreken op het houden van een openbare inkoopprocedure die voldoet aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Het lijkt onwaarschijnlijk

dat uitsluiting van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht bij de rechter stand houdt. Om het recht veilig te stellen op een later moment (lees: als er concreet een geschil zou ontstaan met het zorgkantoor) een uitsluiting van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht bij de rechter ter discussie te kunnen stellen, is het advies altijd over een dergelijke uitsluiting ten minste een kritische vraag te stellen.

11. Geldt dezelfde inkoopprocedure voor zorg met verblijf als voor zorg thuis (vpt en mpt)?

Zorg met verblijf is het uitgangspunt voor verzekerden met een indicatie voor Wlz-zorg. Onder voorwaarden kunnen verzekerden zorg thuis ontvangen in de vorm van een volledig pakket thuis ("**vpt**") of een modulair pakket thuis ("**mpt**"). Er gelden geen bijzondere wettelijke eisen voor de inkoop van deze zorg. Ook het Zorginkoopkader Wet langdurige zorg 2018-2020 kent geen aparte procedure voor vpt of mpt.

¹¹ Zie bijv. Rechtbank Midden-Nederland, 24 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9415.

Een klein verschil kan er zijn bij bovenregionale zorg omdat het Zorginkoopkader Wet langdurige zorg 2018-2020 vooruitloopt op de invoering van het woonplaatsbeginsel. Voor zorg geleverd als ZZP of vpt schrijft het inkoopkader voor dat met het zorgkantoor dat verantwoordelijk is in de woonplaats van de cliënt er een overeenkomst zou moeten zijn. Als die overeenkomst er nog niet is, moet die er volgens het inkoopkader komen. ZN heeft in de contourennota 2019 aangegeven dit in de inkoop 2019 te gaan invoeren.

In geval van mpt, dagbesteding, logeren of behandeling laat het inkoopkader de mogelijkheid open om geen overeenkomst te sluiten als deze zorgverlening beperkte omvang heeft. Dit wordt in overleg met de zorginkoper van het zorgkantoor besproken. Als geen overeenkomst wordt gesloten, is het aan de zorgkantoren om de financiële effecten hiervan onderling te verrekenen. Naar verwachting wordt hierover in het addendum 2019 nader beleid op geformuleerd.

Een ander verschil is dat de inzet van onderaannemers door een zorgaanbieder bij zorg met verblijf en vpt toestemming behoeft van het zorgkantoor. Deze toestemmingseis geldt op grond van het inkoopkader niet voor mpt. Wel hanteert het inkoopkader als richtlijn, ongeacht of het een ZZP, vpt of mpt betreft, dat tenminste 2/3 deel van de verwachte gecontracteerde zorg voor 2018 door de zorgaanbieders zelf wordt geleverd.

12. Wat kan de zorgaanbieder doen als de inkoopdocumenten niet duidelijk zijn?

Ieder jaar wordt een nieuw inkoopdocument (of addendum) gepubliceerd op 1 juni. Dit doet elk zorgkantoor op zijn eigen website. Het document bevat het landelijke kader aangevuld met het regionale kader. Daarnaast maken meerdere bijlagen deel uit van het inkoopdocument, zoals het beleidskader, voorschrift zorgtoewijzing, de modelovereenkomst, etc.

Op het moment van publicatie kunnen zorgaanbieders binnen een redelijke termijn vragen stellen aan het desbetreffende zorgkantoor en zo nodig aan de bevoegde rechter (zie vraag 9) voorleggen, bijvoorbeeld over onduidelijke inkoopvoorwaarden. Deze termijn bedraagt meestal een paar weken. Doorgaans

worden de antwoorden op de vragen van zorgaanbieders in één nota van inlichtingen gepubliceerd.

Zorgaanbieders moeten binnen de gestelde termijn eventuele vragen stellen over het inkoopdocument. Doet een zorgaanbieder dit niet, dan verliest de zorgaanbieder het recht om op een later moment te klagen. Dit wordt ook wel rechtsverwerking genoemd. Een beroep daarop door het zorgkantoor bij de civiele rechter slaagt vaak en leidt tot niet-ontvankelijkheid van de zorgaanbieder. Dat betekent dat het geschil niet (meer) vatbaar is voor berechting en de rechter inhoudelijk geen uitspraak doet.

13. Wat kan de zorgaanbieder doen als de inkoopprocedure niet aan de wettelijke vereisten of regels van de NZa voldoet?

Op het moment van publicatie kunnen zorgaanbieders binnen een redelijke termijn vragen stellen en bezwaar maken, en dit indien nodig aan de rechter voorleggen (zie vraag 4). Maakt de zorgaanbieder geen gebruik van deze mogelijkheid, dan vervalt de mogelijkheid op een later moment tegen de inkoopvoorwaarden op te komen.

Als een zorgaanbieder geen vragen heeft gesteld naar aanleiding van de publicatie van het inkoopdocument en/of geen bezwaren heeft ingediend bij de inschrijving, verwerkt de zorgaanbieder het recht om te klagen. Volgens de rechter kan van een adequaat handelende zorgaanbieder worden verwacht dat hij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van de inkoopprocedure (waaronder de modelovereenkomst). Doet de zorgaanbieder dat niet, dan verliest de zorgaanbieder het recht om te klagen (ook wel rechtsverwerking genoemd).

Een inkoopprocedure die niet voldoet aan wettelijke vereisten of regels van de NZa kan - als vragen niet tot een oplossing leiden - bij de civiele rechter ter toetsing worden voorgelegd. In beginsel gelden hiervoor dezelfde termijn als voor vragen en bezwaren (zie vraag 4). Ook een klacht, zo nodig anoniem, bij de NZa is zinvol (zie vraag 7). Deze klacht is niet aan termijnen gebonden, maar de kans dat de NZa daadwerkelijk ingrijpt neemt toe naarmate de NZa eerder op de hoogte is.

14. Wat kan de zorgaanbieder doen als het inkoopdocument fouten bevat?

Zie vraag 13. Met de kanttekening dat een klacht bij de NZa waarschijnlijk geen oplossing biedt, omdat de NZa zich zal beperken tot een toets of haar (beleids)regels zijn nageleefd. Zie ook vraag 49.

In het onverhoopte geval inkoopdocumenten van ZN fouten bevatten die in het inkoopdocument van het zorgkantoor terecht komen, is het daarnaast verstandig contact op te nemen met de VGN. Dit in aanvulling op het indienen van een individuele vraag bij het zorgkantoor volgens de inkoopprocedure van het zorgkantoor.

15. Wat kan de zorgaanbieder die andere bezwaren heeft tegen de procedure of onderwerpen uit het inkoopdocument?

Zie vraag 13 en 14 ten aanzien van de NZa.

In aanvulling daarop geldt dat – met name ten aanzien van het regionale maatwerk – het zorgkantoor vrij veel beleidsvrijheid heeft bij vormgeving van de procedure, waardoor de rechter niet snel zal ingrijpen in de procedure of onderwerpen van het inkoopdocument. De rechter zal deze bezwaren in beginsel toetsen aan het Inkoopkader Wet langdurige zorg van ZN, de rest van het inkoopbeleid van het desbetreffende zorgkantoor en de aanbestedingsrechtelijke beginselen. Daarbij toetst de rechter ook of er tegenstrijdigheden zijn tussen het Inkoopkader Wet langdurige zorg van ZN en het inkoopkader van het desbetreffende zorgkantoor.

16. Mogen de inkoopvoorwaarden van het zorgkantoor afwijken van het inkoopdocument van het jaar daarvoor?

Het staat het zorgkantoor in beginsel vrij om ieder jaar of bij meerjarencontracten de eerste ronde zorginkoop na afloop van dat meerjarencontract - nieuwe

voorwaarden en criteria te stellen in het inkoopdocument.¹² Zie voor wijzigingen tijdens de looptijd van meerjarencontracten vraag 37.

In uitzonderlijke gevallen zal een wijziging die zo wezenlijk anders is dat zorgaanbieders er niet of nauwelijks aan kunnen voldoen, disproportioneel zijn of in strijd komen met de precontractuele redelijkheid en billijkheid. Die situatie kan zich voordoen als op basis van de inkoopvoorwaarden onredelijke eisen worden gesteld aan werktijden of tarieven.

17. Mogen de inkoopvoorwaarden afwijken van de documenten van ZN?

Zorgkantoren hanteren vanuit ZN één landelijk kader met een eenduidige uitwerking. In dat kader staat: "*Zorgaanbieders kunnen voor 2018 rekenen op een duidelijk kader met een meer eenduidige uitwerking op landelijk niveau.*" Die passage kan zo worden gelezen dat de zorgkantoren zich ten opzichte van alle (Wlz-)zorgaanbieders verplichten tot toepassing van deze ZN documenten. Dit houdt in dat zorgaanbieders zorgkantoren kunnen aanspreken – zo nodig bij de rechter - op nakoming van deze verplichting.

Alleen zaken die nog niet in het landelijk kader zijn vastgelegd, kunnen worden uitgewerkt in het beleid van de individuele zorgkantoren. Zie ook vraag 3.

18. Mag een zorgkantoor als inkoopvoorwaarde hanteren dat een zorgaanbieder de Governancecode Zorg 2017 (GCZ) aantoonbaar heeft ingevoerd?

Ja dat mag. In verschillende uitspraken is die voorwaarde in algemene zin aanvaard.¹³ Wel kan uitsluiting van de zorgaanbieder omdat hij de GCZ niet (volledig) in de statuten had verwerkt, onder omstandigheden ontoelaatbaar zijn.

Op zich mag het zorgkantoor steekproefsgewijs controleren of aan deze eis is voldaan. Een 100% controle van alle inschrijvingen is niet verplicht. Het zorgkantoor mag echter niet selectief zijn bij handhaving.

¹² Zie o.a. Rechtbank Breda, 24 februari 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BH4450 en Rechtbank, 12 maart 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BH5880.

¹³ Bijv. in Hof Den Haag, 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:553.

In een recente uitspraak had het zorgkantoor niet alle zorgaanbieders uitgesloten waarvan duidelijk was dat die de GCZ niet volledig in de statuten hadden doorgevoerd. Deze voorbeelden waren door de zorgaanbieder aangedragen. De rechter oordeelde dat dit in strijd was met het gelijkheidsbeginsel (zie vraag 8) en oordeelde daarom dat de uitsluiting ontoelaatbaar was.¹⁴

Een ander voorbeeld is het geval waarin het zorgkantoor pas circa vier weken voor de uiterlijke datum van inschrijving helderheid verschafte over welke bepalingen uit de GCZ precies in de statuten moesten zijn doorgevoerd. De rechter oordeelde dat zorgaanbieders onvoldoende tijd werd gegund om een statutenwijziging te kunnen doorvoeren. Daarmee was de uitsluiting ontoelaatbaar.¹⁵

19. Kan tijdens de inkoopprocedure van de inkoopvoorwaarden worden afgeweken?

In beginsel wel. Voorwaarde is wel dat in de inkoopdocumenten van het zorgkantoor op een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige wijze is aangegeven dat het zorgkantoor kan afwijken van de door hem gekozen procedure. Als het zorgkantoor afwijkt, zal het rekening moeten houden met de belangen van de betrokken zorgaanbieders.¹⁶

Zorgkantoren behouden zich op grond van het inkoopkader van ZN in elk geval het recht voor om een correctie in de documenten en in de procedure voor contractering toe te passen of een wijziging of aanpassing van de inkoopprocedure toe te passen, als na bekendmaking van deze documenten maatregelen door de overheid worden getroffen die:

- van invloed zijn op de beschikbare contracteerruimte; of
- van invloed zijn op de afspraken die het zorgkantoor met zorgaanbieders op grond van deze maatregelen dient te maken; of
- een wijziging betreffen van de beleidsregels of een voortschrijdend inzicht op basis van ontwikkelingen in de zorg.

¹⁴ Hof Den Haag, 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:553.

¹⁵ Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 26 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7626.

¹⁶ Vgl. onder de Zvw <https://www.nza.nl/actueel/nieuws/2017/09/22/zorgverzekeraar-vqz-past-reactietermijn-verloskundigen-aan>.

Zorgkantoren behouden zich verder het recht voor om op basis van bovenstaande zonder enige schadevergoedingsplicht de volgende aanpassingen te doen:

- geheel of gedeeltelijke aanpassing of opschorting van de procedure – tussentijds, tijdelijk of definitief – om redenen die overtuigend zijn. Hieronder worden mede verstaan externe omstandigheden als overheidsbeslissingen of gerechtelijke uitspraken;
- de procedure gedeeltelijk stoppen en het overige deel voortzetten;
- het aanbrengen van wijzigingen in de procedure of in de aard en de omvang van de zorgprestaties die worden ingekocht;
- het nemen van besluiten of treffen van maatregelen voor situaties die tijdens de publicatie van dit document niet bekend waren of die niet konden worden voorzien;
- het wijzigen van de tijdsplanning.

20. Welke verplichtingen ontstaan voor het zorgkantoor en de zorgaanbieder na een inschrijving?

Indien een zorgaanbieder zich heeft ingeschreven, geldt dit als een aanbod om de gevraagde Wlz-zorg te leveren. Door een inschrijving in te dienen stemt een zorgaanbieder in met de voorwaarden zoals neergelegd in het inkoopdocument met alle bijlagen.¹⁷ De zorgaanbieder zal – om in aanmerking te komen voor een contract – de procedure en verplichtingen uit het inkoopdocument moeten volgen.

Nadat een inschrijving is ingediend dienen de stappen van de inkoopprocedure zoals opgenomen in het inkoopdocument te worden gevolgd. Het zorgkantoor kan worden aangesproken op nakoming van deze stappen (zie wel vraag 19) en het juridisch kader beschreven in vraag 18 blijft na inschrijving van toepassing.

Dit betekent dat het zorgkantoor zal over moeten gaan tot een beoordeling van de inschrijving van de zorgaanbieder. Indien de inschrijving aan de criteria van het

¹⁷ Rechtbank Midden-Nederland, 27 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:397

zorgkantoor voldoet, zal de mogelijkheid tot gesprek over contractering en voorwaarden moeten worden gegeven door het zorgkantoor.

21. Kan een inschrijving worden gewijzigd en/of worden ingetrokken door het zorgkantoor of de zorgaanbieder?

In beginsel niet omdat daarmee wordt afgeweken van de voorgeschreven inkoopprocedure. Belangrijkste reden hiervoor is dat dit de belangen van andere zorgaanbieders kan schaden.¹⁸ Een inkoopprocedure bevat vaak de voorwaarde dat een inschrijver zijn aanbieding onvoorwaardelijk doet en dat de aanbieding tot een bepaalde datum geldig moet zijn. Inschrijven houdt tevens een acceptatie van voorwaarden in, zodat eerder intrekken van het aanbod dan niet mogelijk is.

Zorgkantoren kunnen nadat een zorgaanbieder zich heeft ingeschreven om een toelichting op de inschrijving vragen. Deze toelichting moet doorgaans binnen een aantal werkdagen worden gegeven door de zorgaanbieder. Als de inschrijving van de zorgaanbieder volledig is wordt de inschrijving definitief beoordeeld.

In een recente uitspraak gaf de rechter aan dat het binnen de kaders van het aanbestedingsrecht (die linksom of rechtsom bij de zorginkoop van belang zijn – zie vraag 8) in principe niet mogelijk is een inschrijving te wijzigen nadat de inschrijvingstermijn is verlopen. Dat is slechts anders indien het om een eenvoudige precisering of het herstel van een kennelijke materiële fout gaat.¹⁹ Het is voorstelbaar dat bijvoorbeeld een spelfout kan worden gecorrigeerd. Het vervangen van een inschrijver door een andere inschrijver kan volgens de rechter niet.

¹⁸ Zie bijv. Rechtbank Breda, 8 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU3989 waar twee "vinkjes" niet waren gezet en dit niet hersteld kon worden met lagere tarieven als gevolg.

¹⁹ Zie bijv. recent Hof Den Haag, 3 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:553.

22. Kan de zorgaanbieder die zich niet heeft ingeschreven na het verlopen van de inschrijftermijn alsnog worden gecontracteerd?

Afwijken van de inschrijftermijn is in principe niet mogelijk omdat dit in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling. Slechts als de procedure daarvoor ruimte biedt of onder bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken van de inkoopprocedure. Dit zal de uitzondering op de regel zijn.

Een dergelijke uitzondering is er in elk geval voor nieuwe zorgaanbieders. Sinds maart 2017 is er ruimte om te contracteren buiten de inschrijftermijn om. Op basis van de Beleidsregel Budgettair kader Wlz 2018 kan een nieuwe aanbieder nu iedere maand een beschikkingsaanvraag indienen voor het declareren van zorg. Een beschikkingsaanvraag kan alleen worden ingediend als zowel de zorgaanbieder als het zorgkantoor de beschikkingsaanvraag heeft ondertekend. Voorheen konden nieuwe zorgaanbieders slechts twee keer per jaar een beschikkingsaanvraag indienen van zorg. De achterliggende gedachte is dat cliënten zo meer keuzevrijheid hebben om over te stappen naar een nieuwe aanbieder.

23. Wat als het zorgkantoor mijn inschrijving niet of te laat heeft ontvangen?

Het komt voor risico van de zorgaanbieder om een inschrijving tijdig bij het zorgkantoor correct in te dienen. Uit rechtspraak blijkt dat een inschrijving die slechts enkele minuten na het verstrijken van de deadline is ontvangen, mag worden uitgesloten van de verdere procedure. Het komt daarnaast voor risico van de zorgaanbieder om de inschrijving juist in te dienen. Een tijdige inschrijving bij een niet-bestaand emailadres van het zorgkantoor leidt ook tot – volgens de rechter terecht – uitsluiting van de procedure.²⁰ Alleen als het niet of te laat indienen evident in de risicosfeer van het zorgkantoor ligt (bijv. als een fout emailadres is opgegeven), zal uitsluiting niet gerechtvaardigd zijn.

²⁰ Hof 's-Hertogenbosch, 28 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX6254. Om 11.36 uur verzond een zorgaanbieder haar inschrijving naar een niet-bestaand emailadres. Om 12.08 uur ontving het zorgkantoor de inschrijving, terwijl de termijn voor inschrijvingen tot 12.00 uur liep. Het Hof oordeelde dat het zorgkantoor terecht de regels met betrekking tot de inkoopprocedure streng handhaaft.

24. Kan het zorgkantoor de onderhandelingen eenzijdig afbreken?

Dit kan uitsluitend met inachtneming van de eigen inkoopprocedure. Die procedure laat vaak ruimte om af te wijken. Indien het eenzijdig afbreken daarbinnen valt, is dit mogelijk.

Als onderhandelingen door het zorgkantoor eenzijdig worden afgebroken ten opzichte van een individuele zorgaanbieder geldt eveneens dat moet worden bepaald of dit past binnen de procedure. Daarnaast is in dat geval toetsing aan het gelijkheidsbeginsel relevant. Dat betekent dat een zorgkantoor niet willekeurig de onderhandelingen met één zorgaanbieder mag afbreken.

25. Geeft een bestaande overeenkomst met het zorgkantoor, garantie op een overeenkomst voor volgend jaar?

Indien de zorgkantoren aanbestedende diensten zijn (zie vraag 8 en 9), in beginsel niet. Iedere ronde krijgen zorgaanbieders een nieuwe en gelijke kans om een contract af te sluiten met het zorgkantoor.

Als zorgkantoren geen aanbestedende diensten zijn, geldt dat zij in beginsel vrij zijn om al dan niet met zorgaanbieders te contracteren én om naar eigen inzicht invulling te geven aan de inhoud van hun afspraken. De omvang van deze vrijheid kan in aanloop of na afloop van een contract worden beperkt door de redelijkheid en de billijkheid. Dat brengt onder meer met zich mee dat wanneer een zorgaanbieder jarenlang is gecontracteerd, een zorgkantoor niet zonder meer een nieuw contract kan weigeren. Ook niet als dit steeds jaarcontracten waren. Een stilzwijgende verplichting om voort te contracteren is er echter niet. Zo mocht een zorgkantoor terecht een inschrijving van een zorgaanbieder met wie eerder was gecontracteerd buiten behandeling stellen, omdat een bestuursverklaring onjuist was ingevuld.²¹

Wel hanteren zorgkantoren in hun inkoopdocumenten voor bestaande zorgaanbieders voorwaarden waardoor ze bij een inschrijving mede worden

²¹ Hof 's-Hertogenbosch, 26 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1669.

gecontracteerd op basis van hun historische productie. Een garantie is dit niet omdat de inschrijving nog steeds aan alle eisen zal moeten voldoen om aanspraak te kunnen maken op een overeenkomst.

In de praktijk houdt dit dus in dat het antwoord op de vraag of een zorgkantoor een aanbestedende dienst is (of stelt te zijn), mede van invloed kan zijn op de vraag of een zorgkantoor verplicht kan worden een nieuwe overeenkomst aan te bieden voor een volgend jaar.

26. Welke gegevens mogen de zorgaanbieder en het zorgkantoor uitwisselen in het kader van de inkoopprocedure?

De zorgaanbieder mag alle soorten informatie delen met het zorgkantoor ten behoeve van een inkoopprocedure (voor persoonsgegevens zie vraag 35). Het zorgkantoor mag met een individuele zorgaanbieder alle informatie delen, behalve informatie over andere zorgaanbieders. Bijvoorbeeld welke zorg een zorgaanbieder gaat aanbieden, informatie over locaties, samenwerkingen en kwaliteitsinvesteringen.

27. Mogen zorgaanbieders met elkaar overleggen ten behoeve van de inschrijving?

Volgens de ACM staat het zorgaanbieders vrij te overleggen over:

- demografische ontwikkelingen en de invloed daarvan op de zorgvraag;
- de economische ontwikkeling en effecten daarvan;
- opbouw van de woningvoorraad en spanning op de woningmarkt;
- de mate van stedelijkheid en de afstand tot voorzieningen;
- welke capaciteit er in totaal in een regio beschikbaar moet zijn (los van de vraag wie deze capaciteit mogen aanbieden).²²

Er mag niet over alle onderwerpen worden overlegd. In de Leidraad uitwisselen informatie afbouw capaciteit zorg geeft de ACM aan dat er geen afstemming of

²² <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/zorg/samenwerking-in-de-zorg/samenwerking-tussen-aanbieders-van-langdurige-zorg>

planvorming mag plaatsvinden tussen concurrerende zorgaanbieders. Ook mag concurrentiegevoelige informatie niet worden uitgewisseld. Het gaat dan onder andere over afgesproken tarieven, kostprijzen, omzetgegevens, en strategische plannen ten aanzien van werkgebieden en toekomstig aanbod.

28. Kan je, wanneer je een meerjarenovereenkomst bent overeengekomen met het zorgkantoor, verplicht worden om na een jaar een aanvullend addendum te ondertekenen?

In beginsel niet, tenzij de meerjarenovereenkomst daarvoor een concrete basis biedt.

In het ZN model voor de meerjarenovereenkomst 2018, deel III, is een dergelijke afspraak te vinden in artikel 13. Dat artikel schrijft voor dat partijen zich verplichten het meest actuele landelijke Declaratieprotocol Wlz te hanteren.

Er kunnen in het kader van de meerjarenovereenkomst in de andere delen van de overeenkomst, deel I.B of II, afspraken zijn gemaakt over specifieke afspraken die per (kalender)jaar worden gemaakt tussen zorgaanbieder en zorgkantoor. Het kan zijn dat deze spelregels een dergelijke verplichting bevatten. Bijvoorbeeld dat in het kader van een productieafpraak voor een volgend jaar, de zorgaanbieder akkoord moet gaan met een tarief gelijk aan dat van het vorige jaar met een bepaald % indexatie.

Als de meerjarenovereenkomst niets regelt over de inhoud van een addendum, kan de zorgaanbieder niet verplicht worden te ondertekenen. Dit tenzij dat standpunt onredelijk zou zijn (bijv. als het addendum nodig is voor het zorgkantoor om aan nieuwe (beleids)regels van de NZa te voldoen).

Inhoud (model) overeenkomst

29. Aan welke (wettelijke) eisen moet de overeenkomst voldoen?

De Wlz stelt een aantal voorwaarden aan de inkoopovereenkomsten tussen zorgkantoor en zorgaanbieder. De overeenkomst moet schriftelijk zijn en heeft een maximale duur van vijf jaar. Daarnaast moet de overeenkomst de volgende elementen bevatten:

- de ingangsdatum, duur en mogelijkheden voor tussentijdse beëindiging;
- de aard, de kwaliteit, de doelmatigheid en de omvang van de te verlenen zorg;
- de prijs van de te verlenen zorg;
- de wijze waarop de verzekerden van informatie worden voorzien;
- de wijze waarop bij de zorgverlening mantelzorgers en vrijwilligers betrokken kunnen worden;
- de controle op de naleving van de overeenkomst, waaronder begrepen de controle op de te verlenen dan wel verleende zorg en op de juistheid van de daarvoor in rekening gebrachte bedragen;
- de administratieve voorwaarden die partijen bij de uitvoering van de overeenkomst in acht zullen nemen.

Een overeenkomst die niet voldoet aan de voorgaande eisen is nietig. Dat wil zeggen dat deze geacht wordt nooit tot stand te zijn gekomen.

Op grond van algemeen overeenkomstenrecht moet een overeenkomst om geldig te zijn verder aan de volgende eisen voldoen:

- de overeenkomst moet voldoende bepaalbaar (duidelijk) zijn;
- er moet wilsovereenstemming zijn tussen partijen;
- de overeenkomst mag niet in strijd zijn met de wet, openbare orde of goede zeden.

In de praktijk zal het niet snel voorkomen dat een overeenkomst met het zorgkantoor op grond van deze laatste drie eisen nietig is.

30. Mag de overeenkomst van het zorgkantoor afwijken van het model van ZN?

Op grond van de regeling Transparantie contracteerproces Wlz zijn de zorgkantoren verplicht voorafgaand aan de (zorginkoop)onderhandelingen over een overeenkomst, bekend te maken volgens welke modellen hij een zorgaanbieder overeenkomsten zal aanbieden.

Onderdeel van het inkoopkader dat ZN publiceert zijn modellen voor de eenjarige en meerjarige overeenkomsten. Bij vraag 17 is al toegelicht dat zorgaanbieders het zorgkantoor kunnen aanspreken op nakoming van het inkoopkader van ZN. Dit geldt in principe ook voor de model overeenkomsten. Wel laten beide modellen in het zorgaanbieder gebonden deel (I.B) en het regiogebonden deel (II) veel ruimte voor nadere uitwerking door het zorgkantoor.

31. Wat kan je als aanbieder doen als er onredelijke eisen of fouten in de modelovereenkomst staan?

Op grond van de regeling Transparantie contracteerproces Wlz zijn de zorgkantoren verplicht voorafgaand aan de (zorginkoop)onderhandelingen over een overeenkomst, bekend te maken volgens welke modellen hij een zorgaanbieder overeenkomsten zal aanbieden. Omdat de regeling Transparantie contracteerproces Wlz verwijst naar publicatie voor de "*(zorginkoop)onderhandelingen*" laat de NZa onduidelijkheid bestaan over de vraag of bedoeld is publicatie gelijk met het inkoopbeleid op 1 juni of dat publicatie in augustus/september als de individuele gesprekken plaatsvinden volstaat.

De praktijk is op dit moment het laatste waarbij op 1 juni, als de inkoopdocumenten worden gepubliceerd, de modellen van ZN al wel bekend zijn maar de invulling van delen I.B en II daarvan door de zorgkantoren zelf nog niet.

Bij onredelijke eisen of fouten in het door ZN vastgestelde model, is voor de hand liggend dit met de VGN te bespreken om te kijken of op het niveau van de

brancheverenigingen een oplossing mogelijk is. Daarnaast zouden deze punten ook moeten worden aangekaart in de vragenronde en bezwaarprocedure die gaat lopen na publicatie van het inkoopbeleid door het zorgkantoor op 1 juni. Zorgaanbieders moeten dus (ook) zelf actie ondernemen.

Zodra op een later moment de rest van de overeenkomst wordt gepubliceerd (of toegezonden per mail) moet het zorgkantoor op grond van de aanbestedingsbeginselen voldoende gelegenheid bieden voor bestudering en om te reageren. Eventuele disproportionele eisen moeten worden aangepast. Zie ook vragen 8 en 9.

Wordt van de verschillende moment om te reageren op de modelovereenkomst geen gebruik gemaakt, dan verliest de zorgaanbieder het recht om te klagen. Volgens de rechter kan van een adequaat handelende zorgaanbieder worden verwacht dat hij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van de inkoopprocedure (waaronder de modelovereenkomst).²³

32. Welke rol heeft de NZa met betrekking tot het sluiten van de overeenkomst?

Na het succesvol doorlopen van een zorginkoopprocedure komt er een overeenkomst tot stand tussen het zorgkantoor en de zorgaanbieder. Onderdeel van deze overeenkomsten zijn productieafspraken, die betrekking hebben op volume en prijs van de te leveren zorg. De productieafspraken moeten ter goedkeuring worden voorgelegd aan de NZa, die beoordeelt of de afspraken passen binnen de door haar vastgestelde contracteerruimte van de betreffende regio.

Op grond van de Beleidsregel budgettair kader Wlz 2018 moeten de productieafspraken in een formulier worden vastgelegd (het budgetformulier) en voor 1 november (budgetronde) bij de NZa worden ingediend. Hetzelfde geldt voor de aangepaste productieafspraken (herschikkingsformulier) voor 1 november van het daaropvolgende jaar (herschikkingsronde). Per 2018 wordt in het budgetformulier een omzetniveau opgenomen, niet de prijs en volume afspraken.

²³ Volgens rechtspraak onder de AWBZ, die ook nog geldt voor de Wlz.

Het verzoek tot goedkeuring kwalificeert als een aanvraag in de zin van de Algemene wet bestuursrecht ("**Awb**").

De NZa toetst of het totale bedrag van de budgetaanvragen de contracteerruimte niet overschrijdt.

- Is in de regio van een zorgkantoor sprake van een overschrijding in de budgetronde (ofwel: het totaal van de omzetafspraken is hoger dan de regionale contracteerruimte), dan wordt deze overschrijding bij de zorgaanbieders in de desbetreffende regio in mindering gebracht op de toegekende productieafpraak. De hoogte van die correctie wordt berekend naar rato van het aandeel van de aanvraag per zorgaanbieder op het totaal van de ingediende aanvragen.
- Is in de herschikkingsronde sprake van een overschrijding, dan wordt deze bij de zorgaanbieders die verzoeken om verhoging van de in de budgetronde vastgestelde aanvraag gecorrigeerd naar rato van het aandeel van de aanvragen van deze zorgaanbieders op de totale toename.

Het besluit van de NZa op de aanvraag van zorgaanbieder en zorgkantoor tot goedkeuring van de productieafspraken is een besluit in de zin van de Awb, waartegen bezwaar open staat en vervolgens beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, dat één van de bestuursrechtelijke instanties is. De termijn voor het indienen van een bezwaar- en beroepschrift tegen een besluit van een bestuursorgaan, is op grond van artikel 6:7 Awb zes weken na bekendmaking van het besluit. De NZa informeert zorgaanbieders in het besluit zelf over de termijn waarbinnen het bezwaar- of beroepschrift moet zijn ingediend.

33. Wat als je niet tot overeenstemming kunt komen over de productieafspraken?

Uitgangspunt is dat overeenstemming wordt bereikt door de zorgaanbieder en het zorgkantoor. Daarna dienen beiden een zogenoemd tweezijdig verzoek voor deze productieafspraken in bij de NZa.

Als partijen niet tot overeenstemming zijn gekomen over de productieafspraken, dan kunnen het zorgkantoor en de zorgaanbieder ieder een eenzijdig verzoek tot goedkeuring van de afspraken indienen bij de NZa. Een eenzijdig verzoek is alleen mogelijk als in dezelfde ronde géén tweezijdig verzoek is ingediend. De beslisregels die de NZa hanteert bij een éénzijdig verzoek staan in de beleidsregel Budgettair Kader Wlz. Deze zijn samengevat als volgt:

Als het een verzoek in de budgetronde (zie vraag 32) betreft, gaat de NZa uit van ofwel (i) de laagste als twee éénzijdige verzoeken zijn ingediend, ofwel (ii) een productieafpraak van nul als maar één of geen van partijen een verzoek indient

Een eenzijdig verzoek om aanpassing van een in de eerste budgetronde vastgestelde productieafpraak wordt in beginsel zonder inhoudelijk oordeel afgewezen. Alleen als de gehonoreerde productieafpraak in de budgetronde geen reële productieafpraak is, kan dat anders zijn. In dat geval gaat de NZa uit van 85% van de naar een heel jaar geëxtrapoleerde realisatie van het eerste half jaar (dus in beginsel: $85\% * \text{realisatie } 1^{\text{e}} \text{ half jaar} * 2$). De NZa vindt een productieafpraak geen reële productieafpraak als de realisatie in het eerste half jaar hoger is dan de oorspronkelijke productieafpraak voor het gehele jaar.

34. Kan elk zorgkantoor zelf bepalen welke kortingen worden gehanteerd op de tarieven van de NZa?

De tarieven van de NZa zijn maximumtarieven. Zorgkantoor en zorgaanbieder kunnen prijsafspraken maken en daarbij dit maximum of een lager tarief overeenkomen. Elk zorgkantoor kan zelf bepalen welke kortingen worden gehanteerd op de tarieven van de NZa, het is niet verplicht landelijk de kortingen vast te stellen.

Als de zorgaanbieder de gehanteerde kortingen onredelijk vindt, kan de zorgaanbieder daartegen bezwaar maken bij het zorgkantoor binnen de daarvoor

gestelde termijn.²⁴ Uit rechtspraak volgt dat een tarief of tariefkorting niet snel onrechtmatig wordt geacht.

35. Moet er een verwerkersovereenkomst²⁵ worden gesloten tussen het zorgkantoor en de zorgaanbieder?

Als zorgaanbieders cliëntgegevens delen met zorgkantoren kwalificeert dat als een verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens. Per 25 mei 2018 geldt de Algemene Verordening Gegevensbescherming ("**AVG**"). De AVG geeft algemene regels over de verwerking van persoonsgegevens. De Wlz bevat daarnaast specifieke bepalingen over het verwerken van persoonsgegevens, die de bepalingen uit de AVG verder inkleuren. Op grond van de Wlz mogen zorgaanbieders persoonsgegevens, waaronder gegevens betreffende de gezondheid, delen met zorgkantoren (en andersom) voor zover dit noodzakelijk is voor onder andere het sluiten van overeenkomsten met zorgkantoren, de zorgplicht van het zorgkantoor, de zorglevering, het betalen van de geleverde prestaties aan zorgaanbieders en het verrichten van controle of fraudeonderzoek door het zorgkantoor.

De AVG maakt onderscheid tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker van persoonsgegevens.

De verwerkingsverantwoordelijke is degene die, al dan niet tezamen met een ander, het doel en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt. De verwerkingsverantwoordelijke bepaalt het "hoe" en "waarom" van de gegevensverwerking. Met andere woorden: het initiatief voor de gegevensverwerking ligt bij de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerkingsverantwoordelijke moet een bepaalde mate van controle kunnen uitoefenen over de verwerking van persoonsgegevens.

²⁴ Dit is geen bestuursrechtelijk bezwaar. De Awb is niet van toepassing. Het zorgkantoor bepaalt de termijn in het inkoopdocument.

²⁵ De VGN heeft in samenwerking met de andere leden van de Brancheorganisaties Zorg (BoZ) een model verwerkersovereenkomst ontwikkeld voor haar leden. Meer informatie vindt u hier: <https://www.vgn.nl/artikel/26167>.

Anders dan een verwerkingsverantwoordelijke, verwerkt de verwerker persoonsgegevens uitsluitend ten behoeve en in opdracht van de verwerkingsverantwoordelijke gegevens en neemt de verwerker geen beslissingen over het gebruik van de gegevens. De verwerker mag uitsluitend in opdracht en volgens de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke handelen bij de gegevensverwerking. Zodra een verwerker de gegevens ook voor eigen doeleinden gaat verwerken, kan hij ook (mede) verwerkingsverantwoordelijke worden. Deze rol kan hij innemen naast zijn rol als verwerker voor zover de gegevensverwerkingen voldoende los van elkaar kunnen worden gezien, zodat hij alsdan niet alleen verwerker is, maar ook (mede) verwerkingsverantwoordelijke.

In het geval dat de zorgaanbieder samenwerkt met het zorgkantoor voor bijvoorbeeld zorglevering en in het kader van deze samenwerking persoonsgegevens uitwisselt, kwalificeren beide partijen als verwerkingsverantwoordelijke en moeten zij met elkaar een gegevensverwerkingsovereenkomst sluiten. In de gegevensverwerkingsovereenkomst wordt vastgelegd wat de onderlinge verantwoordelijkheden zijn ten aanzien van de nakoming van verplichtingen uit de AVG.

Zorgaanbieders en zorgkantoren die als verwerkingsverantwoordelijken persoonsgegevens verwerken maken doorgaans gebruik van de diensten van derden, denk aan een IT leverancier of een uitvoerder voor de salarisadministratie. In dat geval is een verwerkersovereenkomst verplicht. Artikel 28 AVG geeft een checklist van bepalingen die een verwerkersovereenkomst dient te bevatten.

Zie over het omgaan met persoonsgegevens in het kader van de Wlz, ook de volgende factsheets van de VGN:

- Factsheet omgaan met persoonsgegevens: Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG); en
- Factsheet omgaan met persoonsgegevens: Wmo 2015, Jeugdwet en Wet langdurige zorg (Wlz) van de VGN.

36. Wat kan een zorgaanbieder als hij het niet eens is met documenten die later beschikbaar zijn gekomen terwijl daar wel voor getekend is?

Ongeacht of het zorgkantoor kwalificeert als aanbestedende dienst, zijn naar alle waarschijnlijkheid op de inkoopprocedure de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, waaronder het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, van toepassing (zie vraag 10).

Het transparantiebeginsel houdt in dat de procedure vooraf bekend, inzichtelijk en controleerbaar moet zijn. Als een zorgaanbieder in de procedure verplicht wordt documenten te ondertekenen die later beschikbaar zijn gekomen, kan dat in strijd zijn met het transparantiebeginsel (zie vraag 31).

Ook hier geldt dat een zorgaanbieder tijdig moet 'piepen' en dus al bij het ondertekenen – of eerder als uit het inkoopbeleid zelf al duidelijk wordt dat voor toekomstige stukken moet worden getekend – bezwaar moet maken bij het zorgkantoor en zo nodig naar de civiele rechter moet stappen. Dat is een relatief hoge drempel. Omdat in elk geval ook de Beleidsregel Normenkader Wlz-uitvoerder van toepassing is, is een meer laagdrempelig alternatief – na het maken van bezwaar bij het zorgkantoor – het indienen van een klacht bij de NZa.

37. Wat zijn de belangrijkste kenmerken van een meerjarenovereenkomst ten opzichte van een eenjarige overeenkomst?

Op zich zullen de verschillen, anders dan de looptijd, beperkt zijn. Ook meerjarenovereenkomsten komen tot stand na een procedure die moet voldoen aan de eisen beschreven in vraag 8. Er geldt een maximale looptijd van vijf jaar (zie vraag 29).

Een belangrijk voordeel van de meerjarenovereenkomst kan zijn dat geen tijd en energie nodig is voor inschrijving op de jaarlijkse inkoopprocedure en dat er zekerheid is over de contractering voor een aantal jaar. Wel zullen er onderwerpen blijven waarover tussentijds afspraken moeten worden gemaakt binnen de kaders van de meerjarenovereenkomst. Dat zal enige tijd en energie blijven kosten. Na afloop van de looptijd zal een zorgaanbieder om in aanmerking te komen voor een

Handreiking mei 2018

Juridisch kader zorgverkoop Wlz aan zorgkantoren



nieuw contract weer moeten deelnemen aan de inkoopprocedure van het zorgkantoor (zie ook vraag 25).

Tussentijdse wijziging of aanvulling van afspraken in een meerjarenovereenkomst is eenzijdig door het zorgkantoor in principe alleen mogelijk als het zorgkantoor zich dat recht heeft voorbehouden in de overeenkomst (zie vraag 28). Een te ruim voorbehoud om eenzijdig te wijzigen kan in strijd zijn met het proportionaliteitsbeginsel (zie vraag 8).

Als er geen voorbehoud is gemaakt door het zorgkantoor, is voor wijziging of aanvulling overeenstemming nodig tussen het zorgkantoor en de zorgaanbieder. Het is mogelijk dat de meerjarenovereenkomst voor deze onderhandelingen procedurevoorschriften bevat. Bijvoorbeeld in de vorm van informatie die moet worden aangeleverd of data waarop bepaalde stappen moeten worden gezet. Dat kan per zorgkantoor verschillen.

Bij het onderhandelen over die nadere afspraken moeten het zorgkantoor en de zorgaanbieder blijven binnen de kaders van de redelijkheid en billijkheid, de inkoopdocumenten waarop de meerjarenovereenkomst is gebaseerd en de verwachtingen die zijn geschept in gevoerde gesprekken of correspondentie. Het zorgkantoor moet rekening houden met de gerechtvaardigde belangen en verwachtingen van de zorgaanbieder in het kader van de meerjarenovereenkomst. Dat houdt onder andere in dat de wijze waarop het tarief of de productieafpraak voor het volgende jaar wordt bepaald niet zomaar éénzijdig door het zorgkantoor ingrijpend kan worden gewijzigd.

Verder is van belang dat de door VWS en de NZa gehanteerde systematiek met jaarlijks vastgestelde regionale contracteerruimte, maakt dat nog wel elk jaar een (tweezijdig) verzoek tot vaststelling van de afspraken aan de NZa moet worden gedaan. Of de inhoud van dat verzoek c.q. de productieafpraak nog onderwerp is van onderhandeling tussen zorgkantoor en zorgaanbieder, hangt af van de inhoud van de meerjarenovereenkomst. De productieafspraken voor de komende jaren dan wel de procedure hoe die tot stand komen, kunnen daarin al zijn overeengekomen. Dat hoeft echter niet.

Continuïteit van zorg

38. Welke verplichtingen heeft de zorgaanbieder als hij niet opnieuw wordt gecontracteerd door het zorgkantoor?

Uit de zorgplicht van het zorgkantoor volgt dat als de zorgaanbieder niet opnieuw wordt gecontracteerd voor dezelfde vorm van zorg, de verzekerde recht houdt op ononderbroken voortzetting van de zorg door dezelfde zorgaanbieder, voor zover de zorg noodzakelijk en verantwoord is. Tijdens de tijdelijke voortzetting van de zorg gelden tussen het zorgkantoor en de zorgaanbieder in beginsel de voorwaarden van de voormalige overeenkomst. In de modelovereenkomst van ZN wordt de zorgaanbieder verplicht de continuïteit van de zorg te garanderen en mee te werken aan een zorgvuldige overdracht van verzekerden aan een andere gecontracteerde zorgaanbieder. Is overdracht nog niet mogelijk, dan bepaalt de modelovereenkomst dat maximaal het oude overeengekomen basistariefpercentage van toepassing blijft op het leveren van de zorg.

De zorgaanbieder is in ieder geval op grond van de Wlz gehouden de zorg tijdelijk voort te zetten als de zorgaanbieder het volgende jaar niet wordt gecontracteerd, voor zover de zorg noodzakelijk en verantwoord is, onder de voorwaarden van de voormalige overeenkomst. Uit de modelovereenkomsten van zorgkantoren volgt dat wat betreft de tarieven dan maximaal het overeengekomen basistariefpercentage van toepassing zal zijn. Daarnaast zal de zorgaanbieder ook tegenover de cliënt zelf gebonden zijn de zorg voor een redelijke termijn voort te zetten. Hierbij is de zorgaanbieder verplicht mee te helpen bij het vinden van een alternatief voor de cliënt.

Dat de zorgaanbieder de zorg in beginsel moet continueren als hij niet opnieuw wordt gecontracteerd, vloeit ook voort uit de relatie zorgaanbieder-cliënt. Voor zover de zorgaanbieder zorg verleent in de zin van artikel 3.1.1 lid 1 sub c en d Wlz, is de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst ("**WGBO**") van

toepassing.²⁶ Artikel 3.1.1 lid 1 sub c en d Wlz beschrijft de zorgvormen behandeling (sub c) en algemeen medische zorg door of namens de instelling waar de verzekerde verblijft en behandeling ontvangt (sub d). Op grond van de WGBO kan de zorgaanbieder de behandelingsovereenkomst met cliënt niet opzeggen, tenzij sprake is van gewichtige redenen.

Als sprake is van 'gewichtige redenen', kan de arts of zorgaanbieder niet direct de behandelingsovereenkomst opzeggen. Eerst zal aan een aantal bij de specifieke situatie behorende zorgvuldigheidseisen moeten worden voldaan. Er moet bijvoorbeeld een redelijke termijn in acht worden genomen, de noodzakelijke hulp moet worden blijven geboden en de zorgaanbieder zal moeten meehelpen bij het zoeken naar een alternatief voor de cliënt.

De bewijslast dat sprake is van gewichtige redenen ligt bij de zorgaanbieder. In de praktijk wordt niet snel aangenomen dat deze gewichtige redenen zich voordoen. Of dat bij niet contracteren door het zorgkantoor het geval is, het volgende.

Voor zover de zorgaanbieder Wlz-zorg verleent zonder dat daarbinnen sprake is van behandeling of het verlenen van algemeen medische zorg door of namens de instelling waar iemand verblijft en behandeling ontvangt (dus alleen zorg in de zin van artikel 3.1.1 lid 1 Wlz sub a, b, e, f en g), is de WGBO niet van toepassing. Voor alle leden van VGN geldt echter dat overeenkomstige toepassing van de WGBO wordt overeengekomen tussen zorgaanbieder en cliënt in de zorg- en dienstverleningsovereenkomst.²⁷ Dit staat ook in het model van de VGN voor de algemene voorwaarden bij de zorg- en dienstverleningsovereenkomst in artikel 4.1. Volgens het model zijn de bepalingen uit de WGBO van overeenkomstige toepassing, tenzij daarvan uitdrukkelijk wordt afgeweken. In artikel 5.2 van het model staat dat de zorgaanbieder de overeenkomst kan opzeggen als sprake is van zodanig zwaarwegende redenen, dat voortzetting van de zorg- en dienstverlening in redelijkheid niet kan worden verlangd.

²⁶ De VGN heeft in 2008 voor haar leden een richtlijn gemaakt over de toepassing van de WGBO in de gehandicaptensector. De richtlijn is op 3 april 2008 aangenomen door de Algemene Ledenvergadering en is op 1 januari 2009 ingegaan: <http://www.vgn.nl/artikel/2171>.

²⁷ Zie de richtlijn van VGN uit 2008 over de toepassing van de WGBO in de gehandicaptensector.

Van zwaarwegende redenen zal volgens het model in ieder geval sprake zijn op het moment dat de zorgaanbieder geen vergoeding meer ontvangt van het zorgkantoor voor de uitvoering van de overeengekomen zorg- en dienstverlening en de zorgvrager deze ook niet voor eigen rekening afneemt. Ook moet volgens het model een redelijke termijn in acht moeten worden genomen (het model houdt een termijn van twee maanden aan) en zal de zorgaanbieder mee moeten helpen bij het zoeken naar een alternatief voor de cliënt, zie artikelen 5.3 en 5.4 van het model. Als de cliënt de zorg voor eigen rekening afneemt nadat de bekostiging vanuit het zorgkantoor is gestopt kan de zorgaanbieder de overeenkomst met cliënt niet opzeggen. Volgens het model is dan geen sprake van een zwaarwegende reden.

In de praktijk zal het zorgkantoor zich inspannen voor overdracht van de cliënten van de niet meer gecontracteerde zorgaanbieder naar een gecontracteerde zorgaanbieder. De niet meer gecontracteerde zorgaanbieder is op grond van de modelovereenkomsten, maar ook op grond van de overeenkomst met de cliënt, gehouden aan deze overdracht mee te werken.

39. Welke verplichtingen heeft de zorgaanbieder als de Wlz-indicatie van cliënten gedurende het contractjaar vervalt en overgaat in een Wmo-aanspraak?

Als de Wlz-indicatie van cliënten vervalt en overgaat in een Wmo-aanspraak, is de vraag in hoeverre de zorgaanbieder verplicht is de zorg te continueren. Dit kan zich voordoen als een tijdelijke Wlz-indicatie afloopt en herindicatie voor de Wlz niet aan de orde is. Of wanneer een cliënt afziet van zijn overgangsrecht om verblijf in de Wlz te behouden met een zogenoemd laag ZZP. Hiervoor geldt (ook) het juridisch kader uit het antwoord bij vraag 38.

Volgens het model algemene voorwaarden van de VGN is van een zwaarwegende reden in ieder geval sprake als de omvang of zwaarte van de zorg- en of dienstverlening door een gewijzigde (zorg)vraag zich zodanig ontwikkelt dat deze buiten de reikwijdte van de overeenkomst gaat vallen en de zorgaanbieder en de zorgvrager geen afspraken kunnen maken over een aanpassing van de overeenkomst. Hiervan zal sprake zijn als de Wlz-indicatie vervalt en overgaat in een Wmo-aanspraak. Bovendien zal de zorgaanbieder geen vergoeding meer

ontvangen van het zorgkantoor als de Wlz-indicatie vervalt. Als de cliënt de zorg dan niet voor eigen rekening afneemt bij de zorgaanbieder, levert dat volgens de algemene voorwaarden ook een zwaarwegende grond op.

Voor het beëindigen van de zorg- en dienstverleningsovereenkomst moet een redelijke termijn in acht worden genomen (het model algemene voorwaarden houdt een termijn van twee maanden aan) en de zorgaanbieder zal mee moeten helpen bij het zoeken naar een alternatief voor de cliënt.

Het voorgaande geldt ook als de Wlz- indicatie vervalt en overgaat in een aanspraak op grond van de Jeugdwet.

40. Mag een zorgaanbieder de gecontracteerde Wlz-zorg in onderaanneming uitbesteden?

Een zorgaanbieder mag de gecontracteerde Wlz-zorg in onderaanneming uitbesteden, onder de voorwaarden die daaraan zijn gesteld in de zorginkoopovereenkomst. Dit kunnen de volgende voorwaarden zijn:

- Bij inschrijving in de bestuursverklaring/instemmingsverklaring melden of van onderaannemers gebruik wordt gemaakt;
- Voorafgaande schriftelijke toestemming nodig van het zorgkantoor voor inzet van een onderaannemer (zie ook vraag 11);
- De onderaannemer dient aantoonbaar in het bezit te zijn van een Wtzi-toelating (behoudens in geval van onderaanneming van dagbesteding of schoonmaak) en een inschrijving in het handelsregister;
- Bij de onderaannemer is geen IGJ-maatregel van kracht, noch een onderzoek naar vermoeden van fraude;
- De hoofdaannemer garandeert dat de zorgverlening door de onderaannemer aan dezelfde eisen voldoet als die het zorgkantoor aan de zorgaanbieder heeft gesteld.

Vanuit het mededingingsrecht is verder van belang dat als een zorgaanbieder werkzaamheden in onderaanneming verleent aan een andere zorgaanbieder, dit een vorm van samenwerking is die moet worden getoetst aan het kartelverbod. Er

is bijvoorbeeld sprake van verboden afstemming als twee zorgaanbieders besluiten dat één van hen inschrijft en de ander niet omdat daarmee een hoger tarief kan worden behaald. Zo'n afspraak is in strijd met het kartelverbod.

Ook is het op grond van het kartelverbod belangrijk terughoudend te zijn bij het uitwisselen van informatie met de onderaannemer, met name over met het zorgkantoor gecontracteerde prijzen of volumes.

41. Is het zorgkantoor verplicht de overproductie te vergoeden?

In beginsel zijn de contractuele afspraken tussen zorgkantoor en zorgaanbieder bepalend bij overproductie (en onderproductie). Vaak voorzien deze in periodieke rapportage over productie en overleg over herschikking.

Uitgangspunt daarbij is steeds dat het zorgkantoor niet verplicht is tot vergoeding van overproductie (of betaling van meer dan de productie bij onderproductie). Volgens rechtspraak is dat niet onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.²⁸

Dit ligt anders als het zorgkantoor de verwachting heeft gewekt bij de zorgaanbieder dat er wel vergoeding van overproductie zal volgen. Bijvoorbeeld in het inkoopbeleid of de overeenkomst, of naderhand in gesprekken, brieven of mails. In dat geval is het mogelijk dat het zorgkantoor de overproductie dient te vergoeden. Als dergelijke toezeggingen mondeling worden gedaan, is het raadzaam dit naderhand nog kort per mail te bevestigen of laten bevestigen.

Overigens hanteren de meeste zorgkantoren als uitgangspunt persoonsvolgende bekostiging tot de contracteerruimte benut is. Het is belangrijk te bepalen welke systematiek het zorgkantoor hanteert bij het informeren over de uitputting van de contracteerruimte en wat het beleid is bij (dreigende) overschrijding. Zorgkantoren zijn uiteraard gehouden om hun eigen beleid daarin te volgen.

²⁸ Vgl. Rechtbank Maastricht, 30 augustus 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB2601, Hof 's-Hertogenbosch, 29 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC7345 en Rechtbank Arnhem, 23 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0580.

Vragen, bezwaren en geschillen bij/over de zorginkoop

42. Wanneer verliest de zorgaanbieder zijn recht om bezwaar te maken en wat is de consequentie daarvan?

Zoals beschreven in het antwoord op vraag 3, bevat het inkoopproces de volgende stappen:

- Publicatie (addendum) landelijke en regionale inkoopkader(s);
- Indienen van vragen en eventueel bezwaar of beroep t.b.v. nota van inlichtingen;
- Publicatie nota van inlichtingen;
- Inschrijving nieuwe en bestaande zorgaanbieders;
- Mogelijkheid tot gesprek over contractering en voorwaarden;
- Voorlopige contractering (eenjarige of meerjarige overeenkomst);
- Definitieve contractering en indiening budgetformulier NZa.

Per stap wordt in het inkoopbeleid aangeven binnen welke termijn de zorgaanbieder zijn vragen, opmerkingen of bezwaren bij het zorgkantoor moet indienen. Ook bevat het inkoopbeleid termijnen waarbinnen een dagvaarding voor een kort geding bij het zorgkantoor is betekend (dat wil zeggen: door een deurwaarder bij het zorgkantoor afgeleverd).

Voor het indienen van vragen, opmerkingen of bezwaren tegen het gepubliceerde inkoopbeleid stelt het zorgkantoor in de praktijk een termijn van circa 20 dagen. Als de zorgaanbieder niet binnen die termijn zijn vragen, opmerkingen of bezwaren aan het kantoor kenbaar heeft gemaakt, verliest de zorgaanbieder zijn recht om bezwaar te maken.

Consequentie daarvan is dat de zorgaanbieder geen bezwaar tegen het inkoopbeleid meer kan maken, maar ook dat de mogelijkheid een (kort geding) procedure te starten tegen de inhoud van het inkoopbeleid vervalt. De rechter zal bepalen dat de zorgaanbieder niet-ontvankelijk is. Dat betekent dat de zaak niet vatbaar is voor inhoudelijke beoordeling en de uitspraak van de rechter volstaat met die constatering.

Volgens de rechter kan van een adequaat handelende zorgaanbieder worden verwacht dat hij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van de inkoopprocedure. Doet de zorgaanbieder dat niet, dan verliest de zorgaanbieder het recht om te klagen. Dit wordt ook wel rechtsverwerking genoemd.

Ook bij de andere stappen van het inkoopproces bepaalt het zorginkoopbeleid van het zorgkantoor binnen welke termijn daartegen bezwaar of beroep bij de rechter mogelijk is. Voor het geval dat de zorgaanbieder zich niet kan vinden in de inhoud van het inkoopkader dat is vast komen te staan na de publicatie van de nota van inlichtingen (en de zorgaanbieder op tijd diens vragen, opmerkingen of bezwaren kenbaar had gemaakt), geldt bijvoorbeeld een termijn van acht tot twintig dagen (afhankelijk van het zorgkantoor).

43. Wat betekent het escalatiemodel?

Een escalatiemodel in het kader van de zorginkoopprocedure beschrijft welke stappen kunnen of moeten worden ondernomen – en in welke volgorde – in het geval van een geschil tussen het zorgkantoor en een zorgaanbieder. In het inkoopbeleid of de modelovereenkomst is een escalatiemodel opgenomen.

In het escalatiemodel kunnen bijvoorbeeld de volgende stappen worden beschreven:

- dat bij een geschil eerst partijen het samen moeten proberen op te lossen, door overleg op een bepaald niveau en dat als men er op dat niveau niet uitkomt op een hoger niveau (bijvoorbeeld de raad van bestuur) wordt geprobeerd het geschil op te lossen;

- dat bij een geschil eerst aan het zorgkantoor melding moet worden gemaakt van het voornemen een rechtsmiddel in te stellen;
- welke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend (en welke dus niet);
- binnen welke termijn rechtsmiddelen moeten worden aangewend; en
- bij wie het rechtsmiddel moet worden aangewend (bijvoorbeeld de Geschilleninstantie Zorgcontractering of de Rechtbank in Amsterdam).

In de modelovereenkomst van ZN staat dat bij een geschil partijen eerst proberen het samen op te lossen. Pas als dat niet werkt, kan het geschil worden voorgelegd aan de Onafhankelijke Geschilleninstantie Zorgcontractering of de civiele rechter.

Dit heeft tot gevolg dat de zorgaanbieder bij een geschil eerst in overleg moet met het zorgkantoor om het geschil samen op te lossen. Doet de zorgaanbieder dat niet en legt die het geschil aan de rechter voor zonder dat de zorgaanbieder met het zorgkantoor in overleg is getreden, dan zal de rechter de zorgaanbieder niet-ontvankelijk verklaren. Dat houdt in dat de zaak niet vatbaar is voor berechting en de rechter inhoudelijk geen uitspraak kan doen. Het is daarom van belang goed na te gaan of in het inkoopbeleid of de overeenkomst een escalatiemodel staat (dat kan expliciet als escalatiemodel zijn benoemd maar ook impliciet in de tekst van de overeenkomst staan, bijvoorbeeld onder het kopje "forumkeuze").

Zorgkantoren hanteren soms een vergelijkbare eis in hun inkoopdocument bij het maken van bezwaar. Er moet eerst bezwaar worden gemaakt voordat een kort geding kan worden gestart. Als er niet eerst bezwaar wordt gemaakt, zal het zorgkantoor zich beroepen op niet-ontvankelijkheid van het kort geding.

44. Kan de gang naar de civiele rechter worden uitgesloten door het zorgkantoor?

De gang naar de civiele rechter kan tot op zekere hoogte worden uitgesloten als partijen daarover overeenstemming hebben bereikt. Die overeenstemming kan ook het gevolg zijn van het enkele feit dat een zorgaanbieder vragen stelt of een inschrijving doet. In de inkoopprocedures is vaak opgenomen dat door deel te nemen aan die procedure, vragen te stellen of daartegen bezwaar te maken, wordt geaccepteerd dat alleen een kort geding procedure kan worden gestart binnen een bepaalde termijn.

Dat is een stevige voorwaarde van de zijde van het zorgkantoor die ingrijpt op de vrijheid van iedereen om zich tot de civiele rechter te mogen wenden. De houdbaarheid van deze uitsluiting van de gang naar de rechter, zal daarom door een rechter worden gewogen door het belang van de zorgaanbieder om zich op elk moment tot een rechter te kunnen wenden af te zetten tegen het belang van het zorgkantoor.

Dit houdt praktisch in dat het zorgkantoor bij de publicatie van zijn inkoopprocedure de gang naar de rechter niet direct helemaal kan uitsluiten, maar dat in de loop van de procedure bepaalde mogelijkheden voor de zorgaanbieder wel kunnen komen te vervallen. De afweging van rechters is dat dit kan omdat het zorgkantoor gelet op zijn zorgplicht snel - voor 1 januari van het volgende jaar en binnen door de NZa gestelde termijn voor het indienen van budgetformulieren - duidelijkheid moet kunnen hebben over de contractering (zie vraag 42). De uitkomst van deze afweging zal op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid dan wel het aanbestedingsrecht veelal dezelfde zijn (zie ook vraag 10).

In het verlengde daarvan geldt ook dat een belang van het zorgkantoor waarschijnlijk ontbreekt als die in de modelovereenkomst zou opnemen dat over de uitvoering van die overeenkomst de gang naar de rechter of een onafhankelijke geschilleninstantie wordt uitgesloten. Een goed voorbeeld daarvan is als er een geschil ontstaat over een materiele controle bij de uitvoering van de overeenkomst. De zorgaanbieder heeft een belang bij de mogelijkheid van onafhankelijke toetsing door een civiele rechter. Een spoedeisend belang van het zorgkantoor dat

rechtvaardigt dat dit recht van de zorgaanbieder wordt uitgesloten is er dan niet. In dat geval zal uitsluiting van de gang naar de civiele rechter geen stand houden.

Partijen kunnen ook overeenkomen dat in plaats van de rechter, de Onafhankelijke Geschilleninstantie Zorgcontractering bevoegd is van een geschil kennis te nemen.

45. Wat zijn de voor- en nadelen van de Geschilleninstantie Zorgcontractering?

Zorgaanbieders en zorgkantoren kunnen in geval van precontractuele of contractuele geschillen rond zorgcontractering terecht bij de Onafhankelijke Geschilleninstantie Zorgcontractering. De uitvoering van de Onafhankelijke Geschilleninstantie Zorgcontractering is ondergebracht bij het Nederlandse Arbitrage Instituut. Per 1 april 2017 behandelt de Onafhankelijke Geschilleninstantie Zorgcontractering geschillen over de contractering van zorg op basis van de Wlz. Een geschil wordt bij de Onafhankelijke Geschilleninstantie Zorgcontractering beslecht door inzet van mediation, bindend advies of arbitrage. De focus ligt daarbij op het voortzetten van de samenwerking tussen partijen. Meerdere partijen kunnen gezamenlijk hetzelfde geschil voorleggen.

Onder mediation wordt het oplossen van geschillen onder begeleiding van een onafhankelijke en onpartijdige derde verstaan. Partijen spannen zich hierbij op vrijwillige basis in om het geschil op te lossen. Partijen werken actief mee aan het vinden van een oplossing en de mediator faciliteert de gesprekken. Als een partij niet meer mee wil werken wordt mediation in de regel beëindigd. Als partijen tot een oplossing komen, leggen zij de afspraken meestal vast in een vaststellingsovereenkomst.

Bij een bindend advies stelt een bindend adviseur vast wat tussen partijen rechtens geldt als zij daarover niet zeker zijn of een geschil hebben. Partijen dienen expliciet voor bindend advies te kiezen en sluiten daarbij de gang naar de rechter uit. De bindend adviseur geeft aan het einde van de procedure een bindend advies dat door partijen dient te worden nageleefd. Er staat geen hoger beroep open, tenzij partijen dat zijn overeengekomen. Als een van partijen het bindende advies niet nakomt, kan de andere partij nakoming of schadevergoeding vorderen bij de rechter.

Ook voor arbitrage kiezen partijen expliciet, en daarbij doen ze afstand van de gang naar de rechter. Bij arbitrage wordt rechtgesproken door arbiters, die een bindend vonnis wijzen. Het vonnis heeft dezelfde 'rechtskracht' als een vonnis dat is gewezen door de rechter. Er bestaat een mogelijkheid een arbitraal vonnis te laten vernietigen door een gerechtshof als sprake is van één van de volgende gronden: (i) een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt; (ii) het scheidsgerecht is in strijd met de daarvoor geldende regelen samengesteld; (iii) het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden; (iv) het vonnis is niet op de juiste wijze ondertekend of niet met redenen omkleed; (v) het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, is in strijd met de openbare orde.

Voordelen

Een voordeel van een procedure bij de Onafhankelijke Geschilleninstantie Zorgcontractering is de deskundigheid en ervaring van de mediators, bindende adviseurs en arbiters specifiek op het gebied van zorgcontractering. Zij komen vaak zelf uit de zorgbranche.

Daarnaast verloopt de procedure doorgaans sneller en informeler. Een informelere flexibelere procedure, kan behulpzaam zijn bij de instandhouding van een goede relatie tussen partijen en zorgen voor een effectievere geschillenbeslechting.

Verder kan een voordeel zijn dat de mogelijkheden om een vonnis (in het geval van arbitrage) aan te tasten, beperkter zijn en de procedure bij de Onafhankelijke Geschilleninstantie Zorgcontractering niet openbaar is. Daarmee zouden partijen bijvoorbeeld aandacht voor het geschil kunnen beperken. In de overeenkomsten voor een procedure bij de Onafhankelijk Geschilleninstantie Zorgcontractering zoals bedoeld in het Convenant ter instelling van een Onafhankelijke Geschilleninstantie voor Geschillenoplossing en -beslechting Zorgcontractering ("**Convenant**"), staat wel dat de vaststellingsovereenkomst, het bindend advies of het vonnis, door het Nederlands Arbitrage Instituut gepubliceerd mag worden zonder vermelding van de namen van de partijen en met weglating van verdere gegevens welke de identiteit van de partijen zouden kunnen openbaren. Alleen bij mediation kunnen partijen bezwaar maken tegen publicatie.

Nadelen

Een nadeel van een procedure bij de Onafhankelijke Geschilleninstantie Zorgcontractering kan zijn dat de mediators, bindend adviseurs en arbiters mogelijk minder deskundig zijn op het gebied van het recht en rechtsvragen.

Daarnaast dragen beide partijen hun eigen kosten voor juridische bijstand en moeten de kosten van de Onafhankelijke Geschilleninstantie Zorgcontractering ook worden betaald (die veelal meer bedragen dan de kosten van de rechter in de vorm van het griffierecht). In het Convenant staat daarover dat in beginsel de in het ongelijk gestelde partij die kosten betaald (bij bindend advies en arbitrage), bij mediation een schikking of tussentijds staken worden de kosten gelijkelijk verdeeld over de beide partijen.

De procedure is tot slot minder omljnd en partijen kunnen daardoor verzanden in procedurele verwickelingen. Een grote beperking van mediation is daarnaast dat zij alleen werkt indien de betrokken partijen hun medewerking daaraan verlenen. In elk stadium van de procedure kan deze medewerking worden ingetrokken en zal het proces niet meer kunnen slagen.

46. Wat zijn de voor- en nadelen van de civiele rechter?

Een geschil dat wordt voorgelegd aan de civiele rechter zal worden beslecht door een onafhankelijke derde, de rechter(s), volgens de wettelijk vastgelegde regels van het procesrecht. Voor de procedure is de civiele rechter gebonden aan hetgeen is gevorderd door de partijen en voor de beslechting van het geschil aan het recht.

Voordelen

Een voordeel van overheidsrechtspraak is de deskundigheid van de rechter op het gebied van het recht en rechtsvragen. Bij een geschil zullen partijen veelal willen laten vaststellen wat de juridische positie van partijen is in het geschil. Een rechter zal zich in beginsel alleen richten op en laten leiden door de juridische kant van het geschil. Daarnaast kunnen de kosten lager uitvallen bij de rechter omdat de kosten van de rechter grotendeels betaald worden door de overheid. De procedure is

verder formeler en meer omlijdend, wat er mogelijk toe kan leiden dat partijen niet verzanden in procedurele kwesties.

Nadelen

Een nadeel van de rechter is dat de rechter soms kennis mist van de zorgbranche en in het specifiek de zorgcontractering. Daarnaast kan een procedure vaak lang duren. Dit geldt niet voor een kort geding (zie hierna). Verder is de aantasting van het vonnis gemakkelijker dan aantasting van een bindend advies of een arbitragevonnis. Dat kan zowel een voordeel als nadeel zijn. Als hoofdregel geldt dat bij een uitspraak van een rechter, hoger beroep en cassatie mogelijk is (zie vraag 47). Bij bindend advies of arbitrage zijn die mogelijkheden er vaak juist niet. Andere nadelen van de rechter zijn dat een procedure bij de rechter behoudens specifieke uitzonderingen openbaar is, minder laagdrempelig en partijen geen keuzevrijheid hebben in de wijze van de procedure.

Kort geding

Een kort geding is een kort een snelle procedure bij de rechter, waarbij de eiser een spoedeisend belang heeft en tijdelijke voorziening eist die het spoedeisend probleem oplost (bijvoorbeeld een gebod om de aanbestedingsrechtelijke beginselen na te leven of een verbod om een bepaalde voorwaarde voor inschrijving te hanteren). De uitspraak in kort geding is een voorlopig beslissing, waarin de rechter een voorlopig oordeel geeft over de beslissing die de civiele rechter in een volledige procedure (zogenoemde bodemprocedure) zal geven.

Het grote voordeel van kort geding is de snelheid van de procedure. Dit komt onder andere door de verkorte termijnen, er geen gelegenheid wordt gegeven voor uitgebreide bewijsvoering en er minder procedureregels gelden (een voorbeeld daarvan is bijvoorbeeld dat de gedaagde – in dit geval het zorgkantoor – geen weken de tijd krijgt om een verweer op schrift te zetten, maar dit verweer ter zitting zal moeten voeren).

Nadelen kunnen zijn dat de uitspraak slechts voorlopig is en kan worden aangetast door een uitspraak in de bodemprocedure, er weinig voorbereidingstijd is om de

vordering toe te lichten en te onderbouwen en de mogelijkheid tot kort geding pas bestaat als sprake is van een spoedeisend belang. Ook zal een rechter in kort geding terughoudend zijn met toewijzing van de vordering; in de korte tijd die voor het kort geding staat moet voldoende duidelijk worden dat een ingreep van de rechter nodig is. Dat is een hoge lat.

47. Welke rechter gaat over de zorginkoop door het zorgkantoor?

Over de zorginkoop door het zorgkantoor bij zorgaanbieders gaat de civiele rechter. In de inkoopprocedure handelt het zorgkantoor als private partij.²⁹ Dit geldt zowel voor een bodemprocedure als voor een kort geding procedure. In kort geding gaat dit om een speciale civiele rechter: de voorzieningenrechter (ook wel kortgedingrechter genoemd).

Bij zorginkoop door zorgkantoren wordt vaak in het inkoopbeleid bepaald binnen welke termijn een zorgaanbieder een kort geding aanhangig moet maken (zie vraag 42). Dit is in de regel een vervaltermijn. De zorgaanbieder moet binnen die termijn het kort geding aanhangig maken anders zal de zorgaanbieder door de rechter niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn vordering.³⁰ Dat houdt in dat de zaak niet vatbaar is voor berechting en de rechter daardoor inhoudelijk geen oordeel kan geven.

De civiele rechter zal in kort geding uitspraak doen. Tegen een uitspraak in kort geding kan in hoger beroep worden gegaan bij een gerechtshof. De termijn voor hoger beroep in kort geding is vier weken. Van de uitspraak van het gerechtshof kan men binnen acht weken in cassatie gaan. Door een cassatieberoep in te stellen, wordt de Hoge Raad verzocht de uitspraak van het gerechtshof te vernietigen. De Hoge Raad doet de zaak inhoudelijk niet over en toetst alleen of het gerechtshof

²⁹ Het zorgkantoor handelt alleen als bestuursorgaan als het zorgkantoor een beslissing neemt in het kader van het toekennen van een pgb aan een verzekerde. Het zorgkantoor is voor alle andere handelingen - waaronder handelingen in het kader van de zorginkoop - een private partij. Op het handelen van het zorgkantoor als private partij zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing.

³⁰ Rechtbank Den Haag, 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12472.

het recht en de procesregels goed heeft uitgelegd en toegepast en of de uitspraak voldoende is onderbouwd.

Als geen vervaltermijn is opgenomen in het inkoopbeleid of de overeenkomst tussen zorgaanbieder en zorgkantoor, kan men in beginsel een procedure instellen binnen vijf jaar nadat de vordering opeisbaar is geworden.³¹ Ook tegen de uitspraak van de civiele rechter in een bodemprocedure kan men in hoger beroep. De termijn is in dat geval drie maanden. Ook voor het instellen van cassatie is de termijn drie maanden.

48. Aan welke criteria toetst de civiele rechter?

Zorgkantoren en zorgaanbieders zijn in beginsel vrij om al dan niet met elkaar te contracteren én om naar eigen inzicht invulling te geven aan de inhoud van hun afspraken. De omvang van deze vrijheid kan worden beperkt door de redelijkheid en billijkheid. Zorgaanbieder en zorgkantoor dienen zich – ook in de aanloop naar een contract of de afloop daarvan – redelijk op te stellen.

Het is vaste jurisprudentie dat de rechter toetst of bij een inkoopprocedure sprake is van een objectieve, transparante en non-discriminatoire invulling van het inkoopbeleid (zie ook vraag 8, 9 en 10). Waar de inkoopprocedure duidelijk en eenduidig is moet strikt vastgehouden worden aan de betreffende voorschriften. Voor de vraag of bepalingen duidelijk en eenduidig zijn is van belang op welke wijze een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver die bepalingen dient te begrijpen.³²

Als sprake is van een kort geding, zal de rechter eerst beoordelen of sprake is van een spoedeisend belang. Het spoedeisend belang zal in zaken over zorginkoop in de Wlz vaak een gegeven zijn. Dit volgt al uit het karakter van een zorginkoopprocedure en het feit dat zorgaanbieders op grond van het inkoopbeleid

³¹ De verjaringstermijn is afhankelijk van de vordering die wordt ingesteld.

³² Zie rechtbank Zeeland-West-Brabant, 26 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7626 en hof 's-Hertogenbosch 26 april 2016, ECLI:NL:GHSHE2016:1669.

in kort geding tegen bepaalde beslissingen of gepubliceerde documenten moeten opkomen (of anders rechten verliezen).

49. Wat is de rol van de NZa bij een geschil?

In het geval van een geschil tussen zorgaanbieder en zorgkantoor is het de NZa wettelijk verboden een aanwijzing te geven om individuele gevallen tot een oplossing te brengen. In die zin heeft de NZa bij een geschil tussen zorgaanbieder en zorgkantoor geen zelfstandige rol.

Wel kan in het geval van een geschil waarbij de zorgaanbieder van mening is dat het zorgkantoor niet handelt volgens de (beleids)regels van de NZa, aan de civiele rechter een oordeel vragen over de naleving hiervan. Ook kan de zorgaanbieder druk uitoefenen op het zorgkantoor door melding te doen bij de NZa van de overtreding van de regels door het zorgkantoor. In dat geval kan de NZa de melding onderzoeken en een aanwijzing geven als de regels inderdaad worden overtreden.

Als de zorgaanbieder of het zorgkantoor het niet eens is met het besluit van de NZa op het verzoek tot goedkeuring van de productieafspraken, dan kan daarover een geschil met de NZa ontstaan. In dat geval is de NZa partij bij het geschil en zal eerst bestuursrechtelijk bezwaar tegen het besluit openstaan bij de NZa zelf en tegen het besluit op bezwaar in beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (bestuursrechter).

50. Aan welke criteria toetst de NZa en de bestuursrechter?

In het geval de NZa een melding krijgt, dan zal de NZa onderzoeken of inderdaad een van de regels van de NZa (zie vraag 2) zijn overtreden en daar zo nodig op acteren.

In een bezwaarprocedure tegen het besluit van de NZa tot (onthouding van) goedkeuring van de productieafspraken tussen zorgaanbieder en zorgkantoor, zal de NZa de beslissing volledig heroverwegen als het bezwaar binnen de termijn (zes weken na de bekendmaking van het besluit) is ontvangen, de indiener daarvan een belanghebbende is (bijvoorbeeld de zorgaanbieder of het zorgkantoor) en het

Handreiking mei 2018

Juridisch kader zorgverkoop Wlz aan zorgkantoren



bezwaarschrift duidelijk gemotiveerd is. Als dat zo is, doet de NZa de hele besluitvorming opnieuw en zal de NZa aan de hand van eigen beleidsregels een besluit nemen.

De bestuursrechter toetst het besluit op bezwaar van de NZa en toetst dan alleen nog de rechtmatigheid van de beslissing van de NZa.

VANDOORNE  De 'Handreiking juridisch kader zorgverkoop Wlz aan zorgkantoren' is een uitgave van de Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN) en is tot stand gekomen in samenwerking met het zorgteam van Van Doorne advocaten, notarissen en fiscalisten. De handreiking is zorgvuldig samengesteld maar kan desalniettemin fouten in de tekst bevatten. Mocht u dergelijke fouten tegenkomen of vragen hebben over de handreiking, neemt u dan contact op met de VGN.