

Handreiking ova-indexering en contractering

Handreiking naar aanleiding van berichtgeving 9 november 2021

20 december 2021

Inhoudsopgave

1	Inleiding en vraagstelling.....	3
2	Stadia.....	4
2.1	Stadium 1.....	4
2.2	Stadium 2.....	4
2.3	Stadium 3.....	5
3	Mogelijkheden.....	6
3.1	Stadium 1.....	6
3.2	Stadium 2.....	7
3.3	Stadium 3.....	8
3.4	Communicatie richting aanbieders.....	8
4	Bijlage: Juridisch kader.....	10
4.1	Nog niet gesloten overeenkomsten.....	10
4.2	Geen indexering of tussentijdse wijziging mogelijk in de overeenkomst.....	10
4.2.1	<i>Overheidsopdracht Aanbestedingswet 2012:</i>	10
4.2.2	<i>Toelatingsprocedure ('open house'):</i>	12
4.3	Indexeringsbepalingen en wijzigingsbedingen.....	12
4.3.1	<i>Indexeringsbepaling</i>	12
4.3.2	<i>Wijzigingsbeding</i>	13

1 Inleiding en vraagstelling

Op 23 september 2021 heeft het kabinet ervoor gekozen om het ova-percentage voor 2022 met 1,13% extra te verhogen naar 3,87% met als doel om de salarissen in de sector zorg en welzijn te verbeteren. Voornoemd percentage maakt een extra loonsverhoging van circa 1,5% voor de middengroep in het loonebouw mogelijk. Het voorlopige OVA-percentage voor 2022 was 1,72%. Op basis van de laatste raming van het CPB werd dit percentage verhoogd naar 2,74%. Het percentage is nu -vanwege de beoogde loonsverhoging voor de middengroep van het loonebouw- verhoogd naar 3,87%.

De VNG, werkgevers in de zorg en welzijnssector en het Ministerie van VWS hebben gemeenten op 9 november 2021 opgeroepen om per 1 januari 2022 alle tarieven binnen de Jeugdwet en de Wmo 2015 structureel te verhogen met 1,13% voor de loonebonden componenten binnen die tarieven. Uitgangspunt van deze oproep is dat aanbieders binnen de Jeugdwet en de Wmo 2015 hiermee de benodigde middelen ontvangen om de extra loonstijging voor de middengroep in het loonebouw mogelijk te maken.

Deze juridische handreiking is geschreven voor gemeenten zodat zij een weloverwogen besluit kunnen nemen over de wijze waarop zij de stijging van 1,13% opnemen in de contractering. Deze notitie behandelt dan ook de volgende vraag:

Hoe kunnen gemeenten op rechtmatige wijze de verhoging opnemen in de bestaande of nog overeen te komen contractering zonder schending van het aanbestedingsrecht?

2 Stadia

Gemeenten bevinden zich momenteel in drie verschillende stadia van contractering:

1. De aanbesteding voor 2022 en verder loopt (nog) en de gemeente moet in geval van een verlenging of een nieuwe overeenkomst de stijging van de looncomponent met 1,13% meenemen bij de bepaling van het tarief;
2. Er is sprake van een lopende overeenkomst waarin de tariefafspraken voor meerdere jaren zijn vastgelegd en er is een clause opgenomen volgens welke tussentijdse (tariefs-)wijzigingen kunnen plaatsvinden;
3. Er is sprake van een lopende overeenkomst waarin de tariefafspraken voor meerdere jaren zijn vastgelegd en er is geen clause opgenomen voor tussentijdse (tariefs-)wijzigingen.

Binnen de drie stadia zijn verschillende scenario's denkbaar. Hieronder worden de op dit moment meest voorkomende scenario's besproken.

In geval van een lopende overeenkomst (binnen de initiële duur) kan de gemeente de verhoging meenemen en in geval van een verlenging of nieuwe overeenkomst moet de gemeente de verhoging meenemen.

2.1 Stadium 1

De aanbesteding voor 2022 en verder loopt (nog) en de gemeente moet in geval van verlenging of een nieuwe overeenkomst de stijging van de looncomponent met 1,13% meenemen bij de bepaling van het tarief.

De gemeente kan de voorgestelde wijziging (mogelijk) nog meenemen in de aanbesteding. Daarbij moet de gemeente beoordelen in welk fase de aanbesteding zich bevindt:

- 1) De aanbestedingsstukken en het tarief zijn nog niet gepubliceerd.
- 2) De aanbestedingsstukken en het tarief zijn al gepubliceerd maar de overeenkomst is nog niet gesloten.

2.2 Stadium 2

Er is sprake van een lopende overeenkomst waarin de tariefafspraken voor meerdere jaren zijn vastgelegd en er is een clause opgenomen volgens welke tussentijdse (tariefs-)wijzigingen plaatsvinden.

In lopende overeenkomsten kan een indexeringsbepaling en/of wijzigingsbeding zijn opgenomen. Hierbij zijn twee situaties van elkaar te onderscheiden:

- 1) De indexeringsbepaling en/of het wijzigingsbeding laat geen ruimte om de verhoging van 1,13% direct door te voeren en de overeenkomst daarmee tussentijds te wijzigen. Dit kan het gevolg zijn van de grondslagen die de gemeente hanteert in de overeenkomst of het jaar waarover de gemeente de indexering berekent of het wijzigingsbeding is al dan niet

doorlopend dan wel gekoppeld aan een aantal specifiek momenten in een jaar waarin wijzigingen doorgevoerd kunnen worden.

- 2) De indexeringsbepaling en/of het wijzigingsbeding laat wel ruimte om de verhoging van 1,13% direct door te voeren. Dit kan het gevolg zijn van de grondslagen die de gemeente hanteert in de overeenkomst, het jaar waarover de gemeente de indexering berekent of het wijzigingsbeding is al dan niet doorlopend dan wel gekoppeld aan een aantal specifiek momenten in een jaar waarin wijzigingen doorgevoerd kunnen worden.

2.3 Stadium 3

Er is sprake van een lopende overeenkomst waarin de tariefafspraken voor meerdere jaren zijn vastgelegd en er is geen clause opgenomen voor tussentijdse (tariefs-)wijzigingen. De overeenkomst kent in dit geval op basis van de voorwaarden geen ruimte om wijzigingen dan wel indexering toe te passen en daarmee de overeenkomst tussentijds te wijzigen.

3 **Mogelijkheden**

Onderstaand worden de verschillende mogelijkheden bij de stadia uitgewerkt. Het juridisch kader bij de betreffende mogelijkheden is opgenomen in de bijlage bij deze handreiking. De geboden mogelijkheden en te nemen stappen komen in de stadia overeen maar zijn toch afzonderlijk opgenomen in deze paragraaf. Hier is voor gekozen omdat het achterliggende juridisch kader voor elk stadium verschilt.

3.1 Stadium 1

De gemeente moet een stijging van de looncomponent met 1,13% doorvoeren als het tarief in een lopende procedure nog niet is gepubliceerd of bekendgemaakt.

Als de tarieven wel al bekend zijn gemaakt en de overeenkomst nog niet in werking is getreden, dan kunnen gemeenten de tarieven met een nota van inlichting wijzigen.

Als sprake is van een overheidsopdracht (aanbesteding):

In dit stadium van contractering is in beginsel wijziging mogelijk als de wijziging geen verhoging tot gevolg heeft van de opdrachtwaarde van meer dan 10% en de verhoging de drempelwaarde van € 750.000,00 exclusief omzetbelasting niet overstijgt (wezenlijke wijziging). Als toch sprake is van een wezenlijke wijziging dan kan de gemeente binnen de kaders van de Aanbestedingswet toch een wijziging doorvoeren door gemotiveerd te publiceren op het gehanteerde elektronisch platform zoals bijvoorbeeld TenderNed. In deze publicatie kondigt zij aan waarom zij de opdracht wezenlijk wijzigt zonder deze opnieuw aan te besteden (wat wel zou moeten bij een wezenlijke wijziging)¹.

Een mogelijke motivering is te vinden in het betalen van een reële prijs, het maatschappelijk belang en de oproep van de VNG, het Ministerie van VWS en werkgevers in de zorg dat het noodzakelijk is dat aanbieders binnen de Jeugdwet en de Wmo 2015 de benodigde middelen ontvangen om de extra loonstijging voor de middengroep van het loongebouw mogelijk te maken.

Als sprake is van een overeenkomst op basis van een toelatingsprocedure ('open house'):

In dit stadium van contractering kunnen gemeenten overgaan tot verhoging van de looncomponent in de tarieven door de wijziging te motiveren in de communicatie richting zorgaanbieders, ook als dit strijd oplevert met de inhoud van de inkoopdocumenten. Het motiveren van dit besluit kan hetzelfde zijn als bij de hiervoor beschreven mogelijkheid als sprake is van een overheidsopdracht: het betalen van een reële prijs, het maatschappelijk belang en de oproep van de VNG, het Ministerie van VWS en werkgevers in de zorg dat het noodzakelijk is dat aanbieders binnen de

¹ Het risico bestaat dat bezwaar wordt gemaakt binnen 30 kalenderdagen.

Jeugdwet en de Wmo 2015 de benodigde middelen ontvangen om de extra loonstijging voor de middengroep van het loongebouw mogelijk te maken.

3.2 Stadium 2

Als de overeenkomst:

- een indexeringsbepaling bevat zonder vaste momenten van indexering waarbij het ova-indexcijfer onderdeel uitmaakt van de indexeringsgrondslagen; of
- een wijzigingsbeding zonder beperkingen bevat

dan kunnen gemeenten onverkort overgaan tot tussentijdse indexering van tarieven.

Als de overeenkomst:

- een indexeringsbepaling bevat met vaste momenten van indexering;
- een andere indexeringsgrondslag dan de ova-indexering; of
- een wijzigingsbeding dat partijen niet meteen kunnen invoeren

dan geldt het volgende voor de hiervoor beschreven twee situaties binnen stadium 2:

Als sprake is van een overheidsopdracht (aanbesteding):

In dit stadium van contractering is wijziging mogelijk als de wijziging geen verhoging tot gevolg heeft van de opdrachtwaarde van meer dan 10% en de verhoging de drempelwaarde van € 750.000,00 exclusief omzetbelasting niet overstijgt (wezenlijke wijziging). Als toch sprake is van een wezenlijke wijziging dan kan de gemeente besluiten om gemotiveerd te publiceren op het gehanteerde elektronisch platform zoals bijvoorbeeld TenderNed, waarom zij de opdracht wezenlijk wijzigt zonder deze opnieuw aan te besteden (wat wel zou moeten bij een wezenlijke wijziging).² Een mogelijke motivering is te vinden in het betalen van een reële prijs, het maatschappelijk belang en de oproep van de VNG, het Ministerie van VWS en werkgevers in de zorg dat het noodzakelijk is dat aanbieders binnen de Jeugdwet en de Wmo 2015 de benodigde middelen ontvangen om de extra loonstijging voor de middengroep van het loongebouw mogelijk te maken.

Als sprake is van een overeenkomst op basis van een toelatingsprocedure ('open house'):

In dit stadium van contractering kunnen gemeenten besluiten tot verhoging van de looncomponent in de tarieven door de wijziging te motiveren in de communicatie richting aanbieders, ook als dit strijd oplevert met de bepalingen in die overeenkomst. Het motiveren van dit besluit kan hetzelfde zijn als bij de hiervoor beschreven mogelijkheid als sprake is van een overheidsopdracht: het betalen van een reële prijs, het maatschappelijk belang en de oproep van de VNG, het Ministerie van VWS en werkgevers in de zorg dat het noodzakelijk is dat aanbieders binnen de Jeugdwet en de Wmo 2015 de benodigde middelen ontvangen om de extra loonstijging voor de middengroep van het loongebouw mogelijk te maken.

² Het risico bestaat dat bezwaar wordt gemaakt binnen 30 kalenderdagen.

3.3 Stadium 3

In dit geval is er geen indexeringsbepaling en/of wijzigingsbeding opgenomen in de met aanbieders gesloten overeenkomst. Om de verhoging toch toe te passen op de looncomponent geldt het volgende:

Als sprake is van een overheidsopdracht (aanbesteding):

In dit stadium van contractering is wijziging mogelijk als de wijziging geen verhoging tot gevolg heeft van de opdrachtwaarde van meer dan 10% en de verhoging de drempelwaarde van € 750.000,00 exclusief omzetbelasting niet overstijgt (wezenlijke wijziging). Als toch sprake is van een wezenlijke wijziging dan kan de gemeente besluiten om gemotiveerd te publiceren op het gehanteerde elektronisch platform zoals bijvoorbeeld TenderNed, waarom zij de opdracht wezenlijk wijzigt zonder deze opnieuw aan te besteden (wat wel zou moeten bij een wezenlijke wijziging).³ Een mogelijke motivering is te vinden in het betalen van een reële prijs, het maatschappelijk belang en de oproep van de VNG, het Ministerie van VWS en werkgevers in de zorg dat het noodzakelijk is dat aanbieders binnen de Jeugdwet en de Wmo 2015 de benodigde middelen ontvangen om de extra loonstijging voor de middengroep van het loongebouw mogelijk te maken.

Als sprake is van een overeenkomst op basis van een toelatingsprocedure ('open house'):

In dit stadium van contractering kunnen gemeenten besluiten tot verhoging van de looncomponent in de tarieven door de wijziging te motiveren in de communicatie richting aanbieders, ook als dit strijd oplevert met de bepalingen in die overeenkomst. Het motiveren van dit besluit kan hetzelfde zijn als bij de hiervoor beschreven mogelijkheid als sprake is van een overheidsopdracht: het betalen van een reële prijs, het maatschappelijk belang en de oproep van de VNG, het Ministerie van VWS en werkgevers in de zorg dat het noodzakelijk is dat aanbieders binnen de Jeugdwet en de Wmo 2015 de benodigde middelen ontvangen om de extra loonstijging voor de middengroep van het loongebouw mogelijk te maken.

3.4 Communicatie richting aanbieders

In deze handreiking is uitgewerkt dat indien een overheidsopdracht (aanbesteding) wezenlijk wijzigt de gemeente de wezenlijke wijziging kan publiceren op het gehanteerde elektronisch platform. Als de verhoging geen wezenlijke wijziging van de overheidsopdracht tot gevolg heeft of als sprake is van een overeenkomst die tot stand gekomen is via een toelatingsprocedure (open house), geldt dat kan worden volstaan met een brief richting de gecontracteerde partijen waarin de verhoging c.q. indexering wordt medegedeeld.

³ Het risico bestaat dat bezwaar wordt gemaakt binnen 30 kalenderdagen.

Een mogelijke motivering voor de verhoging als beschreven in paragraaf 3.1 t/m 3.3 is hierna uitgewerkt in voorbeeldteksten. De door de gemeente te hanteren tekst is echter wel afhankelijk van de inhoud van de overeenkomst van de gemeente.

Als sprake is van een brief aan gecontracteerde partijen zoals opgenomen in de mogelijkheden dan kan de onderstaande tekst worden gebruikt:

*Uw organisatie heeft een overeenkomst met *** voor de levering van ***.
Gelet op de oproep van de VNG, werkgevers in de zorg en welzijnssector en het Ministerie van VWS van 9 november jl. zullen wij per 1 januari 2022 de loongebonden component binnen het tarief met 1,13% verhogen. Dit brengt een verhoging van het tarief van *** met zich mee. Uitgangspunt hierbij is dat wij als gemeente een reële prijs betalen. Wij dragen er als gemeente vanuit het maatschappelijk belang zorg voor dat aanbieders binnen de Jeugdwet en de Wmo 2015 de benodigde middelen ontvangen om de extra loonstijging voor de middengroep van het loongebouw mogelijk te maken.*

Als sprake is van een publicatie (op het gehanteerde elektronisch platform) zoals opgenomen in de mogelijkheden dan kan de onderstaande tekst worden gebruikt:

*Gelet op de oproep van de VNG, werkgevers in de zorg en welzijnssector en het Ministerie van VWS van 9 november jl. zullen wij per 1 januari 2022 de loongebonden component binnen het tarief met 1,13% verhogen. Dit brengt een verhoging van het tarief van *** met zich mee. Voornoemde verhoging leidt tot een wezenlijke wijziging van de opdracht. Desalniettemin gaat de gemeente toch over tot wijziging van de opdracht. Uitgangspunt hierbij is dat wij als gemeente een reële prijs betalen. Wij dragen er als gemeente vanuit het maatschappelijk belang zorg voor dat aanbieders binnen de Jeugdwet en de Wmo 2015 de benodigde middelen ontvangen om de extra loonstijging voor de middengroep van het loongebouw mogelijk te maken.*

Wellicht ten overvloede; in de voorbeeldpassages is de zinsnede "dit brengt een verhoging van het tarief van *** met zich mee" opgenomen. Let op: Alleen de loongebonden component wordt verhoogd met 1,13%, dit betekent dus niet dat de totale verhoging altijd leidt tot een verhoging van 1,13% aangezien de indexering over het algemeen uit meerdere componenten bestaat.

4 Bijlage: Juridisch kader

Het juridisch kader dat hoort bij de stadia en mogelijkheden zoals hiervoor beschreven, luidt als volgt:

4.1 Nog niet gesloten overeenkomsten

Als de aanbestedingsprocedure of de toelatingsprocedure ('open house') nog niet is afgerond dan kunnen gemeenten de tarieven nog wijzigen.

Als de aanbestedingsstukken en het tarief nog niet zijn gepubliceerd dan moet de gemeente als de stijging van de looncomponent met 1,13% nog niet is meegenomen in de bepaling van het tarief besluiten om de verhoging alsnog toe te passen.⁴ Dit betekent dat de gemeente de reeds gebruikte ova-indexering of looncomponent in de bepaling van het tarief moet aanpassen voordat zij tot publicatie overgaat.

Als de aanbestedingsstukken en het tarief al zijn gepubliceerd, maar de overeenkomst is nog niet gesloten, dan kan de gemeente deze wijziging in (of na) de nota van inlichtingen aankondigen, mits er geen sprake is van een wezenlijke wijziging. In dat geval is het juridisch kader zoals onder 4.2 beschreven van toepassing.

Als geen sprake is van een wezenlijke wijziging, dan kan de gemeente een wijziging vóór de inschrijving door aanbieders aankondigen.

4.2 Geen indexering of tussentijdse wijziging mogelijk in de overeenkomst

In beginsel is tussentijdse wijziging van de overeenkomst niet mogelijk omdat een indexeringsbepaling en/of een wijzigingsbeding niet in de overeenkomst is opgenomen. Of en hoe tussentijds wijzigen toch mogelijk is, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of sprake is van een overheidsopdracht waar de Aanbestedingswet 2012 (Aw) op van toepassing is of van een toelatingsprocedure ('open house').

4.2.1 Overheidsopdracht Aanbestedingswet 2012:

Voor overeenkomsten die tot stand zijn gekomen via een aanbestedingsprocedure geldt het juridisch kader uit de Aw. De meeste overeenkomsten in het sociaal domein zijn aanbesteed via de SAS procedure in de Aw.⁵ Als de bestaande overeenkomst is aanbesteed dan stelt de Aw dat het zogenaamd 'wezenlijk' wijzigen van de overheidsopdracht niet mogelijk is zonder nieuwe aanbesteding. Als de overeenkomst wezenlijk wijzigt, is het risico gelegen in de mogelijkheid voor belanghebbenden om binnen zes kalendermaanden, gerekend vanaf de datum na het sluiten van de overeenkomst, een vordering tot vernietiging van de overeenkomst in te stellen bij de

⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437.

⁵ Artikel 2.38 en 2.39 Aanbestedingswet 2012.

rechtbank. In hoofdstuk 2.5 Aw zijn verschillende uitzonderingen beschreven waarin geen sprake is van een wezenlijke wijziging. De van toepassing zijnde uitzonderingen bij verhoging van de tarieven zijn:

Uitzondering 1

Een wijziging is in ieder geval niet wezenlijk als het met de waarde van de wijziging gepaard gaande bedrag lager is dan 10% van de totale opdrachtwaarde én lager dan de van toepassing zijnde drempelwaarde (EUR 750.000 excl. BTW).⁶ Of de verhoging van de tarieven leidt tot een wijziging van meer dan 10% moet de gemeente dus over de gehele waarde van de overheidsopdracht berekenen.

Uitzondering 2

Als de verhoging tot een verhoging van € 750.000 leidt, is uitzondering 1 in ieder geval niet van toepassing. De tweede uitzondering op de regel is de herzieningsclausule. Een wijziging is namelijk ook niet wezenlijk als deze is ondergebracht in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules. Een herzieningsclausule in de overeenkomst bepaalt dat de omvang van de overheidsopdracht gedurende de looptijd van de overeenkomst kan groeien of krimpen binnen een bepaalde bandbreedte. Dit betekent dat in de verhoging van de opdrachtwaarde, buiten de in de Aw genoemde 10% om, in de overeenkomst zelf is voorzien waardoor de opdracht niet wezenlijk wijzigt.⁷

Uitzondering 3

Als toch sprake is van een wezenlijke wijziging dient de gemeente de opdracht op grond van de Aw opnieuw aan te besteden. Dit betekent niet dat gemeente juridisch gezien geen middel meer heeft om de verhoging van de tarieven toch door te voeren. In dit geval erkent de gemeente dat de opdracht wezenlijk is gewijzigd, maar motiveert zij waarom zij de opdracht niet opnieuw aanbesteedt. De Aw biedt de mogelijkheid de aankondiging van een gegunde overheidsopdracht – in dit geval dus een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht - te publiceren, maar daarbij de rechtvaardiging voor het uitblijven van een Europese aanbestedingsprocedure te motiveren. Belanghebbenden krijgen vervolgens 30 kalenderdagen de tijd, gerekend vanaf de dag na publicatie, om bezwaar te maken. Als een belanghebbende bezwaar maakt, zal de gemeente echter alsnog moeten aanbesteden.⁸ Als belanghebbenden geen bezwaar maken, is de overeenkomst aanbestedingsrechtelijk gezien onaantastbaar.

De gemeente kan de motivering van de wijziging net als bij de toelatingsprocedure ('open house') zoeken in de redelijkheid en billijkheid en het maatschappelijk belang. Immers heeft de verhoging wijziging ten gunste van de zorgaanbieder tot gevolg. Ook hier geldt dat gemeenten de verhoging moeten motiveren. Een mogelijke motivering is te vinden in redelijkheid en billijkheid, het

⁶ Artikel 2.163b Aanbestedingswet 2012.

⁷ Artikel 2.163c Aanbestedingswet 2012.

⁸ Artikel 4:15 Aanbestedingswet 2012.

maatschappelijk belang, het betalen van een reële prijs en de oproep van de VNG, het Ministerie van VWS en werkgevers in de zorg dat het noodzakelijk is dat aanbieders binnen de Jeugdwet en de Wmo 2015 de benodigde middelen ontvangen om de extra loonstijging voor de middengroep van het loongebouw mogelijk te maken.

4.2.2 *Toelatingsprocedure ('open house')*:

Overeenkomsten die tot stand gekomen zijn via een toelatingsprocedure ('open house') vinden hun begrenzing in de beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent dat gemeenten ondanks dat de overeenkomst tussentijdse wijziging niet mogelijk maakt, mogelijk toch de verhoging kunnen toepassen.

Artikel 3:14 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een privaatrechtelijke rechtshandeling van de overheid niet mag worden uitgevoerd in strijd met geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht. Dit zijn voor wat betreft privaatrechtelijk overheidshandelen in deze context de beginselen van behoorlijk bestuur. Ook de privaatrechtelijke maatstaven van redelijkheid en billijkheid spelen een rol in de motivering.⁹ Het zorgvuldigheidsbeginsel bepaalt dat de bij de overeenkomst betrokken belangen en de relevante feiten door gemeenten moeten worden afgewogen.¹⁰ Het evenredigheidsbeginsel bepaalt dat het besluit van de overheid in verhouding moet staan tot het doel ervan.¹¹ Het niet meenemen van de verhoging in de geldende tarieven kan onevenredige gevolgen hebben voor de bij de overeenkomst betrokken belanghebbenden. Vanuit het maatschappelijk belang en daarnaast het belang om redelijke tarieven te betalen in het sociaal domein roepen de VNG, werkgevers in de zorg en welzijnssector en het Ministerie van VWS op om de verhoging toe te passen op de geldende tarieven.

Gemeenten zullen het besluit tot verhoging wel moeten motiveren op grond van het motiveringsbeginsel als bedoeld in de Awb.¹² De gemeente kan de motivering mogelijk vinden in het uitgangspunt dat het noodzakelijk is dat aanbieders binnen de Jeugdwet en de Wmo 2015 de benodigde middelen ontvangen om de extra loonstijging voor de middengroep in het loongebouw mogelijk te maken.

4.3 Indexeringsbepalingen en wijzigingsbedingen

In de bestaande overeenkomst kan een indexeringsbepaling en/of een wijzigingsbeding zijn opgenomen die tussentijdse wijziging van de overeenkomst mogelijk maakt.

4.3.1 *Indexeringsbepaling*

Indien de bestaande overeenkomst een indexeringsbepaling bevat, kan het voorkomen dat de gemeente indexering niet kan toepassen omdat:

⁹ Artikel 3:12 jo. 6:2 Burgerlijk Wetboek.

¹⁰ Artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht.

¹¹ Artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht

¹² Artikel 3:47 Algemene wet bestuursrecht.

- indexering op basis van de indexcijfers plaatsvindt die gelden in het voorafgaande kalenderjaar, en/of;
- de ova-indexering niet is opgenomen als indexeringsgrondslag van de bepaling.

In beide gevallen biedt de indexeringsbepaling geen directe mogelijkheid tot indexering maar kan de gemeente mogelijk indexeren via het in de overeenkomst opgenomen wijzigingsbeding.

NB: indien de overeenkomst een indexeringsbepaling bevat zonder beperkende indexeringsperiode waarbij het ova-indexcijfer onderdeel uitmaakt van de indexeringsgrondslagen, kunnen gemeenten onverkort overgaan tot tussentijdse indexering van tarieven.

4.3.2 Wijzigingsbeding

In de overeenkomst kan sprake zijn van een wijzigingsbeding die al dan niet doorlopend dan wel gekoppeld aan een aantal specifieke momenten in een jaar wijzigingen aan tariefstelling en voorwaarden mogelijk maakt. Als de gemeente voornoemde periode niet wil afwachten heeft zij twee opties:

1. De wijziging volgens de voorwaarden in het wijzigingsbeding toepassen en eventueel met terugwerkende kracht verhoging van de tarieven bewerkstelligen. Een en ander heeft voor wat betreft deze optie dan wel een nabetaling aan de aanbieder tot gevolg en daarnaast heeft de aanbieder een periode te overbruggen waarin zij de middelen ten behoeve van de extra loonstijging voor het personeel in het loongebouw nog niet ontvangt.
2. Om toch buiten het wijzigingsbeding verhoging van de tarieven mogelijk te maken, kunnen partijen (dus gemeente en aanbieders) de indexeringsbepaling en/of het wijzigingsbeding op grond van maatstaven van redelijk en billijkheid in dit specifieke geval buiten toepassing laten.¹³ Ook op deze situatie is na het buiten toepassing laten van de indexeringsbepaling en/of het wijzigingsbeding het juridisch kader zoals hiervoor onder 4.2 beschreven van toepassing.

Indien het op uw regio of gemeente van toepassing zijnde scenario niet wordt benoemd of indien u na het lezen van deze handreiking nog vragen heeft kunt u voor nader advies contact opnemen met de adviseurs en advocaten van Victor Advocaten via

¹³ Artikel 6:248 Burgerlijk Wetboek.