

Sinds de introductie van nieuwe regels voor het aanbesteden van zorgtaken is de discussie over de wenselijkheid van aanbesteden weer opgelaid. Net als de verwarring: moet er altijd worden aanbesteed en welke ruimte hebben gemeenten binnen een aanbesteding? Een overzicht met verhelderende antwoorden.

DOOR Niels Uenk

## Aanbesteden verplicht?

# Zorg aanbesteden? Er is ruimte binnen en buiten aanbesteding!

Eerder dit jaar sloeg de Rotterdamse wethouder Hugo de Jonge (de huidige minister van VWS) alarm vanwege de 'plicht lokale inkoop van kleinschalige zorg, kinderbeschermingsmaatregelen en wijkteams Europees aan te besteden'.<sup>1</sup> Recent zocht ook de Enschedese wethouder Eelco Eerenberg de publiciteit met hetzelfde pleidooi.<sup>2</sup> De wethouders hekelen de mogelijke gevolgen van een aanbesteding: het verbreken van een langdurige behandelrelatie tussen cliënt en hulpverlener als de huidige partij de aanbesteding niet wint.

De Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 en de Jeugdwet beschrijven de plichten en verantwoordelijkheden van gemeenten voor ondersteuning en zorg voor kwetsbare ouderen en jeugdigen. Beide wetten bevatten voorwaarden voor het contracteren van zorgaanbieders. Gemeenten mogen bijvoorbeeld contracten niet alleen op laagste prijs gunnen maar moeten ook kwaliteit meewegen. Belangrijk is echter dat deze voorwaarden alleen gelden als een gemeente de zorg aanbesteedt. Aanbesteden is echter niet de enige mogelijkheid om voorzieningen en diensten te organiseren. Dit werd recent weer bevestigd in diverse handreikingen die op verzoek van de Tweede Kamer

verschenen.<sup>3</sup> De gemeente heeft de keuze uit vier 'instrumenten':

- Taken in eigen beheer uitvoeren
- Een partij subsidiëren
- Een overheidsopdracht aanbesteden
- Een Open House-model toepassen

Elk instrument heeft zijn eigen voordelen en regels.

### Eigen beheer

Nergens in de zorgwetten staat dat gemeenten zorgtaken moeten uitbesteden: gemeenten mogen hulpverlening ook vanuit de eigen ambtelijke organisatie organiseren. Bij een zuivere inbesteding van taken heeft of neemt de gemeente mensen in dienst om deze taken uit te voeren, met maximale controle over de uitvoering. Veel gemeenten hebben bijvoorbeeld de medewerkers van sociale teams in dienst die over de toegang tot zorg oordelen. Zo scheiden ze de toegang tot zorg van de uitvoering om belangenverstremming te voorkomen.

Een variant op het zuiver inbesteden is de zogenaamde quasi-inbesteding, ook veelvoorkomend bij de sociale teams. Hierbij worden de taken overgedragen aan een aparte rechtspersoon – bijvoorbeeld een stichting – waarop de gemeente zoveel controle uitoefent dat deze binnen haar gezagsstructuur valt.

Er zijn strikte eisen om van inbesteding te kunnen spreken.<sup>4</sup> Bij uitvoering in eigen beheer en de quasi-inbesteding is er geen sprake van een overheidsopdracht en dus geen plicht om aan te besteden. Het is echter zeer de vraag voor welke ondersteuningstaken inbesteding zich leent, of inbesteding past binnen de tendens van een kleinere overheid, of gemeenten deze taken efficiënter kunnen organiseren dan de markt, en of er geen sprake is van oneerlijke concurrentie mét de markt. Voor uitvoering van maatwerkvoorzieningen zijn nog geen voorbeelden van uitvoering in eigen beheer bekend, hoewel de gemeente Zutphen al geruime tijd onderzoekt of huishoudelijke hulp in eigen beheer kan worden uitgevoerd: dit moet leiden tot 'rust en zekerheid in een onstabiele markt'.<sup>5</sup>

### Subsidie

Er is sprake van een subsidie wanneer een bestuursorgaan een aanspraak op financiële middelen verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten. Er mag dan geen sprake zijn van betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten: want dan betreft het een overheidsopdracht. Van belang is dat het niet uitmaakt of de gemeente zelf spreekt van een subsidie – een

rechter zal toetsen aan de hand van de volgende criteria. Elk criterium waar 'ja' op wordt geantwoord wijst in de richting van een overheidsopdracht:

1. Is er sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel; kan de gemeente een prestatie in rechte afdwingen?
2. Is er sprake van een betaling voor een prestatie die een economisch belang inhoudt voor de gemeente?
3. Hoe verhoudt de hoogte van de vergoeding zich tot de kosten van de activiteit: is er sprake van volledige dekking van kosten en eventuele winstmarge?
4. Kwam het initiatief vanuit de gemeente?
5. Stelt de gemeente vergaand inhoudelijke eisen aan de uitvoering?

Als er naast het bestuursorgaan ook derden gebaat zijn bij de activiteiten, dan wijst dit richting subsidie. Alle genoemde aspecten zullen gezamenlijk worden afgewogen.

Een subsidie is ook mogelijk om activiteiten en voorzieningen in het sociaal domein te financieren, maar wel binnen bepaalde grenzen. Met name de afdwingbaarheid van diensten en de noodzaak om voorwaarden en eisen te stellen beperken de toepasbaarheid voor het inkopen van bijvoorbeeld maatwerkvoorzieningen. Een uitzondering geldt voor diensten waarbij wet- en regelgeving voldoende waarborg bieden voor de afdwingbaarheid en kwaliteit van voorzieningen. Dit betekent dat bijvoorbeeld Gecertificeerde Instellingen wel via een subsidie gefinancierd kunnen worden voor uitvoering van jeugdbeschermings- en jeugdreclasseringsmaatregelen – mits gemeenten geen uitvoeringsovereenkomst sluiten met nadere voorwaarden en eisen.

### Aanbesteden

Bij een overheidsopdracht is sprake van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel. Dit betekent kort gezegd dat de aanbestedende dienst een vergoeding betaalt voor een dienst en daarmee uitvoering van de dienst kan afdwingen. De opdrachtnemer levert de dienst en heeft dan het recht op de afgesproken vergoeding. Daar waar een subsidie niet het geschikte instrument is voor financiering van voorzieningen waarbij de afdwingbaarheid en het stellen van voorwaarden noodzakelijk is,



Foto:la

Het Zeeuws model en Dialooggericht aanbesteden zijn de twee populairste aanbestedingsprocedures voor maatwerkvoorzieningen zoals washulp.

is de overheidsopdracht dus één van de voor de hand liggende instrumenten. Voor overheidsopdrachten geldt de Aanbestedingswet 2012 (per april 2016 gewijzigd) met betrekking tot Sociale (en andere specifieke) diensten. Voorheen was de gemeente enkel gehouden aan de voorschriften met betrekking tot technische specificaties en aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht: gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie. Verder moest alleen de gunningsbeslissing worden gepubliceerd. Met de wijzigingen van 2016 zijn twee belangrijke zaken aangepast:

1. Opdrachten met een geraamde waarde boven de € 750.000 moeten vooraf worden gepubliceerd zodat ondernemers er kennis van kunnen nemen;
2. De aanbestedende dienst moet een procedure hanteren conform de beginselen van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers, transparantie en proportionaliteit (Artikel 18 van de EU Richtlijn 2014-24-EU).

De nieuwe verplichtingen maken de toepassing van een (enkelvoudig of meervoudig) onderhandse procedure voor opdrachten boven de drempel onmogelijk. Een gemeente mag niet langer kiezen welke partijen hij uitnodigt om een offerte in te dienen. Ook mag de gemeente na afronding van de aanbesteding de opdracht niet meer wezenlijk wijzigen of bijvoorbeeld zo maar nieuwe zorgaanbieders toelaten tot het contract. Voorheen hadden gemeenten hier grotere vrijheid.

### Vier archetypes

Nog steeds is er echter een grote verscheidenheid aan manieren om de 'sociale diensten procedure' in te vullen. Uit eigen onderzoek naar 150 Wmo-aanbestedingen die tussen 2015 en 2017 zijn doorlopen onderscheid ik in de volgende 'archetype' inkoopprocedures:

1. Een procedure conform het 'Zeeuws model'
2. Dialooggericht aanbesteden (Bestuurlijk aanbesteden)
3. Een 'klassieke' openbare aanbesteding
4. Prestatie-inkoop / innovatiepartnerschap

In het Zeeuwse model beschrijft de gemeente standaard eisen, voorwaarden en vaste tarieven voor bijvoorbeeld maatwerkvoorzieningen. De gemeente sluit een overeenkomst met iedere geïnteresseerde zorgaanbieder die aan deze eisen en voorwaarden kan voldoen. De overeenkomst garandeert geen omzet: er is sprake van cliëntvolgende bekostiging en cliënten kiezen zelf hun zorgaanbieder.

Dialooggericht aanbesteden is ook bekend als Bestuurlijk Aanbesteden, en tussen 2015 en 2017 door meer dan de helft van de gemeenten gehanteerd voor de inkoop van Wmo-maatwerkvoorzieningen. Dialooggericht aanbesteden leidt eveneens tot een systeem van cliëntvolgende bekostiging. Nu is het echter niet de gemeente die de eisen en voorwaarden zelf opstelt, maar doet de gemeente dit in plenaire sessies met zorgaanbieders samen. Ook tijdens de uitvoering blijft er ruimte voor dialoog, mogelijkheden voor tussentijdse toe- en uittreding

	Beperking van aantal contractpartijen	Binnen standaard eisen en voorwaarden geen beperking van het aantal contractpartijen
Geen afdwingbaarheid en/of uitvoeringseisen nodig	Subsidie Overheidsopdracht	(Subsidie)* Overheidsopdracht Open House
Afdwingbaarheid en/of uitvoeringseisen nodig	Overheidsopdracht	Overheidsopdracht Open House

\* In het kwadrant rechtsboven is subsidie theoretisch wel mogelijk, maar het is ongebruikelijk en onpraktisch om een onbeperkt aantal partijen te subsidiëren. **Figuur 1.** Mogelijke combinaties van de factoren afdwingbaarheid en het aantal te contracteren partijen.

van zorgaanbieders én wijziging van de overeenkomst wordt contractueel vastgelegd. Dergelijke wijzigingen zijn onder de nieuwe aanbestedingsregels niet onbeperkt mogelijk: ze leiden tot verplichte nieuwe publicatie van de opdracht. Het systeem vertoont grote overeenstemming met het vierde instrument – het Open House model – wat deze beperkingen niet heeft. Merk op dat de twee populairste aanbestedingsprocedures (Zeeuws model en Dialooggericht aanbesteden) niet leiden tot een beperking van het aantal gecontracteerde zorgaanbieders en dus ook niet tot een verhoogd risico op het verbreken van behandelrelaties, terwijl dit juist de kritiek is op de aanbestedingsplicht!

In een klassieke Europese openbare procedure publiceert de gemeente een programma van eisen en gunningssystematiek en roept zorgaanbieders op tot het indienen van offertes. Dit is een procedure waarbij de gemeente één of een beperkt aantal contracten gunt, namelijk aan de partijen die de beste kwaliteit en prijs bieden. Hoewel deze procedure typisch geassocieerd wordt met ‘Europees Aanbesteden’, wordt hij maar beperkt gehanteerd voor sociale voorzieningen. Best Value Procurement of ‘prestatie-inkoop’ is een werkwijze waarmee doorgaans slechts één aanbieder wordt gecontracteerd. De gemeente beschrijft haar wensen en doelstellingen en de opdracht wordt op hoofdlijnen functioneel gespecificeerd. Dit houdt in dat de gemeente het gewenste resultaat beschrijft. Het is aan de inschrijvers om te beschrijven hoe ze de opdracht zullen uitvoeren. De gemeente selecteert dan de ‘beste zorgaanbieder’ en gaat daarmee samen in een concretiseringsfa-

se de opdracht en het contract concreet uitwerken.

### Open House

De hiervoor beschreven aanbestedingsprocedures zijn allen onderhevig aan de Aanbestedingswet. Toch is er nog een mogelijkheid om afdwingbare contracten te sluiten zonder dat de aanbestedingswet van toepassing is. Namelijk door het inrichten van een Open House model. Dit is een ‘systeem van afspraken’ waarmee de gemeente voornemens is om diensten af te nemen. Tijdens de looptijd van het systeem sluit de gemeente met iedere aanbieder die kwalificeert en zich aan de voorwaarden committeert een overeenkomst. Deze overeenkomst biedt geen omzetgarantie: uiteindelijk kiest de cliënt zelf de zorgaanbieder.<sup>6</sup> De gemeente is overigens nog steeds verplicht om ondernemers op gelijke, non-discriminerende wijze te behandelen en het Open House systeem te publiceren. Echter, daar waar bij een overheidsopdracht duidelijke grenzen gelden aan bijvoorbeeld tussentijdse toetreding en wijzigingen in de opdracht, is het toestaan van tussentijdse toetreding door nieuwe zorgaanbieders hier juist verplicht en gelden er geen beperkingen op het vlak van de wijziging van de opdracht.

### Meest geschikt?

Kortom, er zijn verschillende instrumenten om taken in de Wmo en jeugdhulp uit te besteden. Welk instrument het meest geschikt is, hangt af van:

- De aard van de diensten die men inkoop: is afdwingbaarheid en het stellen van (vergaande) uitvoeringseisen door de gemeente in de overeenkomst noodzakelijk?

- Het aantal te contracteren partijen: mag iedere kwalificerende zorgaanbieder zorg leveren tegen standaardvoorwaarden, of wil de gemeente het aantal contractpartijen beperken en/of sturen in de keuze van cliënten? Dit is de ‘sturingsvisie’ van de gemeente. Deze twee factoren bij elkaar geven in figuur 1 het overzicht van mogelijkheden per combinatie.

### Conclusie

Diensten in het sociaal domein hoeven niet per definitie te worden aanbesteed. Maar zelfs als de gemeente aanbesteedt, dan zijn er voldoende mogelijkheden om bijvoorbeeld de huidige behandelrelaties in tact te houden en kwaliteit van zorg te borgen. De gemeente heeft grote vrijheid om de procedure vorm te geven. Een professioneel opdrachtgever maakt van deze ruimte gebruik om met de juiste processtappen tot de juiste overeenkomsten te komen. ■

**Niels Uenk** is Researcher at Public Procurement Research Centre.

### Noten

- 1 NRC, 3 mei 2017, Rotterdam slaat alarm om aanbesteding van zorg
- 2 Tubantia, 2 oktober 2017, Enschedese wethouder wil af van marktwerking in jeugdbescherming
- 3 Zie de bijlagen bij de brief van de regering van Staatssecretaris Martin van Rijn van VWS, 12 oktober 2017, nummer 31839-605. [https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven\\_regering/detail?id=2017Z13694&-did=2017D28926](https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2017Z13694&-did=2017D28926)
- 4 Deze rechtspersoon moet naast het ‘toezichtscriterium’ meer dan 80% van de activiteiten voor de gemeente uitvoeren en participatie van privé-kapitaal in de stichting is niet toegestaan
- 5 <http://www.zutphen24.nl/nieuws/gezond/Huishoudelijke-hulp-via-een-stichting;-Zutphen-wil-hulp-in-eigen-handen-nemen/2498>
- 6 Het Open House model verwierf grote aandacht door de uitspraak van het Europese Hof van Justitie: het Falk-arrest. Het Hof oordeelde dat er geen sprake is van een overheidsopdracht omdat ‘geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund’. Kortom, als de gemeente dus enkel de objectieve voorwaarden voor levering van de dienstverlening vaststelt, maar niet zelf een keuze maakt in de toewijzing van cliënten aan zorgaanbieders, is er geen sprake van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.