

35 105

Voorstel van wet van de leden Ellemeet en Van der Staaij tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met het schrappen van de verplichte aanbesteding binnen het sociaal domein

Nr. 2

VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is de Aanbestedingswet 2012 te wijzigen in verband met het schrappen van de verplichte aanbesteding binnen het sociaal domein, zodat gemeenten zelf kunnen beslissen over de inkoop van zorg ;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State [bij rijkswetsvoorstel toevoegen: van het Koninkrijk]gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

In de Aanbestedingswet 2012 wordt na artikel 2.6a een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 2.6b

In afwijking van de artikelen 2.2, 2.3 en 2.6a is het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet niet van toepassing op voor sociale en andere specifieke diensten, bedoeld in bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU, indien het de uitoefening van hun taken op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015, de Jeugdwet of de Participatiewet betreft.

ARTIKEL II

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister van Economische Zaken en Klimaat,

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,

Inhoudsopgave:**I. ALGEMEEN**

- a. Inleiding
- b. Probleemanalyse
- c. Voorgestelde wetswijziging
- d. Europese regelgeving
- e. Financiële gevolgen
- f. Consultatie
- g. Uitvoering en handhaving

II. ARTIKELSGEWIJS

Artikel I (invoegen artikel 2.6a)

I. ALGEMEEN**a. Inleiding**

Sinds 2015 zijn gemeenten zelf verantwoordelijk voor uitvoering van de Jeugdwet, de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (hierna: Wmo 2015) en de Participatiewet, tezamen ook wel het “sociaal domein” genoemd. Onder het adagium van “zorg dichtbij” zijn gemeenten daarbij verantwoordelijk voor de inkoop van diensten en zorg die onder deze wetten vallen, zodat hun inwoners voldoende ondersteund en begeleid worden.

Het is voor gemeenten van belang flexibel te kunnen zijn op welke met betrekking tot de wijze waarop zij hun zorg en diensten inkopen. Daarbij kunnen zij kiezen tussen een subsidierelatie, een ‘open house’-constructie, gemeentelijk inbesteden, of aanbesteding. Verreweg de meeste gemeenten kiezen voor een aanbestedingsprocedure¹, omdat de keuze van en sturing op aanbieders en opdrachten met deze optie het grootst is. Hier is geen sprake van bij Deze keuze tussen verschillende aanbieders is niet aanwezig in een zogenaamde open house- constructie. Hierdoor komt deze constructie af en toe voor, terwijl de subsidierelatie en gemeentelijke inbesteding nog minder frequent plaatsvinden dan een open house constructie.²

¹ Kamerstukken II 2017/18, 34477, nr. 38.

² Monitor Gemeentelijke zorginkoop 2018 (bijlage bij: kamerstukken II 2017/18, 34477, nr. 38).

De voorwaarden betreffende de inkoop van lokale zorg in het sociaal domein zijn de laatste jaren veranderd. Gemeenten konden voor de implementatie van richtlijn 2014/24/EU³ (hierna: Aanbestedingsrichtlijn) in de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aanbestedingswet) langdurige en flexibele contracten sluiten met zorgaanbieders, die gedurende de looptijd van een opdracht heronderhandeld of gewijzigd konden worden. Op deze manier kon tot een consensusmodel worden gekomen. Ook konden nieuwe aanbieders toetreden of bestaande aanbieders uittreden. Dit was mogelijk omdat de inkoop van diensten en zorg een uitzonderingspositie hadden in de toen geldende richtlijn 2004/18/EG⁴. Deze uitzonderingspositie eindigde echter bij de bovengenoemde wijziging van de Aanbestedingswet. Gemeenten zijn nu verplicht om de inkoop van diensten en zorg boven het drempelbedrag van € 750.000 aan te besteden. Zij zijn daarbij ook gehouden aan de bijbehorende Europese procedures⁵. De initiatiefnemers betogen dat dit door zowel gemeenten als aanbieders dikwijls als zeer onwenselijk wordt ervaren. De initiatiefnemers stellen aldus een wetswijziging voor waardoor gemeenten niet meer verplicht zijn aan te besteden in het sociaal domein.

Sinds de implementatie van de Europese Richtlijn 2014/24 in de Aanbestedingswet per 1 juli 2016 moeten gemeenten rekening houden met gewijzigde Europese regelgeving rondom de inkoop van lokale zorg. Die Europese richtlijn werd in 2014 vastgesteld door het Europees Parlement en de Raad van Ministers. Daarna is deze door Nederland geïmplementeerd in de Aanbestedingswet. Daarbij is de 2B-uitzonderingsgrond, waaronder diensten van het sociaal domein vielen, vervallen. Door die uitzonderingsgrond waren aanbestedingen boven een bedrag van € 750.000 in de lokale zorg niet verplicht vóór de inwerkingtreding van de nieuwe richtlijn, die met terugwerkende kracht vanaf april 2016 inging. De indieners verwijzen naar paragraaf c (Voorgestelde wetswijziging) en d (Europese regelgeving) voor nadere uitleg over deze beoogde wetswijziging.

Slechts na implementatie van de Europese Richtlijn 2014/24 zijn directe effecten zichtbaar geworden. Het pijnpunt is volgens de initiatiefnemers dat gemeenten verplicht moeten aanbesteden boven een drempelbedrag van € 750.000, met bijbehorende Europese procedures. De initiatiefnemers betogen dat deze effecten door zowel gemeenten als aanbieders dikwijls als zeer onwenselijk worden ervaren. De initiatiefnemers stellen aldus een wetswijziging voor waardoor gemeenten niet meer verplicht zijn aan te besteden in het sociaal domein.

b. Probleemanalyse

³ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2014, L 94).

⁴ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEU 2004, L 134/114)

⁵ Volgens wethouder Adriaan Visser van de Gemeente Rotterdam komen heel veel opdrachten boven het drempelbedrag van € 750.000 uit. Gemeenten zijn dus *de facto* gebonden aan een verplicht aanbestedingstraject.

De initiatiefnemers constateren dat de gezondheidszorg in Nederland onderhevig is aan een sluipend proces van privatisering. Niet alleen door binnenlandse beslissingen - zoals het invoeren van een stelsel van gereguleerde marktwerking sinds 2006 - maar ook door de convergentie van steeds verdergaande Europese regelgeving. Deze ontwikkelingen zorgen ervoor dat de Nederlandse overheid steeds minder grip heeft op het organiseren van goede zorg.

Dit heeft gevolgen voor gemeenten, zorgaanbieders, maar ook voor mensen die van de zorg en de ondersteuning gebruik moeten maken. Voor laatstgenoemden komt met name de keuzevrijheid in het gedrang om te kiezen voor zorg die bij hun wensen en voorkeuren past. Indieners vinden het juist belangrijk dat mensen kunnen kiezen voor zorg die bij hen past en daarover regie kunnen voeren. Niet voor niets is er tijdens de behandeling van de wetten omtrent het sociale domein voor gezorgd dat gemeenten zorg en ondersteuning zoveel mogelijk moeten afstemmen op zorginhoudelijke wensen, maar ook de godsdienstige gezindheid, de levensovertuiging en de culturele achtergrond van de cliënt. Tenslotte duwen dwingende Europese regels de gezondheidszorg in Nederland nog meer richting marktwerking, concurrentie en soms verschraving van de zorg. Initiatiefnemers zijn van mening dat Nederland het primaat op de zorg terug moet krijgen. Dan kunnen gemeenten kwaliteit en continuïteit van zorg weer voorop stellen.

De primaire taak van de Aanbestedingswet is het beschermen van bedrijven, opdat ze in een gelijk speelveld kunnen meedingen naar een overheidsopdracht. Initiatiefnemers zijn van mening dat het verkeerd is dat de Aanbestedingswet met huidige voorwaarden van toepassing is op de inkoop van lokale zorg. Hierdoor wordt niet de kwaliteit van de zorg voorop gesteld, maar louter een gelijk mededingingsproces. Gemeenten worden in een strak bureaucratisch keurslijf gedwongen om hun inwoners van zorg te voorzien. Dit zorgt voor onwenselijke uitwassen, zoals het gedwongen terugtrekken van zorgaanbieders en instellingen die al jarenlang goede zorg aanbieden, omdat zij hun diensten niet voor de laagste prijs aan kunnen bieden of omdat zij niet kunnen voldoen aan de redelijke kwalitatieve randvoorwaarden. Een verliesgevend contract kan geen enkele zorgaanbieder zich namelijk (lang) veroorloven.

Een voorbeeld hiervan is de William Schrikker Stichting. Deze stichting trok zich in 2017 aanvankelijk terug, nadat bleek dat met de gestelde randvoorwaarden onvoldoende zorg geboden kon worden geboden aan 300 kwetsbare gezinnen. Een woordvoerder van de William Schrikker Stichting zei daarover: “Er is een kloof tussen de aanbestedings- en inkoopvoorwaarden van de gemeenten aan de ene kant en de bodemeisen waar de dienstverlening van de organisatie volgens de wet aan moet voldoen”.⁶ En omdat dialoog tussen de William Schrikker Stichting en de gemeente volgens de nieuwe aanbestedingsregels streng verboden is, konden mogelijke wijzigingen in de voorwaarden niet worden besproken.

⁶ <https://www.ad.nl/dordrecht/zorgverlener-trekt-zich-terug-wegens-te-laag-tarief-gemeenten~a0224635>

Volgens de initiatiefnemers zijn patiënten én zorgmedewerkers de dupe van deze nieuwe realiteit. Het is volgens de initiatiefnemers zeer onwenselijk dat zij allebei worden belast met de onzekerheid of ze volgend jaar nog wel kunnen blijven samenwerken met hun collega's en patiënten waarmee ze nu te maken hebben. Verplicht aanbesteden brengt de gewenste continuïteit van zorg in gevaar. Dat is slecht voor de kwaliteit van zorg, kan goed werkgeverschap in de zorg bemoeilijken, en daarmee ten koste gaan scholing en arbeidsomstandigheden van personeel.

Ook wethouders van grote gemeenten hebben aan de bel getrokken. In Rotterdam hebben voormalig wethouder Hugo de Jonge (onderwijs, jeugd, zorg) en huidige wethouder Adriaan Visser (financiën) laten weten dat het sociaal domein uitgezonderd dient te worden van de Europese aanbestedingsplicht. Zij benadrukken het belang om te werken met vertrouwde, lokaal verwortelde zorgaanbieders die de wijken kennen en met zorgverleners die een vertrouwensband op hebben gebouwd met hun patiënten. Zeker bij zorg aan kwetsbare groepen, zoals de pleegzorg, jeugdbescherming en reclassering is het van belang om continuïteit in zorg te verankeren. Dit komt onder druk te staan met de huidige aanbestedingsplicht.⁷ Tevens verklaart wethouder Adriaan Visser dat heel veel opdrachten boven het drempelbedrag van € 750.000 uitkomen, dus dat gemeenten *de facto* zijn gebonden aan een verplicht aanbestedingstraject. Om dit bureaucratische proces goed te laten verlopen zijn veel medewerkers nodig, in Rotterdam alleen al zijn dit ongeveer honderd gemeenteambtenaren. Daarnaast moeten vele medewerkers bij zorgaanbieders zich bezig houden met de uitvoering en het voldoen aan bureaucratische regels in plaats van (ondersteuning van) primaire zorg. Zij moeten zich onder andere bezighouden met Europese eisen rondom openbaarmaking van de opdracht en het toelichten van de gunningsprocedure.

In de evaluatie van de Jeugdwet, gepubliceerd in februari 2018, blijkt dat ontevredenheid over de verplichte aanbestedingen breed wordt gedeeld. Niet alleen blijkt er onduidelijkheid te bestaan over de mogelijkheden van raamovereenkomsten en dialooggerichte gunning, ook worden er zorgen geuit over de financiële *race to the bottom* dat het aanbestedingsproces lijkt te zijn.⁸ In diverse steden moest het aanbestedingsproces over worden gedaan omdat gemeenten werden teruggeroepen door de rechter.⁹ Ook de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) bevestigt dat veel gemeenten problemen hebben met de aanbestedingsplicht en zijn hiernaar een onderzoek gestart.¹⁰

Daarnaast signaleert Europa Decentraal¹¹ een toenemende trend van aanbestedingsrechtelijke geschillen in het gedecentraliseerde sociaal domein. In het najaar van 2017 behandelden voorzieningenrechters van de rechtbanken te Rotterdam en Gelderland diverse kort gedingen

⁷ <https://europadecentraal.nl/aanbesteden-het-sociale-domein-een-last-voor-gemeente-rotterdam/>

⁸ Eerste evaluatie Jeugdwet, pag. 56-57

⁹ Rb Noord-Holland 3 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9242; & Rb Zeeland-West Brabant 13 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7312;

¹⁰ <https://www.nrc.nl/nieuws/2017/05/03/rotterdam-slaat-alarm-om-aanbesteding-van-zorg-8668272-a1557104>

¹¹ Europa decentraal is het kenniscentrum voor Europees recht en beleid van en voor (semi) overheidsorganisaties

betreffende aanbestedingen op het gebied van de Jeugdwet en de Wmo 2015¹². De initiatiefnemers vinden het zorgwekkend dat er sprake is van een stijging van het aantal rechterlijke geschillen hierover. Zorgaanbieders en gemeenten zouden al hun aandacht moeten kunnen richten op het komen tot afspraken over goede zorg, en niet op rechtszaken. De initiatiefnemers zijn ervan overtuigd dat als gemeente en aanbieders met elkaar om de tafel kunnen zitten deze rechtelijke geschillen dalen. Onder het huidige aanbestedingsrecht kunnen aanbieders namelijk alleen via een rechtbank nog iets doen als het proces voorafgaand aan de aanbesteding onzorgvuldig is verlopen, als het proces voorafgaand aan de aanbesteding onzorgvuldig is verlopen, kunnen aanbieders alleen via een rechtbank nog iets doen. In diverse steden moest het aanbestedingsproces daarnaast over worden gedaan, omdat gemeenten werden teruggeroepen door de rechter.¹³ Ook de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) bevestigt dat veel gemeenten problemen hebben met de aanbestedingsplicht en zijn daarom een onderzoek gestart.¹⁴

Concluderend constateren de initiatiefnemers dat verplichte aanbesteding de zorg in Nederland geen goed heeft gedaan. Zeker bij zorg aan kwetsbare groepen, zoals pleegzorg, jeugdbescherming en reclassering is continuïteit van belang. De strikte voorwaarden voor wat betreft het verbod op dialoog tussen gemeenten en zorgaanbieders, maken het daarnaast onmogelijk te overleggen over zorginhoudelijke voorwaarden zoals kwaliteit en continuïteit van zorg en de tarieven. Voor mensen die van zorg en ondersteuning gebruik moeten maken, komt de keuzevrijheid in het gedrang. Tot slot levert de aanbestedingsplicht voor zowel zorgaanbieders als gemeenten veel papierwerk op. De initiatiefnemers zijn van mening dat er alles aan moet worden gedaan verdere bureaucratisering van de zorg te voorkomen.

c. Voorgestelde wetwijziging

De invoering van de Aanbestedingsrichtlijn is onderdeel van de Europese beleidsstrategie ‘Europa 2020’. Europa 2020 is een langetermijnstrategie waarin doelen zijn geformuleerd over het bereiken van slimme, duurzame en inclusieve groei, innovatie, duurzaamheid en de ondersteuning van “gemeenschappelijke maatschappelijke doelen”.¹⁵ De initiatiefnemers constateren echter dat er hierin niets staat over het bereiken van doelen op het gebied van gezondheidszorg. Dat maakt de Aanbestedingsrichtlijn volgens de initiatiefnemers deels niet passend binnen de inhoudelijke doelen van Europa 2020.

De initiatiefnemers merken hierbij op dat er sinds 2014 een Eurocommissaris ‘Betere Regelgeving’ is aangesteld. Deze Eurocommissaris en de taskforce ‘subsidiariteit, evenredigheid en minder en efficiënter optreden’ (ingesteld in 2017) hebben als doel de burger te overtuigen van het nut van de Europese Unie.¹⁶ Dit gebeurt aan de hand van vier

¹² <http://m.binnenlandsbestuur.nl/nieuws/meer-kort-gedingen-sociaal-domein.211279 lynkx>

¹³ Rb Noord-Holland 3 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9242: & Rb Zeeland-West Brabant 13 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7312:

¹⁴ <https://www.nrc.nl/nieuws/2017/05/03/rotterdam-slaat-alarm-om-aanbesteding-van-zorg-8668272-a1557104>

¹⁵ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/europese-unie/europa-2020>

¹⁶ https://www.europa-nu.nl/id/vjyqenw8m1ig/agenda_voor_betere_regelgeving

doelstellingen, namelijk (1) een open en transparante besluitvorming, (2) meer betrokkenheid van burgers en belanghebbenden bij besluitvorming en wetgeving, (3) EU-beleid dat uitgaat van objectieve gegevens en rekening houdt met de gevolgen en (4) minimale regeldruk voor bedrijven, burgers en overheidsdiensten¹⁷. In de ogen van de initiatiefnemers sluiten deze doelstellingen perfect aan bij deze voorgestelde wetswijziging, en staan deze haaks op de gevolgen van de implementatie van de Aanbestedingsrichtlijn in Nederland.

Tevens wijzen de initiatiefnemers erop dat implementatie van Europese regelgeving op het gebied van lokale gezondheidszorg in strijd is met het gezondheidszorgbeleid van de Europese Unie. Hoewel de grondslag van de Richtlijn niet direct is gebaseerd op artikel 168 (Gezondheidszorg) van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie maar op artikelen 53, 62 en 114 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (Interne markt), merken de initiatiefnemers op dat de implementatie van de Richtlijnen bedoeld voor de interne markt het gezondheidszorgbeleid van lidstaten zoals Nederland raken. Het beleid van de Europese Unie hierover luidt immers als volgt: “Alle EU-landen organiseren zelf de gezondheidszorg voor hun burgers. De EU vult het nationale beleid aan met gemeenschappelijke doelstellingen, schaalvoordelen door een bundeling van de middelen en hulp bij de aanpak van gemeenschappelijke uitdagingen zoals epidemieën, chronische ziekten of de vergrijzing”.¹⁸.

Daarbij merken de initiatiefnemers op dat de inkoop van zorg in richtlijn 2004/18/EG diensten waren die volgens de Europese wetgever géén bijdrage leverden aan de eenwording van de interne markt, omdat de diensten moeten worden uitgevoerd door nationale dienstverleners. Volgens het huidige beleid van de Europese Unie zijn deze diensten (gezondheidszorg, onderwijs, maatschappelijke dienstverlening en rechtskundige diensten) dusdanig cultureel bepaald dat ze onder een verlicht aanbestedingsregime moeten vallen. Volgens de initiatiefnemers is het vreemd dat de Europese Unie ervoor heeft gekozen deze opvatting met een herziende richtlijn terug te draaien. De initiatiefnemers zijn van mening dat aanbestedingen in het sociaal domein niet onder deze gezamenlijke EU-aanpak zou moeten vallen en dat nationale lidstaten zelf moeten kunnen beslissen over de inkoop en organisatie van lokale zorg.

Voor het niet meer verplicht stellen van aanbestedingen in het sociaal domein is een wetswijziging van de Aanbestedingswet nodig. Daarom willen de initiatiefnemers een nieuw artikel (2.6b)¹⁹ invoegen waardoor het toepassingsbereik van overheidsopdrachten niet meer het sociaal domein van gemeenten beslaat. Door de uitzonderingsbepaling die beschreven wordt in Artikel 2.6b worden gemeenten aldus ontheven van de verplichting opdrachten in het sociaal domein aan te besteden boven het drempelbedrag van € 750.000. Ten gevolge van deze wetswijziging zullen overheidsopdrachten automatisch vallen onder het regime van

¹⁷ Kamerbrief inkoop en aanbesteden in het sociaal domein, 4 juli 2018

¹⁸ https://europa.eu/european-union/topics/health_nl

¹⁹ Zie Voorstel van Wet, Artikel 2.7a

opdrachten die minder dan € 750.000 kosten, waarbij deel 1 van de Aanbestedingsrichtlijn nog wel van toepassing is.

Tevens beogen de initiatiefnemers daarmee dat veeleisende administratieve procedures, zoals het publiceren van de opdracht met elementen van het toe te passen gunningsprocedure, niet meer te hoeven worden opgevolgd. Gemeentes kunnen op deze wijze weer terugvallen op hun eerdere methoden om diensten en zorg in het sociaal domein in te kopen of in te besteden. Dit betreffen methodes zoals een subsidiebeschikking of overeenkomst waarin afspraken vanuit gemeenten met een aanbieder over prestaties, betaling en verantwoording worden vastgelegd. Deze bekostigingsvormen kunnen wat betreft de Wmo 2016 en de jeugdzorg worden ingedeeld in drie verschillende vormen, te weten de productiebekostiging (waarin betaling conform vooraf gedefinieerde diensten plaatsvindt), populatiebekostiging (waarbij voor een afgebakende groep burgers diensten n.a.v. het behaalde meetbare resultaat worden vergoed) of functiegerichte bekostiging (waarbij de gemeente betaalt voor de beschikbaarheid van met de aanbieder overeengekomen dienst(en)).²⁰

d. Europese regelgeving

De initiatiefnemers erkennen dat een Europese richtlijn bindende gevolgen heeft voor wetgeving van Europese lidstaten. Daarbij staat het lidstaten vrij de specifieke vorm en middelen te kiezen om deze te implementeren.²¹ De initiatiefnemers zijn van mening dat in de Aanbestedingsrichtlijn van deze vormvrijheid gebruik moet worden gemaakt, specifiek bij de gevolgen van het implementeren van Richtlijn 2014/24 betreffende het gunnen van overheidsopdrachten waar deze wetswijziging op slaat.

Het aannemen van deze wetswijziging kan tot gevolg hebben dat de Europese Commissie een zogenaamde “inbreukprocedure” start tegen Nederland. De aanleidingen hiervoor zijn tweevoudig van aard: de Europese Commissie kan een dergelijke inbreukprocedure starten op basis van eigen onderzoek, of naar aanleiding van klachten van ondernemingen, burgers en andere belanghebbenden.²² De inbreukprocedure start met een verzoek van de Europese Commissie tot schriftelijke verantwoording van de betreffende lidstaat, waarop bij onbevredigend antwoord een gang naar het Europese Hof van Justitie en eventuele geldboetes (opgelegd door het Europese Hof van Justitie) kunnen volgen.²³

De initiatiefnemers zijn van mening dat er gegronde redenen zijn waarom de Europese Commissie deze stappen niet zal zetten. Ten eerste kan volgens initiatiefnemers worden geconstateerd dat er in de praktijk geen grensoverschrijdende zorgmarkt is waar Europese bedrijven willen concurreren met Nederlandse zorginstellingen. Ten tweede zou er logischerwijs hierdoor geen klachten kunnen ontstaan van burgers, bedrijven en andere

²⁰ <http://www.invoorzorg.nl/literatuur-handreiking-bekostigingsmodellen-wmo.html>

²¹ <https://www.piano.nl/nl/regelgeving/europese-richtlijnen>

²² Artikel 258 VWEU (Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie).

²³ https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_nl

belanghebbenden. Deze uiten zich volgens initiatiefnemers eerder juist als gevolg van een correcte implementatie van de Aanbestedingsrichtlijn. Het terugdraaien hiervan zou volgens initiatiefnemers op instemming kunnen rekenen van zorginstellingen en burgers. Tot slot zijn de initiatiefnemers ervan overtuigd dat Nederland, zelfs na een eventuele start van een inbreukprocedure, helder aan de Europese Commissie kan uitleggen waarom een aanpassing van de Aanbestedingswet noodzakelijk is voor de Nederlandse zorg en andere sociale diensten. Zij wijzen er nogmaals op dat het ook Europees beleid is om belemmerende Europese wetgeving te elimineren, en dat het primaat van beslissingen over de gezondheidszorg bij Europese lidstaten ligt.

e. Financiële gevolgen

De initiatiefnemers verwachten geen directe financiële gevolgen voor de begroting van de Rijksoverheid met deze voorgestelde wetwijziging. Voor de begrotingen van gemeenten achten de initiatiefnemers het aannemelijk dat er meer middelen vrijkomen binnen het sociaal domein, doordat gemeenten minder fte werknemers aan hoeven nemen om de aanbestedingen juist in te richten.

f. Consultatie

De initiatiefnemers hebben een zo breed mogelijk spectrum aan geaffecteerde partijen geconsulteerd. Als volgt luiden de adviezen van Eurocommissaris Timmermans, de beroepsvereniging V&VN, Jeugdzorg Nederland, Opella, Actiz, de William Schrikker Stichting en werknemersorganisatie FBZ:

Eurocommissaris Frans Timmermans geeft aan dat aanbestedingen in de zorg onder de “lichte regeling” wat betreft overheidsopdrachten vallen. Dit betekent dat bureaucratische eisen zijn teruggebracht tot een minimum. De richtlijn biedt ruimte aan lidstaten om bijvoorbeeld nadruk te leggen op de kwaliteit van de sociale diensten en bij de gunning van het contract te letten op toegankelijkheid, continuïteit en de behoeften van diegenen die van de diensten gebruik maken. Daarbij wordt aangegeven dat Nederland en de Commissie momenteel in gesprek zijn om te kijken hoe Nederland deze flexibiliteit in de Europese richtlijn optimaal benut kan worden bij de nationale implementatie van de richtlijn. Ook geeft Eurocommissaris Timmermans aan dat de Commissie een groot voorstander is van toegankelijke gezondheidsdiensten en medische zorg in elke lidstaat in overeenstemming met de conclusies van de Raad van 2006, artikel 35 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en beginsel 16 van de Europese pijler van sociale rechten. In overeenstemming met artikel 168, lid 7, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie zijn de lidstaten echter verantwoordelijk voor de bepaling van hun gezondheidsbeleid, alsmede de organisatie en de verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging; dit geldt ook voor de organisatie van medische diensten.

Desalniettemin moet de naleving van de EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten, waar zij

van toepassing zijn, worden gewaarborgd, ook op het gebied van gezondheidszorg. In feite laten de wettelijke regels voor aanbesteding van gezondheidsdiensten de lidstaten een ruime beoordelingsmarge om te besluiten welke specifieke regels moeten worden vastgesteld voor de aanbesteding van deze diensten. Uit hoofde van de EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten geldt voor “sociale en andere specifieke diensten”, waaronder gezondheidsdiensten, de zogenaamde “lichte regeling”. Deze regeling bevat de minimale vereisten voor transparantie en gelijke behandeling waaraan aanbestedende overheidsdiensten moeten voldoen bij de aankoop van deze diensten.

Tot slot meldt Eurocommissaris Timmermans dat het de lidstaten vrij staat om de procedurele specifieke regels op dit gebied te bepalen, waaronder de vereiste van de beste prijs-kwaliteitverhouding bij de keuze van de aanbieder. In de richtlijnen wordt bepaald dat het aanbestedende overheidsdiensten moet worden toegestaan om rekening te houden met de noodzaak om de kwaliteit, continuïteit en toegankelijkheid van gezondheidsdiensten te waarborgen. Op verzoek van Nederland zijn de diensten van de Commissie de dialoog met Nederland aangegaan inzake deze kwestie om ondersteuning te bieden bij het afstemmen van het nationale rechtskader op de specifieke behoeften van de gebruikers van sociale diensten. De initiatiefnemers hebben met belangstelling kennis genomen van de reactie van Eurocommissaris Timmermans. Zij zijn het met Eurocommissaris Timmermans eens dat het belangrijk is dat lidstaten vrij zijn de procedurele specifieke regels op dit gebied te bepalen, en dat de toegankelijkheid, continuïteit en kwaliteit van zorg voorop staat.

De initiatiefnemers zijn van mening dat zij met hun voorgestelde wetswijziging in overeenkomst is met deze waarden. Zij zijn het niet met Eurocommissaris Timmermans eens dat de bureaucratische eisen op dit moment zijn teruggebracht tot een minimum, omdat deze volgens Eurocommissaris Timmermans nu onder een “licht regime” vallen. Zij constateren dat er binnen dit verlichte regime nog steeds strikte procedures moeten worden gevolgd rondom de aanbesteding, zoals het openbaar maken van de overheidsopdracht en het documenteren en motiveren van alle gemaakte keuzen in het aanbestedingstraject.²⁴ Ook menen zij dat er juist met het aannemen van deze Aanbestedingsrichtlijn meer onduidelijkheid is ontstaan over de precies te volgen regels en procedures, waardoor gemeenten vaak kiezen voor de strengste aanbestedingsprocedure. Daarom ambiëren de initiatiefnemers met de voorgestelde wetswijziging deze moeilijkheden weg te nemen.

De beroepsvereniging V&VN is van mening dat de huidige regelgeving bij de aanbesteding door gemeenten is een exemplarisch voorbeeld van doorgeschoten bureaucratie. Door de implementatie van de Europese Richtlijn 2014/24 in de Aanbestedingswet per 1 juli 2016 moeten gemeenten rekening houden met Europese regelgeving. Bijvoorbeeld de verplichting van gemeenten voor aanbesteden bij een drempelbedrag van € 750.000. De tijd en kosten die gepaard gaan met dit aanbestedingstraject kunnen niet besteed worden aan zorg en ondersteuning aan burgers. Naleving van de Europese regelgeving vraagt van gemeenten extra expertise die veelvuldig apart wordt ingekocht. Wederom kosten die niet naar zorg gaan.

²⁴ <https://aevesbenefit.com/news/2b-diensten-naar-sociale-en-specifieke-diensten/>

Het inzetten van buitenlandse organisaties in de zorg en ondersteuning in Nederland wat door het aanbestedingstraject mogelijk wordt, vindt V&VN een niet wenselijke ontwikkeling. Zorg en ondersteuning vanuit het sociale domein vraagt ook om kennis van de Nederlandse gezondheidszorg, - cultuur en - taal. In het voorontwerp benadrukken de initiatiefnemers het belang om te werken met vertrouwde zorgaanbieders die de wijken kennen en met zorgverleners die een vertrouwensband op hebben gebouwd met hun patiënten. V&VN deelt het belang om continuïteit in zorg goed te verankeren. De initiatiefnemers delen deze kritiek en benadrukken het belang van de vermindering van administratieve lastendruk, wat met deze initiatiefwet beoogd wordt te verminderen. Tevens delen zij de mening dat het onwenselijk is dat buitenlandse organisaties zorgopdrachten in het sociaal domein in Nederland krijgen. De initiatiefnemers merken daarbij op dat aanpassing van de Aanbestedingswet mede daarom wenselijk is.

Zorgorganisatie Opella merkt op dat het aanbesteden van diensten (mensenwerk) best vreemd is. In hun ogen zijn te behalen resultaten contextgebonden, lastig te definiëren en kennen ze meerdere variabelen. Daar komt bij dat er vaak zorgplicht en/of leverplicht is. Je ziet bij een stijgende vraag en te weinig gunning dat in de loop van het jaar afspraken worden bijgesteld. Bij echte aanbesteding conform de letter van de wet kan dat niet. Aan de andere kant worstelt iedereen met mededinging en het selectief kunnen contracteren (wat op objectieve gronden moet). Dit laatste is dan vaak doorslaggevend om toch voor een aanbesteding te gaan, met alle neveneffecten van dien (zoals *race to the bottom*, vreemdsoortige selectieprocessen, etc.). Er zijn ook wel aanbestedingsmodellen die daar meer aan tegemoet komen, maar het blijft een juridische aanvliegroete die door de zorgvuldigheid veel vraagt van partijen. Waar het om gaat is dat er vooral kwalitatief ingestoken zou moeten worden. Enerzijds gaat aanbesteden immers om harde zaken als geld en kritische factoren zoals tevredenheid. Verder is het vooral maatwerk. En voor dat maatwerk zou meer ruimte moeten zijn. De initiatiefnemers delen het belang van het meer ruimte scheppen voor maatwerk. Zij hebben in hun toelichting het belang van keuzevrijheid en maatwerk opgenomen en verhelderd.

Actiz is positief over het initiatief om verplichte aanbestedingen ongedaan te maken, omdat aanbestedingen niet bevorderend zijn voor de inkoop van zorg door gemeenten. Zij benadrukken daarbij wel dat er een bredere problematiek omtrent tarieven en tekorten aan zorgmedewerkers is die urgentie heeft, en niet sluitend wordt opgelost door het wegnemen van verplichte aanbestedingen. De initiatiefnemers delen deze analyse, maar spitsen deze initiatiefwet toe op het oplossen van knelpunten rondom de aanbestedingen.

Jeugdzorg Nederland geeft in reactie op het voorontwerp van de initiatiefnemers aan dat niemand zorgaanbieders dwingt om zich terug te trekken, zoals in het oorspronkelijke voorontwerp stond, maar dat als de in de offerte geboden prijs te laag is of als niet wordt voldaan aan redelijke randvoorwaarden (zodat kwaliteitsmaatstaven niet kunnen worden gehaald voor het bedrag dat geboden wordt) een zorgaanbieder wel genoodzaakt is zich terug te trekken. Een verliesgevend contract kan niemand zich lang veroorloven. Daarbij benadrukt Jeugdzorg Nederland dat jongeren geholpen moeten worden, ongeacht welke aanbieder dat

doet. Het argument dat je niet weet of je morgen bij een andere aanbieder aan de slag moet is van andere orde dan het belang van de continuïteit van zorg of de kwaliteit van de zorg die kan worden geboden. Ook informeren zij dat inmiddels er medio 2017 een handreiking verschenen is waar gemeenten goed mee uit de voeten kunnen en die duidelijkheid biedt over wat er wel en niet kan en mag. Er mag meer dan hier nu lijkt te worden neergelegd. Het overdoen van procedures heeft te maken met het feit dat gemeenten zaken nog niet goed door hadden en zaken vroegen die niet konden. Dat waren vooral procedures over de aanbesteding over 2017. Naar verwachting heeft de handreiking van de VNG hier meer duidelijkheid gegeven. Wat betreft de aanbestedingsrechtelijke geschillen geeft Jeugdzorg Nederland aan dat dit inderdaad te maken heeft met het feit dat men in de aanbesteding niet met elkaar om tafel mag zitten. Als het proces voorafgaand aan de aanbesteding onzorgvuldig is verlopen, kunnen aanbieders alleen via een kort geding nog iets doen. Daarnaast zijn aanbieders ten opzichte van eerdere jaren ook mondiger geworden en zullen vaker naar de rechter stappen als men er in de dialoog niet uit komt. Tot slot stelt Jeugdzorg Nederland dat de *race to the bottom* van tarieven wel een keuze van de gemeenten is, hiertoe gedwongen omdat men zich te weinig in het product heeft verdiept en ook omdat gemeenten over het algemeen te weinig geld hebben voor de taken in het sociaal domein. De initiatiefnemers hebben hun toelichting aangepast als het gaat om feitelijkheden rondom de aanbestedingsrechtelijke geschillen, de continuïteit en de kwaliteit van zorg en verdere technische verbeteringen.

De William Schrikker Stichting voegt toe dat er een tijdsplaat lijkt te ontbreken in het wetsvoorstel, en dat het wenselijk is om het bijvoorbeeld met ingang van 1 januari 2019 in te laten gaan. Omdat bestaande aanbestedingstrajecten al gaan lopen is enige haast wel geboden en zou het fijn zijn om een ingangsdatum te hebben. De initiatiefnemers beamen dat het van belang is de voorgestelde wetwijziging snel in te voeren, maar moeten concluderen dat dit niet al op 1 januari 2019 gaat lukken.

Tot slot onderschrijft *werknemersorganisatie FBZ* de wens om alle regeldruk in de zorgsector en aanpalende sectoren te beperken. FBZ is ook op verschillende terreinen actief om het onderwerp vermindering regeldruk te agenderen. Zij geven aan dat (zorg)professionals willen graag hun werk goed kunnen uitvoeren en daarbij zo min mogelijk worden gehinderd door overbodige wet- en regelgeving. FBZ vraagt zich wel af in hoeverre het juridisch toelaatbaar is om met een door jullie voorgestelde wijziging de Europese Richtlijn te omzeilen. Zij merken op graag te zien dat administratieve rompslomp wordt tegengegaan, zodat professionals hun tijd kunnen besteden aan het leveren van goede zorg. De initiatiefnemers delen de zorgen rondom de regeldruk in de zorg door overbodige wet- en regelgeving. Deze wetwijziging beoogt dan ook tegemoet te komen aan vermindering van regeldruk. De initiatiefnemers menen dat er niet zozeer sprake is van een omzeiling van de Europese Richtlijn, maar van een andere interpretatie van de Europese Richtlijn. Zij menen dat er binnen de Nederlandse zorg geen sprake is van een Europese markt zoals de Aanbestedingswet nu ingericht is.

g. Uitvoering en handhaving

De initiatiefnemers constateren dat gemeenten verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van deze wetswijziging, gelet op de taak die zij hebben zorg en andere sociale diensten in te kopen voor hun inwoners. Zij verwachten dat door deze wetswijziging minder administratieve procedures hoeven te worden gevolgd, waardoor zij worden ontlast in de administratieve regeldruk. Tevens is dit van toepassing op aanbieders en instellingen waarmee de gemeenten contracten sluiten.

II. ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I (invoegen artikel 2.6b)

Dit artikel voegt een nieuw artikel 2.6b toe aan de Aanbestedingswet. Hiermee beogen de initiatiefnemers een uitzondering te bedingen door het niet van toepassing laten zijn van het strikte regime zoals beschreven in bijlage XIV van de Aanbestedingsrichtlijn van de huidige Aanbestedingswet waarmee gemeenten sociale en andere specifieke diensten uitoefenen ten behoeve van de Wmo 2015, Jeugdwet of Participatiewet. Door middel van het invoegen van dit artikel in de Aanbestedingswet krijgen gemeenten meer vrijheid bij het inrichten van de inkoop van zorg en andere sociale diensten. Zij zijn ontheven van specifieke verplichtingen zoals beschreven in deel 2 van de Aanbestedingsrichtlijn. De initiatiefnemers menen dat gemeenten zich kunnen baseren op de bestaande wet- en regelgeving in deel 1 van de Aanbestedingsrichtlijn en de rest van de Aanbestedingswet voor wettelijke kaders ten behoeve van inkoop van zorg en andere sociale diensten in het sociaal domein. In de Wmo 2015, de Jeugdwet en de Participatiewet staat geen verplichting tot aanbesteden beschreven, dus deze wetten behoeven geen aanpassing ten gevolge van deze wetswijziging.

Ellemeet
Van der Staaij