



Instrumenten voor uitbesteding van zorgtaken

Passages over de instrumenten subsidie, overheidsopdracht en open house uit PPRC-onderzoek 'Monitor gemeentelijke zorginkoop 2018'

07-04-2021

Dr. ir. Niels Uenk

1. Indeling instrumenten

Gemeenten kunnen voorzieningen in het kader van de Wmo en Jeugdwet in eigen beheer uitvoeren of uitbesteden. Bij uitvoering 'in eigen beheer' organiseert de gemeente taken vanuit haar eigen gezagsstructuur: de gemeente neemt consultants of hulpverleners zelf in dienst. Een variant hierop is de 'quasi-inbesteding' waarbij taken worden overgedragen aan een aparte rechtspersoon (bijvoorbeeld een stichting) waarop de gemeente echter wel zoveel controle uitoefent dat deze binnen haar gezagsstructuur valt. Als een gemeente de taken uitbesteedt¹ aan zorgaanbieders worden drie 'instrumenten' onderscheiden. Elk instrument wordt hieronder kort toegelicht. Zie voor meer achtergronden ook Uenk, 2017.²

Subsidie

Subsidie betreft financiering van activiteiten via de publiekrechtelijke route. 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 diensten of goederen: dan betreft het een overheidsopdracht. Voor het verstrekken van subsidies gelden andere regels dan voor het gunnen van overheidsopdrachten. Gemeenten verstrekken subsidies in het sociaal domein bijna altijd zonder aanbestedingsprocedure. Hierbij is van belang dat het niet uitmaakt of een gemeente de financiering zelf als subsidie betitelt. Als niet aan de voorwaarden van een subsidie wordt voldaan, dan ontheft het zelfgekozen predicaat 'subsidie' de gemeente niet van de aanbestedingsplicht. In hoeverre subsidies die in dit onderzoek worden aangetroffen vanuit dit perspectief rechtmatig zijn is niet onderzocht.

Overheidsopdracht

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.

Voor het verstrekken (gunnen) van overheidsopdrachten gelden Europese en nationale regels: de Europese richtlijn 2014/24/EU³, de Aanbestedingswet 2012 met herzieningen per april 2016 (hierna: 'Aanbestedingswet') en de Gids Proportionaliteit. Deze regels zien erop toe dat aanbestedende diensten (overheden) opdrachten op een transparante wijze gunnen, alle gegadigden voor een opdracht op dezelfde wijze behandelen en hierbij niet discrimineren tussen ondernemers. Overheden moeten een objectieve procedure hanteren om overheidsopdrachten te gunnen, en de eisen die een overheid stelt aan de opdracht moeten in redelijke verhouding staan met de waarde van de opdracht.

¹ Doorgaans wordt 'uitbesteden' inkopen of aanbesteden genoemd. Echter, het financieren door middel van subsidie geldt feitelijk niet als inkopen. En het financieren van zorg via subsidie of Open House gebeurt meestal niet met een aanbesteding. Daarom wordt hier de generieke term 'uitbesteden' gebruikt.

² Zie voor meer informatie Uenk (2017). *Zorg aanbesteden? Er is ruimte binnen en buiten aanbesteding!*, *Sociaal Bestek*, december 2017, pp. 26 – 28 en Robbe (2017) Interview Zorgvisie nader toegelicht: Over subsidie, aanbesteden en "open huis" in het sociaal domein.

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>

Voor Jeugdhulp en Wmo-ondersteuning geldt een verlicht regime in de Europese en nationale aanbestedingsregels: niet alle voorschriften voor reguliere overheidsopdrachten gelden. Voor gemeenten betekent dit dat zij voor opdrachten in het sociaal domein die een waarde van € 750.000 overstijgen een (voor)aankondiging moet plaatsen om zorgaanbieders de kans te geven hun interesse te uiten. De aanbestedende dienst moet een procedure hanteren conform de beginselen van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers, transparantie en proportionaliteit⁴. De aanbestedingswet definieert hiervoor een speciale procedure: de procedure voor sociale en andere specifieke diensten (hierna: SAS-procedure). Deze procedure is niet verder uitgewerkt en vastgelegd, wat gemeenten dus veel ruimte laat om hier een eigen invulling aan te geven.

In 2016 en 2018 heeft het Europese Hof van Justitie arresten gewezen⁵ die grote gevolgen hebben voor de definitie van de overheidsopdracht. Deze arresten verduidelijken dat een overheid bij het gunnen van een overheidsopdracht een keuze maakt uit de inschrijvende ondernemers. Deze keuze wordt genomen op basis van gunningscriteria waarmee de overheid vaststelt welke ondernemer(s) de beste inschrijving(en) hebben gedaan. En deze keuze is essentieel voor de toepasselijkheid van de Europese en nationale aanbestedingsregels. Met andere woorden, als de overheid *geen* keuze maakt uit alle ondernemers – dan is er ook geen sprake van een overheidsopdracht.

Open House

Men spreekt van een Open House wanneer de overheid overeenkomsten sluit met elke ondernemer die tegen standaard voorwaarden en tarieven bepaalde goederen of diensten kan leveren, waarbij de overheid wel toetst of deze ondernemers kwalificeren aan kwaliteits- en geschiktheidseisen. Dit betreft overeenkomsten onder bezwarende titel, maar door het ontbreken van het kernelement van de overheidsopdracht (het maken van een keuze tussen ondernemers) is er geen sprake van een overheidsopdracht waarop Europese en nationale aanbestedingsregels van toepassing zijn.

De hiervoor genoemde arresten zijn zeer relevant voor de inkoop van diensten in het kader van Wmo 2015 en Jeugdwet. Veel gemeenten sluiten met alle zorgaanbieders die aan de kwaliteitseisen kunnen voldoen en die standaard-voorwaarden accepteren een overeenkomst. De inwoner die recht heeft op ondersteuning kiest dan zelf welke zorgaanbieder deze ondersteuning gaat leveren. Hoewel lang niet alle gemeenten deze systemen zelf 'Open House' noemen, kwalificeren ze impliciet wel als zodanig. Immers, de gemeenten maken geen keuze in de inkoopprocedure, en voldoen daarmee dus niet aan het kernelement van een overheidsopdracht.

⁴ Artikel 18 van de Europese Richtlijn 2014/24/EU

⁵ Falck-Pharma arrest: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0410&qid=1521035690805&from=NL> en Tirkkonen-arrest: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CJ0009&qid=1520942827124&from=NL>

Instrumenten in dit onderzoek (nb. Monitor gemeentelijke zorginkoop 2018)

Voor de instrumenten overheidsopdracht en Open House is voor dit onderzoek relevant dat gemeenten in veel gevallen benoemen dat ze ‘een overheidsopdracht’ hanteren binnen de ruimere regels voor sociale en andere specifieke diensten, terwijl de werkwijze met het resulterende contract als Open House kwalificeert. Een deel van de overeenkomsten zijn bovendien gesloten voordat de arresten van het Europese Hof van Justitie gewezen werden. In die periode ‘bestond’ het instrument Open House als zodanig nog niet. Vanuit dit perspectief is enerzijds relevant om vast te stellen hoeveel gemeenten per 1-1-2018 expliciet benoemen dat ze een Open House of overheidsopdracht als instrument hanteren. Anderzijds is natuurlijk relevant hoe de door gemeente gehanteerde instrumenten op dit moment feitelijk kwalificeren, binnen de huidige definitie van een overheidsopdracht. Om dit onderscheid duidelijk te maken worden de uitkomsten ten aanzien van het gehanteerde uitbestedings-instrument op twee wijzen weergegeven:

- (1) hoe gemeenten het instrument zelf noemen;
- (2) hoe het instrument feitelijk kwalificeert op basis van de eigenschappen van een overheidsopdracht of een Open House.

De eerste wijze van classificeren volgt de door gemeenten zelf gebruikte aanduiding van het instrument. Hier worden uitbestedingen enkel als ‘Open House’ aangemerkt als de gemeente dit expliciet zo noemt.

In de tweede wijze van classificeren wordt de wijze van uitbesteden getoetst aan de eigenschappen van een overheidsopdracht en van een Open House. Wanneer een gemeente in de inkoopdocumenten een uitbesteding benoemt als overheidsopdracht, maar er vervolgens in de uitbesteding geen keuze wordt gemaakt tussen inschrijvers (alle ondernemers die aan de eisen voldoen worden toegelaten tot een overeenkomst), dan wordt deze uitbesteding als ‘Open House’ geclassificeerd.⁶

Er is discussie mogelijk in hoeverre er feitelijk – juridisch – sprake is van een overheidsopdracht of een Open House als een gemeente spreekt van het aanbesteden van een overheidsopdracht, maar het kernelement van de keuze mist. Een uitvoerige juridische analyse hiervan past niet binnen dit onderzoek. Het onderzoek geeft feitelijk weer hoeveel gemeenten in wezen – binnen de gemaakte keuzes – een Open House hanteren, ook al noemen ze dit een overheidsopdracht

⁶ Een nuancering is van belang: in dit onderzoek wordt inzichtelijk in hoeverre gemeenten bij het sluiten van overeenkomsten een keuze maken, of ‘selectief’ zijn. Er is een grijs gebied waarin gemeenten niet bij het sluiten van overeenkomsten, maar wel bij het toewijzen van zorg sturend – of selectief – kunnen optreden. Het is de vraag of er nog steeds sprake is van een Open House wanneer de gemeente – of bijvoorbeeld sociale wijkteams – cliënten ondersteunen of adviseren bij het maken van de keuze voor een zorgaanbieder.