

Vergaderjaar 2011–2012

31 353

Voorstel van wet van het lid Leijten tot wijziging van de Wet maatschappelijke ondersteuning ter bevordering van de kwaliteit van de maatschappelijke ondersteuning en in verband met de aanbesteding van huishoudelijke verzorging

G

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN VOLKSGEZONDHEID, WELZIJN EN SPORT

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 16 maart 2012

Op 6 maart jl. heeft uw Kamer gedebatteerd over de initiatiefwetsvoorstellen Leijten¹. Tijdens dit debat heeft de regering aangegeven dat het voorstel van wet van het lid Leijten tot wijziging van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) ter bevordering van de kwaliteit van de maatschappelijke ondersteuning en in verband met de aanbesteding van huishoudelijke verzorging, contra legem is. Uw Kamer heeft vervolgens bij monde van de heer Putters (PvdA) om een brief verzocht waarin het contra legem nader toegelicht wordt. Tevens is verzocht om in deze brief in te gaan op de wet- en regelgeving inzake aanbesteden en hierbij de onderlinge verhouding tussen de verschillende wetten en internationale afspraken op dit vlak uiteen te zetten. Bij deze kom ik, mede namens de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, tegemoet aan dit verzoek.

Wet- en regelgeving aanbesteden

Op verschillende niveaus zijn of worden afspraken gemaakt en vastgelegd over de wijze waarop overheidsopdrachten in de markt gezet dienen te worden. Het gaat hierbij onder andere om:

- Afspraken in het kader van de Wereldhandelsorganisatie (WTO), vastgelegd in de Government Procurement Agreement (GPA);
- Verdragen betreffende de Europese Unie en met name Europese richtlijnen op het gebied van aanbesteding;
- Nationale wetgeving, op dit moment geldt het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao). Het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet 20.. (Kamerstukken I 2011/12 32 440) is aan uw Kamer aangeboden;

In antwoord op de vraag over de onderlinge verhouding van de verschillende regels geldt dat de Europese Unie (EU) internationaal aangegane

¹ Kamerstukken I 2009/10 31 347, 31 353 en 31 375

verplichtingen moet nakomen en dat nationale regelgeving niet in strijd mag zijn met de internationale verplichtingen, zoals die gelden in het kader van de EU. Bij een eventuele strijdigheid moet de strijdige nationale formele wetgeving buiten toepassing worden gelaten en is de strijdige nationale overige wet- en regelgeving onverbindend. Dit betekent dat de Wmo of de Nederlandse aanbestedingswet geen bepalingen mogen bevatten die in strijd zijn met de internationale verplichtingen, waaronder het Europees recht.

Internationale afspraken

De EU heeft voor haar 27 lidstaten op WTO niveau afspraken gemaakt met 14 landen om de eigen markt voor overheidsopdrachten wederzijds (deels) te openen voor elkaars bedrijven. Deze afspraken hebben geresulteerd in de GPA. De aangesloten landen stellen een in de overeenkomst opgenomen lijst van overheidsopdrachten, waaronder ook diensten die onder het bereik van de Wmo kunnen vallen, boven een bepaalde drempel open voor inschrijvingen door bedrijven uit de andere landen die lid zijn van de GPA.

Op 15 december 2011 heeft de EU samen met andere partijen bij de GPA politieke overeenstemming bereikt over een geactualiseerde set van aanbestedingsregels en aanvullende markttoegangvereisten. Deze afspraken dienen hun weerslag te vinden in de Europese aanbestedingsregels. Bij het opstellen van de voorstellen voor de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen heeft de Europese Commissie rekening gehouden met de geactualiseerde GPA.

Europese aanbestedingsregels

Voor wat betreft sociale diensten als de huishoudelijke verzorging staan de belangrijkste Europese aanbestedingsregels in de Europese 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 (Pb EU L 134).

Uit deze regelgeving volgt dat de gemeente een aanbestedende dienst is, en daarmee aanbestedingsplichtig voor opdrachten die boven het in de Richtlijn bepaalde drempelbedrag uitkomen. Voor diensten is dit bedrag thans gesteld op € 200 000.

Aan de hand van de aard van de dienst wordt bepaald welke procedure moet worden gevolgd. Hierbij wordt gebruik gemaakt van de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten die gebaseerd is op de «provisional Central Product Classification» (CPC) van de Verenigde Naties. Voor diensten die in bijlage II A van de Richtlijn zijn opgenomen (hierna: «2A-diensten») geldt de volledige Europese aanbestedingsprocedure (hierna: «2A-procedure»). Voor diensten die in bijlage II B van de Richtlijn zijn opgenomen (hierna: «2B-diensten») geldt een vereenvoudigde procedure (hierna: «2B-procedure»). Als een dienst uit verschillende elementen bestaat waarvan een deel als 2A-dienst en een ander deel als 2B-dienst moet worden aangemerkt, geeft het deel met de grootste waarde de doorslag voor de te volgen procedure. Als bijvoorbeeld het 2B-deel van een dienst een grotere waarde vertegenwoordigt dan het 2A-deel, kan worden volstaan met een 2B-procedure.

Zowel bij de aanbesteding van 2A- als 2B-diensten moeten de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht worden genomen. In de verkorte 2B-procedure dient een non-discriminatoir bestek gehanteerd te worden en moet de gunning achteraf aan de Europese Commissie worden

medegedeeld. Indien bij een 2B-dienst een duidelijk grensoverschrijdend belang aan de orde is, dient de aanbestedende dienst ook vooraf een mate van transparantie in acht te nemen. In de praktijk betekent dit dan dat de dienst vooraf moet worden gepubliceerd.

De genoemde aanbestedingsrichtlijn en daarmee de nationale regelgeving kennen voor de 2A-procedure twee criteria waarop de opdracht mag worden gegund. Eén betreft een gunning gebaseerd alleen op de prijs en het tweede criterium is dat er gegund wordt rekening houdend met zowel prijs als kwaliteit. Het tweede criterium maakt het mogelijk om bij de gunning, naast met de prijs, ook rekening te houden met kwaliteitsaspecten die zich niet zozeer lenen om vastgesteld te worden in technische specificaties van de opdracht. Daaronder kunnen bijvoorbeeld ook vallen het opleidingsniveau en de arbeidsvoorwaarden van het in te zetten personeel. Zo kan er concurrentie op kwaliteit plaatsvinden. Door middel van handreikingen en het uitwisselen van best practices worden gemeenten ondersteund om de aanbestedingen op een goede manier vorm te geven.

De Europese Commissie heeft op 20 december 2011 een voorstel gepubliceerd voor een nieuwe richtlijn op het terrein van aanbesteden (COM(2011) 896 definitief). In dit voorstel wordt het onderscheid tussen de 2A- en 2B-diensten afgeschaft. Wel krijgen sociale diensten een speciale plaats. Voor dergelijke diensten geldt dat opdrachten voor diensten aan personen onder de € 500 000 in principe niet behoeven te worden aanbesteed. Bij opdrachten boven genoemde drempel moeten aanbestedende diensten die voornemens zijn om een overheidsopdracht te gunnen dit vooraf kenbaar maken via een gestandaardiseerde aankondiging. Wegens het belang van de culturele context en het gevoelige karakter van deze diensten krijgen aanbestedende diensten een grote vrijheid om de keuze van de dienstverrichters te organiseren zoals de aanbestedende dienst dat het meest passend acht. Alleen de naleving van de basisbeginselen van transparantie en gelijke behandeling wordt verplicht gesteld, en aanbestedende diensten kunnen voor de bepaling van de keuze van dienstverrichters specifieke kwaliteitscriteria toepassen.

Het richtlijnvoorstel wordt op dit moment besproken tussen de lidstaten in de daarvoor bestemde Raadswerkgroep. Het Europees Parlement heeft aangegeven in het najaar met de behandeling te starten. In het richtlijnvoorstel heeft de Europese Commissie aangegeven ernaar te streven om de richtlijn op 30 juni 2014 van toepassing te laten zijn. Mede gelet op de lange duur van de eerdere onderhandelingen van de aanbestedingsrichtlijnen is deze termijn zeer ambitieus te noemen.

Wanneer het richtlijnvoorstel is aangenomen, dan betekent dit waarschijnlijk een aanpassing van de nieuwe Aanbestedingswet 20... Uit de voorstellen van de Commissie tot nu toe blijkt dat het richtlijnvoorstel het huidige aanbestedingskader grotendeels in tact laat.

Nationale regelgeving

De huidige Europese aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG is vrijwel één op één geïmplementeerd in een algemene maatregel van bestuur, het Bao. Deze bevat de bovenstaande regels over 2A- en 2B-diensten. Het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. verandert hier niets aan.

Tijdens de Tweede Kamerbehandeling van de Aanbestedingswet is het amendement Hamer en Wolbert (TK 2011–2012; 32 440, nr. 54) aangenomen. Dit amendement beoogt buiten twijfel te stellen dat aanbestedingen in de zorg, ondersteuning en/of begeleiding onder het regime van

bijlage II B van de richtlijn 2004/18/EG vallen. In de tekst van het amendement wordt bepaald dat een 2B-dienst een 2B-dienst is, en dat deze via de 2B-procedure aanbesteed wordt, tenzij een aanbestedende dienst anders besluit. Het amendement heeft dus niet de werking dat *alle* aanbestedingen in de zorg via de 2B-procedure zouden mogen of zouden moeten plaatsvinden. Door de nadrukkelijke verwijzing in dit amendement naar (en daarmee aansluiting zoekend bij) de Europese aanbestedingsrichtlijn is dit amendement niet in strijd met Europees recht.

De huidige Wmo kent geen bepalingen omtrent aanbesteden. Wel schrijft de Wmo voor dat gemeenten de maatschappelijke ondersteuning zoveel mogelijk laten verrichten door derden. De verplichting voor aanbestedende diensten om Wmo-diensten aan te besteden vloeit dan ook niet voort uit de Wmo, maar is rechtstreeks het gevolg van Europese en Nederlandse aanbestedingsregels.

Ten slotte hebben gemeenten vaak eigen beleidsregels vastgesteld voor aanbesteden onder de Europese drempelwaarden aanvullend op het Bao. De aanbestedende dienst dient zich in dat geval ook aan deze regels te houden.

Contra legem

Zoals tijdens de behandeling van het voorstel van wet van het lid Leijten tot wijziging van de Wmo ter bevordering van de kwaliteit van de maatschappelijke ondersteuning en in verband met de aanbesteding van huishoudelijke verzorging is aangegeven, is dit voorstel in de ogen van de regering in strijd met Europees recht, in het bijzonder het Europese aanbestedingsrecht.

In het voorstel van wet is opgenomen dat het college van B&W **niet verplicht** is tot het uitschrijven van een aanbesteding. Het oordeel dat een dergelijke bepaling strijdig is met het Europese recht is gebaseerd op het navolgende.

Nederland is niet competent om regelgeving op te stellen op het gebied van aanbesteden die afwijkt van de verplichtingen in de genoemde Europese richtlijn. Wanneer wordt voldaan aan de criteria die zijn genoemd in die richtlijn moet een publiekrechtelijke instelling een bepaalde dienst aanbesteden. Een andere keuze heeft deze instelling niet. Het is niet mogelijk om in een nationale wet een inperking op te nemen van de verplichtingen die voor aanbestedende diensten uit de Europese aanbestedingsrichtlijn volgen.

In de Wmo is de gemeente bevoegd om zelf de door haar gewenste in te kopen ondersteuning te definiëren, daarbij rekening houdend met de hiervoor genoemde CPC-codes en de daarbij behorende definities. Dit betekent dat een gemeente de dienst huishoudelijke verzorging op haar eigen gewenste manier kan invullen. Hierdoor kan huishoudelijke verzorging in de ene gemeente zo gedefinieerd worden dat het – met het oog op de bepalingen in de Europese richtlijn – gecategoriseerd dient te worden als een 2A-dienst, terwijl in een andere gemeente de huishoudelijke verzorging als een 2B-dienst gezien kan worden. In beide gevallen dient de gemeente de Europese aanbestedingsrichtlijn na te leven. In het eerste geval betekent dit een aanbesteding met inachtneming van het volledige regime van de aanbestedingsrichtlijn. In het tweede geval betekent dit een aanbesteding via het verlichte regime, onder andere zonder Europese aankondiging van de opdracht. Hetgeen wat hierover in het voorliggende initiatiefwetsvoorstel is opgenomen, namelijk dat een gemeente bij het door derden laten verrichten van de huishoudelijke

verzorging niet verplicht is tot het uitschrijven van een aanbesteding, is hiermee in strijd.

Het verschil tussen het amendement Hamer en Wolbert en het voorliggende initiatiefwetsvoorstel is derhalve dat het initiatiefwetsvoorstel afwijkt van de Europese aanbestedingsrichtlijn door aanbestedende diensten meer vrijheid toe te dichten dan zij op basis van hogere, Europese wetgeving hebben en het amendement niet.

Het gaat hierbij nadrukkelijk niet om een woordenspel. Zelfs indien een 2B-procedure niet als aanbesteden wordt gezien, dan nog is het betreffende voorstel van wet in strijd met Europees recht omdat het stelt dat voor *alle* zorgdiensten, ook die diensten die als 2A-diensten moeten worden geïnclassificeerd, een 2B-procedure gevolgd mag worden.

Bovenstaande zienswijze is ook bevestigd door de Europese Commissie in haar brief van 8 april 2010 (bijlage bij Kamerstuk II 2009/10, 31 353, nr. 10). In deze brief wordt voorts gesteld: «Gezien de wettelijke verplichting van gemeenten om huishoudelijke verzorging te verlenen, is het aannemelijk dat gemeenten de ontvanger van subsidie verplichten om diensten te verlenen. In dat geval zal de subsidierelatie meestal een overheidsopdracht inhouden waarop de Richtlijn van toepassing is». Overigens heeft de Europese Commissie in deze brief niet gesteld dat huishoudelijke verzorging per definitie een 2A-dienst is. Zij heeft aangegeven dat dit afhangt van de omschrijving van de te gunnen opdracht. Ook de Raad van State heeft in zijn advies aangaande het initiatiefwetsvoorstel (Kamerstukken II 2009/10, 31 353, nr. 4) aangegeven dat de toepasselijke Richtlijn niet voorziet in een dergelijke uitzondering op de toepassing van de Richtlijn en dat het voorstel in strijd is met het Europese recht. Het voorstel is weliswaar aangepast naar aanleiding van dit advies, echter de aanpassing ziet alleen op de bewoording en niet op de materiële inhoud van het voorstel.

Indien het voorstel tot wet zou worden verheven komt Nederland de verplichtingen die voortvloeien uit de Europese verdragen niet na. Hierdoor loopt Nederland het risico dat de Europese Commissie een inbreukprocedure start. Indien Nederland in gebreke wordt gesteld en geen gehoor zou geven aan die ingebrekestelling, loopt Nederland een gerede kans veroordeeld te worden tot een boete en het betalen van een dwangsom totdat de Wmo weer in overeenstemming met het hogere, Europese recht is gebracht. De dwangsom varieert voor Nederland momenteel tussen de ruim € 4 duizend en ruim € 260 duizend per dag afhankelijk van de ernst en duur van de inbreuk. De boete varieert voor Nederland vanaf € 3,6 miljoen maar kan oplopen tot € 10,7 miljoen voor een ernstige inbreuk die 12 maanden duurt. De exacte hoogte van deze bedragen worden bepaald door het Hof van Justitie van de EU.

In het geval dat een dwangsom door de Europese rechter zou worden opgelegd wegens onjuiste wet- of regelgeving die door het Rijk is vastgesteld, zou deze niet worden doorberekend aan een gemeente die conform nationale wetgeving heeft gehandeld. Wel kunnen (potentiële) aanbieders in het geval een gemeente ten onrechte een 2B-procedure heeft doorlopen, deze aanbesteding met een beroep op het Europees recht bij de rechter aanvechten.

Conclusie

De regering is dan ook van mening dat het tot wet verheffen van het voorliggende initiatiefwetsvoorstel – met het oog op het in strijd zijn van dit voorstel met het Europees recht – zeer onwenselijk is. Indien het

voorstel wet zou worden, worden gemeenten in een lastige positie gebracht en zal dit de gewenste duidelijkheid omtrent de aanbestedingsregels zeker niet ten goede komen.

De staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
M. L. L. E. Veldhuijzen van Zanten-Hyllner