

Vergaderjaar 2008–2009

31 353

Voorstel van wet van het lid Kant tot beëindiging van de verplichting tot het aanbesteden van maatschappelijke ondersteuning

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENER

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 17 april 2008 en de reactie van de indiener d.d. 1 april 2009, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 22 februari 2008 heeft de Tweede Kamer bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het Voorstel van wet van het lid Kant tot beëindiging van de verplichting tot het aanbesteden van maatschappelijke ondersteuning, met memorie van toelichting.

Het initiatiefvoorstel strekt ertoe de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) zodanig te wijzigen dat de verplichting tot het aanbesteden van maatschappelijke ondersteuning komt te vervallen en de kwaliteit en continuïteit van de maatschappelijke ondersteuning worden gegarandeerd. De indiener is van oordeel dat concurrentie en marktwerking ten koste gaan van de kwaliteit, scholing en arbeidsomstandigheden van het personeel. Verder leidt aanbesteding tot een concurrentie om de prijs en niet tot een afgewogen prijs-kwaliteitverhouding, aldus de indiener. Door de gemeente te verplichten de kwaliteit en continuïteit van de maatschappelijke ondersteuning te garanderen en door de aanbestedingsverplichting te laten vervallen, beoogt de indiener deze problemen te ondervangen.

De Raad van State maakt de volgende opmerkingen.

1. Inhoud en karakter van de Wmo

In de Wmo is nadrukkelijk gekozen voor een sturingsfilosofie waarin de gemeenten verantwoordelijk worden gesteld voor het beleidsterrein dat met deze wet wordt bestreken. Aan deze sturingsfilosofie ligt de opvatting ten grondslag dat maatschappelijke ondersteuning individueel maatwerk vereist.¹ De gemeente draagt zorg voor adequate voorzieningen op maat tegen zo gering mogelijke kosten. Bovendien biedt een gemeentelijke regierol de mogelijkheid activiteiten in de sfeer van de ondersteuning van maatschappelijke participatie in verband te brengen met ander gemeentelijk beleid, zoals de bijstand en de volkshuisvesting. Een belangrijk oogmerk van de Wmo is dit samenhangende lokale beleid om participatie van alle burgers mogelijk te maken en te bevorderen, dicht bij de burger uit te voeren door een daarvoor goed toegeruste gemeente. De positie van de gemeente in het krachtenveld van maatschappelijke ondersteuning is dan ook aanzienlijk versterkt. Deze beleidsontwikkeling is al begonnen met de Welzijnswet 1994. Met de inwerkingtreding van de Wet

¹ Kamerstukken II 2004/05, 30 131, nr. 3, blz. 9, waarbij tevens verwezen wordt naar het rapport «Bevrijdende kaders» van de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling.

voorzieningen gehandicapten is de verantwoordelijkheid van de gemeenten voor de maatschappelijke participatie van ouderen en gehandicapten aanmerkelijk toegenomen. De Wmo is nog een stap verder gegaan in deze ontwikkeling.¹

In de kosten van het door de Wmo uitgebreide gemeentelijke takenpakket is voorzien door toevoeging van gelden aan het gemeentefonds. Er is gekozen voor financiering via het gemeentefonds om de gemeentelijke beleidsvrijheid te maximaliseren en de uitvoeringslasten van de gemeenten te minimaliseren. Voor de lokale bestuurlijke verhoudingen en de interbestuurlijke verhoudingen geeft de Gemeentewet het kader. Met de Wmo zijn extra eisen aan het goed functioneren van het lokale bestuurlijke proces toegevoegd. Het gaat om de verplichting tot het vierjaarlijks opstellen van een plan met betrekking tot de hoofdzaken van het Wmo-beleid, tot het vinden van maximaal lokaal draagvlak, tot maximale transparantie van het gemeentelijk beleid en tot verantwoording op het lokale niveau.²

Voor wat betreft de uitvoering van de maatschappelijke ondersteuning schrijft de Wmo voor dat zoveel mogelijk derden, en niet de gemeenten zelf, deze ter hand nemen, hetgeen vóór de inwerkingtreding van de Wmo ook al veelal het geval was.

De initiatiefnemer heeft drie voorstellen ingediend die betrekking hebben op het vaststellen van basistarieven voor huishoudelijke verzorging, de beëindiging van de verplichting tot aanbesteding van maatschappelijke ondersteuning en de financiering van de huishoudelijke verzorging door middel van specifieke uitkeringen.³

De Raad merkt op dat landelijk vastgelegde gedetailleerde normen waaraan bepaalde voorzieningen moeten voldoen niet passen in de sturingsfilosofie die in de Wmo is gekozen. Dit geldt evenzeer voor ingrepen in de wijze van financieren. Ook die leiden ertoe dat de gemeentelijke beleidsvrijheid geweld wordt aangedaan. Zij vormen inbreuken op de grondslagen van de Wmo. De voorgestelde wijzigingen roepen een halt toe aan de in gang gezette ontwikkeling tot verbreding van de gemeentelijke verantwoordelijkheden en bevoegdheden een halt wordt toegeroepen en dat wordt teruggekeerd naar de situatie van vóór de Welzijnswet 1994. Een dergelijke ommekeer zal door de gemeenten worden ervaren als een inbreuk op een reeds jaren geleden ingezette, gestage lijn van verbreding en verdieping van de gemeentelijke verantwoordelijkheid op deze terreinen. Aan de voorstellen lijkt de gedachte ten grondslag te liggen dat de lokale democratie van geringere betekenis is dan die op landelijk niveau. Deze gedachte is, zo meent de Raad, onjuist.

De Raad adviseert de voorstellen te toetsen aan de uitgangspunten van de Wmo.

1. Aan het advies van de Raad van State is gehoor gegeven door een aanvulling van de memorie van toelichting. Met name in paragraaf la wordt daarin thans uitgebreid ingegaan op de verhouding tussen de drie wetsvoorstellen en de uitgangspunten van de Wmo, alsmede op de beleidsontwikkelingen vanaf de Welzijnswet 1994. De indiener wil daarbij benadrukken dat zij de lokale democratie niet van geringere betekenis acht dan die op landelijk niveau. Zij beoogt slechts door het instellen van landelijke regels de positie van zorgbehoevende burgers onder verschillende lokale omstandigheden te waarborgen.

2. De problematiek

Met de voorgestelde wijziging van artikel 10 Wmo en invoeging van het nieuwe artikel 10a Wmo dient, naar het oordeel van de indiener, het college van burgemeester en wethouders de kwaliteit en continuïteit van de maatschappelijke ondersteuning te garanderen en vervalt de verplichting om maatschappelijke ondersteuning zo veel mogelijk door derden te laten verrichten.

Bij de totstandkoming van het geldende artikel 10 Wmo vond de regering het van belang dat de werkzaamheden in beginsel aan derden zouden worden uitbesteed, omdat de gemeenten zich dan beter zouden kunnen concentreren op de kerntaak van de integrale beleidsvorming. Daarbij is een parallel getrokken met de Wet werk en bijstand in relatie tot de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen.⁴

¹ Kamerstukken II 2004/05, 30 131, nr. 3, blz. 7.

² Artikelen 3, 5, 9, 11 en 12 Wmo.

³ Gelet op de samenhang van de voorstellen (no. W13.08.0066/I, no. W13.08.0073/I en no. W13.08.0082/I) en de gerichtheid ervan op dragende elementen van de Wmo heeft de Raad de adviezen over de drie voorstellen van een gelijke introductie voorzien.

⁴ In dat verband zijn gemeenten verplicht de werkzaamheden ten behoeve van de arbeidsinschakeling van personen te laten uitvoeren door derden die in het kader van de uitoefening van beroep of bedrijf de inschakeling van personen in de arbeid bevorderen.

Dat zich in de praktijk gevallen voordoen waarin cliënten onvoldoende zorg dan wel zorg van onvoldoende kwaliteit ontvangen, onderbouwt de indiener niet op basis van onderzoeksfeiten. Ingevolge artikel 3, vierde lid, onderdeel d, Wmo rust op de gemeente de verplichting een kwaliteitsbeleid te voeren. De gemeenten dienen in een plan aan te geven welke maatregelen zij nemen om de kwaliteit te borgen van de wijze waarop de maatschappelijke ondersteuning wordt uitgevoerd.¹ De stellingname dat een alfahulp minder kwaliteit biedt dan een huishoudelijke hulp, wordt niet toegelicht. De Raad meent dat beide vormen van hulp passend kunnen zijn voor onderscheiden geïndiceerde vormen van zorg, afhankelijk van de persoonlijke omstandigheden van de zorgvrager. Bovendien kan de betrokkene bezwaar maken indien de geïndiceerde huishoudelijke verzorging niet toereikend is, dan wel besluiten een nieuwe indicatie aan te vragen.

Ook uit de tekst van het nieuwe artikel 10, eerste en derde lid, blijkt niet aan welke kwaliteitscriteria moet worden voldaan. Zorg van mindere kwaliteit wordt aldus niet voorkomen.

Voorts heeft de in het tweede lid van artikel 10 voorgestelde opheffing van de verplichting om maatschappelijke ondersteuning door derden te laten verrichten ook gevolgen voor het voorzien in aanpassingen aan de woning en de vervoersvoorzieningen.² De noodzaak hiertoe wordt niet toegelicht. Om een oordeel te kunnen vormen over tekortkomingen in de kwaliteit en de continuïteit van de maatschappelijke ondersteuning kan een grondige analyse van de kwaliteit van de verrichte ondersteuning niet gemist worden. De Raad adviseert hierin alsnog te voorzien. Tevens verdient het aanbeveling in de tekst en de toelichting concreet aan te geven op welke wijze en aan de hand van welke criteria de kwaliteit en continuïteit van de maatschappelijke ondersteuning moet worden gegarandeerd.

2. De initiatiefnemer onderschrijft het belang van een grondige analyse van de gevolgen van de invoering van de Wmo. De memorie van toelichting wordt thans derhalve nader onderbouwd aan de hand van een aantal onderzoeken die in dit kader zijn uitgevoerd, waarbij wordt ingegaan op het verschil tussen alfahulp en thuiszorgmedewerkers in loondienst en op de vraag waarom het inzetten van alfahulpen voor veel mensen onvoldoende compensatie kan bieden (zie met name paragraaf 1b). Onder «marktwerking» beschrijft de initiatiefnemer daarnaast waarom volgens haar het aanbesteden een van de oorzaken is van de ervaren problemen in de huishoudelijke verzorging. Tevens zijn opgenomen de ontwikkelingen die zich sinds het einde van 2008 aftekenen, nadat dus vrijwel alle herindicaties hebben plaatsgevonden, en wordt ingegaan op de kwaliteitscriteria die in dit kader van belang zijn. Het wetsvoorstel is bovendien aangepast naar aanleiding van dit advies. De inhoud van het thans geldende artikel 10 Wmo wordt daarbij in stand gelaten, zodat de verplichting om maatschappelijke ondersteuning zo veel mogelijk door derden te laten verrichten in het algemeen in stand blijft. Gelet op de in de memorie van toelichting geschetste problematiek, wordt door een nieuw derde lid bij artikel 10 het verlenen van de huishoudelijke verzorging echter wel buiten de toepassing van dat artikel gelaten.

De inhoud van het eerder voorgestelde artikel 10 Wmo is in gewijzigde vorm in een nieuw artikel 9a Wmo opgenomen. Daarbij is thans in het eerste lid voorzien in een verplichting voor het college van burgemeester en wethouders om voortdurend zorg te dragen voor de kwaliteit en de continuïteit van de maatschappelijke ondersteuning. In de memorie van toelichting wordt verduidelijkt wat hieronder dient te worden verstaan. Het college dient door de bepaling in zijn besluitvorming in het kader van de Wmo steeds te waken voor de kwaliteit en de continuïteit van de maatschappelijke ondersteuning, wat naar het oordeel van de indiener een duidelijkere kwaliteitswaarborg voor de maatschappelijke ondersteuning vormt dan de verplichting, bedoeld in artikel 3, vierde lid, onderdeel d, van de Wmo. Het voorgestelde tweede artikellid biedt daarbij een specifieke waarborg bij het uitbesteden van maatschappelijke ondersteuning aan derden. Daarnaast is in het voorgestelde artikel 9a, derde lid, Wmo een grondslag toegevoegd voor het vaststellen van een algemene maatregel voor bestuur, mochten gemeenten hier in gebreke blijven. Op deze wijze kunnen desnoods nadere regels worden vastgesteld. Het opschrift en de considerans van het wetsvoorstel zijn op deze wijzigingen aangepast.

¹ Voor de huishoudelijke verzorging die uit de AWBZ is overgekomen, gold gedurende 2007 de Kwaliteitswet zorginstellingen en toetsing door de IGZ.

² Artikel 4, eerste lid, onderdelen b en c, Wmo.

3. Afwijken van regels inzake aanbesteding

In artikel II wordt een nieuw artikel 10a Wmo voorgesteld, dat regelt dat de gemeente bij de uitbesteding van maatschappelijke ondersteuning kan afwijken van de Nederlandse en Europese aanbestedingsregels. De Raad merkt hierover op dat de toepasselijke aanbestedingsrichtlijn niet in een dergelijke uitzondering op de toepassing van die richtlijn voorziet.¹ Zelfs indien een uitzondering mogelijk zou worden geacht, dient rekening te worden gehouden met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, dat bij de verlening van opdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, de aanbestedende diensten niettemin verplicht zijn zich te houden aan algemene beginselen van Gemeenschapsrecht, zoals het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie.² Dit roept dan ook de vraag op of het beoogde doel met het voorgestelde artikel 10 Wmo zal kunnen worden bereikt. De Raad is gelet op het vorenstaande dan ook van oordeel dat het voorgestelde artikel 10a Wmo in strijd is met het Europese recht. De Raad adviseert het artikel opnieuw te bezien.

3. De initiatiefnemer heeft het wetsvoorstel op dit punt aangepast, waarbij het eerder voorgestelde artikel 10a Wmo is komen te vervallen. De initiatiefnemer blijft evenwel van mening dat aanbesteding van huishoudelijke verzorging niet verplicht is, waarop uitgebreid wordt ingegaan in de memorie van toelichting (zie met name paragraaf Ic), en waartoe thans de voorgenoemde voorziening in artikel 10, derde lid, Wmo wordt voorgesteld.

4. Financiële gevolgen

In de toelichting is geen aandacht besteed aan de financiële consequenties van het voorstel. Het in contracten vastleggen van prijzen die niet onder de kostprijs mogen liggen en van afspraken over goed werkgeverschap zullen in beginsel leiden tot kostenstijgingen, omdat rekening moet worden gehouden met loonkosten, sociale lasten en pensioenpremies, materiële kosten, kapitaal- en overheadkosten. Hogere aanbestedingsbedragen komen ten laste van het gemeentelijk Wmo-budget. De Raad adviseert in de toelichting hierop in te gaan.

De initiatiefnemer heeft naar aanleiding van dit advies in de memorie van toelichting een paragraaf opgenomen over de eventuele financiële gevolgen van het wetsvoorstel (paragraaf Id).

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

De indiener,
Kant

¹ Richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEU L 134). Zie in dit verband ook Zaak C-340/04, Carbotermo, Jurispr. 2006, blz. I-4137, r.o. 45, waarin het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen oordeelde, dat de enige uitzonderingen die op de toepassing van de richtlijn zijn toegestaan, daarin limitatief en uitdrukkelijk zijn genoemd.

² Zie onder andere zaken C-231/03, Coname, Jurispr. 2005, blz. I-7287; C-485/03, Parking Brixen, Jurispr. 2005, blz. I-8585; C-6/05, Medipac-Kazantzidis AE, arrest van 14 juni 2007, n.n.g.