

Hoofdstuk 1

Inleidend hoofdstuk

1.1 **DUIDELIJKHEID OVER RECHTSINSTRUMENTEN TEN BEHOEVE VAN EEN GOEDE ORGANISATIE VAN SOCIALE DIENSTEN**

In 2016 en 2018 deed het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) een tweetal belangrijke uitspraken, die in Nederland en dan vooral in het sociaal domein, nieuwe perspectieven deed openen. In deze zaken, het betreft de zaak *Falk Pharma* uit 2016 en de zaak *Tirkkonen* uit 2018, legt het HvJ EU de reikwijdte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen nader uit en verduidelijkt dat overheidscontracten die zonder selectie tussen geïnteresseerde ondernemers worden toegekend, niet onder die richtlijnen vallen; die hoeven dan ook niet te worden aanbesteed.¹ In deze beide zaken, die speelden in Duitsland en in Finland en respectievelijk kortingsovereenkomsten voor medicijnen en contracten voor landbouwadviesdiensten betroffen, worden door een publieke instantie contracten gesloten met alle geïnteresseerde leveranciers dan wel aanbieders die aan bepaalde randvoorwaarden (geschiktheids- en financiële eisen) voldoen. Vervolgens kunnen derden, vaak de gebruikers en in deze zaken respectievelijk apothekers/patiënten en landbouwers, zelf voor een aanbieder kiezen uit de lijst gecontracteerde aanbieders. In deze zaken legt het HvJ EU uit:

*‘De keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, is [...] een element dat intrinsiek verbonden is met de bij deze richtlijn ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en bijgevolg met het begrip “overheidsopdracht” in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), hiervan’.*²

Als er door een publieke instantie geen keuze wordt gemaakt voor één of meerdere aanbiedingen en dus van aanbieders, dan is volgens het Hof geen sprake van een overheidsopdracht als bedoeld in de EU-aanbestedingsrichtlijnen. Overheidscontracten die zonder selectie aan iedere geïnteresseerde aanbieder worden toegekend, hoeven dus niet te worden aanbesteed.

Deze arresten leidden tot belangrijke inzichten voor het sociaal domein. In de jaren voorafgaand – en ook tussen – deze arresten was namelijk veel maatschappelijke ophef én politieke discussie ontstaan over een vermeende (Europese) aanbestedingsverplichting voor diensten in het sociaal domein.³ Toen echter met het oog op deze

1. HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma*) en HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*).
2. *Falk Pharma*, r.o. 38; zie ook: *Tirkkonen*, r.o. 30.
3. Zie *Kamerstukken II 2017/18, 34477*, nr. 38; zie ook het initiatiefvoorstel en de memorie van toelichting 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: *Kamerstukken II 2018/19, 35105*, nr. 2 (initiatiefvoorstel), *Kamerstukken II 2018/19, 35105*, nr. 3 (memorie van

arresten de contracten gesloten tussen gemeenten en zorgaanbieders nog eens goed onder de loep werden genomen, bleek dat mogelijk een behoorlijk aantal van deze contracten die gemeenten door middel van een aanbesteding in de markt zetten, helemaal niet onder de Europese aanbestedingsverplichting vielen. Veel overeenkomsten werden namelijk gesloten met iedere geïnteresseerde zorgaanbieder die aan de geschiktheidseisen voldeed en waarbij de cliënt vervolgens voor één van de zorgaanbieders mocht kiezen.⁴ Zo volgde uit een analyse over het jaar 2018 dat van alle zorg in het sociaal domein die door gemeenten werd georganiseerd, in totaliteit ruim 90% buiten de werkingssfeer van de Europese aanbestedingsregels zou vallen.⁵ Overigens kiezen gemeenten anno heden, mede met het oog op het belang van kwalitatief hoogstaande zorg, weer vaker voor het contracteren van een aantal ‘beste’ zorgaanbieders, door het volgen van een aanbestedingsprocedure.⁶

Deze manier van contracteren – waarbij door gemeenten geen keuze voor een zorgaanbieder wordt gemaakt – wordt sindsdien in Nederland het openhousemodel genoemd, vernoemd naar het ‘*Open-House-Modell*’ uit de Duitse zaak *Falk Pharma*.⁷ Hier zij alvast opgemerkt dat de diensten in het sociaal domein als bedoeld in dit onderzoek, verder zullen worden aangemerkt als sociale diensten. Daaronder worden verstaan, die diensten die gemeenten op grond van de decentralisatiewetten in het sociaal domein voor haar inwoners dienen te organiseren, zoals jeugdzorg, schuldhulpverlening en Wmo-diensten; onder Wmo-diensten vallen bijvoorbeeld diensten van beschermd wonen, huishoudelijke hulp en persoonlijke verzorging.⁸

De verwarring tussen de overheidsopdracht en het openhousemodel is niet de enige onduidelijkheid die er in het sociaal domein is ontstaan als het gaat om de verschillende instrumenten die gemeenten kunnen kiezen om sociale diensten te organiseren. In het sociaal domein in Nederland is namelijk een onduidelijke situatie ontstaan over het hele palet aan verschillende instrumenten die gemeenten kunnen kiezen om sociale diensten voor hun inwoners te organiseren en de scheidslijnen tussen deze verschillende instrumenten.⁹

Daarbij spelen twee ontwikkelingen een belangrijke rol. Allereerst zijn gemeenten op grond van de decentralisatiewetten, de Jeugdwet, de Wmo 2015 en de Participatiewet in 2015, geheel verantwoordelijk geworden voor het organiseren van cruciale diensten met betrekking tot jeugdzorg, maatschappelijke ondersteuning en participatie voor hun inwoners.¹⁰ Eerder, in 2012, waren gemeenten ook reeds verant-

toelichting). Zie bijv. ook: Jorritsma & Wester, NRC 3 mei 2017 en ‘Verzet tegen aanbesteden jeugdzorg: “Kinderen schieten er niks mee op”’, NOS 16 december 2018.

4. Zie bijv. Uenk e.a. 2018; zie hierover ook: Uenk 2019.

5. Uenk e.a. 2018, p. 6, 28 en 38.

6. Zie Uenk & Wind 2020.

7. *Falk Pharma*, r.o. 31.

8. Zie voor een uitgebreide definitie hierna par. 1.5.

9. Zie ook: Manunza & Telgen, *Stcrt*. 2017.

10. Voor de betreffende wetten, zie: Wet van 1 maart 2014 inzake regels over de gemeentelijke verantwoordelijkheid voor preventie, ondersteuning, hulp en zorg aan jeugdigen en ouders bij opgroei- en opvoedingsproblemen, psychische problemen en stoornissen (Jeugdwet); Wet van 9 juli 2014, houdende regels inzake de gemeentelijke ondersteuning op het gebied van zelfredzaamheid, participatie, beschermd wonen en opvang (Wet maatschappelijke ondersteuning 2015); Wet van 9 oktober 2003, houdende vaststelling van een wet inzake ondersteuning bij arbeidsinschakeling en verlening van bijstand door gemeenten (voorheen: Wet werk en bijstand, vanaf 2015: Participatiewet). Zie ook de memorie van toelichting bij deze wetten: *Kamerstukken II 2012/13*, 33684, nr. 3

woordelijk geworden voor de schuldhulpverlening.¹¹ Ook waren met de Wmo 2007 reeds taken naar de gemeenten overgeheveld. Per 1 januari 2022 is tevens de inburgering aan het gemeentelijk takenpakket toegevoegd.¹² Daarmee hebben gemeenten er dus een nieuwe en omvangrijke taak bij gekregen, die betrekking heeft op de hulp en ondersteuning aan kwetsbare personen, zoals ouderen, mensen met een beperking, chronisch psychische of psychosociale problemen, jeugdigen en vluchtelingen.

Een tweede belangrijke ontwikkeling is de introductie van selectie op basis van prijs en kwaliteit in het sociale zorglandschap, juist in het jaar voor de decentralisaties van 2015. Met Richtlijn 2014/24/EU en 2014/23/EU zijn overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor sociale diensten namelijk onder de volledige werking van de aanbestedingsrichtlijnen gebracht, zij het dat daarop een speciaal licht regime van toepassing is.¹³

Te midden van deze ontwikkelingen is in de praktijk van het sociaal domein vervolgens onduidelijkheid ontstaan over de verschillende instrumenten die gemeenten kunnen hanteren en de scheidlijnen daartussen. Gemeenten kunnen er namelijk allereerst voor kiezen om deze diensten zelf uit te voeren, ook wel inbesteden genoemd, dan wel de diensten door private marktpartijen te laten uitvoeren (ook wel: uitbesteden).¹⁴ Wanneer zij ervoor kiezen om de diensten door private marktpartijen te laten organiseren, hebben zij vervolgens een aantal keuzemogelijkheden omdat zij in beginsel kunnen kiezen voor de overheidsopdracht, de concessie, de vergunning of de subsidie. In de praktijk worden deze verschillende instrumenten echter met elkaar verward. Zo worden contracten voor de uitvoering van sociale diensten onderworpen aan een aanbestedingsprocedure, terwijl die contracten geen overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijn vormen; deze contracten hoeven dus niet te worden aanbesteed. Bovendien bestaat er verwarring tussen de overheidsopdracht en de subsidie als er rechtstreeks, zonder het volgen van een aanbestedingsprocedure, subsidies worden verstrekt die in feite verkapte overheidsopdrachten vormen. Verder wordt inmiddels expliciet gekozen voor het hierboven genoemde ‘openhousemodel’.¹⁵ De vraag die hier echter rijst is wat dit voor instrument is en, daarmee samenhangend, welk juridisch kader daarop van toepassing is. Ook worden er in de praktijk diverse nieuwe inkoopprocedures ontwikkeld om sociale diensten op een goede en passende wijze te organiseren, zoals het ‘Zeeuws model’ of ‘dialooggericht contracteren’. In de volgende paragraaf zal ik op deze procedures nader ingaan. Hier ontstaan vragen naar hun rechtmatigheid en het juridisch kader dat daarop van toepassing is. Daarbij speelt een rol dat in Nederland de wetgever slechts summier gehoor heeft gegeven aan

(Jeugdwet); *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3 (Wmo 2015); *Kamerstukken II* 2011/12, 33161, nr. 3 (Participatiewet).

11. Op grond van de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening; Wet van 9 februari 2012 tot het geven aan gemeenten van de verantwoordelijkheid voor schuldhulpverlening.
12. Zie: Wet Inburgering 2021.
13. Het betreft: 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 L 94/65* (ook wel Richtlijn klassieke sectoren) en Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *PbEU L 94/1* (ook wel: concessierichtlijn).
14. Zie hierover o.a.: Manunza & Berends 2013, p. 347; Janssen 2018, p. 123.
15. Vgl. Uenk e.a. 2018; Uenk, Wind & Telgen 2019; Uenk & Wind 2020.

de oproep uit de Europese aanbestedingsrichtlijn om een specifieke aanbestedingsprocedure te ontwikkelen voor sociale diensten, die ruimte biedt om met de behoeften rondom sociale diensten rekening te houden.¹⁶

Het is in het kader van een goede organisatie van sociale diensten van belang dat duidelijkheid bestaat over deze instrumenten en hun scheidslijnen en onduidelijkheid daarover wordt weggenomen.¹⁷ Allereerst omdat overheden vanuit hun functie maar ook in het kader van de rechtszekerheid worden geacht de juiste benaming voor het juiste instrument te gebruiken.¹⁸ Daarnaast omdat alle instrumenten functioneren binnen verschillende juridische kaders, die verschillende doelen beogen. Daarbij zien die kaders erop toe dat de verschillende belangen van betrokkenen, die bij het inzetten van een instrument door de overheid kunnen worden geraakt, worden beschermd. Zo kennen de overheids- en concessieopdracht een uitgebreide regeling op EU-niveau. Om ontduiking en omzeiling van EU-recht tegen te gaan, moeten dan ook alle handelingen die als een overheids- en concessieopdracht zijn aan te merken, aan de regels van de EU-aanbestedingsrichtlijnen voldoen. Daarover hierna in paragraaf 1.4 meer.

Verder is het ook van belang dat overheden (doel)bewust voor een instrument kiezen en deze op de juiste wijze (doelmatig) inzetten om beoogde doelen te bereiken. Elke keuze voor het ene dan wel een ander instrument kan namelijk verschillende effecten hebben op de goede zorg, bijvoorbeeld wat betreft het aanbod en de kwaliteit van sociale diensten en de wijze waarop de diensten aan inwoners worden aangeboden. In dat kader dienen overheden helderheid te hebben over de instrumenten die zij kunnen kiezen en hoe zij die kunnen dan wel moeten toepassen en wat de effecten zijn van het gebruik van de verschillende instrumenten. Om doelbewust te kunnen kiezen en het juiste juridische kader toe te passen is het dan ook van cruciaal belang dat duidelijkheid bestaat, zowel over deze keuzemogelijkheden, als over de scheidslijnen tussen de te kiezen instrumenten. In dit onderzoek worden deze instrumenten daarbij ook wel aangeduid als 'rechtsinstrumenten', omdat het instrumenten betreft die het recht aanreikt om deze diensten te organiseren.¹⁹

Terzijde dient daarbij nog te worden opgemerkt dat de problematiek van de onduidelijkheid over de scheidslijnen tussen rechtsinstrumenten niet alleen speelt in het sociaal domein in Nederland, maar dat deze problematiek sectoroverstijgend is en gezien de Europese jurisprudentie ook voorkomt in andere Europese lidstaten. Zo volgt uit de jurisprudentie dat onduidelijkheid of sprake is van een subsidie of

16. In art. 2.39 Aw 2012 zijn slechts basiselementen neergelegd, zonder dat duidelijk is gemaakt hoe een gunningsprocedure voor sociale diensten eruit moet zien.

17. In plaats van verwarring en onduidelijkheid hanteert Manunza in breder verband ook wel de term 'misvattingen'. Vgl. Manunza, *SEW 2004*. Oorzaken voor dergelijke 'misvattingen' die Manunza aanwijst en die ook in dit onderzoek een rol kunnen spelen, zijn dan o.m.: het feit dat het aanbestedingsrecht vooral vanuit nationaalrechtelijk perspectief wordt benaderd, de onvoldoende bekendheid van de overheid met het systeem van Europees recht en zijn algemene leerstukken en de gebrekkige ambitie om de Nederlandse regels goed in het Europese systeem in te passen.

18. Vgl. Van Ommeren, *NTB 2020/257* (in het kader van het onderscheid tussen de concessie, vergunning en subsidie).

19. Zie voor een uitgebreidere definitie van dit begrip par. 1.5. Overigens kunnen deze instrumenten dus ook ingezet worden om andere diensten te organiseren, maar in dit boek is dit toegespitst op sociale diensten.

overheidsopdracht, van een overheidsopdracht of openhousemodel, of van een overheidsopdracht of concessie, ook bestaat bijvoorbeeld bij het organiseren van (landbouw)adviesdiensten, schoonmaakdiensten, ambulancediensten of ICT-diensten.²⁰ Deze onduidelijkheid kan in feite steeds plaatsvinden waar overheden taken door middel van verschillende instrumenten kunnen organiseren. In dit boek wordt de problematiek echter besproken in het kader van de taken die gemeenten hebben om sociale diensten te organiseren.²¹ De bevindingen die in dit boek worden gedaan, zijn echter tevens bruikbaar voor andere sectoren, omdat ook bij andere sectoren steeds dezelfde scheidslijnen van belang zijn om het onderscheid tussen de instrumenten te kunnen maken.

1.2 CONTEXT EN ACHTERGRONDEN VAN DE PROBLEMATIEK

De hierboven beschreven onduidelijkheid over de scheidslijnen tussen rechtsinstrumenten, en daarmee samenhangend ook de keuzemogelijkheden om sociale diensten te organiseren, vindt plaats binnen een specifieke context. Deze context is van belang, zowel om de huidige verwarring tussen rechtsinstrumenten beter te begrijpen, alsook omdat deze context het belang onderstreept van meer duidelijkheid over de afbakening tussen deze instrumenten. Hieronder passeren vier van de belangrijkste onderdelen van deze context de revue, namelijk: een context van decentralisatie, stijgende zorgkosten en vergrijzing (1.2.1), van een veranderende financieringsrol van de overheid (de gemeente) in het sociaal domein (1.2.2) van gefragmenteerde regelgeving in een veranderende Europese context (1.2.3) en van actoren in dienstentriades (1.2.4).

1.2.1 Decentralisatie van het sociaal domein, stijgende zorgkosten en vergrijzing

Een omvangrijke nieuwe maatschappelijke opgave voor gemeenten

Met de Jeugdwet, Wmo 2015 en Participatiewet in 2015, is de decentralisatie van het sociaal domein een feit geworden. Hoewel met de Welzijnswet in 1987, met de Wmo 2007 en de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening in 2012, reeds enkele taken werden gedecentraliseerd, is met de overheveling van de taakstelling voor de uitvoering van de Jeugdwet, Wmo 2015 en Participatiewet in dat jaar de gehele organisatie van het sociaal domein bij de gemeenten komen te liggen. Zo dienen gemeenten er op basis van de Jeugdwet voor zorg te dragen dat alle kinderen in Nederland gezond en veilig kunnen opgroeien, hun talenten kunnen ontwikkelen en naar vermogen kunnen participeren in de samenleving. In dat kader dienen zij daarom te voorzien in diensten variërend van ambulante jeugdhulp tot verblijf in jeugdzorginstellingen. Op grond van de Wmo 2015 dienen gemeenten te voorzien in sociale diensten ter ondersteuning van de zelfredzaamheid en participatie van

20. Zie o.a.: HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*); HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385 (*Piepenbrock*); HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 (*Stadler/Passau*); HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*Stadt Köln*). Deze arresten worden in de volgende hoofdstukken nader besproken.

21. Zo kan deze verwarring gezien de later in dit onderzoek te bespreken (vooral Europese) jurisprudentie ook bestaan in vele andere sectoren, als daarvan voorbeelden zijn uit bijvoorbeeld de bouwsector, landbouwadviessector, medische zorgsector, en in andere lidstaten, zoals Italië, Finland en Duitsland.

mensen met een beperking, chronische, psychische of psychosociale problemen, zodat zij zo lang mogelijk in de eigen leefomgeving kunnen blijven. Dit gaat dan bijvoorbeeld om het voorzien in diensten van huishoudelijke hulp, persoonlijke verzorging en dagbesteding. Daarnaast dienen gemeenten op basis van deze wet ook te voorzien in beschermd wonen en opvang voor mensen met psychische of psychosociale problemen of voor mensen die niet meer thuis kunnen wonen, bijvoorbeeld als gevolg van huiselijk geweld. De Participatiewet belegt bij gemeenten de verantwoordelijkheid om ondersteuning te organiseren voor personen die niet in hun bestaan kunnen voorzien of aan het werk kunnen komen. Het gaat dan om diensten als arbeidsinschakeling, inkomensondersteuning en beschut werken. Daarmee hebben gemeenten er dus een omvangrijke nieuwe maatschappelijke opgave bij. Dit blijkt ook uit het feit dat het grootste deel van het totale budget waarover gemeenten heden ten dage beschikken, voor de jaren 2017 en 2018 bijna 61%, wordt uitgegeven aan het sociaal domein, waarvan ruim de helft van de uitgaven Jeugdwet en Wmo-diensten betreft.²²

De decentralisatieoperatie van het sociaal domein staat niet op zichzelf, maar maakt deel uit van een breder proces van decentralisaties ook op andere terreinen, dat reeds in gang werd gezet vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw.²³ In die tijd kwamen er namelijk steeds meer politieke, economische en praktische bezwaren tegen de centralistisch gestuurde verzorgingsstaat. Uit de Decentralisatienota van 1980 en het daarop voortbouwende Decentralisatieplan van 1983, blijkt dat een verbetering van de verhoudingen tussen het Rijk en de lagere overheden noodzakelijk werd geacht onder meer om de democratie op lager niveau nieuwe kansen en verantwoordelijkheden te bieden en om een doelmatigere werkwijze van de Nederlandse overheid te realiseren.²⁴ Uitgangspunt voor de komende jaren zou volgens het Decentralisatieplan worden dat taken uitgevoerd zullen worden op decentraal niveau, tenzij er een goede reden is voor centrale sturing.²⁵ Andere doelstellingen achter deze rijksbrede decentralisatie van taken waren het ontlasten van het overbelaste rijksapparaat, versterking van de lokale democratie, toegankelijkheid van het bestuur, en verkleining van de afstand tussen bestuurder en bestuurde.²⁶ Door Fleurke e.a. zijn in het algemeen de volgende doelstellingen van decentralisatie geïdentificeerd: integraal beleid (1), maatwerk (2), slagvaardigheid (3) en democratisering (4).²⁷ Deze doelstellingen zijn ook duidelijk terug te zien bij de decentralisatie in het sociaal domein.²⁸ Als het gaat om integraal beleid zouden gemeenten namelijk beter dan de centrale overheid in staat zijn om overlappende problematiek, zoals een samenloop van armoede, schulden en jeugd- of gezinszorg,

22. Zie bijv.: Steiner 2019, p. 7; zie over de toename verder ook: Telgen, Uenk & Lohmann, *Lucide* 2014, p. 60.

23. Zie o.a.: Boogers & Reussing 2018.

24. *Kamerstukken II* 1982/83, 16492, nr. 8 (Decentralisatieplan), p. 7.

25. *Kamerstukken II* 1982/83, 16492, nr. 8 (Decentralisatieplan), p. 3, 7.

26. Zie *Kamerstukken II* 1980/81, 16492, nr. 2 (Decentralisatienota 1980) en het Decentralisatieplan 1983, p. 7. Zie ook: Tjalma-den Oudsten, Laagland & Brinkman 2006, p. 4-5.

27. Fleurke, Hulst & De Vries 1997. Zie o.a. ook: Boogers e.a. 2008, p. 13; Boogers & Reussing 2018, p. 15.

28. Zie bijv. de MvT bij de decentralisatiewetten: *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3 (Jeugdwet); *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3 (Wmo 2015); *Kamerstukken II* 2011/12, 33161, nr. 3 (Participatiewet).

integraal aan te pakken.²⁹ Ook kan de gemeente op deze manier de professional de ruimte bieden om casusgericht te werken. Dit laatste wordt in de praktijk vaak uitgedrukt aan de hand van het motto: 'één gezin, één plan, één regisseur'.³⁰ Als het gaat om maatwerk, dan zou de gemeente beter in staat zijn om specifieke op de situatie toegespitste oplossingen te bieden, als zij een beter zicht heeft op de lokale omstandigheden en op de specifieke situatie van een hulpvragende cliënt.³¹ In die zin kunnen gemeenten dan ook met het oog op de derde geïdentificeerde doelstelling van decentralisatie slagvaardiger optreden: zij opereren dichter bij de burger en kunnen integrale maatwerkoplossingen bieden. Ook zouden zij sneller kunnen inspelen op gewijzigde omstandigheden.³² Ten slotte zouden gemeenten, overeenkomstig de laatste doelstelling van democratisering, herkenbaarder en toegankelijker zijn dan een meer centraal gedreven bestuur. Dit maakt bijvoorbeeld dat cliënten en overige betrokkenen de weg naar de overheid makkelijker zouden moeten weten te vinden, bijvoorbeeld voor hun hulpvraag, dan wel voor opmerkingen of klachten.

Over de decentralisatie van het sociaal domein valt dan ook steeds te lezen dat de overheveling van taken van de centrale naar de decentrale overheid de kwaliteit en doeltreffendheid van zorg ten goede komt omdat de sociale diensten dicht(er) bij de burger worden georganiseerd.³³ Met het oog op deze doelstellingen en de efficiënte aanpak die gemeenten dusdoende zouden kunnen verwezenlijken, past de centrale overheid daarbij een efficiencykorting toe op het budget dat gemeenten voor deze taak ontvangen: gemeenten krijgen minder budget dan de rijksoverheid voorheen zelf aan de taak besteedde.³⁴ Dit is niet alleen het geval bij de decentralisatie van sociale diensten, maar aangezien bovenstaande decentralisatie doelen altijd spelen bij de overheveling van taken naar het decentrale niveau, wordt bij decentralisatie vrijwel altijd gekort op budgetten.³⁵ Gemeenten kunnen immers door deze efficiënte en doelgerichte aanpak kosten besparen, is de gedachte.

Een nieuwe opgave plus: van verzorgingsstaat naar participatiesamenleving

De decentralisatie in het sociaal domein betekent voor gemeenten dus een omvangrijke en nieuwe opgave naast hun bestaande takenpakket. Bij de uitvoering van deze nieuwe taak hebben gemeenten echter ook een aanvullende opdracht meegereggen, namelijk om een andere manier van denken over (sociale) zorg te implementeren. In het sociaal domein zelf wordt in dat opzicht ook wel gesproken van een transitie en een transformatie, waarbij het eerste staat voor de verandering van de bestuurlijke structuur, namelijk het overhevelen van de taken van het Rijk naar de gemeenten en alle gevolgen die daarmee samenhangen voor de organisatie

29. Zie hierover bijv.: CPB Notitie 2013, p. 9.

30. Zie ook o.a. Regeerakkoord 2012, p. 24.

31. Zie hierover bijv.: CPB Notitie 2013, p. 8.

32. Fleurke, Hulst & De Vries 1997.

33. Zie bijvoorbeeld de MvT bij de decentralisatiewetten: *Kamerstukken II 2012/13*, 33684, nr. 3 (Jeugdwet); *Kamerstukken II 2013/14*, 33841, nr. 3 (Wmo 2015); *Kamerstukken II 2011/12*, 33161, nr. 3 (Participatiewet). Zie ook: Pommer & Boelhouwer 2016; Pommer & Boelhouwer 2017; Pommer e.a. 2018 (Overall rapportages sociaal domein van 2015, 2016 en 2017).

34. Dit gebeurde wel gefaseerd, zie bijv.: Rapport Raad voor de financiële verhoudingen 2017, p. 9.

35. Zie Boogers e.a. 2008; Boogers & Reussing 2018, p. 15. Tjalma-den Oudsten, Laagland & Brinkman 2006, p. 5.

van de uitvoering, zoals de nieuwe wet- en regelgeving en de nieuwe financiële verhoudingen, en waarbij het tweede, transformatie, staat voor het implementeren van een cultuurverandering en een zorginhoudelijke vernieuwing.³⁶

Net als andere Europese landen, heeft Nederland te maken met stijgende zorgkosten, onder meer veroorzaakt door demografische ontwikkelingen, toegenomen welvaart en nieuwe (medische) technologieën.³⁷ Een belangrijke kwestie die daarbij om aandacht vraagt is de vergrijzing van de bevolking: het aandeel ouderen in de samenleving neemt toe. Zo blijkt bijvoorbeeld uit prognoses van het CBS dat het aantal inwoners in Nederland van 65 jaar en ouder in de periode van 2020 tot 2060 gestaag doorgroeit van bijna 3,4 miljoen in 2020 naar bijna 5 miljoen in 2060, ten opzichte van een totale bevolkingsgroei van respectievelijk ongeveer 17,5 miljoen naar 19,5 miljoen.³⁸ Daarbij wordt ook gesproken van een ‘dubbele vergrijzing’, als niet alleen de groep ouderen een relatief groter aandeel vormt van de Nederlandse samenleving, maar ook de gemiddelde leeftijd steeds hoger komt te liggen. Als gevolg daarvan neemt de bevolking die zorg nodig heeft toe, maar krimpt tegelijkertijd de potentiële beroepsbevolking die de zorg zal kunnen verlenen.³⁹ Het is dan ook niet verwonderlijk dat het RIVM in onderzoek vaststelde dat zorgkosten, onder meer voor ouderenzorg, bij ongewijzigd beleid zullen blijven stijgen.⁴⁰ Om deze stijgende zorgkosten te beteugelen is men daarom omstreeks de jaren tachtig van de vorige eeuw gaan zoeken naar een andere invulling van de klassieke verzorgingsstaat, waarin de overheid een omvangrijk stelsel aan sociale verzekeringen en voorzieningen voor haar burgers organiseerde en financierde.⁴¹ Sindsdien hebben er dan ook enkele belangrijke (stelsel)wijzigingen plaatsgevonden.⁴² Tekenend daarbij is dat sinds de troonrede van 2013 in plaats van de verzorgingsstaat ook wel wordt gesproken van een ‘participatiesamenleving’.⁴³ Hoewel een duidelijke definitie van dit begrip nog steeds ontbreekt, lijkt daaronder een samenleving te moeten worden verstaan waarin mensen meer verantwoordelijkheid nemen voor hun eigen leven en omgeving. Positief gesteld wordt ook wel gesproken van een

36. Zie bijv.: Op het Veld & Wachtmeester 2012, p. 8.

37. Zie COM (2001) 723 def. En zie bijvoorbeeld in relatie tot demografische ontwikkelingen: Garssen 2011.

38. Zie de open database van het CBS, StatLine, ‘Prognose bevolking; geslacht en leeftijd, 2020-2060’, via: <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/84646NED/table?ts=1600673360165> (laatst gezien: 16 augustus 2021).

39. Zie over dat laatste o.a. de cijfers van het CBS in: ‘Zal vergrijzing leiden tot een tekort aan arbeidskrachten?’, via: <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2015/20/zal-vergrijzing-leiden-tot-een-tekort-aan-arbeidskrachten> (laatst gezien: 16 augustus 2021).

40. Vonk e.a. 2020.

41. Zie hierover: Rapport WRR 2006.

42. Bijvoorbeeld de stelselwijziging in 2006, maar ook de decentralisatie van het sociaal domein kan als een voorbeeld daarvan worden beschouwd.

43. Het concept ‘participatiesamenleving’ kreeg met name aandacht toen het werd genoemd in de Troonrede in 2013 van Kabinet-Rutte II door Koning Willem-Alexander. Dit concept werd echter al veel eerder gebezigd, zoals in 1990 toen het werd genoemd door CDA-kamerlid Frans Wolters en in 1991 door toenmalig vicepremier en minister van Financiën Wim Kok, die de (on)betaalbaarheid van de verzorgingsstaat aankaarte en sprak van een overgangsfase van de verzorgingsstaat naar een goed werkende participatiesamenleving. Daarnaast sprak ook premier Balkenende in 2005 al over een dergelijke participatiesamenleving. Ook andere termen die eenzelfde strekking hebben, werden reeds gebezigd, zoals: de zorgzame samenleving, verzorgingsmaatschappij, verantwoordelijke samenleving of doe-democratie, zie daarover bijv.: Hirsch Ballin 2013.

samenleving waarin we (weer) naar elkaar omzien en elkaar helpen.⁴⁴ Voor de organisatie van sociale diensten betekent deze participatiesamenleving echter een belangrijke accentverschuiving, namelijk van 'een recht op zorg' naar 'wat kan de burger, eventueel met behulp van zijn familie en overige netwerk, nog wel zelf?'. Daarbij verdient nog opmerking dat hoewel deze participatiesamenleving 'top-down' is gestimuleerd, daarbij ook 'bottom-up' bewegingen een belangrijke rol spelen, als bijvoorbeeld burgerinitiatieven taken van de overheid willen overnemen, omdat zij vinden dat zij dat zelf beter, goedkoper of slimmer kunnen.⁴⁵

Aan gemeenten is daarmee, naast de omvangrijke taak om sociale diensten te organiseren, de extra taak toebedeeld om met het oog op de hierboven geschetste ontwikkelingen een efficiëntieslag te maken, niet alleen door integraal te werken, maatwerk toe te passen en slagvaardig(er) op te treden, maar ook door een zorgvraag eerst te bekijken door de lens van de participatiesamenleving: wat kan iemand, eventueel met behulp van familie of burens nog wel zelf? En vervolgens: kan iemand een beroep doen op de bestaande algemene voorzieningen, bijvoorbeeld een buurthuis of een was-en strijkcentrale, of zijn er vrijwilligers die de benodigde hulp kunnen verlenen? Pas als deze opties niet voldoende voorzien in de behoefte van de cliënt, dan is er specifieke hulp vanuit de gemeente. Onderdeel van deze transformatieopdracht is daarnaast bijvoorbeeld ook het inzetten op preventie, zodat duurdere en meer specialistische hulp wordt voorkomen en 'demedicalisering', wat kortgezegd inhoudt dat dat wat onnodig in de medische sfeer is gebracht, weer daarbuiten dient te gaan vallen.⁴⁶ Gemeenten spelen dus momenteel een belangrijke rol bij het omvormen van de oude verzorgingsstaat, en dragen in die zin dan ook bij aan de nodige beteugeling van de zorgkosten om sociale diensten van goede kwaliteit ook voor de toekomstige generaties te kunnen blijven organiseren. Dit onderstreept dan ook de noodzaak voor gemeenten om een doelbewuste keuze voor een van de rechtsinstrumenten te maken om deze diensten met het oog op deze ontwikkelingen 'goed' te kunnen organiseren.

Ten slotte zij nog opgemerkt dat de ophef die er sinds de decentralisatie is ontstaan over de wijze waarop gemeenten sociale diensten organiseren, in deze context niet heel verwonderlijk is. Zo ontstond er bijvoorbeeld maatschappelijke onrust over het feit dat cliënten in veel gevallen minder uren zorg toegekend kregen dan voorheen⁴⁷, cliënten een beroep moesten doen op hun netwerk⁴⁸ en over de faillissementen van zorgaanbieders door te scherpe tarieven voor het leveren van de

44. Zie bijvoorbeeld in de reactie van Kamerleden op de introductie van de participatiesamenleving, via: https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire_verslagen/kamer_in_het_kort/verzorgingsstaat.

45. Dit wordt ook wel het 'Right to Challenge' genoemd, hierover meer in hoofdstuk 8, in het bijzonder par. 8.1; zie ook: Manunza & Meershoek, *PPLR 2020*.

46. Zie voor dit laatste bijv.: Rapport Raad voor Volksgezondheid en Samenleving 2017; Stinis, *TVBV 2004*.

47. Zie o.a.: 'Noodkreet thuiszorg: "Een kopje koffie mag niet meer"', *Het Parool* 24 maart 2018. Voornamelijk is deze ophef overigens te zien bij cliënten die minder uren zorg kregen van de zorgaanbieder, nadat de gemeente koos voor resultaatgericht indiceren, zie over de uitspraken van de bestuursrechter die dat tot gevolg had o.a.: De Koster, *Binnenlands Bestuur* 5 maart 2019.

48. Zie o.a.: Tonkens, *NRC* 12 september 2018.

diensten.⁴⁹ Toen bleek dat gemeenten het eerste jaar na de decentralisatie ook nog eens geld overhielden van hun budget voor sociale diensten, was de maatschappelijke verontwaardiging compleet.⁵⁰ Daarnaast waren er ook nog de problemen van wachtlijsten⁵¹, de verdeling van bevoegdheden tussen de zorgverzekeringen en gemeenten⁵² en kwamen er steeds meer gevallen van zorgfraude⁵³ aan het licht. Deze omstandigheden leidden tot ingrijpen van het Rijk, waarover bij gemeenten ophef ontstond.⁵⁴ Ook kwam er zoals hiervoor reeds opgemerkt veel kritiek op de vermeende verplichting om een Europese aanbestedingsprocedure te volgen om zorgaanbieders te contracteren; deze zou bijvoorbeeld de continuïteit van zorg in gevaar brengen.⁵⁵

Tegen de achtergrond van de decentralisatie, waarbij gemeenten te maken krijgen met een nieuwe opgave en de stijgende zorgkosten moeten zien te beteugelen én daar bovenop worden geacht een nieuwe manier van denken te implementeren, waarbij een groter beroep wordt gedaan op de zelfredzaamheid van burgers, is deze ophef dan ook beter te begrijpen.⁵⁶ Voor een deel zal daarbij sprake zijn van een overgangssituatie, waarin met name de cliënten die gewend waren aan de situatie van voor de decentralisatie moeten wennen aan de nieuwe situatie, en er een aanwas komt van cliënten die de nieuwe situatie als uitgangssituatie beschouwen. Dit bleek bijvoorbeeld ook uit de voorzichtige conclusies van de evaluaties van de decentralisatie in het sociaal domein, vijf jaar later.⁵⁷ Daar komt bij dat juist ook bij sociale diensten snel maatschappelijke verontwaardiging ontstaat, nu het cruciale diensten betreft voor kwetsbare personen die niet in het gedrang mogen komen. Daarmee samenhangend wordt het ook wel als maatschappelijk onwenselijk geacht dat zorginstellingen, zoals jeugdzorginstellingen, omvallen. In die zin wordt

-
49. Zie o.a.: 'Tientallen jeugdzorginstellingen dreigen failliet te gaan', *AD* 21 oktober 2019; 'TSN Thuiszorg officieel failliet verklaard', *de Volkskrant* 16 maart 2016; 'TSN thuiszorg woensdag failliet', *AD* 12 maart 2016; 'Klap na klap in de thuiszorg', *Brabants Dagblad* 15 januari 2015. Deze berichten waren daarbij vaak aanleiding voor Kamervragen en/of debatten, zie o.a.: Kamervragen van 13 november 2019, kenmerk: 1603236-197663-J. Hoewel dit wel in verband wordt gebracht met de (vermeende) aanbestedingsverplichting, heeft dit in feite te maken met de wijze waarop gemeenten sociale diensten inkopen. Daarbij komt dat veel contracten voor sociale diensten zoals hiervoor uiteengezet in feite niet onder een aanbestedingsverplichting vielen.
50. 'Gemeenten houden miljoenen zorggeld over', *NOS.nl*, 5 mei 2016; 'Gemeenten houden naar schatting geld over op zorg', *Nu.nl*, 8 april 2016; 'Meeste gemeenten houden geld over op zorgbudget', *de Volkskrant*, 6 mei 2016; Zie ook: Bekkers, *Binnenlands Bestuur*, 8 april 2016; Bekkers, *Binnenlands Bestuur*, 5 mei 2016.
51. Zie o.a.: 'Wachttijden voor GGZ-instellingen in jeugdzorg te lang', *Nu.nl*, 18 mei 2017; 'Rechters: kinderen in gevaar door wachtlijsten jeugdzorg', *Het Parool*, 25 oktober 2018; 'Wat doen we eraan, aan die veel te lange wachtlijsten in de geestelijke jeugdzorg?', *Brabants Dagblad*, 8 april 2019. 'Grote zorgen over WMO: wachttijden lopen op, aantal aanvragers stijgt fors', *NH Nieuws*, 21 juni 2019.
52. Zie o.a.: 'Gemeenten en zorgverzekeraars om de tafel over problemen rond maaltijd ouderen', 25 september 2018, via: *De Monitor.nl*; 'Van het kastje naar de muur met je dringende zorgvragen!', 13 april 2015 op *Mantelzorgelijk.nl*.
53. Zie bijvoorbeeld het dossier *Zorgcowboys* van Follow the Money, via: <https://www.ftm.nl/dossier/zorg-cowboys>.
54. Zie bijv.: Vriesema, *NRC* 30 december 2015.
55. Zie bijv.: 'Verzet tegen aanbesteden jeugdzorg: "Kinderen schieten er niks mee op"', *NOS.nl*, 6 december 2018; zie ook: De Koster, *Binnenlands Bestuur* 6 december 2018; Ligvoet, *NOS/Nieuwsuur* 29 oktober 2018.
56. Zie in het algemeen bijvoorbeeld ook: Van der Velde, *Sociale Vraagstukken* 31 mei 2019.
57. Zie o.a.: Pommer e.a. 2018; Rapport VNG 2019; Rapport Decentralisatie sociaal domein 2019.

dan ook wel betoogd dat er bij deze diensten geen sprake zou (mogen) zijn van economische diensten dan wel van een (Europese) markt voor deze diensten.⁵⁸

Voorts is vermeldenswaardig dat het toenmalige kabinet in 1983 decentralisatie niet altijd als de beste oplossing wilde aanmerken, maar meer als een noodzakelijke oplossing, als het vaststelt dat dit decentralisatieproces vele jaren zal gaan duren en dat dit 'dan nog niet overal tot opzienbarende resultaten zal leiden'.⁵⁹ Zo wordt ook het sociaal domein niet in één keer gedecentraliseerd, maar wordt eerst een gedeelte van het welzijnswerk, in 1987, later ook de Wmo-diensten in 2007, en ten slotte pas in 2015 het gehele palet aan sociale diensten overgedragen aan de gemeenten. Daarbij zijn de resultaten van de decentralisatie in het sociaal domein, kennelijk ook (nog) niet 'opzienbarend' te noemen.

Op zoek naar innovatieve manieren om sociale diensten te organiseren

Gedreven door deze maatschappelijke opgave en het realiseren van de doelen achter de decentralisatie, zoeken gemeenten naar innovatieve manieren om sociale diensten goed en efficiënt (binnen budget) te organiseren. Zo zijn er in de praktijk allerlei vormen, door Telgen, Uenk en Lohmann ook wel 'modellen van opdrachtgeverschap' genoemd, ontstaan om de zorg goed te kunnen organiseren, passend bij de betreffende gemeente.⁶⁰ Zo kunnen onder meer worden onderscheiden: populatiegebonden bekostiging, het regisseursmodel en het veilingmodel. In de begintijd van de decentralisatie werd daarnaast ook vaak gebruik gemaakt van het AWBZ-model. Daarnaast zijn er ook diverse varianten op dergelijke modellen in omloop. Voor een beschrijving van deze modellen verwijs ik naar de genoemde literatuur daarover. Voor dit onderzoek is namelijk in dat opzicht enkel van belang dat gemeenten om deze opdrachtgeverschapsrelatie vorm te geven en dus de sociale diensten daadwerkelijk te organiseren een rechtsinstrument moeten kiezen om uitvoering te geven aan het gekozen model. Er moet met andere woorden een relatie tot stand worden gebracht tussen de gemeente en de zorgaanbieder(s), die de zorg moet(en) gaan leveren aan de cliënt. De wijze waarop dat kan, is het onderwerp van dit boek. Op dit punt zijn daarbij door de inkoop-technische en bestuurskundige wetenschappen, ook wel in samenwerking met de praktijk, nieuwe inkoopprocedures ontwikkeld. Daarover meer hierna in paragraaf 1.2.2.

1.2.2 Veranderende financieringsrol overheid in sociaal domein: van subsidies naar overheidsopdrachten en naar nieuwe (inkoop)procedures

Van belang met het oog op de onduidelijkheid tussen rechtsinstrumenten zijn daarnaast enkele ontwikkelingen die hebben geleid tot de huidige situatie waarin verschillende instrumenten worden gebruikt dan wel met elkaar worden verward,

58. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34477, nr. 38; zie ook het initiatiefvoorstel en de memorie van toelichting van de leden Ellemet en Van der Staaij tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met het schrappen van de verplichte aanbesteding binnen het sociaal domein: *Kamerstukken II* 2018/19, 35105, nr. 2 (initiatiefvoorstel), *Kamerstukken II* 2018/19, 35105, nr. 3 (MvT).

59. *Kamerstukken II* 1982/83, 16492, nr. 8 (Decentralisatieplan), p. 8.

60. Zie reeds: Telgen, Uenk & Lohmann, *Lucide* 2014; zie daarnaast: Uenk, *Sociaal Bestek* 2016; Uenk 2019, p. 81 e.v.

en waarin ook – binnen dat instrumentarium – nieuwe procedures zijn ontwikkeld zoals het eerdergenoemde ‘Dialoggericht contracteren’ en het ‘Zeeuws Model’. Opmerking verdient dat deze laatstgenoemde procedures dus als instrumenten worden ingezet om sociale diensten uit te besteden en niet de opdrachtgeverschapsmodellen als hiervoor bedoeld betreffen. Deze ‘nieuwe procedures’ zijn in de praktijk tot ontwikkeling gekomen, al dan niet met behulp van inzichten uit de inkoop-technische en bestuurskundige wetenschappen, en worden hierna als niet-gereguleerde procedures aangeduid, nu het gaat om procedures waarvan de specifieke kenmerken niet zijn omschreven in de wet.

Een eerste ontwikkeling die daarbij opmerking verdient, is de ontwikkeling waarbij de subsidie als wettelijk voorgeschreven instrument in de Welzijnswet,⁶¹ werd vervangen door een keuzevrijheid voor gemeenten om te kiezen voor de subsidie dan wel de overheidsopdracht in de Wmo 2007.⁶² Onder de Welzijnswet zijn vanuit dit wettelijke uitgangspunt van het gebruik van de subsidie veel zorginstellingen jarenlang met subsidiegelden gefinancierd.⁶³ Dit geldt ook voor diensten die werden georganiseerd op basis van andere wetten en die als gevolg van de Wmo 2007 zijn gewijzigd of ingetrokken, zoals de Wet voorzieningen gehandicapten. Toen in 2007 de Wmo werd aangenomen, kregen gemeenten op grond van die wet de vrijheid te kiezen tussen de subsidie of overheidsopdracht. Diverse gemeenten maakten toen de keuze om sociale diensten onder de Wmo te gaan organiseren door middel van een overheidsopdracht.

Daarnaast zijn de ontwikkelingen in de EU-regulering over overheidsopdrachten met betrekking tot sociale diensten van belang. Zoals reeds kort opgemerkt is de verplichting tot het aanbesteden van sociale diensten op basis van de beste prijs/kwaliteitverhouding pas geïntroduceerd met de aanbestedingsrichtlijnen van 2014. Deze verplichting is neergelegd in art. 74 e.v. van Richtlijn 2014/24/EU en in Nederland uitgewerkt in de artikelen 2.38 en 2.39 van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012). Daarvoor gold voor deze diensten echter een lichter regime: het zogenoemde IIB (Richtlijn 2004/18/EG) en daarvoor IB (Richtlijn 92/50/EEG) regime, vernoemd naar de bijlage bij de richtlijnen waarin deze diensten stonden opgesomd. Voor sociale diensten moest op grond van deze richtlijnen kortgezegd alleen achteraf het resultaat van de gunning bekendgemaakt worden en mochten de technische specificaties geen discriminatoire eisen vormen.⁶⁴ Uitgangspunt bij deze diensten vormde namelijk het idee dat deze diensten niet of nauwelijks grensover-

61. Wet van 2 juni 1994, houdende regels met betrekking tot aspecten van het welzijnsbeleid. Voorloper van deze wet was de Welzijnswet van 1987; deze wet kan worden gezien als eerste decentralisatiewet in het sociaal domein. Overigens verschillen de sociale diensten die onder deze wetten vallen duidelijk van die van de Wmo 2007.

62. Wet van 29 juni 2006, houdende nieuwe regels betreffende maatschappelijke ondersteuning (Wet maatschappelijke ondersteuning 2007); zie o.a. *Kamerstukken II* 2004/05, 30131, nr. 3 (MvT bij art. 10).

63. Zie hierover o.a. de annotatie van M. Nijhuis en W. den Ouden, AB 2009/369, bij ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7248; zie ook: ABRvS 9 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7186, AB 2010/87 m.nt. W. den Ouden, BA 2009/239.

64. Zie o.a. art. 21 jo. art. 23 en 35 lid 4 Richtlijn 2004/18/EG. Daarbij geldt dat op grond van in dit onderzoek verder te bespreken jurisprudentie van het HvJ EU ook bij deze diensten moest worden bezien of wel sprake was van een zogenoemd ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’. In dat geval moest de gunning van deze opdrachten aan verdergaande verplichtingen op grond van de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid en transparantie voldoen.

schrijdend belang zouden hebben.⁶⁵ Overheidsopdrachten voor sociale diensten waren dan ook lange tijd – gerekend vanaf de eerste decentralisatiewetten – onderworpen aan het zogenoemde IIB-regime, waarbij voor gemeenten veel vrijheid bestond om deze diensten naar eigen inzicht te organiseren. Daarbij zij opgemerkt dat waar deze discretionaire ruimte voor overheden groter is, ook het risico toeneemt dat deze vrijheid wordt misbruikt. Van belang is dat overheden in die zin altijd te maken hebben met de – al dan niet gecodificeerde – algemene beginselen van behoorlijk bestuur (hierna ook: abbb).

Gebruikmakend van deze discretionaire ruimte werden gedurende deze periode in de praktijk al dan niet met behulp van onderzoek uit de inkoop-technische en bestuurskundige wetenschappen, diverse nieuwe (inkoop)procedures ontwikkeld, toegesneden op de speciale aard van sociale diensten, dan wel de specifieke behoeften van de gemeenten of (zorg)aanbieders.⁶⁶ Een van de bekendste en in die tijd veel toegepaste procedure is het zogenoemde ‘Bestuurlijk aanbesteden’; een procedure die steeds is doorontwikkeld maar doorgaans elementen van (tussentijdse) overleg of onderhandelingen met zorgaanbieders over de te sluiten overeenkomsten omvat, zoals over de prestaties, te maken afspraken en/of prijzen.⁶⁷ Met de komst van de aanbestedingsrichtlijn van 2014, ontstond vervolgens discussie of deze procedure nog zou kunnen worden gebruikt.⁶⁸ Immers, een dergelijke procedure met (tussentijdse) onderhandelingen over kernelementen van de overeenkomst staat haaks op de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht waarbij onderhandelingen juist zijn ingekaderd in een procedure die beoogt de gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit van alle inschrijvers op een overheidsopdracht te beschermen. In de zorg gaat het dan om de bescherming van zorgaanbieders tegen willekeurig overheidshandelen. Hierover meer in het hoofdstuk 7, waar dit wordt besproken in het kader van de procedure ‘Dialoggericht contracteren’, de (huidige) procedure die lijkt op bestuurlijk aanbesteden.⁶⁹

Met Richtlijn 2014/24/EU vindt de belangrijke ontwikkeling plaats dat sociale diensten onder het volledige regime van de aanbestedingsrichtlijnen worden gebracht, zij het dat daarop specifieke regels van toepassing zijn die rekening houden met het bijzondere karakter van de diensten.⁷⁰ Sindsdien geldt ook voor sociale diensten dat de lidstaten zijn overeengekomen dat het ook voor deze diensten – voor opdrachten met een waarde vanaf het drempelbedrag van € 750.000 – belangrijk is dat zij door middel van een selectie op basis van prijs en kwaliteit (of

65. Zie o.a. de considerans bij de Richtlijnen 92/50/EEG en 2004/18/EG, punt 19; zie daarbij ook: HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*), r.o. 25.

66. Factoren die in dat opzicht genoemd worden zijn de onzekerheid en complexiteit van deze diensten en hun onvoorspelbaarheid.

67. Tim Robbe introduceerde het ‘bestuurlijk aanbesteden’ in 2009; zie over deze procedure o.a.: Robbe 2011.

68. Zie met name: Van Nouhuys, *TAAN* 2016/1; Robbe 2016 (repliek).

69. Zie in het bijzonder par. 7.3.6. Na de arresten van *Falk Pharma* en *Tirkkonen* werd ook wel gesteld dat deze procedure een openhousemodel betrof; uit genoemde arresten blijkt echter duidelijk dat (juist) ook bij het openhousemodel geen onderhandelingen over de kernelementen van de overeenkomst kunnen plaatsvinden; daarover meer in o.a. par. 7.4.2.

70. Zie o.a. art. 76 Richtlijn 2014/24/EU waarin duidelijk is neergelegd dat de procedure voor sociale en andere specifieke diensten de aanbestedende dienst ruimte moet laten rekening te houden met de specifieke kenmerken van de diensten.

alleen kwaliteit) in de markt worden gezet. Daarbij rekening houdend met het bijzondere karakter van de diensten. Het uitgangspunt dat deze diensten waarschijnlijk weinig tot geen rol spelen bij de totstandkoming van de interne markt, is met de richtlijnen van 2014 daarmee duidelijk verdwenen.⁷¹ Wel blijft voor deze diensten een specifieke en lichtere regeling, neergelegd in art. 74-77 Richtlijn 2014/24/EU, gelden dan voor reguliere overheidsopdrachten. Het is daarbij vooral aan de lidstaten gelaten om in een procedure te voorzien die de beginselen van gelijkheid en transparantie waarborgen en tevens rekening houdt met de behoeften die spelen bij sociale en andere specifieke diensten.

De Nederlandse wetgever heeft echter ter implementatie daarvan in de Aanbestedingswet 2012, in de artikelen 2.38 en 2.39, slechts in een summiere regeling voorzien voor het aanbesteden van sociale diensten. Daarom is er in de praktijk nog steeds weinig duidelijkheid over de te volgen procedure. Er zijn dan ook onder invloed van deze ontwikkelingen, weer nieuwe (niet-gereguleerde) procedures ontwikkeld en ook zijn reeds bestaande niet-gereguleerde procedures verder doorontwikkeld.

In de periode vanaf 2016 gaan bij de (door)ontwikkeling van deze procedures ook de reeds genoemde arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen* een rol spelen, waaruit volgt dat voor contracten waarbij geen selectie plaatsvindt tussen geïnteresseerde zorgaanbieders geen aanbestedingsverplichting geldt. Van belang is hier reeds te noemen dat uit deze arresten echter volgt dat bij het gebruik van een niet-gereguleerde procedure die voldoet aan deze karakteristieken, wel het EU-Werkingsverdrag (hierna: VWEU) van toepassing is en dat de procedure daarom moet zijn gebaseerd op voorwaarden voor toetreding die objectief zijn, die van tevoren door de overheid transparant zijn vastgesteld en die gedurende de procedure onveranderd blijven.⁷² Op dit moment kunnen daarbij op basis van de Monitor Gemeentelijke Zorginkoop 2020 de volgende procedures worden onderscheiden: Prestatie-inkoop, Dialooggericht contracten, het Zeeuws model en de ‘onderhandelingsprocedure sociaal domein’.⁷³ Overigens worden deze procedures soms ook wel geschaard onder de zogenoemde SAS-procedure, waarmee wordt bedoeld de procedure als neergelegd in art. 2.38 en 2.39 Aw 2012. Een beschrijving en bespreking van deze procedures volgt in hoofdstuk 7. Hier zij echter reeds opgemerkt dat drie van deze vier procedures, namelijk de procedures Dialooggericht contracten, het Zeeuws model en de ‘onderhandelingsprocedure sociaal domein’, kenmerken kunnen vertonen van een openhousemodel, namelijk als er geen selectie uit geïnteresseerde zorgaanbieders plaatsvindt. Verder vormen onderhandelingen over de voorwaarden van de overeenkomst – tussen de gemeenten en zorgaanbieders gezamenlijk of individueel – een belangrijk onderdeel van de meeste van deze niet-gereguleerde inkoopprocedures. Dit laatste staat, zoals hiervoor reeds kort genoemd, op gespannen voet

71. Overigens wordt in de preambule van Richtlijn 2014/24/EU, punt 114, wel opgemerkt dat zij vanwege hun aard nog steeds een beperkte grensoverschrijdende dimensie hebben.

72. Meer daarover in hoofdstuk 5, in het bijzonder par. 5.4.4 en 5.4.5. Het EU-recht is overigens alleen van toepassing als de procedure een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont; echter ook uit het nationaal recht kunnen dergelijke eisen voortvloeien (par. 5.4.7).

73. Zie voor de procedures die in het sociaal domein zoal in omloop zijn, o.a. Uenk e.a. 2018, p. 19; Uenk, Wind & Telgen 2019, p. 18; Uenk & Wind 2020, p. 19 (Monitor Gemeentelijke Zorginkoop 2018, 2019 en 2020).

met EU-regulering die van toepassing is op zowel procedures die vallen onder het aanbestedingsrecht en de procedures die als een openhousemodel moeten worden aangemerkt. De vraag is dan ook of deze procedures die toets kunnen doorstaan, daarover meer in hoofdstuk 7.

1.2.3 Gefragmenteerde en gelaagde regelgeving in een veranderende Europese context

De thematiek van dit onderzoek, de verwarring tussen rechtsinstrumenten en onduidelijkheid over de keuzes die daartoe kunnen worden gemaakt, bevindt zich daarnaast in een context van een gefragmenteerd juridisch kader. Mogelijk is de gefragmenteerde regelgeving zelfs een van de oorzaken achter deze verwarring.

De organisatie van sociale diensten in de lidstaten speelt zich af op een snijvlak tussen nationale soevereiniteit bij het inrichten van het sociale zekerheidsstelsel en EU-bevoegdheden om een interne markt zonder binnengrenzen tot stand te brengen. Lidstaten van de EU hebben namelijk allereerst een ruime vrijheid om te bepalen wat voor niveau aan sociale diensten – in kwantiteit dan wel kwaliteit – aan de burgers wordt verstrekt en – in beginsel – op welke wijze zij dat willen organiseren. Er zijn dan ook lidstaten met een breed aanbod aan sociale diensten, en lidstaten die een minder rijk aanbod aan voorzieningen kennen. Daarnaast organiseert de ene lidstaat deze diensten op het centrale, en andere op het decentrale niveau, worden de voorzieningen in sommige lidstaten door de overheid zelf uitgevoerd en laten andere lidstaten deze diensten uitvoeren door gecontracteerde zorgaanbieders, en/of door vrijwilligers, kerkelijke of liefdadigheidsinstellingen, dan wel met behulp van (buitenlandse) fondsen. Op dit punt bestaan dan ook van oudsher grote verschillen tussen de EU-lidstaten; verschillen die op EU-niveau worden gerespecteerd en behoren tot de vrijheid en culturele diversiteit van de lidstaten op sociaal terrein.⁷⁴ Deze ruimte is in Nederland bijvoorbeeld benut om sociale diensten op decentraal niveau te organiseren en verplichtingen in de betreffende wetten, de Jeugdwet, Wmo 2015 en de Participatiewet op te nemen, op basis waarvan gemeenten in een passend niveau – kwalitatief en kwantitatief – aan sociale diensten voor hun inwoners moeten voorzien. Ook keuzes om in het kader van een participatiesamenleving meer in te zetten op preventie of op de eigen kracht van cliënten en hun netwerk, vallen onder deze vrijheid.

De vrijheid van de lidstaten op dit terrein is echter niet onbeperkt. Als het gaat om de keuze aan de hand van welke instrumenten zij sociale diensten organiseren, kunnen belangrijke EU-verplichtingen een rol gaan spelen, namelijk op het moment dat deze instrumenten de doelstellingen van de Europese interne markt raken. Deze internemarkt doelstellingen die van oudsher gericht zijn op het realiseren van economische voordelen voor alle EU-lidstaten en -burgers om zodoende het overkoepelende doel uit art. 3 EU-Verdrag (hierna: VEU) de vrede, de waarden van de Unie en het welzijn van de lidstaten te bevorderen, zijn daarbij op basis van een veranderende visie op de toekomst van Europa de laatste jaren duidelijk meerom-

74. Zie o.a. hierover: *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, zie bijv. in het kader van de organisatie van diensten van algemeen economisch belang (DAEB), Q&A no. 5.

vattend geworden. Als wat kan worden gezien als een reactie op de globale en Europese uitdagingen, zoals klimaatverandering, bankencrises, werkloosheids- en armoedebestrijding, de migratieproblematiek, maar ook een snel ontwikkelende wereld waarin Europa een sterke concurrentiepositie wenst te hebben en te houden, staat deze interne markt nu ook ten dienste aan de ontwikkeling van een sociaal, inclusief, duurzaam en innovatief Europa.⁷⁵ Daarbij kan worden gesteld dat de meest recente crisis, de COVID-19-crisis, Europa verder heeft aangezet tot het heroverwegen van de verhouding tussen de interne marktregulering en de kernwaarden als neergelegd in art 3 VEU.⁷⁶

Van belang voor het organiseren van sociale diensten is dan dat als uitvloeisel van deze internemarkt doelstellingen, taken die in de lidstaten door de overheid worden georganiseerd – als het gaat om de wijze waarop dat plaatsvindt – geen belemmering mogen vormen voor het vrij verkeer in en tussen de lidstaten. Zo geldt dat het gebruik van vergunningen en vergunningstelsels geen ongerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer mogen vormen, dat opdrachten die als overheidsopdrachten in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen moeten worden aangemerkt door middel van een Europese aanbestedingsprocedure in de markt dienen te worden gezet om het gelijke speelveld voor alle (potentieel) geïnteresseerde inschrijvers uit de lidstaten in deze opdracht te waarborgen, en dat subsidies verenigbaar moeten zijn met de interne markt, dat wil kortgezegd zeggen dat geen verboden staatssteun in de zin van art. 107 VWEU mag worden toegekend die het handelsverkeer op ongunstige wijze beïnvloedt. Voor sociale diensten geldt evenwel dat de uit de interne markt voortvloeiende regels in veel gevallen uitzonderingen kennen om lidstaten de bovenbedoelde ruimte te bieden om te kiezen hoe deze diensten te organiseren binnen de eigen culturele context en toegespitst op de speciale behoeften van die lidstaat. Daarvan is de bijzondere regeling voor sociale diensten in de aanbestedingsrichtlijn een goed voorbeeld.⁷⁷

Vanwege deze verdeling van EU- en nationale bevoegdheden hebben gemeenten in Nederland bij het organiseren van sociale diensten te maken met een gelaagd en gefragmenteerd juridisch kader van zowel Europese als nationale regelgeving, en van primaire, secundaire en ook tertiaire EU-regelgeving.⁷⁸ Allereerst hebben gemeenten namelijk te maken met nationale wet- en regelgeving die de sociale diensten zelf betreffen, met name: de Wmo 2015, de Jeugdwet en de Participatiewet. Daarnaast hebben zij bij de keuze voor een instrument om deze diensten te organiseren, te maken met wet- en regelgeving die deze juridische instrumenten betreffen. In dit onderzoek wordt daarbij uitgegaan van de volgende instrumenten: de overheidsopdracht, concessie, vergunning, subsidie en het openhousemodel. Ten aanzien van deze instrumenten is het palet aan regelgeving nog meer divers. Zowel

75. Zie over de veranderingen op EU-Verdragsniveau o.a. ook Manunza, TA 2010, p. 85; Manunza 2016, p. 285.

76. Zie bijv.: COM(2020) 408 final; COM(2020) 409 final.

77. Zie o.a. art. 76 Richtlijn 2014/24/EU waarin duidelijk is neergelegd dat de procedure voor sociale en andere specifieke diensten de aanbestedende dienst ruimte moeten laten rekening te houden met de specifieke kenmerken van de diensten.

78. Zie over deze bronnen van EU-recht en hun hiërarchie o.a.: Eijsbouts e.a. 2015, p. 58 e.v. Zie specifiek voor het aanbestedingsrecht o.a.: Bleeker & Manunza 2014, p. 742 e.v.

primair Europees recht, de EU-Verdragen⁷⁹, de fundamentele EU-rechtsbeginselen⁸⁰ en het Handvest van de Grondrechten van de EU (hierna: Handvest) kunnen van toepassing zijn, alsook secundair EU-recht, waarbij het in dit onderzoek dan met name gaat om richtlijnen, maar ook verordeningen en besluiten kunnen een rol spelen. Daarnaast is ook nationale regelgeving van zowel civielrechtelijke als bestuursrechtelijke aard van toepassing. Over de onderlinge hiërarchie tussen deze rechtsbronnen meer in paragraaf 1.4.

Meer specifiek zijn in dit kader van belang de bronnen van primair EU-recht: de algemene EU-doelstellingen neergelegd in art. 3 VEU, de bepalingen over verdeling van bevoegdheden van de EU, in bijzonder met betrekking tot (sociale) diensten van algemeen economisch belang (art. 4 en 5 VEU en art. 4 en 14 VWEU) en de bepalingen van regionaal en lokaal zelfbestuur, zoals neergelegd in art. 4 VEU. Ook protocol 26 bij het VWEU, betreffende diensten van algemeen belang, moet in dit opzicht worden genoemd. Daarnaast zijn van belang de bepalingen rondom de totstandkoming van de interne markt: zijn doelstelling neergelegd in art. 26 VWEU, de bepalingen van het vrij verkeer, met name het vrij verkeer van vestiging van art. 49 VWEU en het vrij verkeer van diensten van art. 56 VWEU en daarnaast het staatssteunverbod van art. 107 VWEU. Daarnaast zijn de algemene rechtsbeginselen van het EU-recht van belang, zoals het gelijkheids-, transparantie- en evenredigheids- (hierna ook: proportionaliteitsbeginsel) en het rechtszekerheidsbeginsel, deels gecodificeerd door middel van art. 6 VEU. Verder moeten in dit kader worden genoemd het coherentie en consistentiebeginsel, die een belangrijke plaats in de EU-Verdragen innemen, in het bijzonder in art. 13 VEU en 7 VWEU en verder ook in art. 11 lid 3, en 21 lid 3 VEU. Deze beginselen waarborgen in het bijzonder dat het gehele optreden van de Unie, en ook het juridische kader waarbinnen zij opereert, een coherent, samenhangend en consistent geheel vormt.⁸¹

Als het gaat om secundair EU-recht zijn met name de aanbestedingsrichtlijnen 2014/24/EU en 2014/23/EU van belang. Mogelijk moet ook rekening worden gehouden met toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn 2006/123/EG.⁸² Daarnaast worden de drempelbedragen voor toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht tweejaarlijks door de Europese Commissie vastgesteld in een Verordening.⁸³ Ook wat betreft (de uitwerking van) het staatssteunverbod zijn EU-verordeningen en besluiten relevant.⁸⁴

79. Het huidige Verdrag is het Verdrag van Lissabon van 2009, bestaande uit het Verdrag van de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Ook het Handvest van de Grondrechten van de EU kan daaronder worden geschaard.

80. Zie over de status van de niet-gecodificeerde algemene rechtsbeginselen van de EU: Eijsbouts e.a. 2015, p. 65-66.

81. Zie hierover ook in: Manunza e.a. 2021, p. 13-15.

82. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU L 376*

83. Voor de periode januari 2022-31 december 2023 gelden bijvoorbeeld Verordening 2021/1952 en Verordening 2021/1957.

84. Bijv.: de DAEB-de-minimisverordening en het DAEB-vrijstellingsbesluit, zie: Verordening, 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen; Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, 2012/21/EU.