

Aanbesteden in Zorg en Welzijn

Aanbestedingen in de zorg zijn niet verplicht, maar als de geldschieter en opdracht aanbesteedt heeft de zorgorganisatie niet veel keuze. De ondernemingsraad zou tijdig om advies gevraagd moeten worden over het al dan niet deelnemen aan een aanbesteding. Aan aanbestedingen zitten veel nadelen. Zowel het niet mee doen aan, als het niet gegund krijgen van een aanbesteding kunnen gevolgen hebben voor het personeel. Maar ook wanneer de organisatie een aanbesteding "wint" kan dit problemen opleveren, zeker gezien de krapte op de arbeidsmarkt.

Aanbesteden

Veel gemeenten doen aanbestedingen van ouderenzorg, welzijnswerk en jeugdzorg in het kader van de Wet Maatschappelijke ondersteuning (WMO) en de jeugdwet. Aanbestedingen worden ook gedaan door het zorgkantoor, voor toekenning van gelden uit de wet langdurige zorg (WLZ). Soms treedt een instelling als hoofdaannemer op, en die brengt een deel van het werk bij andere instellingen onder die dan als onderaannemer fungeren.

Aanbesteden verplicht?

Het is geen verplichting om diensten op grond van de jeugdwet, WMO of WLZ aan te besteden, ook niet boven een bepaald bedrag. Alleen wanneer er sprake is van een "overheidsopdracht"¹. Voor gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening geldt dan de verplichte aanbesteding bij diensten met een waarde van € 750.000,00 of meer.

De gemeente of andere overheidsdienst kan ook kiezen voor de bekende subsidieverlening. Daar moeten dan niet te veel vooraf voorwaarden aan gesteld worden, anders is het mogelijk dat de subsidie voldoet aan de definitie van een 'overheidsopdracht' en de gemeente weer wel moet aanbesteden.

Alternatief is om de dienst "in te besteden", dat wil zeggen zelf uit te voeren of laten uitvoeren door een derde waarover de gemeente toezicht kan uitoefenen. Deze derde moet voor meer dan 80% werkzaamheden uitvoeren ten behoeve van de gemeente en er mag geen directe participatie van privékapitaal zijn in de gecontroleerde derde. Gedacht kan worden aan een Gemeenschappelijke Regeling (GR) die taken uitvoert in het sociaal domein van meerdere gemeenten die het bestuur vormen van de GR. Of aan een private rechtspersoon waarvan de aandelen in handen van de gemeente zijn of de gemeente in het bestuur zit.

Ook uit een uitspraak van het Europees Hof blijkt dat je dit niet hoeft aan te besteden, zolang de cliënt in plaats van de gemeente voor een aanbieder kiest. De gemeente betaalt dan wel, maar zolang de gemeente niet zelf de zorgaanbieder kiest is er geen sprake van een aanbesteding.

¹ Een schriftelijke overeenkomst tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van Europese richtlijn

Take it, or leave it

Als de geldschieter besluit een dienst aan te besteden, is er voor de zorginstelling weinig keuze mogelijk.

De procedure schrijft voor dat de aanbesteding voldoet aan een aantal eisen:

- Publicatie van een (voor)aankondiging van de opdracht
- Bekendmaking van de aankondiging van de gegunde opdracht
- Gelijke behandeling en proportionaliteit,

In de WMO staat dat de gemeente een overheidsopdracht niet enkel op grond van het criterium laagste prijs kan gunnen; de opdracht wordt gegund aan de economisch meest voordelige inschrijving, waarbij naast prijs ook kwaliteit een criterium moet zijn².

Inschrijvers krijgen de gelegenheid vragen te stellen, maar dialoog tussen de aanbieder en de gemeente is volgens de nieuwe Aanbestedingsregels verboden. De inschrijver kan niet over de voorwaarden onderhandelen.

Voor- en nadelen van aanbestedingen

Aanbestedingstrajecten, ook wel tenders genaamd, vragen dure expertise, kosten veel tijd en geld wat niet besteed kan worden aan de zorg. Instellingen weten pas laat of ze de opdracht gegund krijgen, waardoor het veel onzekerheid veroorzaakt. Jan telgen, hoogleraar Inkoopmanagement voor de publieke sector stelt dat bij ongeveer twee derde van de aanbestedingen een verkeerde methodiek wordt gehanteerd, waardoor de verkeerde winnaar uit de bus kan komen. In 20% van de aanbestedingen in de praktijk blijkt de uitkomst te manipuleren³.

Het al dan niet gegund krijgen van een aanbesteding kan grote gevolgen hebben voor zowel de organisatie als het personeel en de cliënt. Als het om grote opdrachten gaat kan zelfs de continuïteit van organisatie en de dienstverlening gevaar lopen. De organisatie moet aangepast worden, personeel overgenomen of nieuw personeel geworven en ingewerkt als een nieuwe opdracht gegund wordt. Soms wordt een aanbesteding 'gewonnen' doordat een lage prijs is geboden. De organisatie zal alles uit de kast moeten halen om hiervoor te leveren, andere organisatieonderdelen moeten bijpassen wanneer beneden de kostprijs geboden is, of er wordt ingeteerd op het eigen vermogen. Niet zelden hebben instellingen in de sector onvoldoende geld voor een goed sociaal plan als er uiteindelijk gereorganiseerd moet worden en is de (voormalige) opdrachtgever niet bereid hieraan bij te dragen. De cliënten zijn over het algemeen niet gebaat bij een wisseling van dienstverlener. De onrust die het veroorzaakt en wisseling van personeel komt de kwaliteit zeker niet ten goede.

2 Indien de levering van een voorziening wordt aanbesteed, gunt het college de overheidsopdracht op grond van de naar zijn oordeel economisch meest voordelige inschrijving en maakt in de aankondiging van de Overheidsopdracht bekend welke nadere criteria hij stelt met het oog op de toepassing van het criterium economisch meest voordelige inschrijving, waarbij in ieder geval het nadere criterium kwaliteit wordt gesteld. (WMO artikel 2.6.4 tweede lid)

3 [Nieuws | Aanbestedingsresultaat vaak tombola | Universiteit Twente](#)

Een voordeel is dat “de markt” meer openligt. In plaats van de organisaties die al jaren met subsidie van de gemeenten hetzelfde werk doen, is er ruimte voor nieuwe toetreders. Dit geeft meer dynamiek en kan innovatie bevorderen.

Overgang van personeel

Het niet gegund krijgen van een aanbesteding kan grote personele gevolgen hebben als het gaat om werk wat eerder wel werd uitgevoerd. De uitvoerende werknemers zien hun werk verdwijnen, maar mogelijk kunnen zij in dienst treden bij de nieuwe uitvoerder. Medewerkers uit de ondersteunende dienst zijn meestal niet toe te wijzen aan een bepaalde dienst en blijven achter bij de ‘oude’ organisatie. Het werk van de ondersteunende diensten zal wel verminderen, met mogelijk reorganisatie en ontslagen als gevolg.

Vaak krijgt uitvoerend personeel de aanbieding om te solliciteren bij de nieuwe werkgever. Klopt dit wel met de wet overgang onderneming?

De wet overgang onderneming regelt dat “bij overgang ten gevolge van overeenkomst, fusie of splitsing van een economische eenheid, die haar identiteit behoudt “alle medewerkers met behoud van arbeidsvoorwaarden en dienstjaren mee gaan naar de overnemende partij. Over overgang onderneming is veel jurisprudentie, omdat lastig te bepalen is wanneer er wel of geen sprake is van overgang. Daarvoor moet in onderlinge samenhang gekeken worden naar alle omstandigheden:

- a. aard onderneming
- b. al dan niet overnemen (gehele) personeel
- c. overdracht (im)materiële activa
- d. al dan niet overnemen klantenkring
- e. karakter activiteiten vóór en na overname
- f. duur eventuele onderbreking activiteiten
- g. inhoud van de overeenkomst

Werkgevers proberen soms te voorkomen dat de wet overgang onderneming van toepassing is. Dat was het geval bij de stichting Gezondheidszorg Asielzoekers (GCA) dat eind 2017 ophield te bestaan, nadat het COA de zorg voor asielzoekers gunde aan een andere partij. De nieuwe zorgverlener heeft bewust maar een klein aantal personeelsleden willen aannemen om een beroep op de wet overgang onderneming te voorkomen.

Wanneer een medewerker in dienst treedt bij de nieuwe werkgever, zonder dat er sprake is van overgang onderneming, kan er wel sprake zijn van **opvolgend werkgeverschap**. Dit is alleen het geval als de werknemer dezelfde of soortgelijke werkzaamheden verricht. Dit is van belang voor het aantal dienstjaren en bij tijdelijke medewerkers met het oog op het verkrijgen van een vaste aanstelling (ketenbepaling).

De **WMO** regelt slechts dat degene die de opdracht gegund krijgt overlegt met de aanbieder die tot nu toe de dienst leverde. Wel heeft de gemeente de taak erop toe te zien dat “de aanbieder of aanbieders, bedoeld in het eerste lid, zoveel mogelijk inspanning leveren om bij het overleg, bedoeld in het eerste lid, de overname van betrokken personeel en het voortzetten van bestaande relaties tussen hulpverleners en cliënten te bewerkstelligen.” (WMO artikel 2.6.5).

In de **Cao Sociaal Werk** en de **Cao Jeugdzorg** zijn bepalingen opgenomen voor overgang van personeel bij aanbesteding. In de **Cao Welzijn**, artikel 7.8 staat dat de medewerkers bij gebleken geschiktheid recht hebben op een dienstverband bij organisatie die de aanbesteding gegund krijgt. “Onverminderd het bepaalde in de Wet Overgang Ondernemingen neemt de nieuwe opdrachtnemer de voor het uitvoeren van de opdracht benodigde en geschikt gebleken werknemers over van de vorige opdrachtnemer. Dit voor zover de nieuwe opdrachtnemer onder de werkingssfeer van deze cao valt.” Als de werknemer naar het oordeel van de nieuwe opdrachtnemer niet geschikt is of niet in staat wordt geacht zijn kennis, vaardigheden en competenties binnen vier maanden op een passend niveau te brengen, is deze niet verplicht de werknemer een dienstverband aan te bieden.

In de **Cao Jeugdzorg** artikel 4.6 staat: “Is een opdracht na een aanbesteding aan een werkgever gegund en was de opdracht daarvoor gegund aan een andere organisatie die ook onder deze cao valt? En dreigen werknemers hierdoor ontslagen te worden, omdat er geen of minder werk is? Dan moet de werkgever voor deze nieuwe opdracht alle werknemers van de andere organisatie overnemen die voor het uitvoeren van de opdracht nodig zijn.”

Wat betekent dit voor de OR?

De OR doet er goed aan tijdig navraag te doen naar eventuele aanbestedingen. Is de werkgever van plan mee te doen met aanbestedingen van bestaand werk? Wil hij ook aan andere aanbestedingstrajecten mee gaan doen?

Als de aanbesteding eenmaal is gewonnen, kan de werkgever niet terugkomen op dit besluit. Daarom moet de ondernemingsraad al om advies gevraagd worden, wanneer de werkgever het voornemen heeft om in te schrijven op een tender. Ook als de werkgever besluit om niet in te schrijven op een tender moet hij advies aanvragen aan de OR als dit een belangrijk effect heeft voor de omvang van de werkzaamheden of de inrichting van de organisatie. De werkgever moet dit doen op het moment dat de OR nog invloed kan uitoefenen op het besluit, dus ruim voordat de inschrijving op de aanbesteding is gesloten.

Een paar aandachtspunten voor de OR:

- Ook als er sprake is van overgang onderneming, kunnen er personele gevolgen zijn met name wanneer het overnemende bedrijf onder een andere cao valt. Wanneer de cao algemeen verbindend is verklaard, zal hij ook gaan gelden voor de overgenomen werknemers. En wanneer medewerkers met verschillende arbeidsvoorwaarden samenwerken, zal meestal behoefte ontstaan aan harmonisatie.
- Wat is de nieuwe werkgever? Welke arbeidsvoorwaarden? Hoe is de medezeggenschap geregeld.
- Indien er geen sprake is van overgang onderneming;
 - o Hoe regelt de werkgever het ontslag van de medewerkers?
 - o Krijgen medewerkers een ontslagvergoeding?
 - o Hebben medewerkers voorrang bij sollicitatie?
 - o Wat is de sollicitatieprocedure en vindt er een assessment plaats?
- Zijn de vakbonden geïnformeerd; Komt er een sociaal plan of overdrachtsprotocol?
- Wat zijn de gevolgen voor de achterblijvende organisatie? Is een reorganisatie van staf en ondersteuning nodig? Is de huisvesting nog geschikt?

Tot slot

Zolang de geldschieter blijft aanbesteden, zit er voor de organisatie niets anders op dan hierin mee te gaan. Wel kan het zinvol zijn om als organisatie duidelijke keuzes te maken. Wat zijn de criteria om wel of niet deel te nemen aan een aanbesteding? Denk aan de kostprijs, kwaliteit en het overnemen van personeel. De OR kan, bijvoorbeeld in de algemene gang van zaken vergadering, hierover met de bestuurder en de toezichthouder van gedachten wisselen en afspraken maken over wanneer en hoe de ondernemingsraad om advies gevraagd wordt bij aanbestedingen.

Els van der Valk, organisatieadviseur SBI Formaat
els.van.der.valk@sbiformaat.nl