

Juli 2014

Informatiekaart

Wat zijn de mededingingsregels

Deze informatiekaart is onderdeel van een set van 7 informatiekaarten over mededinging in het sociale domein

1. Mededingingsregels helpen gemeenten bij de inkoop van zorg en ondersteuning.
2. [Wat zijn de mededingingsregels.](#)
3. Mededinging en bestuurlijk aanbesteden.
4. Mededinging en het regisseursmodel.
5. Mededinging en concurrentie per cliënt.
6. Mededinging en wijkgericht contracteren.
7. Mededinging en het Zeeuws model.

Maatschappelijke ondersteuning; aanbestedingen, samenwerking in de keten en de Mededingingswet

Wat iedereen over de toepassing van de regels uit de Mededingingswet moet weten

De Mededingingswet is in principe van toepassing op alle sectoren en ondernemingen in Nederland dus ook in de zorg en maatschappelijke ondersteuning. Daarbij moet er wel sprake zijn van marktwerking. Dat wil zeggen: er moet concurrentie mogelijk zijn op of om de markt.

De Mededingingswet kent drie toezichtsterreinen: het toezicht op overeenkomsten die de mededinging tussen ondernemingen beïnvloeden, het toezicht op gedragingen van ondernemers met marktmacht en het toetsen van concentraties zoals fusies of joint ventures.

In Nederland kennen we voor de zorgsector twee toezichthouders op concurrentiezaken, die deels overlappende bevoegdheden hebben. Dat zijn de algemene mededingingstoezichthouder Autoriteit Consument en Markt (ACM) en de specialistische toezichthouder in de zorg de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa). De NZa houdt geen toezicht op de zorg die gemeenten inkopen. Sommige organisaties waarvan gemeenten zorg inkopen, vallen wel onder het toezicht van de NZa, bijvoorbeeld als die organisatie ook wijkverpleging of langdurige zorg levert.

Voor het onderwerp *Samenwerking bij maatschappelijke ondersteuning en Jeugdzorg* zijn vooral de wettelijke regels rond en het toezicht op samenwerking en het aangaan van overeenkomsten tussen ondernemingen van belang. Met name als die samenwerking tot doel of gevolg heeft dat de mededinging merkbaar wordt 'beperkt, verhinderd of vervalst', dan is de Nederlandse, en bij grensoverschrijdende effecten ook de EU mededingingswetgeving van toepassing.

Maar, zoals uit deze informatiekaart zal blijkt: dit is nog geen reden tot paniek!

Indien de Mededingingswet van toepassing is, geldt over het algemeen:

Samenwerking en de Mededingingsregels gaan prima samen!

Samenwerking gaat over het samenspel binnen en buiten het veld van zorg en maatschappelijke ondersteuning, dus ook met woningbouwcorporaties, schuldhulpverlening, huisartsen, zorgverzekeraars, wijkverpleegkundigen enz.

Dit soort samenwerking (ook wel verticale, multidisciplinaire of complementaire samenwerking genoemd) tussen aanbie-

ders die aanvullende diensten verlenen, is meestal prima. Die samenwerking is er immers op gericht om de verschillende vormen van zorg of ondersteuning aan mensen beter af te stemmen, efficiënter te maken of te verbeteren.

De kans dat samenwerking in de gemeente of regio problematisch wordt, is groter als het zogenaamde horizontale samenwerking betreft tussen aanbieders met gelijksoortige zorg of ondersteuning en wanneer daarmee het aantal onafhankelijke aanbieders en dus het palet aan reële opties van cliënten kleiner wordt.

De beoordeling van wat wel en niet past binnen de kaders van de Mededingingswet is vaak een kwestie van gezond verstand. De wet stelt duidelijke grenzen: *samenwerking tussen concurrerende ondernemingen is verboden (formeel juridisch: 'overeenkomsten tussen ondernemingen die de mededinging beïnvloeden zijn verboden') als die niet tot verbetering leidt voor de cliënt en de concurrentie daardoor onnodig en merkbaar beperkt wordt.*

Dit mag gewoon:

Afspraken die de concurrentie *niet beperken*. Afspraken over kwaliteitsborging bijvoorbeeld mogen gewoon, zoals samenwerking met als doel de kwaliteit van de dienstverlening via transparante, objectieve criteria te bevorderen:

- afspraken in standaarden & protocollen over kwaliteitseisen, nascholing, intercollegiale toetsing;
- overleg over administratieve procedures, het delen van best practices, het bespreken van de ondersteuningsvraag op klantniveau;
- coördinatie tussen partijen, waardoor de dienstverlening beter aansluit op de vraag van de cliënt.

Afspraken waarvan de effecten op de concurrentie nauwelijks merkbaar zijn, mogen gewoon. Dergelijke afspraken vallen onder de wettelijke bagatelbepaling. Er is geen mededingingstoezicht voor samenwerkingsverbanden met maximaal acht kleine organisaties *en* een gezamenlijke omzet tot maximaal € 1,1 miljoen. Ook als aan één van deze twee voorwaarden niet wordt voldaan, mogen organisaties die tezamen maximaal 10 procent marktaandeel hebben *en* niet grensoverschrijdend werken met elkaar samenwerken.

Maar dit mogen aanbieders die met elkaar concurreren niet:

- samen prijsafspraken maken bij aanbiedingen (ook het uitwisselen van gegevens over tariefaanpassingen, kortingen, omzet of kosten mag niet);
- onderling afspreken wie welke markten of klanten bedient;
- bij aanbestedingen offertes op elkaar afstemmen of afstemmen wie wel of niet gaat inschrijven op een aanbesteding;
- gezamenlijk boycotten van andere aanbieders of van aanbestedende gemeenten.

Dit mag 'onder voorwaarden':

In principe mogen partijen via samenwerking de onderlinge concurrentie alleen beperken als dat echt noodzakelijk is om een verbetering van de diensten aan de patiënt of cliënt te realiseren. De Mededingingswet biedt ondernemers daarmee ruimte om inventief en innovatief samen op te trekken. Wat dat precies inhoudt, vertelt de wet niet. Dat zou ook niet kunnen; elke situatie vereist een eigen afweging.

De wet biedt daarbij de volgende handreiking: wil een vorm van samenwerking acceptabel zijn (formeel juridisch: van het kartelverbod zijn vrijgesteld), dan moet in elk geval voldaan zijn aan de volgende vier *cumulatieve voorwaarden*. Let wel: aan alle vier moet voldaan zijn:

- de overeenkomst moet bijdragen aan een concrete verbetering van de kwaliteit, betaalbaarheid of continuïteit van zorg; en
- niet alleen de aanbieders mogen hiervan profiteren, want de voordelen moeten in belangrijke mate ook ten goede komen aan de cliënt; en
- de concurrentiebeperking moet echt noodzakelijk zijn om de positieve effecten te bereiken (m.a.w. er is geen andere manier), én
- er moeten voldoende keuzemogelijkheden ('restconcurrentie') overblijven, voor u als gemeente en voor de patiënt of cliënt.

De bewijslast en uiteindelijke verantwoordelijkheid liggen bij de partijen zelf! Zij moeten zelf beoordelen of ze aan de voorwaarden voldoen, ook als u als gemeente uitnodigt tot samenwerking. Uw uitnodiging, respectievelijk de voorwaarden die u stelt in de aanbesteding vormen geen vrijwaring voor de eigen verantwoordelijkheid van aanbieders voor het voldoen aan de mededingingsregels!

Overtreding van de Mededingingswet kan leiden tot boetes voor de betrokken organisatie(s) en voor leidinggevend(en) aan het verboden gedrag. Aanbiedende partijen zijn hier inmiddels wel mee bekend. Denk bijvoorbeeld aan de zgn. Friese Wmozaak (ACM zaak 6442/574), waarin in 2012 aan twee thuiszorgorganisaties wegens het uitwisselen van commerciële gevoelige (prijs) informatie met concurrenten bij de aanbesteding van thuiszorg een boete van € 1,7 miljoen, resp. € 0,3 miljoen werd opgelegd.

Met het type aanbesteding dat u hanteert, heeft u als gemeente veel invloed op de concurrentieverhoudingen in uw eigen verzorgingsgebied!

De hier beschreven regels met betrekking tot concurrentie zijn vrij universeel. Ze gelden in Nederland maar ook in de meeste landen met een markteconomie in Europa en daarbuiten. Deze mededingingsregels vormen als het ware de neerslag van het leergeld dat vele tientallen jaren door consumenten betaald is voor onnodige, schadelijke beperkingen van de concurrentie. Dat leergeld is in juridisch termen omgezet in de concurrentieregels die u zojuist heeft gelezen.

Ons praktische advies aan gemeenten is: *hanteer zelf deze regels en stel u op als ware u een toezichhouder!*

- Bij alle aanbestedingen die u organiseert, is het zaak dat aanbieders niet verder gaan met afstemming van hun commerciële gedrag dan nodig is om hun doel te bereiken; dat wil zeggen: om úw doel van betaalbare, efficiënte, gepaste en goed gecoördineerde begeleiding, ondersteuning en zorg te helpen realiseren.
- Schrap elementen van samenwerking die niet strikt noodzakelijk zijn. Denk aan de vier eerdergenoemde criteria. Is de beperking van de concurrentie, die voorgesteld wordt echt noodzakelijk of kan het ook minder mededingingsbeperkend? Voorbeeld: is het noodzakelijk om afspraken te maken om niet in elkaars verzorgingsgebied aan te bieden? Wees vooral heel kritisch en u zult zien dat het vaak minder mededingingsbeperkend kan worden geregeld. Dat komt de patiënten en cliënten in uw gebied ten goede.
- Sta alleen gezamenlijk optreden of afspraken bij het doen van aanbestedingen toe wanneer een organisatie de opdracht echt niet alleen of zonder die afspraken kan uitvoeren. Bij kleinere gemeenten zal dit eerder spelen dan bij grotere steden.
- Sta onderaannemerschap toe als de opdrachtnemer de opdracht niet alleen kan uitvoeren. Onderaannemers zijn uw hoofdaannemers van de toekomst!
- Sta kleinere organisaties toe eventueel gezamenlijk aanbestedingen doen. Stimuleer dat; kleinere aanbieders zijn vaak assertief en innovatief. Ze zorgen voor verandering, verbetering en concurrentie.
- Als het marktgebied zo klein is, respectievelijk de dienstverlening zo specialistisch, dat u slechts één enkele aanbesteding verwacht, zorg er dan voor dat u de aanbesteding om de paar jaar kunt herhalen. Met andere woorden: stimuleer dan concurrentie *om* de markt, in plaats van *op* de markt.
- Partnerschap in een keten tussen partijen die niet rechtstreeks met elkaar concurreren bijvoorbeeld omdat ze complementaire diensten verlenen (denk aan een keten met huisartsen, diëtisten, fysiotherapeuten en wijkverpleegkundigen) waarin elke functiegroep niet meer dan maximaal 30 procent marktaandeel heeft in uw gebied vormen over het algemeen geen probleem voor het mededingingstoezicht, tenzij er 'hardcore' afspraken over prijzen en marktverdeling zijn gemaakt.

Deze tips kunnen u helpen om uw rol als inkoper van ondersteuning, begeleiding en zorg goed op te pakken en om uw rol als regisseur van de concurrentieverhoudingen tussen aanbieders van ondersteuning, begeleiding en zorg in uw gebied waar te maken.

Ook al regisseert u de concurrentie in uw gebied, het spreekt vanzelf dat u de ACM niet geheel kunt vervangen. Daar ontbreken u de wettelijke bevoegdheden voor. Het is echter goed om te weten dat de ACM voor u zeer benaderbaar is voor vragen die u in de praktijk kunt tegenkomen op dit gebied en om u hierbij te ondersteunen.

Ook zou het kunnen gebeuren dat u in uw gemeente of regio bij het onderhandelen over contracten te maken krijgt met gedragingen die u doen denken aan de categorie 'misbruik van (aanmerkelijke) economische macht'. Een onderneming met een zeer sterke positie in een bepaalde vorm van dienstverlening weigert u bijvoorbeeld daarvoor een aanbieding te doen als ook niet een andere dienst wordt afgenomen. Of een partij waar u in een wijk niet omheen kunt, eist dat u hen ook in een andere wijk inschakelt. Zo zou een regionaal dominante GGZinstelling bijvoorbeeld kunnen eisen dat u naast inzet van hun personeel in een FACTteam¹ ook diensten van hun eerstelijns psychologen voor jeugdzorg afneemt. De instelling probeert dan economische macht op één werkgebied te gelde te maken op een ander werkgebied. Dat is verboden.

¹ FACT-teams behandelen mensen met langdurige psychiatrische problemen buiten de muren van een GGZ-instelling.

Colofon

De informatie in deze kaart is gebaseerd op het wetsvoorstel Wmo 2015 en De Jeugdwet. Het wetsvoorstel Wmo 2015 moet nog goedgekeurd worden door de Eerste Kamer. Aan de totstandkoming van deze publicatie is de grootst mogelijke zorg besteed. Het TransitieBureau kan niet aansprakelijk worden gesteld voor eventuele onjuistheden, noch kunnen aan de inhoud rechten worden ontleend.

Invoering Wmo
www.invoeringwmo.nl | helpdesk@invoeringwmo.nl

TransitieBureau Wmo

t 070340 6100

© Rijksoverheid | Juli 2014

Mededingingstoezicht op misbruik van marktmacht is in deze informatiekaart wel genoemd, maar niet behandeld. Op dit moment heeft het Transitiebureau nog geen signalen ontvangen dat op dit terrein al wijdverbreid problemen aan de orde zijn. Toch is het goed te weten dat de ACM open staat voor mogelijke vragen hierover en u zeker terzijde zal staan, mocht dat nodig zijn. Ook de NZa heeft op dit terrein bevoegdheden. Beide instanties zullen u ter zake kunnen adviseren.

De contactgegevens van de ACM:

Autoriteit Consument en Markt,
Tel: 070 72 22 000
Website: www.acm.nl

De contactgegevens van de NZa:

Nederlandse Zorgautoriteit
Tel: 030 2968111
Website: www.nza.nl

Gemeenten en aanbieders kunnen voor alle vragen en ondersteuning rond mededinging ook terecht bij de helpdesk van het TransitieBureau Wmo:

Tel: 070 – 340 6610
Email: helpdesk@invoeringwmo.nl

Bronnen met achtergrondinformatie en handreikingen over Mededinging in zorg en welzijn
De links naar de onderstaande informatiebronnen zijn in de digitale versie van deze informatiekaart beschikbaar.

- Handreikingen en factsheets van het Transitiebureau, zoals de handreiking 'Opdrachtgever – ondernemerschap' van het Transitiebureau.
- Actiz, Toolkit compliance.
- Frieslab, Mededingingsmonitor.
- Frieslab, Keten of Kartel? Onderzoek naar het kartelverbod in ketenzorg.
- ACM, Richtsnoeren voor de zorgsector, met daarin als bijlage ook een stappenplan bij samenwerking.
- ACM, Beknopte brochure van de NMa over samenwerken en concurreren in de zorgsector.
- ACM en NZa, Richtsnoeren van NMa en NZa voor zorggroepen.
- EZ, Beleidsregels combinatieovereenkomsten.