

Zorgfraude in het sociaal domein: zes instrumenten om niet-integere zorgaanbieders al tijdens de inkoopprocedure te weren

Gepubliceerd in Tender Nieuwsbrief Online nr. 8, 2023

Auteurs

mr. S.B. (Sanne) Groenwold, Duet advocaten

F. (Frank) Heuts MSc, Significant Synergy

Onder het mom van ‘voorkomen is beter dan genezen’, bespreken wij in dit artikel zes instrumenten die gemeenten kunnen inzetten om niet-integere zorgaanbieders al tijdens de inkoopprocedure te weren. Met een goede selectie aan de poort en het zo goed mogelijk benutten van de ruimte die open-house- en SAS-procedures¹ bieden, kunnen gemeenten voorkomen dat zij contracten met niet-integere zorgaanbieders sluiten. Dit om ervoor te zorgen dat publieke middelen die voor de zorg zijn bedoeld, ook aan de zorg worden besteed.

Achtergrond

Zorgfraude is een *hot topic* binnen het sociaal domein. Dat blijkt wel uit de vele alarmerende berichten in de media en de aandacht voor dit thema binnen de politiek.² De VNG schat de omvang van zorgfraude in op 2-5% van het jaarlijkse budget voor Wmo en Jeugdwet.³ In het rapport ‘Een zorgelijk gebrek aan daadkracht’ concludeert de Algemene Rekenkamer dat de

bestrijding van fraude met publieke middelen in de praktijk niet of nauwelijks werkt en dat de pakkans voor fraudeurs laag is. Uit het rapport valt op te maken dat zorgfraude tot zowel rechtmatigheids- als kwaliteitszorgen leidt, wat indirect ook het vertrouwen van de burgers in de overheid schaadt. Naar aanleiding van de zorgwekkende conclusies van de Algemene Rekenkamer heeft de minister van Langdurige Zorg en Sport de Tweede Kamer op 29 juni 2022 geïnformeerd over haar aanpak tegen fraude in de zorgsector en daarmee de aanpak van niet-integere zorgaanbieders.⁴ Die aanpak richt zich, vooruitlopend op toekomstige wetgeving, vooral op het versterken van de uitvoeringspraktijk. Oftewel: het maximaal benutten van de huidige mogelijkheden en doen wat nu al kan. In dit artikel leggen wij de focus op de huidige mogelijkheden op het gebied van inkoop en aanbesteden.

1. Inkoopbeleid- en inkoopstrategie: zet zorgfraude op de kaart

Allereerst is van belang dat gemeenten een visie hebben (of ontwikkelen) op het gebied van fraude met publieke middelen. Het inkoopbeleid biedt ruimte om die visie meer toegespitst op de inkoop nader uit te werken. In dat beleid kan worden benadrukt dat fraude met publieke middelen in het algemeen niet acceptabel is voor de gemeente. Voor het sociaal domein kan in aanvulling hierop nog een aparte paragraaf aan de zorgfraudeproblematiek worden gewijd. Hierin kan worden aangegeven dat en waarom zorgfraude onacceptabel is en alleen integere zorgaanbieders worden gecontracteerd. Ook kan in zo'n paragraaf worden aangegeven dat onderzoek naar (vermoedens van) zorgfraude zich – vanwege de hoofdelijke aansprakelijkheid⁵ – mede richt op de betrokkenheid van bestuurder(s) en welke middelen in geval van zorgfraude zo nodig kunnen worden ingezet.⁶

Door dit in het beleid op te nemen, wordt zorgfraude binnen de gehele organisatie op de kaart gezet en kunnen inkoopers eenvoudiger het gesprek over dit thema aangaan met andere afdelingen, zoals contractmanagement en toezicht en handhaving. Ook dragen gemeenten hiermee naar buiten toe uit dat zij oog hebben voor landelijke ontwikkelingen en onrust op het gebied van zorgfraude in het sociaal domein. Dit kan niet-integere zorgaanbieders afschrikken en integere zorgaanbieders, hun cliënten en inwoners van gemeenten het vertrouwen geven dat publieke middelen bedoeld voor de zorg daar ook daadwerkelijk terechtkomen.

Op basis van het inkoopbeleid kunnen gemeenten vervolgens de inkoopstrategie bepalen en de inkoopprocedure voorbereiden. Wij raden gemeenten aan om al tijdens de voorbereidingsfase goed na te denken over de te stellen kwaliteits- en integriteitseisen⁷ en over de impact van bepaalde inkoopkeuzes⁸ voor het contractmanagement en toezicht en handhaving.

2. Uitsluitingsgronden: benut de ruimte voor uitbreiding/inkleuring van de uitsluitingsgronden bij open-house- en SAS-procedures

De Aanbestedingswet 2012 maakt onderscheid tussen verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden. De delicten fraude en witwassen vallen onder de verplichte uitsluitingsgronden en lijken op het eerste oog geschikt om niet-integere zorgaanbieders al tijdens de inkoopprocedure van verdere deelname te weren. De praktijk is echter weerbarstiger. Gemeenten kunnen pas tot uitsluiting overgaan als sprake is van een veroordeling wegens zo'n delict van de zorgaanbieder zelf dan wel van een bestuurder, toezichthouder en/of leidinggevend orgaan. Hierbij mogen gemeenten uitsluitend rechterlijke uitspraken betrekken die in de vijf jaar voorafgaand aan inschrijving onherroepelijk zijn geworden. Als het Openbaar Ministerie al besluit tot strafrechtelijke vervolging, kost zo'n traject vaak veel tijd gelet op de duur van het onderzoek en demogelijkheid van hoger beroep. Al die tijd kan de betreffende uitsluitingsgrond niet worden ingezet.

Facultatieve uitsluitingsgronden – zoals ernstige beroepsfout, past performance en valse verklaring – vereisen geen *onherroepelijke* veroordeling en kunnen daardoor sneller tot een succesvolle uitsluiting leiden. Indien gemeenten zorg via een open-house- of SAS-procedure inkopen, gelden de aanbestedingsregels niet of slechts in beperkte mate.⁹ De ruimte die dat met zich brengt, wordt in de praktijk nog niet altijd even goed door gemeenten benut, terwijl daar in onze visie juist wel kansen liggen in het kader van zorgfraudebestrijding. Zo kunnen de facultatieve uitsluitingsgronden in een open-house- of SAS-procedure bijvoorbeeld ook van toepassing worden verklaard op bestuurders, toezichthouders en leidinggevendenden. Een andere gedachte is het naar eigen inzicht uitbreiden of nader inkleuren van de in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen uitsluitingsgronden, bijvoorbeeld door in de inkoopstukken nader te concretiseren welke fouten door de gemeente (in ieder geval) als 'ernstige beroepsfout' zullen worden aangemerkt, daarbij specifiek rekening houdend met de problematiek van zorgfraude. Ook kan gedacht worden aan het uitvragen van een

aanvullende eigen verklaring die zich specifiek toespitst op de integriteit van zorgaanbieders en de leden van de bestuurs-, leidinggevende en toezichthoudende organen. Dergelijke invullingen zouden mogelijk tot extra vragen en/of bezwaren van zorgaanbieders kunnen leiden, maar met voldoende uitleg en haakjes in de inkoopstukken is dit wat ons betreft goed verdedigbaar. Onze oproep aan gemeenten is dan ook om de ruimte die open-house- en SAS-procedures bieden, in de praktijk meer (dan nu het geval is) te benutten.

3. Geschiktheidseisen: focus op continuïteit en kwaliteit ter voorkoming van zorgfraude

Als gemeenten de juiste geschiktheidseisen stellen, worden alleen zorgaanbieders gecontracteerd die continuïteit van zorg kunnen bieden en daadwerkelijk in staat zijn goede kwaliteit zorg te leveren. Dit kan bijdragen aan het voorkomen van zorgfraude.

Geschiktheidseisen kunnen onder meer betrekking hebben op de financiële en economische draagkracht van zorgaanbieders. Zo zou bijvoorbeeld als eis kunnen worden gesteld dat zorgaanbieders moeten beschikken over een accountantsverklaring zonder zogenoemde continuïteitsparagraaf of een (enkelvoudige) jaarrekening met controleverklaring met goedkeurende strekking¹⁰ over het meest recent afgesloten boekjaar. Hiermee kunnen continuïteits- en financiële risico's worden vastgesteld.

Geschiktheidseisen kunnen ook zien op de technische of beroepsbekwaamheid van zorgaanbieders. Denk aan eisen op het gebied van ervaring (referenties), bepaalde beroepsregistraties of een kwaliteitsmanagementsysteem. Hoewel weerbarstig gelet op het verschil in omvang van zorgaanbieders, zou in sommige gevallen ook gedacht kunnen worden aan de eis dat zorgaanbieders moeten beschikken over intern beleid om zorgfraude te voorkomen.

De geschiktheidseisen die gemeenten stellen, moeten wel te allen tijde proportioneel zijn, voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht en de mogelijkheid om in te schrijven voor nieuwe of kleine zorgaanbieders niet onnodig beperken.

4. Bibob-onderzoek: onderwerp zorgaanbieders aan uitgebreide integriteitsscreening

Een Bibob-onderzoek, voortvloeiend uit de Wet Bibob, is een preventief bestuursrechtelijk instrument dat gemeenten de mogelijkheid geeft de achtergrond van bedrijven/personen met wie zij zaken (willen) doen, te screenen. Het instellen van zo'n integriteitsonderzoek was al mogelijk bij aanbestedingen van overheidsopdrachten. Sinds 1 oktober 2022 is het toepassingsbereik uitgebreid en vallen ook open-house-procedures onder de Wet Bibob. Bij de inkoop van maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp kunnen gemeenten dus altijd een Bibob-onderzoek uitvoeren om vóór contractsluiting de integriteit van zorgaanbieders te controleren.

Als gemeenten vóór contractsluiting een Bibob-onderzoek willen uitvoeren, moet dit op grond van het transparantiebeginsel altijd vooraf expliciet in de inkoopstukken worden aangekondigd¹¹. Een Bibob-onderzoek bestaat in de basis uit de volgende stappen.¹² Allereerst moeten inschrijvers het Bibob-vragenformulier¹³ (of een 'light' versie hiervan) naar waarheid invullen en bij hun inschrijving voegen. In dit formulier moeten onder meer vragen over strafrechtelijk en bestuursrechtelijk optreden worden beantwoord.¹⁴ Op basis van de gegeven antwoorden in het Bibob-vragenformulier en het raadplegen van open en gesloten bronnen¹⁵ verrichten gemeenten eerst eigen onderzoek en maken zij daarbij een eerste inschatting van het risico op crimineel misbruik. Pas als er aanwijzingen voor crimineel misbruik zijn, kunnen gemeenten het Landelijk Bureau Bibob (LBB) om advies vragen. Het LBB screent op basis van informatie van opsporings- en toezichthoudende instanties of er een risico op crimineel misbruik bestaat en heeft daarbij toegang tot een groot aantal bronnen.¹⁶ Ook slaat het LBB acht op specifieke toetscriteria voor overheidsopdrachten, bijvoorbeeld op feiten en omstandigheden die verband houden met de in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen uitsluitingsgronden. Het LBB voert dus een diepgravend en uitgebreid onderzoek uit, maar daar staat tegenover dat de adviestermijn van het LBB acht tot maximaal twaalf weken bedraagt. In de planning van de inkoopprocedure zullen gemeenten daar dus rekening mee moeten houden.

Tot slot is belangrijk te vermelden dat een negatief Bibob-advies van het LBB op zichzelf nog geen grond voor uitsluiting is. Het Bibob-advies dient slechts ter onderbouwing dat sprake is van een in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen uitsluitingsgrond.¹⁷ Bovendien zullen gemeenten altijd zelf nog moeten beoordelen of het advies zorgvuldig tot stand is gekomen

en of de negatieve beslissing proportioneel is.

5. Gunningscriteria: waarborg het voorkomen van zorgfraude

Door middel van gunningscriteria kunnen gemeenten zorgaanbieders laten concurreren op kwaliteit. Gunningscriteria moeten worden toegepast in aanbestedingsprocedures en kunnen worden toegepast in SAS-procedures.¹⁸ Het gebruik van gunningscriteria kan bijdragen aan het voorkomen van het contracteren van niet-integere zorgaanbieders. Omdat het voor de uitvoering van de opdracht doorgaans van belang is dat zorgaanbieders hun werkzaamheden zorgvuldig administreren en vervolgens rechtmatig declareren bij een opdrachtgever, kan het bijvoorbeeld zinvol zijn hier in een apart gunningscriterium aandacht voor te vragen. Vragen die dan bijvoorbeeld aan zorgaanbieders kunnen worden gesteld zijn: hoe wordt het leveren van de juiste zorgintensiteit bepaald en vastgelegd? Hoe wordt de daadwerkelijke geleverde zorg gerapporteerd? En hoe wordt geborgd dat alleen de daadwerkelijk geleverde zorg wordt gedeclareerd? Hierdoor worden zorgaanbieders al in een vroeg stadium, voorafgaand aan de uitvoeringsfase, gestimuleerd na te denken over hun werkwijze en welke maatregelen zij nemen om hun administratie zo goed mogelijk in te richten. Als een zorgaanbieder, naar het oordeel van de beoordelaars, niet voldoende overtuigend laat zien over een goed functionerende administratie te beschikken, kan dit leiden tot uitsluiting van verdere deelname aan de inkoopprocedure. Als gemeenten niet zo ver willen gaan, kan een lage score in ieder geval aanknopingspunten bieden om hierover met de betreffende zorgaanbieder in gesprek te gaan tijdens de uitvoeringsfase.

6. Contractuele mogelijkheden

Tot slot kunnen gemeenten in de overeenkomst die zij met zorgaanbieders sluiten waarborgen opnemen om zorgfraude te voorkomen en tijdens de looptijd afscheid te nemen van niet-integere zorgaanbieders. Denk hierbij aan bijvoorbeeld de toepassing van de Governance code Zorg 2022, het laten doorwerken van de uitsluitingsgronden en Bibob tijdens de uitvoering, een fraudebepaling en winstnormering. In een later artikel gaan auteurs hier graag dieper op in.

Tot slot

Publieke middelen die bedoeld zijn voor de zorg, behoren ook aan de zorg te worden besteed. Dat is in de praktijk helaas niet altijd het geval. Wij raden gemeenten daarom aan al tijdens de voorbereiding van een inkoopprocedure goed na te denken over welke instrumenten ingezet kunnen worden om te voorkomen dat er contracten met niet-integere zorgaanbieders worden gesloten. Wij zien met name de uitbreiding en/of inkleuring van de uitsluitingsgronden bij een open-house- of SAS-procedure, het inbedden van een Bibob-onderzoek in de inkoopprocedure en het gebruik van gunningscriteria gericht op het voorkomen van zorgfraude als belangrijke instrumenten om niet-integere zorgaanbieders al in de inkoopprocedure te weren. Hiermee worden bestaande mogelijkheden op het gebied van inkoop en aanbesteden maximaal benut ter bestrijding van zorgfraude.

Meer weten?



Sanne Groenwold
advocaat bouw- en aanbestedingsrecht

sanne.groenwold@duetadvocaten.nl

06 23 58 52 30

www.linkedin.com/in/sannegroenwold/



Frank Heuts
principal consultant sociaal domein

frank.heuts@significant.nl

06 13 38 52 58

www.linkedin.com/in/fheuts/

Voetnoten

1. Met een SAS-procedure bedoelen wij de procedure voor sociale en andere specifieke diensten als bedoeld in de artikelen 2.38 en 2.39 Aanbestedingswet 2012.
2. Zie bijvoorbeeld de vele artikelen over zorgfraude in het 'Zorgcowboys'-dossier van Follow The Money (<https://www.ftm.nl/dossier/zorgcowboys>) en het recente commissiedebat 'Governance in de zorgsector' van 4 oktober 2023 over onder andere fraudebestrijding in de zorg (zie het verslag van het commissiedebat van 25 oktober 2023, 32012, nr. 51).
3. Zie: <https://vng.nl/nieuws/maak-de-aanpak-van-zorgfraude-bestuurlijke-topprioriteit>.
4. Kamerbrief 'Aanpak niet-integere zorgaanbieders' d.d. 29 juni 2022 met kenmerk 3390021-1031661-PZO.
5. Vgl. Rb. Overijssel d.d. 20 juli 2022 (Gemeente Almelo/Take Care).
6. Denk aan: terugvordering en/of verrekening van ten onrechte uitgekeerde betalingen of kosten onderzoek naar fraude, registratie in signaleringssysteem verzekeringsmaatschappijen, klacht bij Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, melding c.q. aangifte bij bevoegde opsporingsinstanties zoals FIOD-ECD en OM, melding bij andere instanties zoals de Inspectie voor de Gezondheidszorg.
7. Denk bijvoorbeeld aan het eisen van een kwaliteitsmanagementsysteem of het opvragen van een aanvullende eigen verklaring van bestuurders specifiek gericht op integriteit.
8. Zoals de impact van de keuze voor een bepaalde inkoopprocedure (bijvoorbeeld een open-house- of SAS-procedure) of een bepaalde bekostigingssystematiek (taakgericht, resultaatgericht of inspanningsgericht).
9. In o.a. de arresten Falk Pharma (HvJ EU 2 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:399) en Tirkkonen (HvJ EU 1 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:142) is uitgemaakt dat open-house-procedures niet onder de werkingssfeer van het Europese aanbestedingsrecht vallen. Voor SAS-procedures geldt dat uitsluitend de paragrafen 2.3.1.2, 2.3.2.1, 2.3.2.2 en 2.3.3.1 en paragraaf 2.3.8.9 van hoofdstuk 2.3 van de Aanbestedingswet van toepassing zijn.
10. Of voor kleinere – niet jaarrekening plichtige – zorgaanbieders een (enkelvoudige) jaarrekening met een beoordelings- of samenstellingsverklaring.
11. Vgl. Vزر. Rb. Gelderland 8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1162, r.o. 4.5.
12. Ter vermindering van de administratieve lasten kunnen gemeenten er ook voor kiezen eerst een globale screening te doen en daarna – risicogestuurd – op te schalen indien nodig. Wij raden gemeenten aan dit per geval af te wegen en af te stemmen op de precieze opdracht en het aantal en type potentiële inschrijvers.
13. Het gaat meer specifiek om het Bibob-vragenformulier met betrekking tot overheidsopdrachten, zoals bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder i, van de Wet Bibob.
14. Uit een recent arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden volgt dat een civielrechtelijke veroordeling vanwege bestuurdersaansprakelijkheid niet op het Bibob-formulier hoeft te worden vermeld. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6140.
15. Denk voor de open bronnen bijvoorbeeld aan negatieve mediaberichten en voor de gesloten bronnen aan politieke en justitiële gegevens.

16. Het LBB heeft toegang tot diverse bronnen, zoals politieregisters, Belastingdienst, Kadaster, Justitieel Documentatiesysteem, Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), Arbeidsinspectie, Financial Intelligence Unit(FIU), uitkeringsinstantie UWV, Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst/Economische Controledienst(FIOD/ECD), sociale uitkeringsinstanties en RDW. Ter vergelijking: bij het afgeven van de Gedragsverklaring Aanbesteden worden alleen het Justitieel Documentatiesysteem en beschikkingen van ACM en Europese Commissie geraadpleegd.
17. Vlg. Vزر. Rb. Gelderland 8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1162, r.o. 4.5.
18. Als gezegd zijn SAS-procedures aan minder regels gebonden dan een reguliere aanbesteding. Zie bijvoorbeeld de nadere toelichting op piano.nl of de handreiking 'SAS zonder emvi'. Deze laatste handreiking bevat verschillende mogelijkheden om een SAS-procedure (administratief luw) in te richten.