

Redactie:

mr. C.J.G.M. Bartels LL.M.
Bartels Sueters Fischer
Aanbestedingsadvocaten,
's-Hertogenbosch

mr. I.A.H. Dolmans-Budé
AT Osborne BV, Utrecht

mr. R.D. Luteijn
Lexecon BV, Amsterdam

mr. dr. G.W.A. van de Meent
Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. D. Waterman
Professioneel en Innovatief Aanbesteden
Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers
(PIANOo), 's-Gravenhage

prof. mr. W.G. Ph.E. Wedekind
De Nederlandse Vereniging
voor Aanbestedingsrecht

mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV, Raalte

Eindredactie: Dorien Gransjean-Eldering,
tel. 070 441 51 85,
e-mail: dorien.gransjean@reedbusiness.nl

Uitgever: Paul Splinter, tel. 070 441 52 30

Abonnementen/adreswijzigingen:

Abonnementen: € 110 p.j.
Losse nummers: € 14
Reed Business Information bv
Postbus 808, 7000 AV Doetinchem
tel. (0314) 358 358
fax (0314) 358 161
e-mail: klantenservice@reedbusiness.nl

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht fungeert als forum voor vraagstukken op het gebied van het nationale, Europese en internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert, begeleidt en traint overheden en nutsbedrijven ter optimalisering van hun inkoopprocessen en aanschaffingen in het kader van de implementatie van wettelijke EG-aanbestedingsvoorschriften.

Hoewel uitgever en redactie de uiterste zorg nastreven kan voor eventuele (zet)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden zij daarvoor geen aansprakelijkheid.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt voor het toezenden van informatie en/of speciale aanbiedingen door Reed Business Information bv en speciaal geselecteerde bedrijven. Indien u hier tegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business Information bv, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV Doetinchem.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van
Reed Business Information bv,
's-Gravenhage

© 2005
ISSN 1384 2838

DE ZAAK

De Zaak Amphibia

Op 18 oktober jongstleden wees het Hof Den Bosch arrest in de zaak 'Amphibia' en bevestigde het vonnis van de Voorzieningenrechter te Breda. Daarbij werd vastgesteld dat het Amphibia Ziekenhuis te Breda dient aangemerkt te worden als een aanbestedende dienst.¹ Een nadere analyse.

Over de vraag of ziekenhuizen al dan niet als aanbestedende diensten moeten worden aangemerkt, is al ruim een decennium veel te doen.² Zowel voor een bevestigend als ontkennend standpunt waren (en zijn) argumenten voorhanden.

Dat een ziekenhuis rechtspersoonlijkheid bezit en voorziet in behoeften van algemeen belang, was nimmer in discussie. Daarmee werd voldaan aan de zogenaamde eerste twee voorwaarden om te kunnen kwalificeren als een aanbestedende dienst. Het draaide echter steeds om de vraag of ook aan de zogenaamde derde voorwaarde werd voldaan, ofwel (samengevat): a) werd het ziekenhuis in hoofdzaak gefinancierd met overheidsmiddelen, b) werd zijn bestuur in meerderheid door de overheid benoemd, of c) stond het onder toezicht van de overheid? In de regel wordt het bestuur van een ziekenhuis niet in meerderheid door de overheid benoemd, waardoor de vraag resteerde of sprake was van 'overheidsfinanciering' dan wel 'overheidstoezicht' in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Indien ten aanzien van een van deze aspecten een bevestigend antwoord kon worden gegeven, zou het ziekenhuis als een aanbestedende dienst moeten worden aangemerkt.³

Feiten

Vz. Rechter Arnhem: Rivierenland

Het heeft lang geduurd alvorens er enige duidelijkheid kwam in de kwestie Rivierenland. De Voorzieningenrechter te Arnhem was de eerste rechterlijke instantie in Nederland die hierover een (voorlopig) oordeel velde. In de zaak Rivierenland-PMN – het betrof de vraag of het parkeermanagement aanbesteed diende te worden – oordeelde de Voorzieningenrechter dat het Ziekenhuis Rivierenland te Tiel als een aanbestedende dienst diende te worden aangemerkt.⁴ De Voorzieningenrechter was tamelijk kort in zijn oordeel. Meer dan 67 procent van

de patiënten was via de ZfW verzekerd. De Voorzieningenrechter stelde de premieafdracht op grond van de ZfW gelijk aan overheidsgeld, zodat sprake was van 'overheidsfinanciering' (in hoofdzaak) in de zin van de richtlijnen. Evenzo achtte de Voorzieningenrechter een niet onbelangrijke mate van overheidstoezicht aanwezig, zij het dat uit de uitspraak niet duidelijk werd of van een zodanige mate sprake was, dat ook aan het vereiste van 'overheidstoezicht', zoals bedoeld in de richtlijnen, werd voldaan.

Vz. Rechter Breda: Amphibia

Enige tijd daarna volgde de uitspraak van de Voorzieningenrechter te Breda die tot eenzelfde conclusie kwam: het Amphibia Ziekenhuis was naar zijn oordeel een aanbestedende dienst op basis van een gelijkaardige motivering.⁵ De Voorzieningenrechter meende dat sprake was van 'overheidsfinanciering' in de zin van de richtlijnen nu circa zestig procent van de patiënten via de ZfW was verzekerd. Daarnaast overweegt de Voorzieningenrechter expliciet dat naar zijn oordeel ook sprake is van 'overheidstoezicht' als bedoeld in de richtlijnen, gelet op de veelheid aan wet- en regelgeving⁶ krachtens welke van overheidswege direct of indirect invloed en toezicht uitgeoefend wordt of kan worden op het beheer van een ziekenhuis.

Hof Arnhem: Rivierenland

Het Hof heeft in hoger beroep de zaak niet inhoudelijk meer behandeld – ondanks verzoek van partijen daartoe – nu het ziekenhuis had besloten het parkeermanagement (de dienst die volgens PMN aanbesteed had dienen te worden) weer volledig zelf ter hand te nemen. Daarom was er geen sprake meer van Europese aanbestedingsproblematiek en had PMN geen belang meer bij de zaak.⁷ Het Hof vernietigt om die reden op formele gronden het vonnis van de Voorzieningenrechter.

Ook van de uitspraak inzake Amphia is hoger beroep ingesteld. Op 18 oktober 2005 deed het Hof Den Bosch uitspraak en bevestigde het oordeel van de Voorzieningenrechter te Breda in een uitermate kort arrest. Daarbij werd in hoofdzaak verwezen naar de overwegingen en motivering van de Voorzieningenrechter. Het Hof oordeelde, in navolging van de Voorzieningenrechter, dat ZfW-premies gelijk dienden te worden gesteld met overheidsgeld, bijgevolg waarvan – aldus het Hof – het ziekenhuis in hoofdzaak werd gefinancierd met overheidsgelden in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Of daarnaast ook nog sprake was van overheidstoezicht als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen, was in de optiek van het Hof niet langer relevant. Het Hof ging op dit aspect dan ook niet meer in.

Stand van zaken

In voetbaltermen is de stand 3-0 ten nadele van de ziekenhuizen. Er zijn thans drie uitspraken voorhanden, allen met een voorlopig karakter, waarbij is geoordeeld dat de betrokken ziekenhuizen Europees dienen aan te besteden. Belangrijk aspect daarbij is dat terzake de in het geding zijnde ziekenhuizen meer dan vijftig procent van hun patiënten ZfW-patiënten waren. Op grond daarvan werd geconcludeerd dat sprake was van 'overheidsfinanciering' (in hoofdzaak) in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Zou het aantal ZfW-patiënten derhalve onder de vijftig procent hebben gelegen, was het oordeel – op dit punt – waarschijnlijk anders uitgevallen. Denkbaar is bovendien dat in het ene kalenderjaar het aantal ZfW-patiënten onder en vervolgens weer boven de vijftig procent ligt. Per ziekenhuis en per kalenderjaar dient, gelet op dit punt, dan ook te worden bezien of Europees aanbesteed dient te worden. Uit oogpunt van rechts-eenheid en rechtszekerheid een bepaald ongelukkige uitkomst. Anderzijds is er nog de expliciete overweging van de Voorzieningenrechter te Breda die stelt dat bovendien sprake is van 'overheidstoezicht' als bedoeld in de richtlijnen. Op dit argument kan door een inschrijver een beroep gedaan worden, indien het aantal ZfW-patiënten onder de vijftig procent zou liggen. Ook de Voorzieningenrechter te Arnhem stelt dat sprake is van een 'niet onbelangrijke mate' van overheidstoezicht.

Gelet op voorgaande mag men dan ook aannemen dat in kort geding het pleit beslecht lijkt ten voordele van de inschrijver: de kans dat een Voorzieningenrechter alsnog het standpunt van een gedaagd ziekenhuis honoreert – stellende

dat men geen aanbestedende dienst is –, heeft op dit moment weinig kans van slagen.

Kanttekeningen

Een aantal kanttekeningen is op zijn plaats. Alle uitspraken hebben namelijk een voorlopig karakter en een bodemprocedure is nog niet gevoerd. De materie is complex en een bodemprocedure is daarvoor dé procedure.

De vraag kan ook worden opgeworpen of de betrokken rechters er verstandig aan hadden gedaan aan het Hof van Justitie EG prejudiciële vragen te stellen. Gegeven de complexiteit en het principiële karakter van de zaak, had dat in de rede gelegen, doch de diverse kortgedingrechters wilden daar niet aan; mogelijk juist gelet op het kortgedingkarakter van de zaak. Immers, een nader uitleg van het begrip 'overheidsfinanciering' en 'overheidstoezicht' ware, in deze context, alleszins wenselijk geweest.

Het voorgaande klemmt temeer als men zich realiseert dat de motiveringen in de diverse uitspraken uitermate kort zijn. Met een handvol alinea's maakt men zich van de zaak af en enige verwijzing naar staande jurisprudentie treft men nauwelijks aan, terwijl een referentie naar zaken als Cambridge⁸ en Forestry Board⁹, Commissie/Frankrijk¹⁰ of Truley¹¹ toch wel zeer in de rede had gelegen. Daarbij dient bedacht te worden dat in Oostenrijk een uitspraak is gewezen waarbij de rechter oordeelde dat het betreffende Oostenrijkse ziekenhuis géén aanbestedende dienst was.¹² Overigens was deze kwestie enigszins bijzonder, terwijl de structuur van de zorg in Oostenrijk (uiteraard) afwijkt van de Nederlandse situatie.

Of in de praktijk onverkort gevolg wordt gegeven aan voorgaande, is mij niet bekend: ik heb daarover nog wel enige twijfel, temeer nu ik meen het nodige gemor te bespeuren in de ziekenhuisbranche naar aanleiding van voorgaande.

De nieuwe Zorgwet

De vraag is bovendien wat de relevantie van deze uitspraken zal zijn voor de toekomst. Immers, per 1 januari 2006 treedt de Zorgwet in werking waarbij het gehele stelsel van ziektekostenverzekering en financiering radicaal wordt gewijzigd. Iedere Nederlander van 18 jaar en ouder is verplicht een standaardbasisverzekering te sluiten tegen een premie die bij iedere verzekeraar rond de 1050 euro ligt en waarbij voor de verzekeraar een acceptatieplicht geldt. Een dergelijke verzekering vertoont aanzienlijke parallellen met de 'gewone' belasting. Zo zou men kunnen betogen dat vanaf 1 januari 2006 'iedere Nederlander ziekenfonds verzekerd is'. Daarnaast dienen

werkgevers een inkomensafhankelijke bijdrage te betalen op basis van het inkomen van hun werknemers. Ook deze betaling is een verplichte. Uitsluitend de aanvullende verzekeringen zijn facultatief: wie wil, kan zich aanvullend verzekeren doch verplicht is dit niet. Bovendien is er nog een vereveningsfonds om de zogenaamde 'slechte risico's' te dekken (verzekeraars die relatief veel verzekerden met aanzienlijke gezondheidsrisico's hebben).¹³

Het voert te ver om in van deze rubriek in detail hier op in te gaan, doch een eerste analyse leert dat een wezenlijk deel van de financiering van de zorg bestaat uit verplichte door de overheid opgelegde bijdragen, waardoor de parallel met overheidsgelden behouden blijft. Bovendien verandert er, voor zover mij bekend, niets (wezenlijks) aan de toezichtstructuur op de ziekenhuizen.

Mede indachtig het beoogde 'nuttig effect' – vrij vertaald: ruime uitleg naar doelen strekking van de richtlijnen – waar het Hof van Justitie EG continu op hamert, acht ik het dan ook aannemelijk dat in kortgedingprocedures de Voorzieningenrechter zal vaststellen dat ziekenhuizen ook onder de nieuwe Zorgwet als aanbestedende diensten dienen te worden aangemerkt. De tijd zal het leren.

Mr. Robbert D. Luteijn

Lexecon (www.lexecon.nl)

Noten

1. Hof Den Bosch 18 oktober 2005.
2. Zie bijvoorbeeld artikelen van mr. A.W. van Wijngaarden/mr. W. Wedekind en mr. R.D. Luteijn in *Tender Nieuwsbrief*, 1996, nrs. 2 en 3.
3. Zie onder andere mr. A.E. Broesterhuizen, 'Zorg om aanbesteden', in: *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, 2005, januari, p. 5 e.v.
4. Vz. Rechter Arnhem 9 juli 2004. Zie hierover mr. R.D. Luteijn, *Tender Nieuwsbrief*, 2004, nr. 6.
5. Vz. Rechter Breda 30 november 2004. Zie hierover voorts *Tender Nieuwsbrief*, 2005, nr. 1.
6. Wet Tarieven Gezondheidszorg, Wet Ziekenhuisvoorzieningen, de mogelijkheid van de minister tariefaanwijzingen te geven, de noodzaak van het verkrijgen van toestemming voor en controle op bouw en kosten van een nieuw ziekenhuis e.d.
7. Hof Arnhem 14 juni 2005.
8. HvJEG (C-380/98) 3 oktober 2000.
9. HvJEG (C-353/96) 17 december 1998.
10. HvJEG (C-237/99) 1 februari 2001.
11. HvJEG (C-373/00) 27 februari 2003.
12. UVS Oberösterreich 30 juli 2002.
13. Zie voorts mr. C.J.G.M. Bartels, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, 2005, juli, p. 130 e.v. over aanbesteding en zorgverzekeraars.