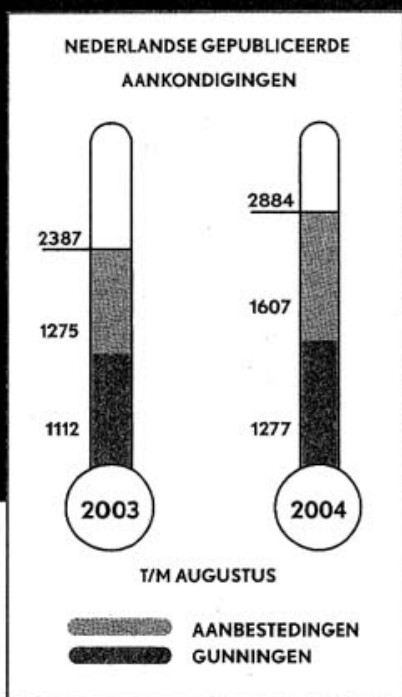


TENDER 6

N I E U W S B R I E F

TENDER THERMOMETER



Het Aanbestedingsreglement Werken 2004

Sinds 15 augustus 2004 is het Aanbestedingsreglement Werken 2004 ('ARW') van kracht. Het reglement is de opvolger respectievelijk vervanger van de huidige aanbestedingsreglementen die in de bouw worden gehanteerd: het UAR 2001 en het UAR-EG 1991. Het ARW is de reactie van het kabinet op de aanbevelingen van de parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid om de aanbestedingsregelgeving in Nederland te stroomlijnen. Na enkele inleidende opmerkingen worden in dit artikel de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de huidige aanbestedingsreglementen toegelicht.

lees verder op pagina 4 >

IN DIT NUMMER:

- 1 Een doorbraak in de gezondheidszorg? 3 Aanbestedingsreglement werken
 Intergraal procesmanagement 6 DE ZAAK - Opdrachtverlening in de coulissen
 8 GUNNINGEN IN NEDERLAND

Een doorbraak in de gezondheidszorg?

Op 9 juli jongstleden heeft de Voorzieningenrechter te Arnhem een uitspraak gedaan over de vraag of ziekenhuizen al dan niet aangemerkt dienen te worden als een publiekrechtelijke instelling, althans aanbestedende dienst in de zin van diverse aanbestedingsrichtlijnen.¹ De Voorzieningenrechter heeft deze vraag positief beantwoord en daarmee is er na een discussie van ruim tien jaar eindelijk een rechterlijk oordeel, zij het voorlopig, voorhanden.

Casus

Het Rivierenlandziekenhuis te Tiel organiseert een onderhandse aanbesteding voor het management van haar parkeerfaciliteiten. Parkeermanagement Nederland CV ('PMN') heeft dit management een drietal jaren verzorgd (van 1 mei 2001 tot 1 mei 2004). De nieuwe opdracht wordt echter niet meer aan haar gegund, ondanks het feit dat haar gevraagd is een offerte in te dienen die zij overigens onder protest heeft ingediend. Het ziekenhuis gunt de opdracht aan 'partij A'. PMN kan zich met deze gang van zaken niet verenigen en vordert in kort geding a) dat het ziekenhuis wordt verboden om de opdracht aan partij A te gunnen, alsmede b) over te gaan tot een (her)aanbesteding onder vigeur van de Richtlijn Diensten. Het ziekenhuis stelt - kortweg - dat het daartoe niet gehouden is, aangezien het niet aangemerkt kan worden als een aanbestedende dienst.

De Voorzieningenrechter maakt in een kort vonnis korte metten met deze stelling van het ziekenhuis. Aan de orde was niet de vraag of a) het ziekenhuis rechtspersoonlijkheid had, of b) voorzag in een algemeen belang. Partijen waren het er over eens dat het ziekenhuis aan die vereisten

voldeed. Het ging daarentegen om de vraag of voldaan werd aan het 'derde' criterium, dat woordelijk als volgt luidt: '(...) waarvan 1) ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, 2) ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, 3) ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.'

Aan het onder 3) gestelde werd niet voldaan, waardoor de discussie uitsluitend nog ging over de vraag - samengevat - of a) het ziekenhuis wel of niet werd gefinancierd door de overheid en/of b) het ziekenhuis onder toezicht van de overheid stond. De Voorzieningenrechter is in zijn oordeel tamelijk kort. Het blijkt dat circa 67 procent van de patiënten van dit ziekenhuis verplicht zijn verzekerd via de Ziekenfondswet en de rechter stelt de afdracht van ziekenfondspremies gelijk met overheidsgeld. Punt. Daar voegt de Voorzieningenrechter nog aan toe dat 'in niet onbelangrijke mate sprake is van overheidstoezicht op het ziekenhuis', onder meer lees verder op pagina 2 >

Een doorbraak in de gezondheidszorg?

gelet op wetten als de Wet ziekenhuisvoorzieningen, de Wet op bijzondere medische verrichtingen en de Wet tarieven gezondheidszorg. PMN wordt derhalve in het gelijk gesteld.

Commentaar

Voor 'aanbestedingswatchers' eindelijk de langverwachte uitspraak. Er is reeds ruim tien jaar een discussie gaande over de vraag of ziekenhuizen – of wellicht in zijn algemeenheid instellingen in de gezondheidszorg – al dan niet aangemerkt kunnen worden als een aanbestedende dienst in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. De meningen waren tot dusverre verdeeld, of beter gezegd: voor beide standpunten (wel respectievelijk niet) waren wel argumenten te vinden. In de kern kan wellicht gesteld worden dat de voorstanders een wat ruimere interpretatie aanhingen van het begrip 'overheidsfinanciering' dan wel 'overheidstoezicht', terwijl de tegenstanders een wat striktere, meer letterlijke interpretatie van deze begrippen hanteerden. Ook het ministerie van Economische Zaken heeft hiermee geworsteld, zoals moge blijken uit het feit dat instellingen in de zorgsector heel even hebben gefigureerd op de lijst van publiekrechtelijke instellingen zoals die is te vinden op website van het ministerie.² Enfin, uiteindelijk is er een rechterlijk oordeel voorhanden dat enig houvast biedt. Een aantal relativeringen zijn echter op z'n plaats.

Gelet op het vonnis acht de rechter het van bijzonder belang dat het onderhavige ziekenhuis voor circa 67 procent bestaat uit ziekenfondspatiënten. Dat gegeven brengt met zich mee dat a) indien dit aantal minder dan vijftig procent zou hebben bedragen de uitspraak mogelijk (of waarschijnlijk?) anders was uitgevallen, en b) gelet daarop feitelijk dus periodiek – bijvoorbeeld jaarlijks – zou moeten worden bezien hoe het patiëntenbestand (wel of niet meer dan vijftig procent ziekenfondspatiënten) is opgebouwd.³ Voorgaande brengt derhalve met zich mee dat deze uitspraak niet zonder meer op alle instellingen in de zorg toegepast kan worden en bovendien niet voor eens en altijd, omdat per instelling de financiering zowel in zijn algemeenheid als periodiek kan verschillen. Vanuit oogpunt van rechtszekerheid een onwenselijke situatie. Bovendien zal in het hoger beroep (zie hierna) zonder twijfel nogmaals de vraag aan de orde worden gesteld of de – zeg maar gerust tamelijk complexe – financieringsstructuur van dit ziekenhuis – of van de

gezondheidszorg in het algemeen – kwalificeert als de 'overheidsfinanciering' in de zin van de definitie van het begrip aanbestedende dienst. Uit de uitspraak wordt bovendien niet helemaal duidelijk of de Voorzieningenrechter nu wel of niet van oordeel is dat ook sprake is van 'overheidstoezicht' als bedoeld in de definitie van de aanbestedingsrichtlijnen. Immers, hij overweegt dat '(...) in niet onbelangrijke mate sprake van is van overheidstoezicht (...)'. Ik ben geneigd te oordelen dat de rechter meent dat ook aan dit (sub)criterium is voldaan, maar dit had naar mijn mening wel stilliger uit het vonnis kunnen blijken. Opmerkelijk is dat in het vonnis iedere verwijzing ontbreekt naar de uitspraak van het Hof van Justitie EG inzake Cambridge⁴; immers, in deze zaak is uitvoerig ingegaan op het begrip 'overheidsfinanciering'. Bovendien zouden enige verwijzingen naar 'Connemara'⁵ op zijn plaats geweest zijn; vergelijk met name r.o. 38 en 39 over de uitleg van het begrip 'overheidstoezicht'. Ondanks voorgaande meen ik wel dat deze uitspraak logisch voortborduurde op een tendens in het aanbestedingsrecht die naar mijn mening inhoudt dat in de rechtspraak bij onduidelijkheid of twijfel nagenoeg steeds voor een ruime, extensieve – zo men wil naar doel en strekking⁶ – interpretatie wordt gekozen en niet of nauwelijks voor een letterlijke of grammaticale.⁷

Tot slot

Het betreft een uitspraak in kort geding en heeft derhalve een voorlopig karakter. Op het moment

van ter perse gaan van deze editie is het ziekenhuis voornemens hoger beroep in te stellen tegen deze uitspraak. Daarbij zal bovendien de minstens zo belangrijke vraag aan de orde (moeten) komen of de onderhavige diensten aangemerkt dienen te worden als een zogenaamde 'IB'-dienst. Indien die vraag positief wordt beantwoord, rijst de vraag of het Gerechtshof in hoger beroep nog aan de vraag toekomt of ziekenhuizen wel of niet als aanbestedende diensten aangemerkt kunnen worden. Wordt vervolgd derhalve.

Mr. Robbert D. Luteijn
Lexecon

Noten

1. Zie www.rechtspraak.nl.
2. Zie o.a. mr. R.D. Luteijn, 'EZ publiceert nieuwe lijsten', in: *Tender Nieuwsbrief*, april 1999.
3. Vergelijk HvJ EG ('Cambridge'), 3 oktober 2000, C-380/98, r.o. 33 en 44.
4. Zie de vorige noot.
5. HvJ EG 1712/1998, C-353/96.
6. Vergelijk onder meer de overwegingen over het beoogde en noodzakelijke 'nut effect' in *Mortiere Middelburg en Scala*.
7. Men denke onder andere aan *Mortiere Middelburg* (Hof Den Haag) als mede een aantal uitspraken van het HvJ EG, zoals *Scala*, *Connemara*, *Cambridge*, *Mannesmann*, *Adolf Truley* en *Agora*.

Handboek milieuverantwoord aanbesteden verschenen

Afgelopen augustus hebben de diensten van de Commissie een handboek op het gebied van milieuverantwoord aanbesteden uitgebracht. Dit handboek is een uitwerking van de 'Interpretatieve Mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren', zoals dit in juli 2001 is verschenen (COM 2001, 274 Final).

Het handboek laat aan de hand van praktische teksten en voorbeelden zien wat de juridische mogelijkheden zijn voor het in aanmerking nemen van milieuaspecten in aanbestedingsprocedures. Het document kan een belangrijke aanvulling vormen voor aanbestedende diensten in hun aanbestedingspraktijk. De tekst van dit handboek houdt rekening met de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, zoals aangenomen op 31 maart van dit jaar.

Het handboek is voorlopig alleen verkrijgbaar in het Engels. In een later stadium wordt een vertaling in het Nederlands verwacht. Het handboek is te downloaden van het volgende adres:

http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/key-docs_en.htm

De redactie