

## ZIJN ZORGINSTELLINGEN AANBESTEDINGSPLICHTIG?

Door mr. A.A. (Ali) Rassa

**Over de vraag of zorginstellingen aanbestedingsplichtig zijn heeft lange tijd onduidelijkheid bestaan.**

**Gelet op de huidige stand van wetgeving en jurisprudentie zijn zorginstellingen niet aanbestedingsplichtig.**

### Zorginstellingen

Zorginstellingen verlenen zorg. Zij worden voor hun diensten betaald door de zorgkantoren, die daarvoor een budget ter beschikking krijgen. Zorgkantoren vertegenwoordigen op grond van een civiele mandaats- en volmachtsovereenkomst de (voor de uitvoering van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) toegelaten) zorgverzekeraar in de regio waarvoor die zorgkantoren als verbindingskantoor zijn aangewezen. Zorgkantoren zijn verder belast met de administratieve uitvoering van de AWBZ in hun regio's.

### Wanneer is een zorginstelling aanbestedingsplichtig?

Voor de vraag of een zorginstelling op grond van de Europese richtlijn 2004/18 EG en het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten (Bao) aanbestedingsplichtig is, is van belang om vast te stellen of een zorginstelling te kwalificeren is als een 'publiekrechtelijke instelling'. Een instelling is een publiekrechtelijke instelling (artikel 1q en r Bao) als:

- a. deze is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang. De behoeften mogen geen commercieel karakter hebben;
- b. deze rechtspersoonlijkheid heeft; en
- c. (i) ofwel de activiteiten in hoofdzaak door een aanbestedende dienst (overheid) worden gefinancierd, (ii) ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door een aanbestedende dienst (overheid), (iii) ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door een aanbestedende dienst (overheid) zijn aangewezen.

De voorwaarden onder a, b en c zijn cumulatief. De elementen (i) tot en met (iii) zijn alternatieven.

### Juridische toets: is een zorginstelling een publiekrechtelijke instelling?

Ad a) *Voorzien in behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard*

Voor de vraag of aan dit vereiste wordt voldaan, is het 'Amphia'-arrest van de Hoge Raad<sup>1</sup> van belang. De Hoge Raad diende te beoordelen of Amphia, een (algemeen) ziekenhuis uit Breda, als een publiekrechtelijke instelling en dus als een aanbestedende dienst moest worden aangemerkt. De eerste vraag die aan de Hoge Raad werd voorgelegd was of een ziekenhuis voorziet in diensten van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. De Hoge Raad oordeelde dat daarvan sprake is wanneer het gaat over behoeften waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt, en waarin de Staat bovendien om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien, of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden.

<sup>1</sup> HR 1 juni 2007, LIN: AZ9872.

Wanneer is sprake van 'behoeften waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt'? Volgens de Hoge Raad is de vraag of er sprake is van concurrentie een relevante factor, maar niet doorslaggevend. Zelfs als een instelling zonder winstoogmerk opereert, maar wel wordt geleid op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit en zelf het economisch risico van haar activiteiten draagt, kan sprake zijn van het aanbieden van dienstverlening op de markt.

In zulke gevallen is sprake van dienstverlening van commerciële aard en wordt dus niet voldaan aan de eerste voorwaarde van de definitie van een publiekrechtelijke instelling.

Hoe zit dit nu bij zorginstellingen? Zorginstellingen worden naar ons oordeel evenals algemene ziekenhuizen geleid op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit en dragen bovendien zelf het economisch risico van hun activiteiten. De laatste jaren is de concurrentie in de zorg aanzienlijk toegenomen. De verwachting is dat deze ontwikkeling zich in de komende jaren doorzet. Met de afschaffing van het bouwregime per 1 januari 2009 en de invoering van de Normatieve Huisvestingscomponent (NHC) per 1 januari 2012 zijn de financiële verantwoordelijkheden en risico's nog meer verschoven van de overheid naar de zorginstellingen zelf. Zo moeten zorginstellingen de kosten voor huisvesting zelf terugverdienen via de tarieven die de verzekeraars aan hen uitbetalen. Deze kosten werden voorheen door de overheid gedragen.

In plaats van een instellingsgebonden budget voor huisvesting wordt de vergoeding voor huisvesting voortaan opgenomen in een integraal tarief voor zorgzwaartepakket (ZZP-tarief). Deze nieuwe bekostigingswijze houdt in dat zorginstellingen voor dit deel niet langer gefinancierd worden op grond van functionele budgettering, maar op basis van de zorgbehoefte van de cliënt, uitgedrukt in een ZZP. Het te besteden bedrag wordt dus afhankelijk van het aantal cliënten dat een zorginstelling heeft. Een nadeel voor zorginstellingen is dat zij door deze maatregel risicodragend worden voor hun gebouwen.

Zorginstellingen opereren in een concurrerende markt en moeten de financiële risico's steeds meer zelf dragen. Hieruit volgt dat zorginstellingen niet voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan industriële of commerciële aard. Nu hiermee niet wordt voldaan aan de eerste voorwaarde van de definitie van publiekrechtelijke instelling, is (al) geen sprake van een publiekrechtelijke instelling in de zin van het Bao. Dat betekent dan automatisch dat er geen sprake is van een aanbestedende dienst. Naar ons oordeel zijn zorginstellingen dan ook niet aanbestedingsplichtig.

Voor zover ons bekend, heeft de rechter zich nog niet uitgesproken over de vraag of zorginstellingen voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard.

Indien de rechter in de toekomst, om wat voor reden dan ook, toch oordeelt dat zorginstellingen wel voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, dan zal nog steeds geen sprake zijn van een aanbestedingsplicht volgens het Bao. De reden hiervoor is dat zorginstellingen (ook) niet aan de derde voorwaarde (voorwaarde c: overwegend overheidsinvloed) van de definitie van publiekrechtelijke instelling voldoen.

#### *Ad b) Rechtspersoonlijkheid*

Het tweede element uit de omschrijving van het begrip publiekrechtelijke instelling betreft het vereiste van (eigen) rechtspersoonlijkheid. Een zorginstelling is (veelal) een stichting, dat betekent dat zij krachtens artikel 2:3 Burgerlijk Wetboek over rechtspersoonlijkheid beschikt. Rechtspersoonlijkheid bezitten tevens verenigingen, coöperaties, onderlinge



waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen (NV's) en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (BV's).

Aan deze tweede voorwaarde voor de definitie van publiekrechtelijke instelling wordt aldus voldaan.

*Ad c) Het vereiste van financiering, toezicht of zeggenschap door de overheid*

Dit vereiste ziet toe op de vraag in hoeverre een zorginstelling afhankelijk is van de overheid. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van overwegend overheidsinvloed bij zorginstellingen, is weer het Amphia-arrest van de Hoge Raad van belang. In die zaak heeft de Hoge Raad ten aanzien van het eerste element van voorwaarde c (financiering door overheid) verwezen naar een uitspraak van het Europese Hof van Justitie (University of Cambridge)<sup>2</sup>. Het Europese Hof heeft in die zaak geoordeeld dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van meer dan 50% overheidsfinanciering, de vergoedingen die worden voldaan voor concrete tegenprestaties buiten beschouwing moeten worden gelaten. Van overheidsfinanciering is, aldus de Hoge Raad, alleen dan sprake als tegenover deze vergoeding geen specifieke tegenprestatie staat. In de Amphia-zaak was sprake van een dergelijke tegenprestatie.

Tegenover de door Amphia ontvangen gelden uit de ziekenfondspremies stond immers de verplichting tot het verlenen van zorg. Dergelijke betalingen voor concrete tegenprestaties zijn geen openbare financiering.

Voor zorginstellingen kan eenzelfde conclusie getrokken worden. Weliswaar worden deze instellingen bekostigd uit publieke gelden (AWBZ-middelen), maar daarmee wordt evenmin aan het financieringscriterium voldaan zoals verwoord in voormeld arrest van de Hoge Raad. Immers, ook voor de financiering van de zorginstellingen geldt dat hiertegenover een specifieke tegenprestatie staat, namelijk het verlenen van zorg.

Dit standpunt wordt bevestigd in een uitspraak van de Voorzieningenrechter te 's-Hertogenbosch in de zaak Mediq c.s./Schakelring<sup>3</sup>. De Stichting Schakelring heeft in 2008 een AWBZ-Zorgovereenkomst gesloten met een zorgkantoor. Centraal in deze uitspraak staat de vraag of Schakelring een publiekrechtelijke instelling en daarmee een aanbestedende dienst is in de zin van het Bao. Naar het oordeel van de Voorzieningenrechter is Schakelring voor de bekostiging van haar activiteiten niet voor meer dan 50% afhankelijk van overheidsfinanciering. Schakelring verricht immers activiteiten voor het zorgkantoor. Het zorgkantoor is een privaatrechtelijke rechtspersoon die zich namens de zorgverzekeraars bezighoudt met de uitvoering van de AWBZ. Voor het geld dat Schakelring ontvangt van het zorgkantoor verricht zij een specifieke tegenprestatie. De aanwezigheid van een specifieke tegenprestatie maakt dat er geen sprake is van openbare financiering. Een en ander maakt dan ook, aldus de Voorzieningenrechter, dat aan geen van de alternatieve elementen (artikel 1 aanhef en onder q Bao) is voldaan. Dat betekent volgens de Voorzieningenrechter dat Schakelring geen publiekrechtelijke instelling is in de zin van het Bao en derhalve niet moet worden aangemerkt als een aanbestedende dienst.

---

<sup>2</sup> HvJ EG 3 oktober 2000, zaak C-380/98.

<sup>3</sup> Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 29 april 2010, Mediq c.s./Schakelring, LJN: niet gepubliceerd.

In een andere procedure tussen diezelfde Schakelring en Partners in Care Pharmacy sluit de Voorzieningenrechter te Breda zich aan bij voormeld oordeel van de Voorzieningenrechter te 's-Hertogenbosch<sup>4</sup>. Ook in de procedure in Breda werd Schakelring niet aangemerkt als een aanbestedende dienst.

In voormelde procedures is door de Voorzieningenrechters niet separaat ingegaan op de vraag of aan het tweede (ii) en derde (iii) element van voorwaarde c (overwegend overheidsinvloed) is voldaan.

Ten aanzien van het tweede element (ii), het toezichtscriterium, geldt het volgende. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof volgt dat aan de definitie 'toezicht op beheer' een functionele uitleg moet worden gegeven. De zorginstelling moet sterk afhankelijk zijn van een aanbestedende dienst (overheid), zodat deze de beslissingen van de instelling op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden. Het is volgens vaste jurisprudentie uitgesloten dat aan het criterium van toezicht op beheer is voldaan in het geval sprake is van louter controle achteraf. De overheid kan immers via een dergelijke controle de besluiten van de instelling omtrent overheidsopdrachten per definitie niet beïnvloeden. Er moet aldus (tevens) sprake zijn van controle vooraf. De Voorzieningenrechters in voormelde procedures te Breda en 's-Hertogenbosch lieten onbesproken of aan dit criterium werd voldaan. Aangezien zij toch tot het oordeel kwamen dat zorginstellingen niet aanbestedingsplichtig zijn, moet daaruit worden afgeleid dat het toezicht krachtens de wetten die van toepassing zijn op zorginstellingen (AWBZ-instellingen) niet het toezicht is als het Europese Hof bedoelt, althans achten die Voorzieningenrechters een dergelijk toezicht niet aanwezig.

Nu ons hieromtrent geen andersluidend oordeel van de rechter bekend is, zijn wij van oordeel dat zorginstellingen evenmin aan het tweede element (ii) van voorwaarde c (overwegend overheidsinvloed) voldoen.

Naar ons idee wordt evenmin aan het derde element (iii), benoeming van het bestuur voor meer dan de helft door de overheid, voldaan. Voor zover wij weten worden de bestuurders van zorginstellingen (doorgaans) niet voor meer dan de helft door de overheid benoemd. Is dit in een individueel geval anders, dan dient de betreffende zorginstelling voorzichtig te zijn met het standpunt dat zij niet aanbestedingsplichtig is. Indien de dienstverlening van zorginstellingen immers door een toekomstige uitspraak van de rechter wordt gekwalificeerd als het voorzien in behoeften van algemeen belang (anders dan van industriële of commerciële aard), dan is de betreffende zorginstelling wel aanbestedingsplichtig aangezien in dat geval aan alle drie de voorwaarden (a, b en c) van de definitie van publiekrechtelijke instelling wordt voldaan.

### **Aanbestedingsplicht van zorgkantoren**

Nog even een zijstapje naar de aanbestedingsplicht van zorgkantoren. Veelal werd de opvatting verdedigd dat zorgkantoren, na afschaffing van de contracteerplicht, verplicht zijn opdrachten aan te besteden conform het Bao. Het gaat hier immers om 'publiek geld' van de volksverzekeringen waarmee zorgkantoren de juiste zorginstellingen moeten contracteren. In een recente uitspraak (17 oktober 2012) heeft de Voorzieningenrechter te Breda echter anders geoordeeld. Hoewel CZ Zorgkantoor B.V. volgens de Voorzieningenrechter (mogelijk) wel als een tot aanbesteding verplichte publiekrechtelijke instelling is aan te merken, is zij in het onderhavige geval niet aanbestedingsplichtig. Als reden werd aangevoerd dat de selectie van zorginstellingen door CZ (zorgkantoor) in opdracht en ten behoeve van privaatrechtelijke

<sup>4</sup> Vzr. Rb. Breda 12 mei 2010, LJN: BM4205.



partijen niet aanbestedingsplichtig is. Zorgverzekeraars zijn immers privaatrechtelijke partijen (niet aanbestedingsplichtig) die een civielrechtelijke volmacht hebben verleend aan CZ. Zulke omstandigheden brengen met zich dat CZ niet volgens de Europese voorschriften hoeft aan te besteden, ondanks het feit CZ (mogelijk) wel als aanbestedende dienst kan worden gekwalificeerd.

## Conclusie

Zorginstellingen beschikken over rechtspersoonlijkheid. Zorginstellingen voorzien niet in behoeften van algemeen belang (anders dan van industriële of commerciële aard). Evenmin is sprake van overwegend overheidsinvloed op het handelen van zorginstellingen. Hiermee voldoen zorginstellingen niet aan twee van de drie cumulatieve voorwaarden van de definitie van publiekrechtelijke instelling en kunnen zij derhalve niet gekwalificeerd worden als een publiekrechtelijke instelling. Dat maakt dat zorginstellingen niet aanbestedingsplichtig zijn. Op grond van recente jurisprudentie zijn zorgkantoren evenmin aanbestedingsplichtig. Overigens geldt ten aanzien van zowel zorginstellingen als zorgkantoren het voorbehoud dat niet is uit te sluiten dat in de toekomst op basis van rechterlijke uitspraken of wetgeving niettemin een aanbestedingsplicht wordt aangenomen.

De Kempenaer Advocaten,  
sectie Bouw- en Aanbestedingsrecht:

J.P.A. (Jip) Greuters  
B.H.H.M. (Björn) Ramakers  
J. (Janneke) Colen  
A.A. (Ali) Rassa  
H. (Hana) Dzigal  
M.C. (Marlies) Crommelin

Voor vragen of meer informatie neemt u gerust contact met ons op via 026 3522 833 of [a.rassa@dekempenaer.nl](mailto:a.rassa@dekempenaer.nl)