

Vergaderjaar 2008–2009

**31 700 XVI**

## **Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (XVI) voor het jaar 2009**

**Nr. 140**

### **VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG**

Vastgesteld 24 april 2009

In de vaste commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport<sup>1</sup>, bestond er bij enkele fracties behoefte een aantal vragen ter beantwoording voor te leggen aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport over de brief van 26 januari 2009 inzake de aanbestedingsplicht van het Amphia ziekenhuis (Kamerstuk 31 700 XVI, nr. 125).

De op 23 februari 2009 toegezonden vragen zijn met de door de minister bij brief van 23 april 2009 toegezonden antwoorden hieronder afgedrukt.

De voorzitter van de commissie,  
Smeets

De griffier van de commissie,  
Teunissen

<sup>1</sup> Samenstelling:

Leden: Van der Vlies (SGP), Kant (SP), Snijder-Hazelhoff (VVD), Ferrier (CDA), ondervoorzitter, Joldersma (CDA), De Vries (CDA), Smeets (PvdA), voorzitter, Van Miltenburg (VVD), Schippers (VVD), Smilde (CDA), Koşer Kaya (D66), Willemse-van der Ploeg (CDA), Van der Veen (PvdA), Schermers (CDA), Van Gerven (SP), Wolbert (PvdA), Heerts (PvdA), Zijlstra (VVD), Ouweland (PvdD), Agema (PVV), Leijten (SP), Bouwmeester (PvdA), Wiegman-van Meppelen Scheppink (CU), Sap (GL) en De Roos-Consemulder (SP).

Plv. leden: Van der Staaij (SGP), Van Velzen (SP), Neppérus (VVD), Atsma (CDA), Aasted Madsen-van Stiphout (CDA), Ormel (CDA), Van Dijken (PvdA), Verdonk (Verdonk), Dezentjé Hamming-Bluemink (VVD), Vietsch (CDA), Van der Ham (D66), Uitslag (CDA), Gill'ard (PvdA), Omtzigt (CDA), Langkamp (SP), Vermeij (PvdA), Arib (PvdA), De Krom (VVD), Thieme (PvdD), Bosma (PVV), Luijben (SP), Vacature (PvdA), Ortega-Martijn (CU), Halsema (GL) en de Wit (SP).

## **Vragen en opmerkingen van de CDA-fractie**

De leden van de CDA-fractie danken de minister voor de vertaling van de uitspraak van het Hof over de Europese aanbestedingsplicht. De minister is helder in zijn brief over de consequenties van de uitspraak met betrekking tot de bouw, mede gezien het vervallen van het bouwregime. Echter, de mogelijkheid blijft open dat een algemeen ziekenhuis in andere opzichten wel aanbestedingsplichtig zal blijken te zijn, zo is te lezen in voorliggende brief. Deze leden kunnen zich voorstellen dat dit punt ook bij instellingen vragen oproept. Kan de minister aangeven in welke situaties deze aanbestedingsplicht alsnog aan de orde zou kunnen zijn? Hoe ziet de minister in dit kader de aanbestedingsplicht van diensten van andere zorginstellingen dan algemene ziekenhuizen, zoals diensten van psychiatrische ziekenhuizen of AWBZ-instellingen? Graag vernemen zij de zienswijze van de minister hierop.

## **Reactie van de minister**

Tot dusverre is op basis van rechtspraak van het Europese Hof van Justitie aangenomen dat indien een instelling als aanbestedende dienst werd gekwalificeerd, de instelling aanbestedingsplichtig was voor alle opdrachten. Zoals ik in mijn brief van 26 januari 2009 heb vermeld, lijkt de uitspraak van het Hof Arnhem echter de mogelijkheid open te laten dat ten aanzien van bepaalde opdrachten, afhankelijk van de mate van overheidstoezicht op het beheer van de specifieke opdracht een aanbestedingsplicht zou kunnen bestaan. Dat zou kunnen betekenen dat afhankelijk van de opdracht het Amphia ziekenhuis in het ene geval wel en in een ander geval niet aanbestedingsplichtig is. Het Hof Arnhem – dat zich slechts heeft hoeven buigen over de vraag of de opdracht tot het leveren van voedselverdeelwagens aanbesteed had moeten worden – laat dit in het midden. De vraag rijst derhalve of een ziekenhuis opdrachten verstrekt waarop vanuit de overheid zodanig toezicht wordt uitgeoefend dat sprake is van een aanbestedende dienst. Op basis van de huidige wettelijke regelingen kan geconcludeerd worden dat dit niet het geval is.

Nu door de Hoge Raad in de zaak van het Amphia ziekenhuis eerder is bepaald dat niet aan het financieringscriterium is voldaan en de overheid niet deelneemt in het bestuur van een ziekenhuis, ziet het er derhalve naar uit dat naar de stand van de huidige wetgeving en jurisprudentie in het algemeen kan worden gesteld dat ziekenhuizen niet aanbestedingsplichtig zijn. Niet valt uit te sluiten dat in de toekomst op basis van nationale of Europese rechtspraak of wetgeving niettemin wordt bepaald dat in een specifiek geval voor een zorginstelling een (Europese) aanbestedingsplicht wordt aangenomen.

Voor AWBZ-instellingen kan in beginsel 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 het arrest van de Hoge Raad inzake Amphia. Immers, ook voor de financiering van deze instellingen geldt dat hiertegenover een specifieke tegenprestatie staat, namelijk de zorg die zij dienen te leveren. Ook voor AWBZ-instellingen geldt dat de bestuurders niet door de overheid worden benoemd. En evenals bij ziekenhuizen verstrekken AWBZ-instellingen, voor zover gelet op de huidige wettelijke bepalingen kan worden beoordeeld, geen opdrachten die aan toezicht door de overheid zijn onderworpen. Ten aanzien van AWBZ-instellingen geldt overigens hetzelfde voorbehoud als bij ziekenhuizen, dat niet is uit te sluiten dat in de toekomst op basis van rechterlijke uitspraken of wetgeving niettemin een aanbestedingsplicht kan worden aangenomen.

Overigens gelden er ten aanzien van de diverse zorginstellingen wel regels omtrent de toelating (Wet toelating zorginstellingen) en bijzondere medische verrichtingen (Wet bijzondere medische verrichtingen). Deze wetten hebben echter tot doel de omvang en de behoefte aan bepaalde zorg en bepaalde zorginstellingen te reguleren. Als zodanig hebben zij geen betrekking op het beheer van een zorginstelling ten aanzien van het plaatsen van opdrachten.

Een en ander neemt evenmin weg dat zorginstellingen in het kader van de Kwaliteitswet zorginstellingen uiteraard aan toezicht onderhevig zijn. Dit betreft het toezicht op de kwaliteit van zorg. Dit toezicht is van andere orde en is geen toezicht op het beheer in de zin van het aanbestedingsrecht.

### **Vragen en opmerkingen van de SP-fractie**

Het Hof heeft geoordeeld dat in dit geval het Amphia Ziekenhuis niet kan worden gekwalificeerd als een publiekrechtelijke instelling. De leden van de SP-fractie vragen wat de gevolgen zijn van deze uitspraak, niet alleen voor andere ziekenhuizen in het geval van al dan niet aanbesteden van voedsel verdeelwagens, maar voor de gehele zorgverlening. Zou deze uitspraak bijvoorbeeld gebruikt kunnen worden om de steun aan de IJsselmeerziekenhuizen als ongeoorloofde staatssteun aan te merken, of laat de uitspraak daar nog te veel ruimte voor open? Kan de minister deze consequenties overzien?

Het Hof oordeelde dat het Amphia Ziekenhuis geen publiekrechtelijke instelling is, omdat het toezicht zoals uitgeoefend door de overheid niet verstrekkend is. Wat is de reactie van de minister hierop? Ziet hij dit echt als autonoom beleid van het ziekenhuis?

Op welke terreinen zijn ziekenhuizen volgens de minister aanbestedingsplichtig, en op welke terreinen mogen ziekenhuizen dat zelf bepalen?

### **Reactie van de minister**

De uitspraak van het Hof Arnhem heeft slechts betrekking op de vraag of het Amphia ziekenhuis aanbestedingsplichtig is. De uitspraak heeft geen verdere consequenties.

In hoeverre ziekenhuizen, gelet op de uitspraak van het Hof Arnhem, naar mijn mening aanbestedingsplichtig zijn, heb ik hiervoor reeds aangeven naar aanleiding van de vragen van de leden van de CDA-fractie. Hierbij ben ik tevens ingegaan op de vraag in hoeverre sprake is van overheidstoezicht op ziekenhuizen, in de zin van de aanbestedingsregels.

### **Vragen en opmerkingen van de VVD-fractie**

De leden van de VVD-fractie hebben met belangstelling kennis genomen van de brief van de minister inzake de aanbestedingsplicht van het Amphia ziekenhuis. Naar aanleiding van deze brief hebben zij nog enkele vragen en opmerkingen.

Op basis van Richtlijn 2004/18/EG/het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) is er sprake van een publiekrechtelijke instelling wanneer een instelling:

1. is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang (niet zijnde van industriële of commerciële aard); en
2. rechtspersoonlijkheid bezit; en
3. waarvan ofwel:
  - a) de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een

- gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, ofwel
- b) het beheer onderworpen is aan het toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling, ofwel,
  - c) de leden van de raad van bestuur, het leidinggevend of het toezicht houdend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.

Het Gerechtshof in Arnhem heeft ten aanzien van het criterium «toezicht op het beheer» gesteld dat de kern van de beslissing in de zaak Amphia is, dat niet is voldaan aan het criterium toezicht op het beheer, omdat het toezicht zich niet zover uitstrekt dat de overheid de overheidsopdrachten aan de leveranciers kan beïnvloeden.

Terecht merkt de minister op dat dit nog de nodige vragen oproept. Zijn eigen positie ten aanzien van die vragen maakt hij in de brief echter niet duidelijk. Het Gerechtshof in Arnhem heeft ten aanzien van het criterium «toezicht op het beheer» bepaald dat dit betrekking heeft «toezicht op de bouw van een ziekenhuis, de aanschaf van medische apparatuur en de budgettering van een ziekenhuis». De minister merkt terecht op dat het bouwregime per 1 januari 2008 voor de cure is afgeschaft. Voor de care is dit per 1 januari 2009 gebeurd. Dit betekent dat het toezicht op de bouw van een ziekenhuis en op de budgettering inderdaad verdwenen is. Ten aanzien van de aanschaf van medische apparatuur zou dit echter, de redenering van het Hof volgend, kunnen betekenen dat dit wel onder het toezicht van de overheid valt. Kan de minister aangeven wat zijn positie ten aanzien van dit criterium is? Kan de minister aangeven welke gevolgen deze uitspraak op dit punt kan hebben? Denkt de minister met de VVD-fractie dat dit nieuwe initiatieven kan gaan belemmeren?

Een algemene vraag die dit arrest oproept is wat nu precies de positie van ziekenhuizen is. Het Gerechtshof heeft zich geconcentreerd op de toezichtsvraag. Dit houdt in dat er geen oordeel ten aanzien van de vraag of zorginstellingen al dan niet publiekrechtelijk zijn. In de praktijk betekent dit dat een ziekenhuis of zorginstelling voor elke grote investering zich moet afvragen of er een aanbestedingsprocedure gestart moet worden. Kan de minister zijn positie op dit punt toelichten?

#### **Reactie van de minister**

Gaarne verwijs ik naar mijn reactie op de vragen en opmerkingen van de leden van de CDA-fractie.

#### **Opmerkingen van de PVV-fractie**

De leden van de PVV-fractie hebben kennis genomen van de brief van de regering. Zolang niet bekend is of er cassatie is ingesteld, zien zij vooralsnog geen reden om te discussiëren over de gevolgen van de uitspraak van het Gerechtshof. Dit wordt pas relevant als er wordt afgezien van cassatie of als het cassatieberoep gegrond wordt verklaard.

#### **Reactie van de minister**

Inmiddels is bekend dat geen cassatie is ingesteld. De termijn daarvoor is ook verstreken, zodat de uitspraak van het Hof Arnhem onherroepelijk is geworden.