

Jurisprudentie Alarm

Commercieel ziekenhuis geen aanbestedende dienst, ook niet als het een dochter van een universitair ziekenhuis is

De zaak

Het Universitair Medisch Centrum Groningen ('UMCG') heeft in 2015 een aanbesteding gehouden voor een elektronisch patiëntendossier ('EPD'). Onder andere Chipsoft en Epic hebben zich ingeschreven op deze aanbesteding. De opdracht wordt gegund aan Epic en er wordt een overeenkomst gesloten voor vijftien jaar, die ook nog kan worden verlengd.

In 2025 maakt het UMCG door middel van twee vrijwillige aankondigingen (op 5 oktober en 14 november) overeenkomstig artikel 4.16 van de Aanbestedingswet 2012 ('Aw') bekend dat het voornemens is een gezamenlijk elektronisch patiëntendossier te realiseren met het Ommelander Ziekenhuis Groningen ('OZG'), een streekziekenhuis dat een dochteronderneming is van het UMCG, en met Treant, een algemeen ziekenhuis. In wezen gaat het om een uitbreiding van het bestaande EPD. De huidige leverancier van het elektronisch patiëntendossier van OZG en Treant heeft aangegeven te stoppen met deze dienstverlening. Chipsoft is in deze periode ook in overleg geweest met Treant en zat tot kort voor de aankondiging ook in een offertetraject met Treant voor een te leveren elektronisch patiëntendossier. Naar aanleiding van het gepubliceerde voornemen stelt Chipsoft kritische vragen aan het UMCG. Het UMCG stelt dat de uitbreiding van het elektronisch patiëntendossier met andere entiteiten al was voorzien in de stukken van de aanbesteding uit 2015 en dat bovendien de termijn om bezwaar te maken op deze vrijwillige aankondiging al is verlopen. Chipsoft spant hierop een kort geding aan waarin zij vordert dat de voorgenomen onderhandse gunning (alsnog) via een Europese aanbesteding dient te worden uitgezet. In eerste aanleg stelt de voorzieningenrechter dat Treant geen aanbestedende dienst is, maar bepaalt dat het OZG als 100% dochter van het UMCG (een aanbestedende dienst) met het UMCG moet worden vereenzelvigd voor toepassing van de aanbestedingsregels. Als de voorgenomen onderhandse gunning (de uitbreiding van het EPD) doorgang zou vinden, is volgens de rechtbank sprake van een wezenlijke wijziging van de aanbesteding uit 2015. De zaak komt vervolgens bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

Het Hof bepaalt in deze zaak dat het OZG niet kan worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling zoals is omschreven in artikel 1.1 Aw. OZG bezit rechtspersoonlijkheid en de bestuursleden en leden van de raad van toezicht worden benoemd door het UMCG, waarmee wordt voldaan aan het tweede en derde van de cumulatieve criteria van artikel 1.1 Aw. Maar OZG voldoet volgens het Hof niet aan het eerste criterium, dat stelt dat een instelling specifiek moet voorzien in de behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. Net als bij andere algemene ziekenhuizen, opereert het OZG op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. Ook wordt ter zitting nog benadrukt dat het OZG zelf zijn verliezen moet dekken en er niet financieel door het UMCG wordt bijgesprongen, op een commerciële lening na die moet worden afgelost. Het OZG voorziet weliswaar in een algemeen belang, maar dat is van commerciële aard.

In de aanbesteding van 2015 zijn wensen geformuleerd voor het eventueel aansluiten van regionale ziekenhuizen op het elektronisch patiëntendossier van het UMCG. Er is volgens het Hof geen sprake van een wezenlijke wijziging van deze aanbesteding als een niet-aanbestedingsplichtige instelling ² via een licentie aansluit bij het elektronisch patiëntendossier van het UMCG. Er wordt opgemerkt dat Treant zelf geen

aanbestedende dienst is en Epic rechtstreeks de kosten neerlegt bij Treant. Wanneer een ander academisch ziekenhuis via een licentie van Epic zou willen aansluiten op het elektronisch patiëntendossier van het UMCG, zou de scope van de gegunde opdracht uit 2015 wel wijzigen.

De positie van het OZG is iets anders dan die van Treant. Het UMCG heeft een sublicentie aangeschaft bij Epic voor het OZG en deze kosten geheel doorbelast aan het OZG. Het UMCG heeft betoogd dat dit een goedkopere keuze is. Het toevoegen van een tweede ziekenhuis onder hetzelfde contract betekent wel een aanzienlijke verruiming van de oorspronkelijke opdracht. In de oorspronkelijke opdracht was opgenomen dat sublicenties konden worden afgenomen voor het UMCG en zijn gelieerde ondernemingen. Op het moment van het sluiten van de overeenkomst tussen Epic en het UMCG was het OZG nog geen dochteronderneming. Als het contract met betrekking tot het OZG op dezelfde wijze wordt ingericht als bij Treant is geen sprake van een verruiming en dus geen wezenlijke wijziging. Ondanks dat de huidige constructie een wezenlijke wijziging betreft zorgt een belangenafweging ervoor dat de licentieconstructie niet aangepast hoeft te worden. Dit is namelijk niet in het belang van OZG en ook niet in het belang van Chipsoft, omdat deze laatste inzet op een nieuwe aanbesteding. Het Hof vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter.

Juridisch kader

- **Artikel 1.1 Aw** stelt cumulatieve eisen waaraan een entiteit moet worden voldaan om te spreken van een publiekrechtelijke instelling:
 - I. Een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard;
 - II. Een instelling die rechtspersoonlijkheid bezit;
 - III. Een instelling waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.
- **Artikel 4.16 Aw** regelt de vrijwillige aankondiging. Een aanbestedende dienst die van mening is dat een opdracht onderhandse gegund mag worden, kan zijn voornemen tot gunnen vrijwillig (Europees) publiceren. Na inachtneming van een opschortende termijn van twintig dagen, kan de daarna gesloten overeenkomst (in beginsel) niet alsnog worden vernietigd op grond van artikel 4.15 Aw.
- **Artikel 2:163g Aw** bepaalt wanneer er sprake is van een wezenlijke wijziging. Specifiek voor deze casus zijn de volgende artikelen van belang:
 - o Artikel 2:163g lid 2 stelt als hoofdregel dat een wijziging van een overheidsopdracht wezenlijk is, indien de overheidsopdracht hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht;
 - o Artikel 2:163g lid 3 sub b: Een wijziging van een opdracht is in ieder geval wezenlijk wanneer de wijziging het economische evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht;
 - o Artikel 2:163g lid 3 sub c: Een wijziging van een opdracht is in ieder geval wezenlijk wanneer de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht;
 - o Artikel 2:163g lid 3 sub d: Een wijziging van een opdracht is in ieder geval wezenlijk wanneer de wijziging ervoor zorgt dat een nieuwe opdrachtnemer in de plaats is gekomen van de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de overheidsopdracht oorspronkelijk had gegund.

Rechters aan het woord

- In het Amphia-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat bij de beoordeling of sprake is van het dienen van een algemeen belang anders dan van commerciële of industriële aard moet worden gelet op alle relevante elementen, rechtens en feitelijk. Het is van belang om naar alle omstandigheden te kijken. Enerzijds is enkel opnemen van een statutaire doelstelling dat sprake van het dienen van het algemeen belang daarmee niet per se voldoende om te voldoen aan het eerste cumulatieve criterium van 1.1 Aw. Anderzijds kan de commerciële aard ook niet zonder meer worden aangenomen, ook niet wanneer bijvoorbeeld sprake is van sterke concurrentie in een sector.
- In een uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland werd geoordeeld dat een vrijwillige aankondiging zoals bedoeld in art. 4.16 Aw niet maakt dat na het verstrijken van de stand still-termijn de overeenkomst zonder meer onaantastbaar is. De rechter kan nog steeds toetsen of de aankondiging alle vereiste informatie bevat en een beroep op onderhandse gunning is toegestaan.

Tips voor de praktijk

- Dit arrest toont aan dat aan alle cumulatieve voorwaarden van artikel 1.1 moet worden getoetst om te kunnen beoordelen of een instelling aangemerkt moet worden als publiekrechtelijke instelling. Specifiek blijkt dat het voorzien van behoeften van algemeen belang van commerciële aard maakt dat een instelling geen publiekrechtelijke instelling in aanbestedingsrechtelijke zin is.
- Een aanbestedende dienst die meent dat onderhandse gunning is toegestaan en de voorgenomen gunning vrijwillig aankondigt, moet in de aankondiging alle relevante punten ter onderbouwing opnemen.
- Deze zaak toont met betrekking tot het leerstuk van de wezenlijke wijziging aan dat het toevoegen van een gelieerde organisatie zoals opgenomen door het UMCG niet onbegrensd is. Het onderbrengen van een geheel nieuwe entiteit, die ten tijde van de aanbesteding nog geen dochteronderneming was, onder hetzelfde contract betekent een aanzienlijke verruiming van de opdracht zoals die eerder is aanbesteed.



MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne](#)
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne