

ANNOTATIE

Zorgverzekeraar is publiekrechtelijke instelling en daarmee aanbestedingsplichtig.

D. Radder

Annotatie bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 19-06-2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205 (GZR-2014-0251)

Inkoopprocedure CZ

Het geschil heeft betrekking op een inkoopprocedure van CZ voor de inkoop van stomamaterialen. In het inkoopdocument heeft CZ aangegeven om met één zorgaanbieder een contract te willen sluiten. Voorts heeft CZ in het inkoopdocument opgenomen dat de inkoopprocedure geen aanbestedingsprocedure is, en dat CZ een inkoopbeleid hanteert dat gebaseerd is op objectieve, transparante en non-discriminatoire criteria.

Een van de potentiële leveranciers (Hollister) is het er niet mee eens dat CZ de opdracht maar aan één leverancier wil verstrekken. Tot op heden heeft CZ namelijk met zeventien zorgaanbieders een contract. Hollister maakt daarom bezwaar tegen de gevolgde inkoopprocedure.

In het kort geding stelt Hollister onder meer dat CZ een aanbestedende dienst is, en om die reden de Aanbestedingswet moet naleven. De keuze voor maar één leverancier is volgens Hollister in strijd met de Aanbestedingswet, omdat de opdracht in verschillende percelen opgedeeld diende te worden. Wat deze uitspraak interessant maakt, is de lijn waarlangs de voorzieningenrechter vaststelt dat CZ een publiekrechtelijke instelling is.

Zorgverzekeraar als privaatrechtelijke partij

Tot nu toe werd in de rechtspraak aangenomen dat zorgverzekeraars niet aanbestedingsplichtig zijn. Zorg – onder de Zorgverzekeringswet – wordt om die reden ingekocht via contractonderhandelingen of door middel van een inkoopprocedure zoals de onderhavige. Een inkoopprocedure is niet hetzelfde als een (openbare) aanbestedingsprocedure. Indien de inkoopprocedure daar wel veel van weg heeft, zijn veelal de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing.

Ook veel zorgkantoren, die ten behoeve van zorgverzekeraars AWBZ-zorg inkopen, maken gebruik van inkoopprocedures waarop de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn. Opvallend is dat dezelfde voorzieningenrechter in augustus 2012 nog heeft geoordeeld dat het CZ-zorgkantoor niet aanbestedingsplichtig was, omdat het zorgkantoor de inkoopprocedure uitvoerde in opdracht en ten behoeve van de zorgverzekeraars, en zorgverzekeraars privaatrechtelijke partijen zijn, die niet aanbestedingsplichtig zijn.

Publiekrechtelijke instelling

De voorzieningenrechter heeft met het onderhavige vonnis een dikke streep gezet door deze bestaande praktijk. Volgens de rechter is CZ als zorgverzekeraar (toch) een aanbestedende dienst, omdat CZ moet worden aangemerkt als publiekrechtelijke instelling. Onder een publiekrechtelijke instelling wordt verstaan:

1. een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, en
2. die rechtspersoonlijkheid heeft, en:
 - a. waarvan de activiteiten in de hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instelling worden uitgevoerd; *of*
 - b. waarvan het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instelling; *of*
 - c. waarvan 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 andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.

Behoeften van algemeen belang anders dan van commerciële aard

Niet in geschil is dat CZ diensten van algemeen belang verricht, door het dekken van risico's op het gebied van gezondheidszorg. Echter, de voorzieningenrechter is ook van mening dat deze diensten niet commercieel van aard zijn. Onder verwijzing naar jurisprudentie van het

Europese Hof van Justitie (waaronder het arrest *Oymanns* van 11 juni 2009, zaak C300/07, waarin het Hof heeft bepaald dat Duitse ziekenfondsen aanbestedingsplichtig zijn), wijst de voorzieningenrechter erop dat zorgverzekeraars niet onder 'normale marktvoorwaarden' actief zijn. Dit vanwege alle publiekrechtelijke waarborgen en sancties in de Zorgverzekeringswet, waaronder de verplichting voor alle Nederlanders om een zorgverzekering af te sluiten, de acceptatieplicht van verzekerden en het verbod op premiedifferentiatie. Daarnaast zou CZ niet het economisch risico van haar activiteiten dragen, onder andere omdat de overheid garant staat voor de vorderingen van verzekerden in het geval van faillissement van de verzekeraar, of omdat de overheid financieel kan bijdragen bij buitengewone gebeurtenissen. Specifiek voor CZ achtte de rechter nog van belang dat haar organisatie geen winstoogmerk heeft.

In de hoofdzaak door de overheid gefinancierd

Volgens de voorzieningenrechter wordt CZ voor meer dan de helft door de Staat gefinancierd. Uit het systeem van de Zorgverzekeringswet volgt dat de inkomsten van zorgverzekeraars voor 50% afkomstig zijn uit de inkomensafhankelijke bijdragen, dat daarnaast nog sprake is van rijksbijdragen en dat 'slechts' 45% afkomstig is uit nominale premies. Voorts stelt de voorzieningenrechter vast dat tegenover de overheidsfinanciering (verevening) geen contractuele tegenprestatie van de verzekeraars staat. De rechter leidt uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 32 Zvw af dat het aan de zorgverzekeraar is om te bepalen wat hij met de premies, de vereveningsbijdrage en eventuele andere reserves doet, mits de zorgverzekeraar ervoor zorgt dat de verzekerden tijdig de verzekerde prestaties ontvangen.

Conclusie

Deze opmerkelijke uitspraak zou een kentering teweeg kunnen brengen in de (zorg)inkoop door zorgverzekeraars. Het verbaast dan ook niet dat CZ spoedappèl heeft ingesteld. Overigens zie ik daartoe ook wel ruimte. Het staat niet vast dat de waarborgen in de Zorgverzekeringswet voldoende zijn om aan te nemen dat zorgverzekeraars niet onder normale marktomstandigheden werken en zelf geen exploitatierisico lopen. Vanuit overheidswege is hier nu juist sterk op ingezet. De vraag is dus of dit een voorlopig oordeel is of vaste praktijk gaat worden.