

barents
krans advocaten notariaten

Parkstraat 107
2514 JH Den Haag
Postbus 30457
2500 GL Den Haag

T 070 - 376 06 06

F 070 - 365 18 56

www.barentskrans.nl

Loyens & Loeff
De Weledelgestrenghe Heer
Mr M.J.J.M. Essers
Postbus 71170
1008 BD Amsterdam

Tevens per fax: 020 – 578 58 62

T 070 - 376 06 81

F 070 - 361 49 94

E grabandt@barentskrans.nl

Behandelaar mr E. Grabandt, advocaat

Onze ref. 034/109.301

1 juni 2007

Geachte confrère,

Betreft: Amphia / Sortrans

Bij afwezigheid van mr. Grabandt zend ik u bijgaand het hedenmorgen door de Hoge Raad gewezen arrest. De Hoge Raad heeft het arrest van het Hof Den Bosch vernietigd en de zaak verwezen naar het Hof Arnhem voor verdere behandeling.

Met vriendelijke groet,



J. Brandt

1 juni 2007

Eerste Kamer

Nr. C06/022HR

RM

IN NAAM DER KONINGIN
Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

STICHTING AMPHIA,
gevestigd te Breda,
EISERES tot cassatie,
advocaat: mr. E. Grabandt,

t e g e n

SORTRANS B.V.,
gevestigd te Breda,
VERWEERSTER in cassatie,
niet verschenen.

Nr. C06/022HR

2

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerster in cassatie - verder te noemen: Sortrans - heeft bij exploit van 4 oktober 2004 eiseres tot cassatie - verder te noemen: Amphia - in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter in de rechtbank Breda en gevorderd Amphia primair te verbieden om de opdracht voor de levering van de voedselverdeelwagens aan een ander dan Sortrans te gunnen, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom en voorts Amphia te gebieden met Sortrans door te onderhandelen, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom. Subsidiair heeft Sortrans gevorderd Amphia te gelasten binnen 6 weken na dagtekening van het in deze te wijzen vonnis een Europese aanbestedingsprocedure te initiëren voor de levering van de voedselverdeelwagens en binnen 6 maanden af te ronden met inachtneming van de Europese Richtlijn Leveringen, waarbij recht zal worden gedaan aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht op straffe van verbeurte van een dwangsom.

Amphia heeft de vordering bestreden.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 30 november 2004 de subsidiaire vordering van Sortrans toegewezen en het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft Amphia hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch.

Nr. C06/022HR

3

Bij arrest van 18 oktober 2005 heeft het hof het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Amphia beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen Sortrans is verstek verleend.

De zaak is voor Amphia toegelicht door haar advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot vernietiging en verwijzing.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In deze zaak, waarin het gaat om de vraag of Amphia een publiekrechtelijke instelling - en daarmee een aanbestedende dienst - is in de zin van art. 1, onder b, van Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, hierna ook Richtlijn 93/36, kan in cassatie van het volgende worden uitgegaan.

(i) Amphia is een stichting die uit een juridische fusie van drie ziekenhuisinstellingen is ontstaan.

Nr. C06/022HR

4

Blijkens de akte van fusie van 31 december 2000 stelt zij zich ten doel "het onderzoek, de behandeling, de verpleging, de verzorging en de begeleiding van zieken, en voorts al hetgeen daarmee verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin des woords."

(ii) In 2002 heeft Amphia besloten tot de bouw van een nieuwe productiekeuken en, in verband daarmee, de aanschaf van voedselverdeelwagens. Het met die aanschaf gemoeide bedrag overschrijdt het in Richtlijn 93/36 genoemde drempelbedrag.

(iii) In september 2002 zijn vier van de vijf leveranciers van voedselverdeelwagens die Amphia had uitgenodigd voor een bedrijfsrepresentatie door haar toegelaten tot de tweede ronde. Vervolgens is eind 2002 aan twee van hen, Sortrans en Electro Calorique, meegedeeld dat aan het bestuur van Amphia was geadviseerd prijsonderhandelingen met hen aan te gaan. Op 2 maart 2004 heeft Amphia aan Sortrans meegedeeld dat testen werden uitgevoerd met voedselverdeelwagens van Temprite, een in een eerdere ronde afgefallen leverancier van voedselverdeelwagens die worden gekoeld door middel van het zogeheten zeolietstelsel. Bij brief van 20 juli 2004 heeft Amphia aan Sortrans meegedeeld al in mei 2004 te hebben besloten om door te gaan met het zeolietstelsel

Nr. C06/022HR

5

van Temprite, en bij brief van 3 augustus 2004 dat alleen het niet goed uitvallen van de testen met dat systeem, die in het najaar zouden plaatsvinden, haar besluit nog kon wijzigen.

3.2 De voorzieningenrechter heeft, voor zover in cassatie nog van belang, Amphia overeenkomstig de subsidiaire vordering van Sortrans gelast om op straffe van verbeurte van een dwangsom binnen zes weken na betekening van het vonnis een Europese aanbestedingsprocedure te initiëren voor de levering van de voedselverdeelwagens en deze binnen zes maanden af te ronden met inachtneming van Richtlijn 93/36.

3.3 In hoger beroep, waar vaststond dat Amphia een aanvang had gemaakt met de door de voorzieningenrechter gelaste aanbestedingsprocedure, heeft het hof dit vonnis bekrachtigd. Na - met juistheid - te hebben vooropgesteld dat onder een publiekrechtelijke instelling in de zin van (art. 1, onder b, van) Richtlijn 93/36 wordt verstaan "iedere instelling die

- is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard,
- rechtspersoonlijkheid heeft, en

Nr. C06/022HR

6

- waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan het toezicht door deze laatsten, 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", heeft het hof daartoe

- samengevat - het volgende overwogen. Voor de beantwoording van de vraag of Amphia een publiekrechtelijke instelling en daarmee een aanbestedende dienst in de zin van Richtlijn 93/36 is, moet als peiljaar worden genomen het begrotingsjaar waarin de aanbestedingsprocedure wordt geopend. In dit geval is dat het jaar 2004 nu de aanbestedingprocedure de facto al vóór 2005 liep (rov. 4.4.3). Amphia is, gelet op haar statuten, opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang. Dat het daarbij niet gaat om van commerciële aard zijnde behoeften van algemeen belang volgt reeds uit de omstandigheid dat Amphia bij het vaststellen van haar prijzen afhankelijk is van de door het College tarieven gezondheidszorg (CTG) vastgestelde tarieven, en derhalve - zoals de voorzieningenrechter heeft geoordeeld - slechts beperkt kan concurreren op het gebied van prijs. Niet in geschil

Nr. C06/022HR

7

is dat de behoeften waarover het hier gaat niet van industriële aard zijn (rov. 4.4.4). Omdat vaststaat dat Amphia rechtspersoonlijkheid bezit, is ook aan de tweede voorwaarde van art. 1, onder b, van Richtlijn 93/36 voldaan. Aan de derde voorwaarde, ten slotte, wordt eveneens voldaan nu 60% van de inkomsten van Amphia bestond uit ziekenfondspremies, die haar werden toegekend via publiekrechtelijke instellingen, te weten ziekenfondsen. Die premies zijn, zoals de voorzieningenrechter in zijn rov. 3.10 heeft overwogen, verschuldigd op grond van de Ziekenfondswet, hetgeen meebrengt dat zij niet afhankelijk zijn van de verzekerde prestaties of het verzekerde risico, maar van het inkomen van de verzekerde. Van prestatiegerichte bekostiging, in die zin dat de ziekenfondsen bij onvoldoende presteren kunnen afzien van het sluiten van een overeenkomst met het ziekenhuis, is gelet op de contracteerplicht van ziekenfondsen geen sprake (rov. 4.4.6).

3.3.1 Onderdeel 1 keert zich tegen het oordeel van het hof dat naar de situatie van 2004 moet worden beoordeeld of Amphia een aanbestedende dienst is in de zin van Richtlijn 93/36. Het onderdeel, dat - terecht (zie HvJEG, 3 oktober 2000, zaak C-380/98 (University of Cambridge), Jurispr. 2000, p. I-8035) - niet bestrijdt dat als

Nr. C06/022HR

8

peiljaar geldt het jaar waarin de begrotingsprocedure wordt geopend, betoogt dat dit oordeel onjuist, althans onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd is, aangezien uit de vaststaande feiten niet kan worden afgeleid dat al voor 2005 een aanbestedingsprocedure liep. Blijkens die feiten, aldus het onderdeel, was in 2004 nog slechts sprake van een oriëntatie op de markt.

3.3.2 Onderdeel 1 faalt. Het hof heeft het standpunt van Amphia dat zij met betrekking tot de keuze van een leverancier ook ten tijde van het kort geding voor de voorzieningenrechter - 16 november 2004 - nog slechts verkeerde in een marktverkenningfase verworpen. Dit oordeel, dat daarop is gegrond dat in 2004 al vier van de vijf in 2002 geselecteerde leveranciers waren afgevallen en dat Amphia - zoals zij in juli 2004 aan Sortrans had bericht - voornemens was de opdracht aan Temprite te gunnen mits de in het najaar van 2004 uit te voeren testen niet ongunstig zouden uitvallen, geeft niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent het begrip aanbestedingsprocedure en kan voor het overige als van feitelijke aard in cassatie niet op juistheid worden onderzocht. Onbegrijpelijk is het niet, en het behoefde ook geen nadere motivering.

Nr. C06/022HR

9

3.4.1 Onderdeel 2a is gericht tegen het oordeel in rov. 4.4.4 dat Amphia gelet op art. 2 van haar statuten is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang. Het klaagt dat het hof bij de beantwoording van de vraag of Amphia met dat doel is opgericht slechts oog heeft gehad voor haar statuten en niet, zoals het had behoren te doen, ook andere omstandigheden in aanmerking heeft genomen.

3.4.2 Dit onderdeel faalt eveneens. Weliswaar is, zoals ook blijkt uit het door Amphia in haar schriftelijke toelichting genoemde arrest HvJEG 12 december 2002, zaak C-470/99 (Universale-Bau), Jurispr. 2002, p. I-11617, NJ 2003, 465, niet in alle gevallen de statutaire doelomschrijving beslissend voor het antwoord op de vraag of sprake is van een met voormeld doel opgerichte rechtspersoon. Maar waar de doelomschrijving luidt "het onderzoek, de behandeling, de verpleging, de verzorging en de begeleiding van zieken, en voorts al hetgeen daarmee verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin des woords", en door Amphia in de feitelijke instanties niet is gesteld dat daarmee geen juist of volledig beeld wordt gegeven van de activiteiten die zij daadwerkelijk uitoefent, heeft het hof terecht geoordeeld dat reeds uit die doelomschrijving volgt dat

Nr. C06/022HR

10

Amphia is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang als bedoeld in Richtlijn 93/36.

3.4.3 Onderdeel 2b berust op onjuiste lezing van het bestreden arrest. Anders dan het onderdeel tot uitgangspunt neemt, heeft het hof zijn oordeel dat Amphia is opgericht met het specifieke doel te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van commerciële aard, niet gebaseerd op haar statutaire doelomschrijving alleen. Het heeft daaraan mede ten grondslag gelegd de enkele omstandigheid dat Amphia niet dan wel nagenoeg niet - zelf de prijzen voor haar diensten kan vaststellen, maar daarvoor afhankelijk is van het CTG. De klacht dat het hof heeft miskend dat bij de toepassing van art. 1 van Richtlijn 93/36 onderscheid gemaakt moet worden tussen behoeften van algemeen belang en behoeften van algemeen belang die van commerciële (dan wel industriële) aard zijn, kan dan ook wegens gemis aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.5.1 Onderdeel 3 heeft betrekking op het oordeel van het hof in rov. 4.4.4 dat reeds uit de omstandigheid dat Amphia niet - dan wel nagenoeg niet - zelf de prijzen voor haar diensten kan vaststellen, maar daarvoor

Nr. C06/022HR

11

afhankelijk is van het CTG en als gevolg daarvan maar beperkt kan concurreren op het gebied van prijs, volgt dat de behoeften van algemeen belang waarin zij wil voorzien van andere dan commerciële aard zijn. Het onderdeel beoogt dat bij de beantwoording van de vraag of een instelling beoogt in zodanige behoeften te voorzien alle relevante elementen, rechtens en feitelijk, in aanmerking genomen dienen te worden, zoals de voorwaarden waaronder de instelling werkzaam is, met inbegrip van het antwoord op de vragen 1) of zij opereert in een klimaat van mededinging, 2) of haar economische activiteit bestaat in het aanbieden van diensten op de markt, 3) of zij werkt op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit en 4) of zij economische risico's draagt.

Voor zover het hof hetgeen Amphia te dien aanzien in de dagvaarding in hoger beroep (onder 20 - 58) heeft aangevoerd niet van belang heeft geacht voor het antwoord op de vraag of de behoeften van algemeen belang waarin Amphia beoogt te voorzien van andere dan commerciële aard zijn, heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Mocht het hof wel van de juiste rechtsopvatting zijn uitgegaan, dan heeft het zijn oordeel dat Amphia beoogt te voorzien in behoeften van algemeen belang, andere dan die van commerciële aard niet

Nr. C06/022HR

12

toereikend gemotiveerd, aldus het onderdeel.

3.5.2 Naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is in de regel sprake van andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard, in de zin van de richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, 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.

Zoals ook het onderdeel tot uitgangspunt neemt, dient bij de beoordeling of al dan niet sprake is van een andere behoefte van algemeen belang dan van industriële of commerciële aard te worden gelet op alle relevante elementen, rechtens en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is. Daarbij moet worden bedacht dat het ontbreken van concurrentie geen noodzakelijk element is van de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling. Het bestaan van een sterke concurrentie kan weliswaar erop wijzen dat geen sprake is van een andere behoefte van algemeen belang dan van

Nr. C06/022HR

13

industriële of commerciële aard, maar wettigt op zich zelf niet deze conclusie. Aan die conclusie kan bijdragen dat de betrokken instelling, ook al heeft deze geen winstoogmerk, werkt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, alsmede dat zij zelf het economische risico van haar activiteiten draagt. (zie onder meer HvJEG 10 mei 2001, zaken C-223/99 en C-260/99 (Agora en Excelsior), Jurispr. 2001, p. I-3605, NJ 2001, 689 en HvJEG 27 februari 2003, zaak C-373/00 (Adolf Truley), Jurispr. 2003, p. I-1931).

3.5.3 Het hiervoor in 3.5.1, eerste zin, vermelde oordeel van het hof kan in het licht van deze rechtspraak van het HvJEG in cassatie geen stand houden, nu dit hetzij blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij ontoereikend is gemotiveerd. Van een onjuiste rechtsopvatting is sprake indien het hof voor zijn oordeel niet van belang heeft geacht dat, zoals Amphia bij dagvaarding in hoger beroep - kort samengevat - heeft aangevoerd, algemene ziekenhuizen vanaf 1 januari 2003 de ruimte hebben om, mede op het gebied van prijzen, te concurreren en ook daadwerkelijk opereren in een klimaat van concurrentie, dat Amphia weliswaar geen winstoogmerk heeft, maar wordt bestuurd (en door zorgverzekeraars wordt aangestuurd) op basis van rendement, doelmatigheid en

Nr. C06/022HR

14

rentabiliteit, en evenmin dat algemene ziekenhuizen (in toenemende mate) exploitatierisico's dragen. Voor zover het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, maar heeft geoordeeld dat hetgeen Amphia met betrekking tot de in de vorige zin genoemde onderwerpen naar voren had gebracht niet aan het bestreden oordeel in de weg stond, behoefde dat nadere motivering. Onderdeel 3 is dus terecht voorgesteld.

3.6 Voor zover onderdeel 4 na het hiervoor overwogene nog behandeling behoeft, wordt daarin met juistheid betoogd dat ook de verwijzing naar hetgeen de voorzieningenrechter in rov. 3.7 verder heeft overwogen (bedoeld is de vaststelling in de voorlaatste zin van die rechtsoverweging "Ziekenfondsen zijn voorts gehouden Amphia als medewerker te accepteren.") niet eraan kan afdoen dat het oordeel van het hof, dat de behoeften van algemeen belang waarin Amphia beoogt te voorzien van andere dan commerciële aard zijn, hetzij blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij ontoereikend gemotiveerd is.

3.7.1 Onderdeel 5 ten slotte keert zich met een tweetal rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof dat Amphia voldoet aan de derde voorwaarde van art.

Nr. C06/022HR

15

1, onder b, van Richtlijn 93/36 nu haar activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd. De motivering van dit oordeel bestaat, naast de vaststelling dat 60% van de inkomsten van Amphia afkomstig is uit ziekenfondspremies, in een verwijzing naar hetgeen de voorzieningenrechter in rov. 3.10 op het punt van financiering heeft overwogen. Die rechtsoverweging komt, zoals hiervoor in 3.3 is vermeld, erop neer dat ziekenfondspremies als financiering door een publiekrechtelijke instelling kunnen worden aangemerkt omdat die premies afkomstig zijn van publiekrechtelijke instellingen, te weten ziekenfondsen. Die op grond van de Ziekenfondswet verschuldigde premies zijn niet afhankelijk van de verzekerde prestaties of het verzekerde risico, maar van het inkomen van de verzekerde. Van prestatiegerichte bekostiging, in die zin dat de ziekenfondsen bij onvoldoende presteren kunnen afzien van het sluiten van een medewerkersovereenkomst met het desbetreffende ziekenhuis, is gelet op de contracteerplicht van ziekenfondsen geen sprake, aldus - in navolging van de voorzieningenrechter - het hof.

3.7.2 De rechtsklacht van onderdeel 5a komt erop neer dat het hof bij zijn hier aan de orde zijnde oordeel uit het

Nr. C06/022HR

16

oog heeft verloren dat slechts dan van overheidsfinanciering in de zin van art. 1, onder b, van Richtlijn 93/36 sprake is indien financiering wordt verstrekt zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat. Deze maatstaf is de juiste. Het HvJEG heeft immers in punt 21 van zijn hiervoor in 3.3.1 vermelde arrest *University of Cambridge*, waarop het onderdeel zich beroept, geoordeeld " Alleen prestaties [door een andere aanbestedende dienst] die de activiteiten van de betrokken entiteit financieren of ondersteunen door financiële steun te verstrekken zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat, kunnen worden aangemerkt als openbare financiering." Naar het onderdeel terecht betoogt, is van het ontbreken van een specifieke tegenprestatie geen sprake. Tegenover de door instellingen als *Amphia* via de Algemene Kas als bedoeld in art. 1q Ziekenfondswet en de ziekenfondsen uit de ziekenfondspremies ontvangen gelden stond immers wel een specifieke tegenprestatie, te weten de zorg die zij krachtens de ingevolge art. 44 Ziekenfondswet met de ziekenfondsen gesloten overeenkomsten dienden te verlenen. Ook de rechtsklacht van onderdeel 5a is dus terecht voorgesteld.

3.7.3 Onderdeel 5b behoeft geen behandeling.

Nr. C06/022HR

17

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 18 oktober 2005;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof te Arnhem;

veroordeelt Sortrans in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Amphia begroot op € 444,11 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren A. Hammerstein, F.B. Bakels, C.A. Streefkerk en W.D.H. Asser, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 1 juni 2007.



Uitgegeven voor grosse, door mij Griffier van de
Hoge Raad der Nederlanden, op 01 JUNI 2007
ten behoeve van eiseres tot cassatie

