

Bijlage 1

- 1.1 In deze bijlage bij het memo "Aandachtspunten bij scenario's pandemielabs d.d. 16 juli 2020" wordt ingegaan op de vraag of de GGD'en aanbestedingsplichtig zijn voor het in opdracht geven van Covid-diagnostiek aan laboratoria. Allereerst wordt besproken of een GGD kwalificeert als aanbestedende dienst. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag of het regime voor sociale diensten uit de Aanbestedingswet op de betreffende opdrachten kan worden toegepast en tot slot gaan wij in op de vraag of het zogenaamde open house model nog tot de mogelijkheden zou behoren.

Aanbestedende dienst

- 1.2 Allereerst is van belang of een GGD kwalificeert als aanbestedende dienst. Volgens de Aanbestedingswet valt naast bijvoorbeeld de Staat, een provincie, gemeente of waterschap ook een publiekrechtelijke instelling onder het begrip "aanbestedende dienst".¹ Onder "publiekrechtelijke instelling" wordt op grond van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet verstaan iedere instelling:

- A. die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, *en*
- B. die rechtspersoonlijkheid heeft, *en*
- C. waarvan
 - a. ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,
 - b. ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling,
 - c. ofwel 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.

De derde voorwaarde bevat drie criteria die niet cumulatief zijn. Als aan één van deze criteria wordt voldaan, is de derde voorwaarde vervuld.

- 1.3 De GGD'en voldoen aan deze omschrijving van een publiekrechtelijke instelling. Gemeenten die tot dezelfde veiligheidsregio behoren, dienen op grond van art. 14 lid 1 en 2 van de Wet publieke gezondheid (Wpg) een gemeenschappelijke regeling te treffen waarmee een gemeentelijke gezondheidsdienst (GGD) wordt ingesteld. Een GGD wordt specifiek opgericht om de in de Wpg opgedragen taken te vervullen en heeft daarmee tot doel te voorzien in behoefte van algemeen belang anders dan van industriële commerciële aard. Daarnaast bevat een GGD als openbaar lichaam op basis van de gemeenschappelijke regeling rechtspersoonlijkheid. Tot slot wordt een GGD bestuurd en gefinancierd door de deelnemende gemeenten zodat in ieder geval al aan twee van de niet-cumulatieve criteria van voorwaarde 3 is voldaan. De GGD'en kwalificeren ieder op zich aldus als publiekrechtelijke instelling wat betekent dat zij overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde boven de toepasselijke

¹ Art. 1.1 Aw luidt: "In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder aanbestedende dienst: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen".

drempelwaarde liggen in beginsel conform de Aanbestedingswet zullen moeten aanbesteden.

Regime voor sociale diensten Aanbestedingswet

1.4 Voor sociale en andere specifieke diensten (bijvoorbeeld op het gebied van gezondheidszorg) geldt een hogere drempelwaarde dan voor andere diensten. Indien de geraamde waarde van de totale opdracht gelijk is aan of groter is dan € 750.000,-, dient de opdracht in uitgangspunt te worden aanbesteed op basis van het verlichte Europese aanbestedingsregime voor sociale (en andere specifieke) diensten.² In de basis houdt dat verlichte het regime het volgende in:

- naleving (Europese) beginselen van gelijkheid en transparantie;
- bekendmaking d.m.v. (voor)aankondiging, met daarin de voorwaarden voor deelneming en beknopte omschrijving van de belangrijkste elementen van de toe te passen gunningsprocedure;
- bekendmaking aankondiging gegunde opdracht;
- het hanteren van non-discriminatoire technische specificaties;
- het gebruiken van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument.

1.5 In bijlage XIV bij de Aanbestedingsrichtlijn is aan de hand van een lijst met codes opgenomen bij welke diensten van deze procedure gebruik kan worden gemaakt. Onder die codes valt ook de code die correspondeert met "Diensten verleend door medische laboratoria".³ Wij gaan er in deze notitie vanuit dat de Covid-diagnostiek wordt uitgevoerd door *medische* laboratoria. In dat geval kwalificeert de dienstverlening als een specifieke dienst die zal moeten worden "aanbesteed" conform het verlichte regime indien de geraamde waarde van de opdracht het bedrag van € 750.000,- overschrijdt. Of de geraamde waarde per overeenkomst dat bedrag zal overschrijden is ons niet bekend. Gegeven de door u verwachte aanzienlijke toename van het aantal testen gaan wij daar in deze notitie voorshands wel vanuit.

NB:

Indien de geraamde waarde onder de drempelwaarde blijft, maar wel sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang zijn de beginselen bij Europese aanbestedingen uit afdeling 1.2.2 van de Aanbestedingswet van toepassing. Of sprake is van een grensoverschrijdend belang hebben wij in dit korte tijdsbestek niet onderzocht. Dat het in Duitsland gevestigde Labor 5.1.2e bij het RIVM om een "Verklaring van Prestatie" heeft verzocht (en heeft gekregen) en een kort geding aanhangig heeft gemaakt met als insteek op gelijke voet te worden behandeld, biedt minst genomen aanknopingspunten dat sprake is van een grensoverschrijdend belang.

² Artikel 2.6a jo. 2.38 jo. 2.39 Aanbestedingswet. Opgemerkt zij dat het een aanbestedende dienst overigens ook nog vrij staat te kiezen voor een reguliere aanbestedingsprocedure uit deel 2 van de Aanbestedingswet.

³ Blijkens bijlage XIV bij Richtlijn 2014/24-EG vallen onder de categorie "Gezondheidszorg, maatschappelijke en aanverwante dienstverlening" onder andere diensten met codes van 85000000-9 tot en met 85323000-9. Diensten verleend door medische laboratoria zijn aangeduid met de code 85145000-7 en vallen binnen dit bereik.

Open house model

- 1.6 Wij spraken nog kort over de vraag of wellicht betoogd kan worden dat de GGD'en geen opdracht bij de laboratoria plaatsen, omdat niet de GGD'en maar de artsen die werkzaam zijn bij de GGD'en de betreffende laboratoria inschakelen. Uw vraag was of zodoende betoogd kan worden dat in wezen sprake is van een open house model, waarop de Aanbestedingswet niet van toepassing is.
- 1.7 Het zogenaamde open house model kenmerkt zich doordat de aanbestedende dienst zelf geen keuze maakt voor plaatsing (gunning) van een opdracht bij een bepaalde opdrachtnemer. Onder dit model sluit de aanbestedende dienst contracten met *alle* aanbieders die voldoen aan de eisen en voorwaarden. Het is onder dit systeem niet de aanbestedende dienst die vervolgens bepaalt bij welke aanbieder concrete opdrachten worden geplaatst, maar een (zo wordt aangenomen, van de aanbestedende dienst te onderscheiden) derde.
- 1.8 In onderhavig geval is reeds de vraag of de arts (werkzaam voor of in dienst van de GGD) een van de GGD te onderscheiden derde is. Waarschijnlijk zal de arts onder het aanbestedingsrecht al snel vereenzelvigd worden met de GGD als aanbestedende dienst. Belangrijker wellicht nog is dat in de praktijk de GGD afspraken maakt over inschakeling van specifieke laboratoria (waaronder afspraken over prijs en kwaliteit). Daarin ligt besloten dat de GGD (en niet de arts) een keuze maakt voor plaatsing van opdrachten bij specifieke laboratoria. De situatie dat een GGD alle laboratoria die aan bepaalde minimeisen voldoen contracteert, zodat vervolgens haar artsen (per patiënt) een keuze moeten maken tussen al deze laboratoria doet zich dus ook feitelijk niet voor.
- 1.9 Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat de insteek van de door u geschetste scenario's nu juist is dat GGD'en niet meer altijd (volledig) zelf kunnen beslissen welk laboratorium zij inschakelen. Deze scenario's lijken dan ook moeilijk verenigbaar met de stelling dat de artsen van de GGD deze keuzemogelijkheid nog wel toekomt. Het toepassen van een open house model lijkt op het eerste gezicht om die reden ook bij geen van de scenario's toepasbaar. De keuze voor inschakeling van het specifieke laboratorium ligt in al deze scenario's immers ofwel bij VWS ofwel bij de GGD'en. In dat licht blijft sprake van een (aangebodingsplichtige) overheidsopdracht door een aanbestedende dienst.

NB.

Een opzet waaronder de Staat (het RIVM) een open house model instelt dat behelst dat GGD'en alleen mogen kiezen voor laboratoria die door het RIVM op basis van een set minimeisen zijn geselecteerd, biedt evenmin soelaas. In dat geval plaatst de Staat geen opdrachten, maar een van de Staat te onderscheiden derde (de GGD). Dat biedt echter in casu geen oplossing, omdat de GGD zelf ook een aanbestedende dienst is en de GGD derhalve bij die plaatsing alsnog het aanbestedingsrecht zal moeten naleven.

- 1.10 Tot slot zij opgemerkt dat ook bij een open house model - voor zover het voorwerp daarvan een zeker grensoverschrijdend belang heeft ⁴- de Europese beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie in acht moeten worden genomen. Dit betekent minst genomen dat het systeem moet worden gepubliceerd en dat belangstellende partijen naar behoren kennis moeten kunnen nemen van het verloop en de wezenlijke kenmerken van de toelatingsprocedure. Een open house model zal – als sprake is van een grensoverschrijdend belang- dus anders dan soms wordt verondersteld ook niet zonder een daaraan voorafgaande transparante toelatingsprocedure kunnen worden ingesteld.

⁴ Zie daarover onze opmerking onder nummer 1.5