

To: (10)(2e) (10)(2e) @minvws.nl
 Cc: (10)(2e) (10)(2e) @minvws.nl; (10)(2e) (10)(2e) @minvws.nl
 From: (10)(2e)
 Sent: Tue 8/4/2020 8:47:35 AM
 Subject: IC-bedden
 Received: Tue 8/4/2020 8:47:35 AM

Goedemorgen (10)(2e)

Zoals afgesproken zou ik nog nadenken over de casus IC-bedden, vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief.

Om meerdere rechtsgebieden te belichten, heb ik hiervoor ook met (10)(2e) gespord, en omdat (10)(2e) inhoudelijk betrokken is bij dit dossier, cc ik ze beiden.

Zonder gehinderd te zijn door achtergrondkennis en eventuele keuzes die al zijn gemaakt, komen wij tot de volgende conclusies:

- Financiering via een **beschikbaarheidsbijdrage** lijkt juridisch gezien de meest zuivere route. Onze collega (10)(2e) (10)(2e) specialist op dit gebied, zou kunnen adviseren of dit daadwerkelijk mogelijk is.
- Om de financiering via een beschikbaarheidsbijdrage te laten lopen, moet echter wel de AMvB worden gewijzigd, die vervolgens langs de MR en RvS moet. Omdat dit een tijdrovend traject is, zou ook overwogen kunnen worden om de AMvB met terugwerkende kracht aan te passen, zodat er nu al wel gewerkt kan worden alsof die al is aangepast. Directie Z en (10)(2e) zouden hier wel akkoord mee moeten gaan. (10)(2e) is overigens ook degene die de AMvB kan aanpassen.
- Financiering via een **subsidie** lijkt de tweede beste optie. Een subsidie kunnen namelijk ook vastgoedcomponenten worden meegenomen, die nodig zijn voor het beschikbaar stellen van de IC bedden. Ik begreep namelijk dat sommige ziekenhuizen ook aanpassingen moeten doen om de ruimtes bruikbaar te kunnen maken voor het plaatsen van IC bedden. Het opstellen van een subsidieregeling kost ook enige tijd, en loopt via DUS-i, waar men momenteel erg druk is. De subsidiecollega's kunnen beter dan ik aangeven hoeveel tijd hiermee gemoeid is en of dat haalbaar is.
- Gisteren spraken wij over de (on)mogelijkheid om **huurovereenkomsten** met de ziekenhuizen te sluiten, waarin VWS als het ware de IC bedden huurt van de ziekenhuizen. Bij deze variant kom je in de knel met de Aanbestedingswet, omdat alleen de verwerving van huur van grond, bestaande gebouwen of andere roerende zaken of betreffende de rechten hierop, niet aanbestedingsplichtig is. Dat zou betekenen dat de ruimtes wel buiten de Aanbestedingswet om gehuurd zouden kunnen worden, maar dan zit je nog wel met de vraag hoe je de andere componenten financiert, zoals de handen aan de bedden en de benodigde apparatuur. Als je al zou kiezen voor een huurovereenkomst, zou je daarnaast nog een aparte overeenkomst moeten sluiten voor die andere componenten. De vraag is of dat wenselijk is. Dit lijkt ons een bewerkelijke exercitie.
- Indien de route via de beschikbaarheidsbijdrage of subsidie niet mogelijk/wenselijk is, kom je uit bij **dienstverleningsovereenkomsten**. De diensten die de ziekenhuizen leveren, zijn echter wel aanbestedingsplichtig. Het beschikbaar houden van IC bedden met de daarbij behorende werkzaamheden/investeringen, hadden in beginsel moeten worden aanbesteed. Deze aanbesteding had wel onder het zogenaamde 'verlichte regime' kunnen vallen, waardoor je als aanbestedende dienst vrijer bent om je procedure in te richten (als ook termijnen) maar feit is dat de afspraken al zijn gemaakt er dat er niet met terugwerkende kracht nog een procedure kan worden gevolgd om dit te repareren. Een beroep op dwingende spoed i.d.z.v. de Aanbestedingswet zal hier niet op gaan, aangezien een van de cumulatieve vereisten voor een rechtvaardig beroep op dwingende spoed, is dat de spoed niet te wijten is aan de aanbestedende dienst. VWS was al maanden op de hoogte van de noodzaak van de IC bedden, waardoor deze vlieger niet op gaat.

(10)(2g)

sluiten van de overeenkomst vrijwillige transparantie heeft betracht. Daarnaast moet de aanbestedende dienst van mening zijn dat enige bekendmaking niet verplicht is. De aanbestedende dienst moet in dat geval wel het voornemen om overeenkomsten te sluiten, publiceren (via TenderNed – bij VWS gebeurt dat via de HIS, die ook de onderbouwing opstelt). De aanbestedende dienst houdt daarna een termijn van ten minste 20 kalenderdagen aan alvorens de overeenkomst te sluiten, waarbinnen belanghebbenden kennis kunnen nemen van de overeenkomst (en daar ook tegen kunnen ageren). De vrijwillige transparantie vooraf biedt dus mogelijk ook meer zekerheid, maar omdat ik de exacte feiten van de casus niet ken, vind ik dat lastig te beoordelen. Daarbij komt dat je hiervoor een ijersterk verhaal moet hebben waarom de niet hebt aanbesteed, en meent dat niet te hoeven. Ik vraag mij af of we hiervoor een sluitend verhaal kunnen opstellen (mede gelet op het feit dat VWS al met het veld is gaan praten zonder eerst een juridische afweging te maken – althans, zo lijkt het). Ook loop het hier het risico dat partijen wél een KG starten.

- Zoals gisteren ook besproken, is hier geen sprake van **open house**, omdat er niet wordt voldaan aan de criteria daarvoor; er is geen derde partij die bepaalt waar hij de diensten afneemt, niet alle voorwaarden zijn op voorhand vastgesteld (naar ik begrijp zijn er nog punten waar over in gesprek wordt gegaan), en de procedure is niet gevolgd (en dat is heel belangrijk, omdat gedeeltes van de Aanbestedingswet op de open house van toepassing zijn). Kortom, er zitten wel elementen van open house in, maar juridisch gezien kan dit niet als zodanig worden vormgegeven.

(10)(2g)

(10)(2g)

Overigens vragen wij ons af of het zinvol is om hier de LA bij te betrekken, dat kost ook veel tijd en de vraag is of dat nieuwe inzichten biedt ☺

Als je nog vragen hebt, laat het dan weten!

Groet,

Mede namens (10)(2e)

(10)(2e)

(10)(2e)

.....
Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Cluster Specialistisch Juridisch Advies
Parnassusplein 5 | 2511 VX Den Haag
Postbus 22350 | 2500 EJ Den Haag

.....
M (10)(2e)(10)(2e)(10)(2e)(10)(2e)

F (10)(2e)(10)(2e)(10)(2e)(10)(2e)
(10)(2e) @minvws.nl

.....