

Gerechtvaardigde onderhandse gunning en open house procedure

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 16-04-2021

Publicatie: JAAN 2021/118 (Sdu Jurisprudentie Aanbestedingsrecht), aflevering 5, 2021

Annotator: Versteeg, D.R.

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:2005

Zaaknummer: C/13/700674 / KG ZA 21-308

Rechtsgebied: Burgerlijk procesrecht, Aanbestedingsrecht

Overige publicaties:

- ECLI:NL:RBAMS:2021:2005
- JAAN 2021/118 met annotatie van Versteeg, D.R.
- Module Aanbesteding 2021/1608

Rechter(s): mr. E.A. Messer

Partijen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HEALTHCHECKCENTERS B.V.,

gevestigd te Utrecht en kantoorhoudende te Baarn,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

HEALTH TESTS & SUPPLIES B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

GALLIATA HOLDING B.V.,

gevestigd te Nieuwegein en kantoorhoudende te Zaltbommel,

4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

HEALTHCARE TEAM B.V.,

gevestigd te Zoetermeer,

5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DAZA B.V.,

gevestigd te Enschede,

6. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ULTRA WHITE NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Arnhem,

7. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BRN TRADING B.V.,

gevestigd te Emmen,

8. de vennootschap onder firma

[eiseres sub 8],

kantoorhoudende te [plaats],

9. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres sub 9],

gevestigd te [plaats],

10. [eiseres sub 10], mede handelend onder de namen [handelsnaam 1],

kantoorhoudende te [plaats],

11. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

VACCINATIES OP REIS B.V.,

gevestigd te Haarlem,

12. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ZUID B.V.,

gevestigd te Den Haag,

13. [eiseres sub 13], mede handelend onder de namen [handelsnaam 2],

kantoorhoudende te [plaats],

14. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

AMNIS HEALTHCARE SOLUTION B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

15. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

RIVIUM BEHEER B.V.,

gevestigd te Rotterdam en kantoorhoudende te Rozenburg,

16. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TESTCORONANU B.V.,

gevestigd te Utrecht,

17. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid CORONASNELTESTPOINT B.V.,

gevestigd te Alphen aan den Rijn,

18. [eiseres sub 18], mede handelend onder de naam [handelsnaam 3],

kantoorhoudende te [plaats],

19. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

GM SNEL-TESTSTRAAT B.V.,

gevestigd te De Bilt,

20. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TRAVEL HEALTH CLINIC OOST B.V.,

gevestigd te Hengelo (Overijssel),

21. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

CTS NEDERLAND B.V.,

gevestigd te gemeente Haarlemmermeer en kantoorhoudende in Badhoevedorp,

22. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

AMESCO GROUP B.V.,

gevestigd te Almere en kantoorhoudende te Zevenhuizen,

23. de vennootschap onder firma

[eiseres sub 23],

kantoorhoudende te [plaats],

24. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ALCOLINE NL B.V.,

gevestigd te Halsteren,

eiseressen bij gelijkluidende dagvaarding van 13 april 2021,

advocaat mr. J.Ph. de Korte te Amsterdam, en

25. de vennootschap onder firma

[eiseres sub 25],

kantoorhoudende te [plaats],

26. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ALPHA MEDICAL SERVICES B.V.,

gevestigd te Ermelo,

27. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

SNELLER TESTEN B.V.,

gevestigd te Veenendaal,

28. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

RGB-SOLUTIONS B.V.,

gevestigd te Tilburg en kantoorhoudende te Gilze,

29. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DE BIO SMILE B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

30. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

EMERGENCY CONTROL MARITIME TRAINING B.V.,

gevestigd te Rotterdam,

gevoegde partijen,

advocaat mr. J.Ph. de Korte te Amsterdam,

tegen

1. de stichting

STICHTING OPEN NEDERLAND,

statutair gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende te Leiden,

advocaat mr. P.F.C. Heemskerk te Amsterdam,

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon

DE STAAT DER NEDERLANDEN, meer in het bijzonder het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,

zetelend te Den Haag,

advocaat mr. M.C. de Vries te Den Haag,

gedaagden.

Regelgeving:

- Aw 2012 art. 2.71
- Aw 2012 art. 2.54
- RI 2014/24/EU overweging 42
- VWEU art. 52
- VWEU art. 62

Inhoudsindicatie

Contractvoorwaarden, Geen aanbesteding, Inlichtingen, Level playing field, Loting, Onvoldoende informatie voor inschrijving, Proportionaliteit uitvoeringsvoorwaarden, Proportionaliteitsbeginsel, Dwingende spoed, Testafnemers

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

De Stichting

In kort geding kan niet worden vastgesteld of B. in strijd met het aanbestedingsrecht heeft gehandeld door in feite onderhands aan C. te gunnen. A. heeft haar stellingen hieromtrent onvoldoende gemotiveerd. Zij verwees in dupliek slechts naar de meningen van aanbestedingsexperts hierover in een artikel van Follow the Money, maar is hierop zelf niet voldoende expliciet ingegaan. B. heeft daarentegen aangevoerd dat weloverwogen rechtstreeks opdracht aan C. is gegeven, omdat een aanbesteding te veel tijd zou kosten en dit zich niet zou verhouden met een spoedige, veilige en verantwoorde openstelling van de maatschappij. Met als uitgangspunt het belang van (geestelijke) volksgezondheid moet daarvoor worden gekozen, ook al zou dat op gespannen voet staan met beginselen van aanbestedingsrecht (en zo verwijst zij naar overweging 24 RI 2014/24/EU en art. 62 jo. 52 VWEU). Zij lijkt daarmee een beroep te doen op de mogelijkheid om in coronatijd wegens (dwingende) spoed een andere (aanbestedings)procedure te volgen. A. heeft hier te weinig tegenover gezet. Bovendien heeft A. onvoldoende belang bij haar vordering, aangezien zij geen concurrent is van C.

B. heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij zodanige afspraken met C. heeft gemaakt dat kan worden geverifieerd of zij haar gefaseerde taken nakomt, ook al zijn deze pas een dag voor de zitting vastgelegd in een raamovereenkomst. Verder heeft C. bijvoorbeeld geen winstoogmerk en gaat het om een tijdelijke opdracht, waarbij geld terugvloeit naar B. als dat niet wordt gebruikt.

Open House Constructie

De voorzieningenrechter acht de open house constructie met loting toelaatbaar (zie Rechtbank Midden-Nederland 27 november 2020, [ECLI:NL:RBMNE:2020:5180](#)). Met de loting zal er immers geen selectie en rangschikking van gegadigden plaatsvinden aan de hand van selectie- en gunningsvoorwaarden en de gegadigden concurreren niet met elkaar. Iedere gegadigde die aan de minimum vereisten voldoet, wordt toegelaten. De toelatingsprocedure betreft dus een zuivere open house constructie en kwalificeert niet als aanbestedingsprocedure.

A. stelt dat het onnodig is een dienstverlening met beschikbaarheidsvergoeding uit te vragen en dat loting ook niet nodig is. Het is echter aan B. om de wijze van uitraag te bepalen en te kiezen voor zekerheid in de vorm van gegarandeerde testcapaciteit. De keuze voor deze toelatingsprocedure wordt dan ook niet onredelijk geacht. Dat de overheid in andere situaties vaak kiest voor open house constructies zonder loting, maakt dat niet anders.

De gehanteerde voorwaarden

A. stelt dat voorwaarden in de toelatingsprocedure disproportioneel en onrechtmatig zijn, omdat die vrijwel de gehele markt uitsluiten. De eerste voorwaarde omtrent de voorwaarde van exclusiviteit van testlocaties schrijft voor dat teststraten alleen beschikbaar zijn ten behoeve van spoor 2 dat wordt omschreven als 'Testen om de samenleving stapsgewijs te openen (testen van mensen zonder klachten).' De voorzieningenrechter overweegt dat vooropstaat dat B. als opdrachtgever de voorwaarden mag stellen en dat niet is gebleken dat de voorwaarde van exclusiviteit

disproportioneel is. Het is niet onredelijk dat B. niet wil dat op één testlocatie zowel commerciële testen als testen in het kader van Testen voor toegang worden afgenomen. Dit vanwege gevaar voor vermenging van geldstromen en testen, alsmede vanuit IT-technisch oogpunt. Daarnaast is het gegadigden toegestaan om zowel een commerciële locatie als locatie in opdracht van B. te exploiteren. Zij hoeven hun huidige activiteiten dus niet af te stoten. Overigens heeft B. betoogd dat zij voorafgaand aan de uitvraag een marktverkenning heeft georganiseerd waaruit niet is gebleken dat de exclusiviteit een bezwaar zou opleveren. Gezegd zou zijn dat 'overal witte tenten kunnen worden opgezet'. Hoewel A. dit betwist en niet kan worden gecontroleerd of dit daadwerkelijk is gezegd, klinkt dat niet onlogisch. In feite gaat het alleen om de kosten en het is niet onbegrijpelijk dat eiseressen hun kosten willen drukken, maar dat maakt niet dat zij B. hun wil kunnen opleggen. B. heeft andere belangen te behartigen en stelt in dat kader geen onredelijke eisen.

Vooralsnog wordt deze voorwaarde (omtrent het over meerdere locaties kunnen beschikken over het minimaal aantal afnameplekken zoals per regio bepaald) niet disproportioneel geacht. Kleine exploitanten kunnen immers hun krachten bundelen en in de vorm van een consortium deelnemen. Er is weliswaar weinig tijd geboden om dat te kunnen organiseren, maar dat is inherent aan projecten in coronatijd.

Gelijk speelveld

Onvoldoende aannemelijk is geworden dat de omstandigheid dat D. thans al een pilot of pilots uitvoert met sneltesten voor B., maakt dat zij in de toelatingsprocedure zal worden bevoordeeld. De in deze procedure gestelde voorwaarden gelden immers ook voor haar. Het kan zijn dat de ervaring die D. heeft opgedaan haar kan helpen (dat is ook in aanbestedingsprocedures vaak het geval als de huidige opdrachtnemer weer meedingt naar de nieuwe opdracht), maar dat vormt geen doorslaggevend bezwaar. Bovendien is er veel testcapaciteit nodig en ontbreekt het concurrentie-element in de toelatingsprocedure.

De informatievoorziening

B. is niet heel voortvarend in haar informatieverstrekking geweest – pas op 13 april 2021 is via Negometrix4 de conceptovereenkomst beschikbaar gesteld die nog steeds niet volledig is, waardoor onduidelijk is welke verbintenis wordt aangegaan – en met name de late verstrekking van de conceptovereenkomst bezwaarlijk is, kan haar dat niet te zwaar worden aangerekend. De meest relevante informatie was enkele dagen vóór de sluiting van de inschrijvingstermijn voorhanden. Ook de korte termijnen die zijn gegeven, zijn inherent aan de spoedprocedure die is gevolgd en passen binnen hetgeen hiervoor is overwogen. De maatschappelijke urgentie maakt dat de uitvraag binnen enkele weken rond moet zijn.

Conclusie

De vorderingen van A. worden afgewezen.

Uitspraak

Eiseressen zullen hierna samen met de gevoegde partijen 'eiseressen' worden genoemd. Gedaagden zullen hierna Stichting Open Nederland en de Staat worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Ter zitting van 15 april 2021 hebben eiseressen de vordering zoals omschreven in de dagvaarding toegelicht. Gedaagden hebben verweer gevoerd.

Eiseressen en de Stichting Open Nederland hebben producties ingediend en alle partijen hebben hun standpunten toegelicht aan de hand van een pleitnota.

In verband met de spoedeisendheid van de zaak is op 16 april 2021 de beslissing gegeven, in de vorm van een 'kopstaartvonnis'. Het hierna volgende bevat de uitwerking daarvan en is eerder afgegeven dan ter zitting aangekondigd namelijk op 23 april 2021 hetgeen telefonisch aan partijen is meegedeeld.

1.2. Ter zitting waren aanwezig:

aan de kant van eiseressen: [naam 1] (namens HealthCheckCenters),

[naam 2] (namens Health Test & Supplies), [naam 3] (namens Galliata) met mr. De Korte,

aan de kant van Stichting Open Nederland: [naam 4] met mr. Heemskerk en haar kantoorgenoot mr. K. van Kranenburg,

aan de kant van de Staat: [naam 5] , mr. B. Baldwin met mr. De Vries en haar kantoorgenoot mr. J.E. Palm.

2. De feiten

2.1. Eiseressen exploiteren coronatestlocaties met bijbehorende websites. Zij faciliteren naast de afname van monsters voor PCR-testen ook het afnemen van sneltesten.

2.2. Eiseres sub 1 HealthCheckCenters handelt onder meer onder de naam HetHuisartslab en exploiteert 100 teststraten in het gehele land. Eiseres sub 2 Health Test & Supplies houdt onder meer de website Spoedtest.nl en exploiteert 60 teststraten in het gehele land. Eiseres sub 3 Galliata exploiteert onder meer de website ArboCovid.nl, een door de overheid gesubsidieerde samenwerking van diverse arbodiensten. De overige eiseressen exploiteren één of meer testlocaties.

2.3. In de akte van oprichting van de Stichting Open Nederland staat dat de Stichting op 16 februari 2021 is opgericht, met (onder andere) als doel het leveren van een bijdrage aan het heropenen van Nederland gedurende en na afloop van de COVID-19 pandemie en het opzetten van een landelijk fysieke testinfrastructuur, die tot doel heeft de deelname aan (sociale) activiteiten in de breedste zin van het woord weer mogelijk te maken. De Stichting heeft geen winstoogmerk.

2.4. Op 30 maart 2020 heeft Stichting Open Nederland via diverse kanalen een toelatingsprocedure *beschikbaar stellen en exploiteren testlocaties* aangekondigd voor partijen die op testlocaties coronasneltesten kunnen afnemen bij personen die bijvoorbeeld toegang hebben tot (in samenspraak met de overheid) georganiseerde evenementen.

2.5. Op 7 april 2021 heeft de Stichting Open Nederland een informatiebijeenkomst *beschikbaar stellen en exploiteren testlocaties* verzorgd om geïnteresseerde partijen nader te informeren over de toelatingsprocedure.

2.6. Bij brief van 8 april 2021 heeft het Ministerie van VWS informatie verstrekt over 'pilots testen voor toegang tot cultuur-, sport- en recreatiesector'. Het betreft informatie voor branche- en koepelorganisatie en/of organisaties die meedoen met pilot evenementen en activiteiten in april 2021. Het Ministerie van VWS heeft voor de maand april een kalender uitgebracht waarop per provincie het aantal evenementen en deelnemers is vermeld.

2.7. Op 8 april 2021 heeft de Stichting Open Nederland in de vorm van een *beschrijving* informatie over de toelatingsprocedure op het online platform Negometrix4 gezet, waaronder als bijlage 1 een deelnameformulier.

2.8. In hoofdstuk 1 paragraaf 1.1. van *de beschrijving* staat over de context van de opdracht en de rol van de Stichting Open Nederland voor zover van belang het volgende:

"(...)Stichting Open Nederland helpt met het platform Testen voor Toegang het sociale leven in Nederland weer stapsgewijs te openen, door een landelijk, fijnmazig en laagdrempelig netwerk van locaties te organiseren waar mensen zonder klachten zich op COVID-19 kunnen laten testen. Stichting Open Nederland faciliteert dat proces van afspraak tot testbewijs. Het is de ambitie om eind mei dagelijks 400.000 testen af te kunnen nemen.

Via de onderhavige toelatingsprocedure, wil de Stichting geschikte partijen contracteren waardoor zij na 1 mei op zeer korte termijn de testcapaciteit tot 120.000 testen per dag kan opschalen. Een deel van de benodigde 400.000 is al in de opstartfase opgebouwd en een deel wordt nog op een nader te bepalen wijze gerealiseerd. VWS is momenteel nog aan het bepalen op welke wijze dat moet gebeuren.

Per wanneer welke sociale activiteiten en evenementen weer open mogen, bepaalt de Rijksoverheid. Dit hangt af van het testbeleid, de routekaart, hoeveel besmettingen er op dat moment zijn en hoeveel mensen gevaccineerd zijn. De Rijksoverheid bepaalt ook hoe de beschikbare testcapaciteit vervolgens wordt verdeeld.

Het snel kunnen op- of afschalen is van groot belang!”

In paragraaf 1.2 is beschreven dat er zeven regio's zijn waarvoor geschikte partijen zich kunnen inschrijven en dat voor deze regio's is gekozen om aan de ene kant te borgen dat minder aantrekkelijke regio's bediend worden en aan de andere kant een aantrekkelijk pakket voor potentiële opdrachtgevers ontstaat. Het gaat om de volgende regio's:

□

In paragraaf 1.2. staat voorts dat een geïnteresseerde partij voor minimaal één regio moet inschrijven, maar zich voor alle regio's mag aanmelden en dat uiteindelijk per regio met één partij de dienstverleningsovereenkomst wordt aangegaan per 1 mei 2021. Verder staat in deze paragraaf dat wordt uitgegaan van het beschikbaar stellen van *exclusieve* capaciteit, dat inhoudt dat de testlocatie alleen wordt gebruikt voor het testen ten behoeve van het stapsgewijs openen van de samenleving (het testen zonder klachten, Spoor 2 (zie paragraaf 1.1.) en dat de Stichting bepaalt welke capaciteit op welke locatie (Small, Medium of Large) gewenst is. In paragraaf 1.2. staat tot slot over de vergoeding vermeld dat geselecteerde partijen een *fixed fee* ontvangen, die als volgt is opgebouwd:

□

2.9. In hoofdstuk 2 van *de beschrijving* staat dat de Stichting Open Nederland voor wat betreft de toelatingsprocedure aansluiting heeft gezocht bij de zogenoemde *open house* constructie, waarbij alle geïnteresseerde en geschikte partijen in aanmerking komen voor een dienstverleningsovereenkomst. In dit hoofdstuk staat verder, voor zover van belang, het volgende:

(...) Omdat de te selecteren partijen een beschikbaarheidsvergoeding ontvangen, kan het aantal te selecteren partijen vanuit financieel oogpunt niet oneindig zijn. Om die reden en in het kader van de objectiviteit kiest Stichting Open Nederland binnen de kaders van de open house voor loting, indien er meer dan één geldige aanmelding voor een regio is. (...)”

In paragraaf 2.4 staat dat een verzoek tot deelname uiterlijk 16 april 2021, voor 12.00 uur kan worden ingeleverd.

In paragraaf 2.10 staat voorts dat wanneer er meer dan één geldige aanmelding voor een regio is via loting door de notaris wordt bepaald welke marktpartij de diensten mag aanbieden.

In paragraaf 2.11 staat tot slot dat als een partij niet zelfstandig in de uitvoering van de opdracht kan voorzien, de mogelijkheid aanwezig is met andere ondernemingen samen te werken. Het deelnameverzoek kan in combinatie worden ingediend of via de hoofdaannemer-onderaannemer constructie.

2.10. In hoofdstuk 3 van *de beschrijving* staat dat de eisen en voorwaarden die de Stichting Open Nederland stelt aan een geïnteresseerde en aan de gevraagde dienstverlening, zijn opgenomen in het deelnameformulier, het uitvoeringsplan en de daarbij behorende IT- en kwaliteitsvoorwaarden (bijlagen 2, 4 en 5). In bijlage 2 zijn onder andere de in hoofdstuk 1 vermelde voorwaarden opgenomen zoals het kunnen beschikken over het minimaal aantal afnameplekken per regio en het exclusief beschikbaar stellen van de testlocatie.

In hoofdstuk 3 is tot slot vermeld dat de concept-dienstverleningsovereenkomst zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk 12 april 2021 ter beschikking wordt gesteld.

2.11. Er zijn door geïnteresseerde partijen vragen gesteld over de toelatingsprocedure, die door de Stichting Open Nederland op 9 april 2021 zijn beantwoord.

2.12. Bij brief van 9 april 2021 hebben eiseressen sub 1 tot en met 3 aan de Stichting Open Nederland over de toelatingsprocedure (onder andere) meegedeeld dat:

- de inschrijvingstermijn voor de procedure te kort is;
- er sprake is van onduidelijke en onvolledige informatie;
- de structuur van de procedure en de rol van de Stichting Open Nederland onduidelijk is;
- de belangen van partijen die reeds teststraten hebben ontwikkeld niet zijn gewogen;
- een groot deel van de markt wordt uitgesloten door slechts één aanbieder per regio toe te laten en door te eisen dat de testlocaties exclusief beschikbaar moeten zijn voor 'evenemententesten';
- het systeem van financiële vergoedingen haaks staat op de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit.

Eiseressen hebben de Stichting Open Nederland verzocht helderheid te verschaffen en de procedure aan te passen en bij gebreke daarvan een kort geding aangezegd.

Deze brief is op 11 april 2021 eveneens aan de heer [naam 4] van de Stichting gestuurd, met als bijlage een open brief van 10 april 2021 van dr. [naam 6] die zich verzet tegen sneltesten.

2.13. Bij e-mail van 12 april 2021 heeft de heer [naam 4] gereageerd op de brief onder 2.12 en getracht de bezwaren van eiseressen sub 1 tot en met 3 weg te nemen.

2.14. In een publicatie van 13 april 2021 van *Follow the Money* is (onder andere) kritiek geuit op de totstandkoming van de Stichting Open Nederland en de toelatingsprocedure. In het artikel worden de kritische geluiden van aanbestedingsexperts geciteerd die door de journalisten zijn benaderd.

2.15. Op 14 april 2021 heeft Teststraten Consortium 'Alléén Samen' (waaronder eiseressen) aan de Stichting Open Nederland en Lead Healthcare (een onderneming die op dit moment sneltesten afneemt) met cc aan de minister van VWS een open brief gestuurd, waarin zij haar diensten aanbiedt omdat zij heeft vernomen dat Lead Healthcare onvoldoende testcapaciteit kan bieden.

2.16. Bij brief van 14 april 2021 heeft de Minister van VWS uitleg gegeven aan de Tweede Kamer over de opdracht van het ministerie van VWS aan de Stichting Open Nederland.

2.17. De onderneming Lead Healthcare voert thans al een pilot of pilots met sneltesten voor de Stichting uit.

3. Het geschil

3.1. Eiseressen vorderen – samengevat –:

A. De Stichting Open Nederland op straffe van een dwangsom te gebieden om de toelatingsprocedure onmiddellijk te staken en gestaakt te houden, dan wel aan de uitkomst daarvan geen rechtsgevolg te verbinden;

B. de Staat te gebieden om de opdracht aan de Stichting Open Nederland onmiddellijk te beëindigen en eventuele opdrachten voor uitvoering van evenementensneltesten alsnog zelf via een zuivere *open house* constructie uit te vragen.

Daarnaast vorderen eiseressen gedaagden te veroordelen in de proceskosten (inclusief nakosten), te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2. Eiseressen stellen dat bij een toelatingsprocedure met *open house* constructie aan alle ondernemingen die aan bepaalde eisen voldoen toegang moet worden verleend tot de overeenkomst die het object is van de procedure. Bij een *open house* constructie vindt geen selectie plaats onder de belangstellende ondernemers. Er is in dat geval geen sprake is van een overheidsopdracht (vgl. het Falk Pharma arrest (HvJ EU 2 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:399 en het Tirkkonen-arrest (HvJ EU 1 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:142). De Aanbestedingswet 2012 is dan ook niet op een dergelijke procedure van toepassing.

In onderhavige zaak is echter geen sprake van een zuivere *open house* constructie, omdat in de toelatingsprocedure een loting plaatsvindt, namelijk op het moment dat er meer dan één geldige aanmelding voor een regio is. De Commissie van Aanbestedingsexperts (CvA) heeft in een advies van 6 juni 2019 (advies 529) een loting gekwalificeerd als een verdelingsprocedure met behulp waarvan een selectie wordt gemaakt. Hierdoor verschiet de *open house* constructie van kleur, waardoor het aanbestedingsrecht van toepassing is. Hoewel de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland bij vonnis van 27 november 2020 anders heeft geoordeeld (**ECLI:NL:RBMNE:2020:5180**), moet de lijn van de CvA worden gevolgd. Eiseressen verbinden hieraan de conclusie dat de Aanbestedingswet 2012 (Aw) van toepassing is en de opdracht moet worden aanbesteed.

3.3. Eiseressen stellen verder dat de inschrijvingstermijnen van artikel 2.71 Aw in acht moeten worden genomen, alsmede de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie. Bovendien hadden op de voet van artikel 2.54 Aw uiterlijk 10 dagen voor de uiterste datum van inschrijving nadere inlichtingen over de aanbestedingsstukken moeten worden verstrekt.

3.4. Eiseressen stellen verder dat de Staat met de inzet van de Stichting Open Nederland wet- en regelgeving heeft geschonden, bijvoorbeeld op het gebied van het aanbestedingsrecht. Ze verwijzen daarbij naar de publicatie van *Follow the Money* waarin het gebrek aan transparantie rond de Stichting Open Nederland centraal staat en dat de opdracht voor de dienstverlening die de Stichting biedt openbaar had moeten worden aanbesteed.

3.5. Eiseressen concluderen dat gedaagden op de voet van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek onrechtmatig jegens hen handelen, door:

- i) geen daadwerkelijke *open house* toelatingsprocedure te hanteren;
- ii) geen volledige informatie te verschaffen binnen een redelijke termijn voorafgaand aan sluiting van de inschrijvingstermijn;
- iii) het hanteren van selectiecriteria die oneerlijk, discriminatoir en in strijd met het mededingingsrecht zijn;
- iv) geen sprake is van een gelijk speelveld.

Voor (i) geldt hetgeen onder 3.2 staat. Samengevat komt het erop neer dat door de loting geen zuivere *open house* constructie is toegepast. Verder bestond er ook geen noodzaak om een dienstverlening met beschikbaarheidsvergoeding te vragen, waardoor die loting niet nodig was. De Staat kan immers het aantal testafnames zelf controleren en een beschikbaarheidsvergoeding leidt tot onnodige kosten voor de gemeenschap en bevoordeling van toegelaten teststraten.

Voor (ii) geldt dat er geen noodzaak was voor een inschrijvingstermijn van amper één week. Er is onnodig gewacht met de publicatie van 30 maart 2021 en pas op 7 en 8 april 2021 is onvolledige en onduidelijke informatie verschaft. Toelichting over de Stichting ontbrak en de rechtsrelatie tussen de Stichting en de Staat is niet uitgelegd. Ook de rechtsverhouding tussen de Stichting en 'Testen voor toegang' en Lead Healthcare (die op dit moment al wordt ingeschakeld voor het testen) is niet uiteengezet en onduidelijk is wie de bestuurders van de Stichting zijn (een belangenverklaring ontbreekt). Verder is niet geïnventariseerd welke invloed deze toelatingsprocedure voor de bestaande markt voor sneltesten heeft en was tot voor kort de concept-dienstverleningsovereenkomst niet ter beschikking gesteld.

De reactie van de heer [naam 4] is slechts aan de eiseressen sub 1 tot en met 3 gericht en kan niet gelden als informatie voor de toelatingsprocedure.

Het grote bezwaar tegen dit alles is dat geïnteresseerde partijen niet voldoende informatie hebben om te beslissen of zij zullen inschrijven.

Voor (iii) geldt dat de voorwaarde dat de testlocaties exclusief beschikbaar zijn voor de dienstverlening niet proportioneel is. Relatief eenvoudig kunnen op een locatie maatregelen worden genomen om de afdelingen PCR-testafnames en sneltestafnames (voor deze opdracht) te scheiden. Het is niet nodig om een aparte locatie beschikbaar te houden. Eiseressen kunnen aan alle (IT)-vereisten voldoen. Daarnaast is het voor kleinere ondernemingen moeilijker om in te schrijven omdat zij nog niet de benodigde ervaring hebben (zes maanden als bedrijf werkzaam zijn en 5000 testen hebben afgenomen) of onvoldoende testcapaciteit hebben.

Voor (iv) geldt dat de opdracht tussen de Staat en Lead Healthcare ten onrechte niet openbaar is aanbesteed. Lead Healthcare heeft al langer contact met gedaagden over testfaciliteiten en heeft een voorsprong op de overige inschrijvers.

Eiseressen hebben een spoedeisend belang bij hun vorderingen omdat de inschrijvingstermijn op 16 april 2021 om 12.00 uur sluit.

3.6. Gedaagden voeren verweer. Hierop wordt hierna, voor zover relevant, nader op ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Voorafgaand aan de zitting hebben eiseressen sub 25 tot en met 30 verzocht zich in dit kort geding te mogen voegen. Gedaagden hebben hiertegen geen bezwaar geuit, zodat de voeging is toegestaan.

4.2. Eiseressen hebben een spoedeisend belang bij de beoordeling van hun vordering onder A, omdat de inschrijvingstermijn voor de toelatingsprocedure sluit op 16 april 2021 om 12.00 uur.

4.3. Eiseressen vorderen samengevat stopzetting van de toelatingsprocedure en beëindiging van de opdracht van de Staat aan de Stichting Open Nederland (hierna ook de Stichting). Gelet op de chronologische gang van zaken zal eerst de positie van de Stichting worden beoordeeld en vervolgens de toelatingsprocedure die de Stichting is gestart voor het opzetten van een landelijk netwerk van testlocaties.

4.4. Voorop staat dat de coronacrisis waarin Nederland en de rest van de wereld zich bevinden, (ook) grote gevolgen voor de cultuur-, sport- en recreatiesector heeft (gehad). Nieuwe initiatieven die op dit gebied weer meer mogelijk maken zijn dan ook welkom. Het is voorts in het algemeen belang dat de daartoe gemaakte plannen binnen korte tijd worden ontwikkeld en uitgevoerd en dat daarin geen onnodige vertraging optreedt. Dit uitgangspunt geldt ook voor het plan van het Ministerie van VWS (in samenspraak met anderen) van *Testen voor Toegang* waarmee personen toegang tot bepaalde evenementen krijgen na een negatieve coronasneltest. Hiervoor moet een fijnmazige infrastructuur voor snelle testcapaciteit van 400.000 testen per dag worden opgezet. De testresultaten komen digitaal beschikbaar in de vorm van een QR-code via de CoronaCheck App om te kunnen worden uitgelezen.

De Stichting

4.5. De Stichting Open Nederland is als non-profitorganisatie opgericht, met als doel het faciliteren van het hiervoor bedoelde grootschalig testen. Eiseressen stellen dat het gebruik maken van de Stichting onrechtmatig is (omdat wet- en regelgeving is geschonden) en meer in het bijzonder de aanbestedingsplicht is omzeild, de openbaarheid is geschonden en controle op de Stichting ontbreekt.

4.6. Hoewel niet kan worden uitgesloten dat de Staat in strijd met het aanbestedingsrecht heeft gehandeld door in feite onderhands aan de Stichting te gunnen, kan in kort geding niet worden vastgesteld of dit het geval is. Het standpunt van gedaagden wordt gevolgd dat eiseressen hun stellingen op dit onderdeel onvoldoende hebben gemotiveerd. Zij

hebben in hun dupliek slechts verwezen naar de meningen van aanbestedingsexperts hierover in het (tweede) artikel van *Follow the Money*, maar zijn zelf niet voldoende expliciet ingegaan op welke argumenten daarvoor steekhoudend zijn. De Staat heeft op haar beurt aangevoerd dat weloverwogen rechtstreeks opdracht aan De Stichting is gegeven, omdat een aanbesteding teveel tijd zou kosten en dat zich niet zou verhouden met een spoedige, veilige en verantwoorde openstelling van de maatschappij. Volgens de Staat kan met als uitgangspunt het belang van (geestelijke) volksgezondheid daarvoor worden gekozen, ook al zou dat op gespannen voet staan met beginselen van aanbestedingsrecht. De Staat verwijst daarbij naar de Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU overweging 41 en artikel 62 juncto 52 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. De Staat lijkt daarmee een beroep te doen op de mogelijkheid om in coronatijd wegens (dwingende) spoed een andere (aanbestedings)procedure te volgen (overigens biedt de Aanbestedingswet 2012 daarvoor ook mogelijkheden). Eiseressen hebben hier onvoldoende tegenover gezet. Zij hebben onvoldoende uiteengezet waarom in deze zaak niet zou kunnen worden afgeweken van de regels van aanbestedingsrecht en zijn nauwelijks ingegaan op de stelling van de Staat dat sprake is van dwingende spoed. Doordat in dit kort geding het debat op dit onderdeel onvoldoende is gevoerd, en het had op de weg van eiseressen gelegen daar het voortouw in te nemen, kan op dit onderdeel geen inbreuk op het aanbestedingsrecht worden vastgesteld.

4.7. Daarbij komt dat, zoals gedaagden stellen, eiseressen onvoldoende belang hebben bij hun vordering tot beëindiging van de relatie tussen de Staat en de Stichting op de grondslag van schending van het aanbestedingsrecht. Zij zijn immers geen concurrent van de Stichting, maar beogen slechts stopzetting/aanpassing van de toelatingsprocedure.

4.8. Verder stellen eiseressen dat de Stichting, naar wie zoveel gemeenschapsgeld gaat, geen systeem van '*checks and balances*' kent. Er is geen Raad van Toezicht, geen verplichte accountantscontrole en het bestuur bepaalt zelf wie er in het bestuur zit. De Staat kan nauwelijks controle uitoefenen. Aldus steeds eiseressen. De Staat heeft op echter voldoende aannemelijk gemaakt, dat zij zodanige afspraken met de Stichting heeft gemaakt dat kan worden geverifieerd of zij haar gefaseerde taken nakomt. Weliswaar zijn deze afspraken pas een dag voor de zitting vastgelegd in een raamovereenkomst, maar dat neemt niet weg dat de regie en controle nu is vastgelegd en transparantie is gegeven. De Stichting moet inzage geven in haar administratie, krijgt gefaseerd geld en dient financiële verantwoording af te leggen. Verder heeft de Stichting geen winstoogmerk en gaat het om een tijdelijke opdracht, waarbij geld terugvloeit naar het ministerie als dat niet wordt gebruikt. Deze informatie is (weliswaar aan de late kant) op de zitting gedeeld en volgt onder andere ook uit de brief van 14 april 2021 van de Minister van VWS. Ter zitting heeft de Stichting daarnaast betoogd dat de heer [naam 4] niet alleen de verantwoording draagt voor de Stichting. Er zijn meer ervaren personen bij de Stichting betrokken, zoals bijvoorbeeld de heer [naam 7] van NS.

Vooralsnog zijn er geen aanwijzingen dat wet- en regelgeving is overtreden, dat iedere controle op de Stichting ontbreekt en dat sprake is van een onprofessionele entiteit die met gemeenschapsgeld ongecontroleerd haar gang kan gaan.

4.9. Gelet op het voorgaande zal de vordering om de Staat te gebieden de opdracht met de Stichting Open Nederland te beëindigen worden afgewezen.

Open House constructie

4.10. Voor de vordering die gericht is op stopzetting van de door de Stichting ingestelde toelatingsprocedure moet eerst worden beoordeeld of de *open house* constructie wel zuiver is. Eiseressen stellen zich immers op het standpunt dat met het lotingselement toch een selectie wordt gemaakt en dat daarom het aanbestedingsrecht van toepassing is.

4.11. In dit kort geding wordt de onderhavige *open house* constructie met loting toelaatbaar geacht. In die zin wordt de lijn van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland gevolgd (**ECLI:NL:RBMNE:2020:5180**). Met de loting zal er immers geen selectie en rangschikking van gegadigden plaatsvinden aan de hand van selectie- en gunningsvoorwaarden en de gegadigden concurreren niet met elkaar. Iedere gegadigde die aan de minimum vereisten voldoet wordt toegelaten. De toelatingsprocedure betreft dus een zuivere *open house* constructie en kwalificeert niet als aanbestedingsprocedure.

4.12. De Stichting heeft benadrukt dat zij in onderhavige toelatingsprocedure met een *open house* constructie testcapaciteit uitdraagt in plaats van het uitvoeren (en betalen) van testen. Zij gaat de deelnemers ook betalen voor het beschikbaar houden van capaciteit in plaats van (alleen) voor de afgenomen testen. Hiermee wil zij om het project operationeel beheersbaar te houden bereiken dat testcapaciteit gegarandeerd is. Als echter voor beschikbare capaciteit wordt betaald, kan geen onbeperkt aantal gegadigden worden toegelaten vanwege de financiële grens die er is. Eiseressen hebben hiertegen bezwaar gemaakt. Zij stellen zich op het standpunt dat onnodig is een dienstverlening met beschikbaarheidsvergoeding uit te vragen en dat loting ook niet nodig is. Het is echter aan de Stichting om de wijze van uitdraag te bepalen en te kiezen voor zekerheid in de vorm van gegarandeerde testcapaciteit.

De keuze voor deze toelatingsprocedure wordt dan ook niet onredelijk geacht. Dat de overheid in andere situaties vaak kiest voor *open house* constructies zonder loting, maakt dat niet anders.

De gehanteerde voorwaarden

4.13. In de toelatingsprocedure worden voorwaarden gesteld waaraan de kandidaten moeten voldoen. Eiseressen stellen dat deze voorwaarden disproportioneel en onrechtmatig zijn omdat die vrijwel de gehele markt uitsluiten.

De eerste voorwaarde betreft de voorwaarde van exclusiviteit van testlocaties. De Stichting schrijft voor dat teststraten alleen beschikbaar zijn ten behoeve van spoor 2 dat in paragraaf 1.1 van *de beschrijving* wordt omschreven als “Testen om de samenleving stapsgewijs te openen (testen van mensen zonder klachten).” Volgens eiseressen dwingt deze voorwaarde hen om al hun huidige testactiviteiten te staken en door opnieuw te investeren zich volledig te richten op de door de Stichting gewenste sneltesten. Dit is teveel gevraagd en leidt tot onnodige kosten vanwege de beschikbaarheidsgarantie. Bovendien kan alleen Lead Healthcare die al voor de Stichting werkt hieraan voldoen. Aldus steeds eiseressen.

Eiseressen worden niet gevolgd in hun bezwaren. Voorop staat dat de Stichting als opdrachtgever de voorwaarden mag stellen en niet gebleken is dat de voorwaarde van exclusiviteit disproportioneel is. Het is niet onredelijk dat de Stichting niet wil dat op één testlocatie zowel commerciële testen als testen in het kader van *Testen voor toegang* worden afgenomen. Dit vanwege gevaar voor vermenging van geldstromen en testen, alsmede vanuit IT-technisch oogpunt. Daarnaast is het gegadigden toegestaan om zowel een commerciële locatie als locatie in opdracht van de Stichting te exploiteren. Zij hoeven hun huidige activiteiten dus niet af te stoten.

Overigens heeft de Stichting betoogd dat zij voorafgaand aan de uitdraag een marktverkenning heeft georganiseerd waaruit niet is gebleken dat de exclusiviteit een bezwaar zou opleveren. Gezegd zou zijn dat “overal witte tenten kunnen worden opgezet”. Hoewel eiseressen dit betwisten en niet kan worden gecontroleerd of dit daadwerkelijk is gezegd, klinkt dat niet onlogisch. In feite gaat het alleen om de kosten en het is niet onbegrijpelijk dat eiseressen hun kosten willen drukken, maar dat maakt niet dat zij de Stichting hun wil kunnen opleggen. De Stichting heeft andere belangen te behartigen en stelt in dat kader geen onredelijke eisen.

4.14. De tweede voorwaarde betreft het over meerdere locaties kunnen beschikken over het minimaal aantal afnameplekken zoals per regio bepaald. Volgens eiseressen kunnen de kleine exploitanten hieraan niet voldoen. Veel van hen hebben één of enkele testlocaties, maar niet het totaal aan afnameplekken in één regio. Vooralsnog wordt deze voorwaarde niet disproportioneel geacht. Kleine exploitanten kunnen immers hun krachten bundelen en in de vorm van een consortium deelnemen. Er is weliswaar weinig tijd geboden om dat te kunnen organiseren, maar gelet op het onder 4.4 overwogene is dat inherent aan projecten in coronatijd.

Gelijk speelveld

4.15. Onvoldoende aannemelijk is geworden dat de omstandigheid dat Lead Healthcare thans al een pilot of pilots uitvoert met sneltesten voor de Stichting, maakt dat zij in de toelatingsprocedure zal worden bevoordeeld. De in deze procedure gestelde voorwaarden gelden immers ook voor haar. Het kan zijn dat de ervaring die Lead Healthcare heeft opgedaan haar kan helpen (dat is ook in aanbestedingsprocedures vaak het geval als de huidige opdrachtnemer weer meedingt naar de nieuwe opdracht), maar dat vormt geen doorslaggevend bezwaar. Bovendien is er veel testcapaciteit nodig en ontbreekt het concurrentie-element in de toelatingsprocedure.

De informatievoorziening

4.16. Volgens eiseressen is het onmogelijk voor hen om tijdig in te schrijven, omdat relevante informatie ontbreekt. Pas op 13 april 2021 is via Negometrix4 de conceptovereenkomst beschikbaar gesteld die nog steeds niet volledig is, waardoor onduidelijk is welke verbintenis wordt aangegaan, aldus eiseressen.

Hoewel de Stichting niet heel voortvarend in haar informatieverstrekking is geweest en met name de late verstrekking van de conceptovereenkomst bezwaarlijk is, kan haar dat niet te zwaar worden aangerekend. De meest relevante informatie was enkele dagen vóór de sluiting van de inschrijvingstermijn voorhanden. Ook de korte termijnen die zijn gegeven, zijn inherent aan de spoedprocedure die is gevolgd en passen binnen hetgeen onder 4.4 is overwogen. De maatschappelijke urgentie maakt dat de uitraag binnen enkele weken rond moet zijn.

4.17. Gelet op het voorgaande wordt ook de vordering onder A afgewezen. De toelatingsprocedure met *open house* constructie blijft in stand zoals deze is opgezet.

4.18. Eiseressen zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld als na te melden.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt eiseressen in de proceskosten,

aan de zijde van de Stichting Open Nederland tot op heden begroot op:

– € 667,00 aan griffierecht en

– € 1.016,00 aan salaris advocaat,

aan de zijde van de Staat tot op heden begroot op:

– € 667,00 aan griffierecht en

– € 1.016,00 aan salaris advocaat,

te vermeerderen met de wettelijke rente daarover met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.3. veroordeelt eiseressen met betrekking tot de Staat in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 163,00 voor salaris advocaat, te vermeerderen met

€ 85,00 en de kosten van het betekeningsexploitatiegeval betekening van dit vonnis plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Heropenen met een open house

In deze geruchtmakende zaak werd de zitting twee dagen na het uitbrengen van de dagvaarding gehouden en werd het 'kopstaartvonnis' een dag na de zitting uitgesproken. De rechtbank Amsterdam verdient dan ook lof voor de

snelheid waarmee deze zaak is behandeld. Complimenten zijn er echter niet voor de materiële aspecten van het vonnis. De rechtsoverweging die nog het best te volgen is, betreft het oordeel dat niet kan worden uitgesloten dat de Staat in strijd met het aanbestedingsrecht heeft gehandeld. Maar alles wat daarop volgt, is aanzienlijk minder goed te volgen, voor zover het niet simpelweg onjuist is. Om te beginnen met de opvatting van de rechter dat de rechtmatigheid niet in kort geding kan worden vastgesteld,¹ waarop meerdere doelredeneringen volgen om de vorderingen van de dertig eiseressen af te kunnen wijzen. Binnen het kader van deze annotatie worden de meest opmerkelijke misslagen besproken.

Teneinde voldoende testcapaciteit te creëren en – zelf – te kunnen verdelen heeft de Staat rechtstreeks opdracht gegeven aan de Stichting Open Nederland ('Stichting'). Volgens de Staat "helpt" de Stichting hem met het platform Testen voor Toegang het sociale leven in Nederland weer stapsgewijs te openen, door een netwerk van testlocaties te organiseren en het proces van afspraak tot testbewijs te faciliteren.² Daartoe is het land opgedeeld in een zevental regio's, per regio sluit de stichting één dienstverleningsovereenkomst met een marktpartij. Zowel de overeenkomst tussen de Staat en de Stichting, als de dienstverleningsovereenkomsten tussen de Stichting en de marktpartijen worden niet aanbesteed. Dat terwijl in beide gevallen de drempelbedragen voor een Europese aanbesteding ruimschoots worden overschreden.

Dwingende spoed

Bij de overeenkomst tussen de Staat en de Stichting, die volgens berichten in de media een waarde vertegenwoordigt van bijna een miljard euro,³ wijst de Voorzieningenrechter erop dat de Staat een beroep lijkt te doen op de uitzonderingsgrond van dwingende spoed om in coronatijd

een andere (aanbestedings)procedure te volgen.⁴ Vervolgens legt de Voorzieningenrechter de bewijslast van het tegendeel bij eiseressen. Zo oordeelt de rechter dat eiseressen "hier onvoldoende tegenover gezet" hebben en overweegt hij: "doordat in dit kort geding het debat op dit onderdeel onvoldoende is gevoerd, en het had op de weg van eiseressen gelegen daar het voortouw in te nemen, kan op dit onderdeel geen inbreuk op het aanbestedingsrecht worden vastgesteld."⁵ Dat terwijl de memorie van toelichting van Aw 2012 – onder verwijzing naar vaste jurisprudentie van het HwJ EU – expliciet benadrukt: "dat de aanbestedende dienst die een beroep doet op één van de uitzonderingssituaties het bestaan van die uitzonderingssituatie moet aantonen."⁶

Op basis van de feiten uit de uitspraak, lijkt een geslaagd beroep op dwingende spoed niet voor de hand te liggen. Voorop staat dat in de parlementaire geschiedenis wordt benadrukt: "dat alle uitzonderingen [die een onderhandse gunning toelaten; DV] restrictief geïnterpreteerd moeten worden"⁷. Bij een onderhandse gunning op basis van dwingende spoed kan alleen een aanbestedingsprocedure niet in acht worden genomen als er sprake is van gebeurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien en niet aan de aanbestedende dienst zijn te wijten. Het algemeen/maatschappelijk belang van (het effect van) de opdracht doet aan deze criteria niet af.⁸ Gelet op de minimale termijn van een versnelde openbare aanbestedingsprocedure van vijftien dagen,⁹ lijkt er in dit geval geen geldige reden te zijn geweest om van een aanbesteding af te zien. Daar komt nog bij dat de behoefte aan het testen van mensen voor de heropening van de samenleving in maart 2021 niet bepaald onvoorzien was en een aanbesteding al (ruim) voor die tijd gestart had kunnen zijn.¹⁰ Interessant is het dan ook om een vergelijking te maken met de situatie aan het begin van de Corona-crisis, omdat die op dat moment volgens de Europese Commissie wel als onvoorzien gold. In dat kader publiceerde de Europese Commissie 'Richtsnoeren betreffende het gebruik van het kader voor overheidsopdrachten in de door de Covid19-crisis veroorzaakte noodsituatie'.¹¹ Zelfs in die acute crisissituatie gold aanbesteden, met verkorte termijnen in spoedeisende gevallen, als principieel uitgangspunt. Alleen in "uiterst spoedeisende gevallen" is de niet-openbare onderhandelingsprocedure en/of directe gunning aan de orde.¹² Daarbij legt de Europese Commissie de bewijslast wel bij de aanbestedende dienst. Daarbij wijst de Europese Commissie erop dat de aanbestedende dienst zijn keuze voor een onderhandse procedure in een individueel proces-verbaal moet verantwoorden,¹³ waarin hij moet aantonen dat aan de volgende criteria is voldaan: onvoorzienbaarheid, onmogelijkheid om (versneld) aan te besteden, causaliteit én het slechts voorzien in dringende behoeften. Een onderhandse opdracht geldt als overbrugging tot er stabielere oplossingen kunnen worden gevonden, zoals een

raamcontract of de gewone procedure (versnelde) aanbestedingsprocedures.¹⁴ Ook dat laatste criterium lijkt door de Staat niet in acht genomen. Uit het vonnis blijkt in ieder geval niet van een einddatum van de overeenkomst met de Stichting en/of de testaanbieders, en ook van een voornemen tot een rechtmatige aanbestedingsprocedure is geen sprake.

Open house constructie

Voor de gunning van overeenkomsten tussen de Stichting en de marktpartijen wordt volgens verweerders gebruik gemaakt van een open house constructie. De combinatie van gunning en open house is echter een tegenstrijdigheid in termen omdat een open house model per definitie geen aanbestedingsprocedure maar een toelatingsprocedure is waarbij juist geen overheidsopdrachten worden gegund. Bij een open house sluit een partij (die een aanbestedende dienst kan zijn) met meerdere marktpartijen een open house-overeenkomst.¹⁵ Alle marktpartijen die aan bepaalde vooraf vastgestelde en bekendgemaakte voorwaarden (in de regel geschiktheidseisen) voldoen, worden toegelaten tot die overeenkomst. Die methodiek is volgens jurisprudentie van het HvJ EU rechtmatig doordat geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund.¹⁶ Dat brengt dan ook met zich dat de toelatingsvoorwaarden geen gunningscriteria mogen behelzen.¹⁷ Vervolgens kunnen de eindgebruikers van de toegelaten marktpartijen producten en/of diensten afnemen, waarbij vanzelfsprekend het aanbestedingsrecht – voor zover van toepassing – zal moeten worden nageleefd. In de regel zijn de eindgebruikers geen (onderdeel van een) aanbestedende dienst maar externen die dankzij het open house kunnen kiezen uit aanbieders die voldoen aan alle vooraf vastgestelde geschiktheidseisen/minimumeisen.¹⁸

In dit geval wordt juist wel per regio één ondernemer geselecteerd die daarmee als enige het recht krijgt om een overheidsopdracht voor diensten uit te voeren: het tegen betaling uitvoeren van Covid-testen voor rekening van de Staat.¹⁹ Het effect van het open house model van de Stichting is dan ook dat er uiteindelijk een zevental overheidsopdrachten worden gegund. Daarbij wordt loting als enige gunningscriterium gehanteerd. Het open house model voldoet daarmee niet aan de reeds genoemde voorwaarden die het volgens het HvJ EU aanvaardbaar maken (toelating van alle geschikte partijen zonder een of meer winnende inschrijvingen te selecteren). In 2019 oordeelde de Commissie van Aanbestedingsexpert dan ook dat er geen sprake is van een open house wanneer – anders dan in de zaken Falk Pharma en Tirkkonen – de aanbesteder, na loting, met slechts een aantal ondernemingen die aan de toelatingseisen voldoen een raamovereenkomst sluit en met de overige ondernemingen niet.²⁰ Vervolgens oordeelde de Commissie – in lijn met vaste jurisprudentie – dat gunning op basis van uitsluitend loting niet is toegestaan, omdat het niets zegt over de prijs en/of kwaliteit die de inschrijvers bieden.²¹

In bovenstaand vonnis staat de rechter loting als enig en finaal selectiecriterium om tot één inschrijver te komen wel toe. De voorzieningenrechter verwijst daarbij naar een vonnis van de Voorzieningenrechter Midden-Nederland uit 2020.²² In laatstgenoemd vonnis wordt een loting bij een tweetal percelen toelaatbaar geacht. Echter, daarbij wordt tevens geoordeeld dat de overeenkomsten, die door de loting tot stand komen, geen aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten vormen. Dat is een principiële onderscheid met onderhavige zaak, waarin de rechter zelf oordeelde dat de opdracht tussen de Staat en de Stichting wellicht strijdig is met het aanbestedingsrecht. Voorts kan de vraag worden gesteld of er geen zelfstandige aanbestedingsplicht is voor de Stichting, ongeacht de rechtmatigheid van de opdracht tussen Stichting en Staat. Zo financiert de Staat de testcapaciteit die de dienstverleners moeten aanbieden,²³ waarbij de Staat bepaalt welke sociale activiteiten en evenementen weer open mogen, en hoe de beschikbare testcapaciteit vervolgens wordt verdeeld.²⁴ Daarmee kan er de jure sprake zijn van een overheidsopdracht voor diensten, zijnde een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen de Staat en de testbedrijven, waarbij de Stichting niet veel meer is dan inkoopadviseur en contractmanager. Voorts lijkt de Stichting door de constructie te kwalificeren als publiekrechtelijke instelling,²⁵ in welk geval de Stichting zelf ook een aanbestedende dienst is. Kortom: het oordeel van de rechtbank Midden-Nederland, zo dat al juist is, biedt geen grondslag voor het toestaan van een loting in deze casus.

Hoewel de Staat dankzij de welwillende voorzieningenrechter vooralsnog is 'weggekommen' met deze constructie, is hij

daarmee nog niet gevrijwaard van andere juridische acties. Zo zouden partijen die buitenspel gezet zijn een schadevergoeding kunnen vorderen.²⁶ De grote media-aandacht voor deze kwestie zou ook de Europese Commissie wakker kunnen schudden, al dan niet na een of meer klachten van betrokkenen.²⁷

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Het oordeel om de constructie van de Staat en Stichting in stand te laten, wekt de indruk vooral te zijn ingegeven door het maatschappelijk belang dat is gediend bij het – zonder vertraging – laten doorgaan van het ‘testen-voor-toegang-beleid’. Indien dat zo is, dan had de rechter dat als motivering voor het vonnis kunnen hanteren.²⁸ Nu koos de rechter voor een aantal onjuiste doelredeneringen met het gevaar van een onjuiste precedentwerking ten aanzien van het gunnen van opdrachten op basis van dwingende spoed en/of het verkeerd gebruik van het open house model. Gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval – waarin de rechter zelf oordeelt dat er wellicht sprake is van strijdigheid met het aanbestedingsrecht – acht ik de kans klein dat rechters de rechtsoverwegingen uit dit vonnis zondermeer als kader stellend precedent zullen hanteren. Aanbestedende diensten die op basis van dit vonnis wel ruimte zien om hun aanbestedingsplicht te ontduiken, lopen dan ook het risico wel teruggefloten te worden, of in een later stadium aangesproken te worden.

mr. D.R. Versteeg, advocaat bij Rozemond Advocaten

Voetnoten

1)

R.o. 4.6.

2)

R.o. 2.8.

3)

<https://www.ftm.nl/artikelen/sneltest-evenementen-zwart-gat>.

4)

Daarmee lijkt de Voorzieningenrechter overigens het verweer van de Staat nader in te vullen of zelfs aan te vullen, hetgeen zich lastig verhoudt tot het beginsel van autonomie van partijen en de lijdelijkheid van de rechter ex art. 24 Rv.

5)

R.o. 4.6.

6)

Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 65 Overigens legt ook het Nederlandse burgerlijk procesrecht de bewijslast in dit geval – ex artt. 149 jo 150 Rv – bij gedaagden en in het bijzonder de Staat. Immers, waar eiseressen de terechte stelling poneren dat opdrachten van deze omvang in beginsel door de Staat moeten worden aanbesteed, verweert de Staat zich met de stelling dat hij een beroep kan doen op een uitzonderingsgrond. Dan is het aan de Staat om te bewijzen dat hem inderdaad een geslaagd beroep op deze, restrictief toe te passen, uitzondering toekomt en dat hij voldoet aan de voorwaarden in dat kader.

7)

De wetgever verwijst daarbij naar vaste Europese jurisprudentie: HvJ EU: HvJ EU 10 maart 1987, C-199/85 (Commissie/Italië), HvJ EU 17 november 1993, C-71/92 (, Commissie/Spanje), HvJ EU 8 april 2008, C-337/05 (Commissie/Italië).

8)

Zie bijvoorbeeld het bekende lawinehekken-arrest waarin het HvJ EU het belang van bescherming tegen lawines niet

miskent, maar evenwel oordeelde: “De door de advocaat-generaal in de punten 8 en 13 van zijn conclusie nauwkeurig onderzochte chronologie van de feiten toont aan, dat in het onderhavige geval niets de eerbiediging van de in de richtlijn genoemde termijnen van de versnelde procedure door de Italiaanse regering belette.” Zie HvJ EU 2 augustus 1993, C-107/93, r.o. 13.

9)

Art. 274 sub a. Aw 2012.

10)

Al op 19 november 2020 meldt de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport dat vanaf maart 2021 iedere Nederlander, ook zonder klachten, zich gemiddeld één keer per maand kan testen, wat moet leiden tot ‘perspectief voor een zo open mogelijke samenleving’. Zie: Johan van Heerde, ‘Reconstructie: Waarom de testsamenleving pas in april gestalte krijgt’, Trouw 11 maart 2021.

11)

Mededeling 2020/C 108 I/01 van de Europese Commissie d.d. 1 april 2021.

12)

Mededeling 2020/C 108 I/01 van de Europese Commissie d.d. 1 april 2021, sub 2.3., p. 4. Opmerkelijk is overigens dat de Europese Commissie een onderscheid maakt tussen de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en directe gunning aan één ondernemer. In het eerste geval verwacht de Europese Commissie dat de aanbestedende dienst nog wel meerdere partijen bij de niet-openbare onderhandelingen betreft. Het tweede geval is volgens de Europese Commissie pas aan de orde indien slechts één onderneming de opdracht binnen de door de dwingende spoed veroorzaakte technische beperkingen en termijnen kan uitvoeren. Dat onderscheid wordt door de Nederlandse wetgever in de MvT bij de Aw 2012 niet gemaakt waarin hij overweegt: “Feitelijk gaat het bij de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging om een onderhandse gunning.” (**Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 65**).

13)

Ex art. art. 84 lid 1 RI 2014/24/EU en art. 2.37 sub b. Aw 2012.

14)

Mededeling 2020/C 108 I/01 van de Europese Commissie d.d. 1 april 2021, sub 2.3.2., p. 4-5.

15)

HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14 (Falk Pharma), r.o. 33.

16)

HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14 (Falk Pharma), r.o. 37 en HvJ EU 1 maart 2018, CI9/17 (Tirkkonen) r.o. 31.

17)

HvJ EU 1 maart 2018, CI9/17 (Tirkkonen) r.o. 33-37. Zie ook de annotatie van G. Bouwman bij dit arrest ‘Selectie als onderscheidend element tussen de overheidsopdracht en een open systeem van afspraken’, **«JAAN» 2018/58**.

18)

In Nederland wordt het open house model met name gehanteerd in het sociaal domein, waarbij gemeenten de partijen selecteren die mogen toetreden tot het open house en zorgcliënten uiteindelijk kiezen van welke partij in het open house zij zorg willen afnemen. Het idee daarachter is dat de zorgaanbieders zullen concurreren om de cliënt. Zie: **<https://www.pianoo.nl/nl/sectoren/sociaal-domein/checklist-inkoop/aanbesteden-inbesteden-subsidie-open-house/open-house-als>**.

19)

Overigens betoogt de Stichting – en de voorzieningenrechter gaat daarin mee – dat zij testcapaciteit uitvaart in plaats van het uitvoeren (en betalen) van testen, zie r.o. 4.12. Dat lijkt een drogreden. Immers, de beschikbare testcapaciteit moet ook worden ingezet voor de door de overheid gewenste toegangstesten. Daarbij krijgen de dienstverleners naast een vaste beschikbaarheidsvergoeding ook een variabele vergoeding gebaseerd op de te verwachten testdrukten. Uiteindelijk krijgen de dienstverleners dus betaald voor het uitvoeren van testen. Dat het prijsmodel is gebaseerd op het aantal uren beschikbaarheid – in plaats van bijvoorbeeld het aantal gebruikte wattenstaafjes – doet daar niets aan af.

20)

CvAE 6 juni 2019, advies 529, r.o. 6.5.2.

21)

CvAE 6 juni 2019, advies 529, r.o. 6.6.5, waarbij wordt verwezen naar: V.zr. Den Haag 16 december 2015, «JAAN» 2016/53. Zie bijvoorbeeld ook: V.zr. Den Haag 21 februari 2018 «JAAN» 2018/96.

22)

V.zr. Midden-Nederland.

23)

Uit r.o. 4.8 volgt dat de Stichting geen winstoogmerk heeft en dat geld dat niet wordt gebruikt terugvloeit naar het ministerie.

24)

R.o. 2.8.

25)

De Stichting: heeft kennelijk ten doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard; bezit rechtspersoonlijkheid bezit en haar activiteiten worden door de staat gefinancierd, waarmee aan de voorwaarden ex art. 1.1 Aw 2012 wordt voldaan.

26)

Mocht een rechter in een bodemprocedure meegaan met de stelling dat eiseressen hoe dan ook een plaats in het open house hadden moeten krijgen, dan kunnen zij de gederfde inkomsten wegens het missen dan die plek vorderen. Zij hoeven dan niet te bewijzen dat zij bij een rechtmatige aanbestedingsprocedure de opdracht gegund zouden hebben gekregen. Veel aansprakelijkheidszaken lopen namelijk – op voorhand – tegen de onmogelijkheid van die bewijspositie aan. Zie hierover ook: D.R. Versteeg, annotatie bij Rechtbank Midden-Nederland 10 september 2020, 'Een uitgerookte inschrijver is geen uitgeprocedeerde eiser' «JAAN» 2020/172.

27)

Het kennelijk niet naleven van de jurisprudentie van het HvJ EU en de mededeling 2020/C 108 I/01 d.d. 1 april 2021 van de Europese Commissie zelf, zou haar tot actie kunnen bewegen.

28)

Bij het wel of niet treffen van een voorlopige voorziening heeft een rechter veel vrijheid om rekening te houden met de belangen van partijen en/of het maatschappelijk belang. Daarbij had de rechter er ook voor kunnen kiezen om de Staat en/of de Stichting de gelegenheid te geven hun keuzes beter te motiveren – onder het voorlopig toestaan van de uitvoering van de opdracht – waarmee de bewijslast voor de beroepen op een of meer uitzonderingsgronden op juiste plaats zouden worden gelegd.