

Mr. P.J.S. de Jong-van den Bogaard¹, mr. B.P. Lamens² en mr. R. Leether³

Minister De Jonge houdt Open Huis

2021-0126

Op 20 februari 2021 ondertekende de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport De Jonge (hierna: “de minister”) namens de Staat der Nederlanden een Dienstverleningsovereenkomst met de Stichting Open Nederland (hierna: “de SON”). Deze Dienstverleningsovereenkomst is het startpunt van dit artikel waarin wij onze verbazing uitspreken over de wijze waarop is afgeweken van de naar onze overtuiging heldere en bestendige lijn inzake de besteding van publieke middelen, meer in het bijzonder het aanbestedingsrecht. Daarna volgt een bespreking van de “open house-constructie” die de SON heeft toegepast om testbedrijven te contracteren. Daarbij schenken wij in het bijzonder aandacht aan het vonnis van de Amsterdamse Voorzieningenrechter van 16 april 2021⁴.

Opdrachtverstrekking aan de SON

De Dienstverleningsovereenkomst met de SON betrof: “het voorbereiden, opzetten en uitwerken van een projectstructuur tot het landelijk inrichten van afname- en testcapaciteit, het voorbereiden en ontwikkelen van een “end2end IT-platform”, het doen realiseren van testcapaciteit voor het doen uitvoeren van COVID-19 tests en het organiseren van uitvoeringstoetsen”. De werkzaamheden zijn in de aanhef van de Eerste Dienstverleningsovereenkomst (hierna: “de 1e Overeenkomst”) samengevat als: “spoor II: Fase 0: voorbereidende werkzaamheden ten behoeve van het opschalen van de testcapaciteit voor het sociaal leven.” Deze 1e Overeenkomst had een looptijd van “in beginsel uiterlijk 4 weken na ondertekening”. Met de opdracht was een maximumbedrag van € 5.040.000 (excl. btw) aan kostenvergoeding voor de SON gemoeid.

Op 14 april 2021 hebben partijen opnieuw een Dienstverleningsovereenkomst gesloten met een looptijd tot en met 31 augustus 2021 (hierna: “de 2e Overeenkomst”). De werkzaamheden zijn in de aanhef van de 2e Overeenkomst samengevat als: “de uitvoering van werkzaamheden spoor II: Fase 1 tot en met 4 (door middel van S/M/L teststraten en deexploitatie van XL-testpaviljoens ten behoeve van het opschalen van de testcapaciteit voor het sociaal leven.” De kosten van uitvoering van Fase 1 zijn begroot op een bedrag van maximaal € 78.264.349 (incl. btw).

De minister heeft er voor gekozen om zowel de 1e als de 2e Overeenkomst onderhands te ‘gunnen’ aan de SON. Van enige vorm van concurrentiestelling, laat staan een Europese aanbestedingsprocedure, was geen sprake. Op grond van artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 (hierna: “de Aanbestedingswet”) moet de minister in dat

geval op basis van objectieve criteria motiveren: (1) zijn keuze voor de wijze waarop de Dienstverleningsovereenkomst tot stand is gebracht; en (2) zijn keuze voor de ondernemer(s) die is (zijn) toegelaten tot de inkoopprocedure.

Blijkens een brief van de minister aan de voorzitter van de Tweede Kamer⁵ komt die motivering er samengevat op neer dat (1) de tijd gelegen tussen het nemen van het besluit om speciale testcapaciteit voor toegangstesten te realiseren en de gewenste startdatum te kort was; en (2) de SON de meest geëigende partij was vanwege het non-profit karakter en de ervaring van de SON alsmede de benodigde snelheid. De minister lijkt daarmee impliciet een beroep te doen op de uitzonderingsgrond die bekend staat als ‘dwingende spoed’⁶.

Op het eerste gezicht weinig nieuws als het gaat om niet-aanbestede overheidsopdrachten. Nadere lezing van de stukken roept echter veel vragen op.

De Stichting Open Nederland

De SON heeft als statutaire doelstelling: “het leveren van een bijdrage aan het heropenen van Nederland gedurende en na afloop van de COVID-19 pandemie”. Gelet op het grote publieke belang dat daarmee is gemoeid en het bedrag van maar liefst € 1,1 miljard dat daarvoor door de minister is gereserveerd, valt op hoe beperkt de statutaire regeling is en hoeveel vrijheid van handelen het bestuur wordt gelaten. Zo ontbreekt een Raad van Toezicht, is een accountantscontrole van de jaarrekening niet verplicht en kan het bestuur zelfstandig de statuten wijzigen en de eigen bezoldiging vaststellen. De in de artikelen 7.1 en 9.5 van de statuten genoemde “verbonden organisatie” komt niet voor in de definitiebepaling, zodat niet duidelijk is of de minister langs die weg wellicht enige grip op de

SON heeft. Van effectieve statutaire mogelijkheden voor de minister tot controle op de SON is hoe dan ook geen sprake. Dat is niet alleen opmerkelijk maar ook onwenselijk gelet op het enorme bedrag aan publiek geld dat met de opdrachtverstrekkingen aan de SON is gemoeid. Onwenselijk overigens ook voor de bestuurders van de SON die door het ontbreken van voldoende ministeriele grip op de SON gemakkelijk betrokken kunnen raken bij discussies die (ook) hun integriteit raken.

De beide door de Staat met de SON gesloten Overeenkomsten

Ook de beide door de minister met de SON gesloten Overeenkomsten roepen vragen op. Vragen die mede rijzen omdat sommige daarin voorkomende begrippen noch in de toepasselijke algemene voorwaarden, noch in de Overeenkomsten zelf zijn gedefinieerd. Daarbij komt dat vooral de 2e Overeenkomst zoveel taalfouten en onduidelijke formuleringen bevat dat de leesbaarheid daarvan reeds daarom uitgesproken slecht is.

Aangezien wij in dit artikel meer in het bijzonder willen ingaan op de aanbestedingsrechtelijke aspecten van beide opdrachtverstrekkingen, beperken wij ons hierna tot de voor dat onderdeel van ons betoog meest relevante overwegingen en bepalingen uit beide Overeenkomsten.

Kennis en ervaring “die niet als zodanig op de markt vindbaar is”

De minister heeft de opdracht tot het verrichten van voorbereidende werkzaamheden (Fase 0) blijkens overweging 6 van de 1e Overeenkomst aan de SON verstrekt omdat die “beschikt over de vereiste kennis en ervaring om de opdracht op een juiste en adequate wijze te (doen) uitvoeren die niet als zodanig op de markt vindbaar is.” Die onderbouwing is, voorzichtig uitgedrukt, discutabel, omdat de SON welgeteld vier dagen voor de eerste opdrachtverstrekking, zelfs speciaal met het oog daarop, is opgericht. Dat de SON op het moment van de opdrachtverstrekking nog niet over de daarvoor “vereiste kennis en ervaring” beschikte, blijkt ook uit overweging 6 van de 2e Overeenkomst. Die kennis en ervaring zijn, aldus die overweging, immers tijdens de voorbereidende werkzaamheden voor Fase 0 opgedaan. Daarbij komt dat voor de overeengekomen dienstverlening vooral kennis van en ervaring met projectorganisatie en IT-ontwikkeling vereist zijn. Kennis en ervaring die volop in de markt beschikbaar zijn en niet tot het exclusieve domein van de SON en haar bestuurders behoren. Bovendien heeft de SON als belangrijkste taak ervoor te zorgen dat de opgedragen werkzaamheden op een verantwoorde manier door derden worden uitgevoerd. Zelfs als voor het verrichten van die werkzaamheden op enig moment wel bijzondere kennis en ervaring nodig is, hoeft de SON die dus niet zelf in huis te

hebben. Rest de intrigerende vraag waarom de minister de opdrachtverstrekkingen aan de SON dan zo heeft gemotiveerd.

Wat evenzeer opvalt, is dat de SON in artikel 5.1 van zowel de 1e als de 2e Overeenkomst nadrukkelijk wordt verplicht “zoveel mogelijk openbaar en transparant te handelen en de markt zoveel mogelijk te betrekken.” Nog afgezien van het feit dat dat anno 2021 ook zonder expliciete vastlegging vanzelfsprekend zou moeten zijn, volgt aansluitend de al evenzeer opmerkelijke passage “De Stichting heeft bij de invulling hiervan volledige beleidsvrijheid en borgt de rechtmatigheid hiervan”. Of de SON dat als een extra aansporing tot rechtmatig aanbesteden heeft ervaren, valt te betwijfelen. De onduidelijkheid neemt verder toe bij lezing van artikel 5.2 van beide Overeenkomsten waarin staat dat de “Stichting zich realiseert dat, indien zij kwalificeert als een aanbestedende dienst als bedoeld in artikel 1.1 Aanbestedingswet, de Stichting gehouden is aan de aanbestedingsregels.”. Hoezo indien? De SON kwalificeert zonder twijfel als “publiekrechtelijke instelling” in de zin van de Aanbestedingswet en dient opdrachten in overeenstemming met de Aanbestedingswet te verstrekken.

Aanbestedingsrechtelijke beoordeling van de opdrachtverstrekkingen door de minister aan de SON

Het voert te ver om in dit artikel uitgebreid stil te staan bij de aanbestedingsrechtelijke merites van de opdrachtverstrekking door de minister aan de SON. Wij volstaan dienaangaande met de opmerking dat een beroep op “dwingende spoed”, zoals de minister lijkt te hebben willen doen, niet voldoet aan de strenge eisen die de Aanbestedingswet daaraan stelt. Uit de in de jurisprudentie ontwikkelde lijn blijkt immers duidelijk dat die uitzonderingsgrond, gelet op het transparantiebeginsel en het feit dat een opdracht door zo’n beroep volledig wordt onttrokken aan de mededinging, restrictief dient te worden toegepast. Zo moet onder meer sprake zijn van gebeurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien en mag de spoed niet te wijten zijn aan de aanbestedende dienst zelf.

Naar onze overtuiging valt moeilijk vol te houden dat de behoefte aan testcapaciteit pas kenbaar was op een moment dat het Europees aanbesteden van de daartoe te verstrekken opdrachten, eventueel met gebruikmaking van verkorte termijnen, niet meer mogelijk was. En dus is niet voldaan aan de vereisten voor een succesvol beroep op “dwingende spoed”.

Organisatie van testcapaciteit door de SON

De SON moest in opdracht van VWS zorgen voor een landelijk dekkend en laagdrempelig netwerk van test-

locaties en heeft er voor gekozen de desbetreffende opdracht via een zogenaemde “open house-procedure” in de markt te zetten.

Sinds het *Falk Pharma*-arrest⁷ van juni 2016 weten we dat de Europese aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing is op “open house-procedures”. Het Duitse ziekenfonds DAK had zo’n procedure gevolgd voor ondernemingen die een geneesmiddel met de werkzame stof mesalazine op de markt brachten. Iedere onderneming die aan een aantal toelatingscriteria voldeed kon zijn geneesmiddel verkopen via aangesloten apotheken. Het Hof van Justitie van de Europese Unie achtte vooral van belang dat de aanbestedende dienst *geen selectie onder de belangstellende ondernemers maakt*. De door de aanbestedende dienst gevolgde procedure kende weliswaar toelatingseisen, maar het ging daarbij enkel om kwalitatieve eisen aan de inschrijver (selectiecriteria) en niet om de selectie van de beste inschrijving (gunningscriteria). Het begrip “overheidsopdracht” ziet niet op zo’n systeem van afspraken en dus is de aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing, aldus het Hof. In maart 2018 oordeelde het Hof in het *Tirkkonen*-arrest⁸ dat een “open house-constructie” ook is toegestaan indien toetreding van nieuwe ondernemers tijdens de looptijd van de overeenkomst niet mogelijk is.

De “open house-procedure” is dus eerst en vooral een toelatingssysteem. Alle deelnemers die zich hebben aangemeld en aan vooraf bekendgemaakte geschiktheids- en minimumeisen voldoen, worden toegelaten. De procedure is daarmee bij uitstek geschikt voor driepartijenverhoudingen waarbij de aanbestedende dienst enkel het recht verschaft om bepaalde prestaties te verrichten en een ander dan de aanbestedende dienst kiest met welke toegelaten ondernemer hij in zee wil gaan. Bijkomend voordeel is dan dat de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn.

In het geval van de inkoopprocedure door de SON konden ondernemers zich aanmelden om in aanmerking te komen voor het beschikbaar stellen en exploiteren van testlocaties in zeven regio’s in Nederland. Iedere ondernemer die voldeed aan de door de SON gestelde minimumeisen werd in beginsel toegelaten tot de kring van aanbieders van testcapaciteit. Anders dan in de zaken *Falk Pharma* en *Tirkkonen* kwam niet iedere toegelaten ondernemer in aanmerking voor het leveren van testcapaciteit. Volgens de SON kon dat niet van haar verlangd worden omdat de te contracteren testbedrijven een beschikbaarheidsvergoeding zouden krijgen en het aantal te selecteren partijen dus vanuit financieel oogpunt niet oneindig kon zijn. De SON koos er daarom voor om iedere regio aan één toegelaten ondernemer toe te wijzen middels loting.

De vraag rijst dan of de SON met die loting geen afbreuk doet aan het bijzondere karakter van de “open house-constructie”. Strikt genomen wordt op die wijze immers wel degelijk een selectie gemaakt onder de geldige aanmeldingen, al is dat ook door loting en niet op basis van gunningscriteria. Deze vraag werd in november 2020 in de zaak *Stichting Youké Sterke Jeugd* door de Utrechtse Voorzieningenrechter⁹ in een soortgelijke situatie beantwoord. De voorzieningenrechter moest toen oordelen over een “open house-constructie” voor de inkoop van jeugdhulp. Ook in dat geval had de opdrachtgever het open karakter van die procedure verder beperkt door een loting. Een aantal zorgaanbieders vond dat door die loting niet meer kon worden gesproken van een “open house-constructie”. De voorzieningenrechter oordeelde echter dat loting geheel in lijn is met het karakter van de “open house-procedure”; *namelijk dat er niet aan de hand van selectie- en gunningsvoorwaarden een selectie en rangschikking van de inschrijvers plaatsvindt en dat inschrijvers niet met elkaar concurreren*.

Terug nu naar de door de SON georganiseerde “open house”-procedure. De SON heeft, net als in het *Tirkkonen*-arrest, toelating beperkt tot ondernemers die zich tijdig hebben aangemeld en, net als in de uitspraak *Stichting Youké Sterke Jeugd*, een beperkt aantal contracten verloot onder de toegelaten ondernemers. De SON ging echter nog een stap verder, door: (1) per deelopdracht/regio slechts één ondernemer toe te laten, en (2) vervolgens met die ondernemer een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel aan te gaan op grond waarvan de SON een beschikbaarheidsvergoeding betaalt.

Een groot aantal testbedrijven spande daarop een kort geding aan tegen de SON. De Amsterdamse Voorzieningenrechter te Amsterdam zag in april 2021¹⁰ in de loting van de testbedrijven, onder verwijzing naar de uitspraak van zijn Utrechtse collega, geen bezwaar. *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*. De toelatingsprocedure betreft dan ook een zuivere “open house-constructie” en kwalificeert niet als een aanbestedingsprocedure. Dat de overheid in andere situaties vaak kiest voor “open house-constructies” zonder loting maakt dit, aldus deze voorzieningenrechter, niet anders. Ook het feit dat maar één ondernemer per regio wordt gecontracteerd acht de voorzieningenrechter niet onredelijk. De SON gaat de deelnemers betalen voor het beschikbaar houden van capaciteit om het project operationeel beheersbaar te houden, en daarmee bereiken dat testcapaciteit gegarandeerd is. Omdat de deelnemers voor het beschikbaar houden

van capaciteit worden betaald, kan vanwege de financiële grens die er is, geen onbeperkt aantal gegadigden worden toegelaten. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter valt de wijze van uitvraag binnen de bevoegdheid van de SON. De keuze voor deze toelatingsprocedure acht hij niet onredelijk.

Met die laatste overweging gaat de voorzieningenrechter er volledig aan voorbij dat de SON *de jure* een overeenkomst onder bezwarende titel met de geselecteerde ondernemers afsluit. De SON betaalt immers een beschikbaarheidsvergoeding als tegenprestatie voor het beschikbaar houden van capaciteit aan de testbedrijven. Er is dus sprake van een overheidsopdracht als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijn. Op basis van de tekst van de uitspraak lijkt dit aspect zelfs helemaal geen onderwerp van discussie te zijn geweest.

Conclusie opdrachtverstrekking door de SON

Voor publieke opdrachtgevers die de strenge procedurevoorschriften van de Aanbestedingswet willen ontlopen, was de "open house-constructie" al een interessante optie als de rol van de publieke opdrachtgever zich beperkt tot het goedkeuren van ondernemers waarmee derden dan vervolgens kunnen contracteren. Met deze voor de SON gunstige uitspraak zijn de toepassingsmogelijkheden van de "open house"-constructie weer verder verruimd. Zolang een aanbestedende dienst een opdracht maar verloot onder alle geïnteresseerde ondernemers die aan de door opdrachtgever gestelde kwalitatieve selectie-eisen voldoen, kan worden afgezien van een Europese aanbestedingsprocedure.

Ging het in het *Falk Pharma*-arrest nog alleen om een toelatingsprocedure binnen een driepartijenverhouding, in de SON-uitspraak wordt die toelatingsprocedure afgesloten met een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen de SON en geselecteerde testbedrijven. Daarmee lijkt een gat te zijn geschoten in de Aanbestedingswet die, anders dan de "open house-constructie", juist nadrukkelijk is bedoeld om overeenkomsten onder bezwarende titel, in die wet aangeduid als "overheidsopdrachten", te reguleren. De voorzieningenrechter lijkt daarmee een eigen aanbestedingsrechtelijke werkelijkheid te hebben gecreëerd die haaks staat op het uitgangspunt van de Aanbestedingswet.

Mogelijk biedt het *Tirkkonen*-arrest wel aanknopingspunten voor het oordeel van de voorzieningenrechter.

Zo strandde de "open house-procedure" ook in die zaak niet op het feit dat de organisator en de toegelaten ondernemers overeenkomsten onder bezwarende titel sloten¹¹. In deze procedure oordeelde het Hof van de Justitie van de Europese Unie bovendien dat, *wanneer er geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, er geen noodzaak bestaat om het handelen van deze aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels van richtlijn 2004/18 te onderwerpen teneinde te vermijden dat hij bij de gunning van een opdracht nationale ondernemers begunstigt* (zie in die zin arrest van 2 juni 2016, *Falk Pharma*, C 410/14, EU:C:2016:399, punt 37)¹². Uit een en ander zou kunnen worden geconcludeerd dat het een aanbestedende dienst vrij staat overheidsopdrachten te verstrekken zonder de aanbestedingsregels in acht te nemen, zolang bij de keuze van de te contracteren ondernemers, nationale aanbieders niet worden begunstigd. Een loting is naar zijn aard non-discriminatoir, zodat een "open house-procedure" met loting niet hoeft te worden onderworpen aan de aanbestedingsregels.

Onze verwachting is dat de "open house-constructie" door de SON-uitspraak verder terrein zal gaan winnen ten koste van de sterk gereguleerde Europese aanbestedingen. Een toenemend aandeel van de publieke uitgaven zou daarmee worden onttrokken aan de aanbestedingsregelgeving. Regelgeving die al lang niet meer alleen een gelijk speelveld tot doel heeft, maar publieke opdrachtgevers ook in algemenere zin stuurt in hun omgang met de markt en steeds vaker wordt 'gebruikt' voor het nastreven van secundaire beleidsdoelstellingen. Hoe je ook denkt over deze ontwikkelingen, het kan naar onze overtuiging niet zo zijn dat de regulering van overheidsopdrachten afhankelijk gaat worden van de door een aanbestedende dienst gekozen inkoopprocedure. Alleen is dat wel precies waar de SON-uitspraak toe kan leiden.

Noten:

1. Mr. P.J.S. de Jong-van den Bogaard is advocaat bij Greenberg Traurig LLP te Amsterdam.
2. Mr. B.P. Lamens, artikel geschreven op persoonlijke titel.
3. Mr. R. Leether is zelfstandig juridisch adviseur.
4. Vزر. Amsterdam 16 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2005.
5. Kamerstukken II 2020/21, 25295, 1131.
6. Artikel 2.32 lid 1 onderdeel c Aanbestedingswet.
7. HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (Falk Pharma).
8. HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (Tirkkonen).
9. Vزر. Utrecht 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180 (Stichting Youké Sterke Jeugd).
10. Vزر. Amsterdam 16 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2005, ro 4.11.
11. HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (Tirkkonen), ro 28.
12. HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (Tirkkonen), ro 31.