

Rechtbank Amsterdam
Zaaknummer: C/700674 KG ZA 21/308
Datum: 15 april 2021

PLEITNOTA MR J.PH. DE KORTE

inzake:

HealthCheckCenters en 29 andere eisers,

eisers,
advocaat: mr J.Ph. de Korte

tegen

1. **de Stichting,**
gevestigd te Amsterdam,
advocaten: mr P. Heemskerk en mr F. Selmani
2. **de Staat, waaronder het Ministerie,**
zetelend te Den Haag,
advocaten: mr M. de Vries en mr E. Palm

gedaagden

1. INLEIDING

- 1.1 Vorige week donderdag heeft de Stichting de toelatingsprocedure bekend gemaakt, overigens onvolledig.
- 1.2 Daarop hebben eisers 1-3 afgelopen vrijdag direct de Stichting gesommeerd om de lopende procedure aan te passen aan wet- en regelgeving en daarbij op een aantal specifieke problemen gewezen. De Stichting had zich op dat moment al per e-mail en telefoon onbereikbaar gemaakt.
- 1.3 Uiteindelijk reageerde Middendorp pas maandagavond met de mededeling: *"De Stichting zal het lopende proces niet aanpassen"*.
- 1.4 Oud-generaal Middendorp is in zijn loopgraaf gekropen en is niet bereid te doen wat nodig is om deze oorlog te winnen:
 - de samenwerking zoeken met eisers in plaats van hen effectief uit te sluiten;
 - de bestaande testinfrastructuur van eisers aan te sluiten op de CoronaCheck App, in plaats van een tweede exclusieve testinfrastructuur te bouwen met verkwisting van grote sommen gemeenschapsgeld en deze dan ook nog te betalen voor niet-testen.

In zijn reactie lees ik tussen de regels dat Middendorp met handen en voeten is gebonden door het Ministerie en niet anders kan.

Deze oorlog wordt gewonnen door alle bestaande capaciteit in de strijd te gooien, niet door deze uit te sluiten, al dan niet door een dobbelende notaris.

Om de oud-generaal aan te spreken: in 1940 riep Churchill zijn burgers op om massaal met hun pleziervaartuigen de troepen van de stranden van Duinkerken op te halen. Dat vormde de start van de overwinning in de oorlog.

De gehele bestaande testinfrastructuur in de strijd gooien – overigens in dit voorbeeld van een kwaliteit gelijk aan de Royal Navy – in plaats van uitsluiten en eerst zelf het wiel opnieuw gaan uitvinden.

- 1.5 Indien gedaagden de aanpak niet wijzigen, worden eisers morgen voorgoed uitgesloten van het bieden van de oplossing. Eisers vertegenwoordigen ruim 300 teststraten in heel Nederland, meer dan 80% van de commerciële testinfrastructuur, en er melden zich elk uur meer exploitanten.
- 1.6 Gisteren stuurden eisers een open brief aan de Stichting en aan de Staat (Productie 11 eisers),¹ waarbij de oplossing voor dit geschil en redding van het project is aangeboden in het belang van de volksgezondheid. Ook die uitgestrekte hand is niet aangenomen.
- 1.7 Dus dan moet de rechter maar ingrijpen.
- 1.8 Ik stel voorop: eisers steunen het idee van Testen voor Toegang zonder meer. Daarbij krijgen personen toegang tot evenementen die het Ministerie bepaalt die een sneltest via dit systeem hebben gedaan (en negatief zijn getest). Goed, het idee kan beter: het kan bijvoorbeeld beter en vrijwel even snel met de veel betrouwbaarder PCR-testen en de ICT moet zo ingericht worden dat er alleen gratis getest kan worden als er ook daadwerkelijk aan een van de geselecteerde evenementen wordt deelgenomen. Maar daar vallen eisers niet over.
- 1.9 Het probleem is: dat goede idee wordt onjuist uitgevoerd. En dat dreigt ertoe te leiden dat gedaagden morgen om 12:00 uur eisers onrechtmatig uitsluiten.
2. **WAAROM HEEFT DE STAAT HIER NIET HAAR EERDERE VOORBEELD VAN 'WERKGEVERSTESTEN' GEVOLGD?**
- 2.1 Om precies dezelfde reden – de maatschappij zo veel mogelijk weer op een veilige wijze open krijgen – heeft het Ministerie recent een systeem geïntroduceerd waarbij werkgevers hun personeel op kosten van de Staat kunnen laten sneltesten. Let wel: laten sneltesten door de bestaande testinfrastructuur, waaronder de testlocaties van eisers. Het Ministerie heeft daarbij geen stichting

¹ In het productieoverzicht in de brief waarmee Producties 11 en 12 van eisers zijn ingediend zijn de producties abusievelijk omgewisseld. Productie 11 is de open brief en Productie 12 is de Concept Overeenkomst Testaanbieder.

gebruikt, ook geen openbare aanbesteding gebruikt, maar een eerlijke 'open house'-constructie toegepast, waarbij iedereen die een teststraat exploiteert (en dus aan alle wet- en regelgeving voldoet) in aanmerking komt. Die procedure en dat systeem werkt uitstekend en is zo op zeer korte (veel kortere) termijn gerealiseerd.

Zie Productie 10 Eisers.

- 2.2 In dat verband wijs ik u ook op Productie 1 Stichting, waarin het Ministerie dat eerdere werkgeversproject zelf noemt als alternatief voor het huidige evenementenproject:

"U kunt uw personeel ook gratis laten testen op corona. De test voor medewerkers is vrijwillig, maar u wordt verzocht hen op het belang van een test te wijzen voor de veiligheid van de deelnemers aan het evenement of de activiteit. U kunt uw medewerkers op twee manieren laten testen: via Testen voor toegang – Laat je testen voor toegang of via Home – Werkgevers Testen - Werkgeverstesten".

- 2.3 Het zijn in beide gevallen dezelfde testen (antigeen sneltesten) en in beide gevallen financiert de Staat ze. Maar de Staat handelt volstrekt anders in het bepalen wie de testen mag uitvoeren, zonder enige aanwijsbare reden, anders dan de wens om deze opdracht te geven aan Lead Healthcare, die sinds januari van dit jaar de testen voor Testen voor Toegang exclusief uitvoert.

3. HET GEBRUIK VAN DE STICHTING

- 3.1 Er is op geen enkele manier toegelicht waarom het voor de Staat noodzakelijk zou zijn om in dit geval gebruik te maken van een stichting. Daar is ook geen rechtvaardiging voor en het gebruik daarvan is onrechtmatig.
- 3.2 Door het gebruik van de Stichting omzeilt de Staat de plicht om de opdrachten aan de testaanbieders openbaar aan te besteden of eenvoudigweg met alle gekwalificeerde teststraten van Nederland de noodzakelijke samenwerking aan te gaan. De opdracht van de Staat aan de Stichting is hoe dan ook ten onrechte niet openbaar aanbesteed.
- 3.3 Door gebruik te maken van de Stichting omzeilt de Staat onder meer de toepasselijkheid van de Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB) / Wet Open Overheid (WOO). Daarbij is tevens van belang dat de Stichting van de testaanbieders vereist dat zij akkoord gaan met "*strikte geheimhouding*". Dat is iets wat de Staat nooit zou kunnen doen en dat bij het uitgeven van tientallen of straks misschien wel honderden miljoenen euro's aan gemeenschapsgeld volstrekt ongepast is. Kennelijk heeft de Staat iets te verbergen.

Zie art. 10.2 en 10.3 van de "concept overeenkomst testaanbieder" (Productie 12 eisers)

- 3.4 Wat dat betreft is ook opmerkelijk dat de conceptovereenkomst slechts vereist dat de testaanbieder verklaart dat hij *“ter verkrijging van de opdracht personeel van de Stichting generlei voordeel heeft geboden, gegeven, doen aanbieden of doen geven”*.² Waarom valt de Staat daar niet onder? De Staat kan alleen van de reikwijdte van die bepaling worden uitgesloten omdat er gebruik is gemaakt van een stichting.
- 3.5 Ondanks de mooie woorden in de media van de bestuursvoorzitter Middendorp, kent de Stichting geen *‘checks and balances’*. Er is geen raad van toezicht. Er is geen verplichte accountantscontrole, en deze zal vanwege gebruik van een verlengd boekjaar niet eerder dan in 2023 gaan plaatsvinden, wanneer de Stichting hoopt dat discussie over sneltesten allang weer is gaan liggen. Er is geen verplichte publicatie van de jaarrekening. Dat volgt uit de statuten, die hier de enige relevante regelgeving is. Het bestuur bepaalt zelf wie er in het bestuur zit. Indien de bestuursvoorzitter onverhoopt komt te overlijden, zijn wij allen – inclusief de Staat – overgeleverd aan twee onervaren en onbekende bestuursleden. Er is geen externe mogelijkheid, ook niet voor de Staat, om het bestuur van de Stichting te controleren of te wijzigen. Overeenkomsten met het Ministerie helpen daar niet tegen.

Een vooraanstaand notaris die ik hier over sprak vond dat *“onbestaanbaar”* voor een stichting waar zoveel gemeenschapsgeld aan gaat worden toevertrouwd.

Ik geloof niet dat Middendorp dit door heeft, dat hij bestuurder is van een stichting met zwaar gemankeerde statuten en dat de statuten (en niet overeenkomsten met derden) hier allesbepalend zijn.

- 3.6 Alleen al om de voorgaande redenen is hier sprake van een uitvraag die niet voldoet aan de wet- en regelgeving en daarmee onrechtmatig is.

4. HET VEREISTE VAN EXCLUSIVITEIT VAN TESTLOCATIES

- 4.1 Ook al zou de Staat geen gebruik hebben gemaakt van de Stichting, dan nog geldt dat er in de uitvraag voorwaarden worden gehanteerd waarmee vrijwel de gehele markt, inclusief alle eisers, effectief wordt uitgesloten van deelname (met uitzondering van Lead Healthcare) zonder dat daar een rechtvaardiging voor bestaat.
- 4.2 Eisers exploiteren in geheel Nederland meer dan 300 testlocaties. Kort gezegd, de witte tenten. Een testlocatie bestaat meestal uit meerdere testafnameplekken, kortgezegd het hokje of de stoel waar de burger plaatsneemt en het monster wordt afgenomen. Eisers nemen op deze testlocaties monsters af voor diverse soorten testen, waaronder diverse soorten antigeen sneltesten (van diverse fabrikanten, waaronder Roche) en de PCR-testen, tegen een vergoeding. De bevoegde instanties controleren dat allemaal volledig en hebben dat goed bevonden.

² Art. 10.1.

- 4.3 De onderhavige uitvraag betreft het afnemen en uitvoeren van één specifiek type antigeen sneltest (van fabrikant Roche), dat de Staat volledig vergoedt. Gratis voor de burger.
- 4.4 En nu komt de eerste crux.
- Ik laat u daarbij ook even zien hoe deze voorwaarde geëvolueerd is.
- 4.5 In de advertentie voor deze uitvraag van 30 maart (Productie 5 Stichting) stond:
- "Het dedicated (exclusief) beschikbaar stellen van deze testlocaties voor de gevraagde dienstverlening".*
- 4.6 De presentatie van 7 april 2021 (Productie 3 eisers) schrijft voor:
- (p. 7) *"De Stichting stelt minimale voorwaarden aan de uitvoering van de dienstverlening (...) Het dedicated (exclusief) beschikbaar stellen van deze testlocaties voor de gevraagde dienstverlening van de gehele testlocatie".*
- 4.7 De toelatingsprocedure van 8 april 2021 (Productie 4 eisers) bepaalt (in §1.2 op p. 5):
- *"Vanaf 1 mei moet direct exclusieve capaciteit beschikbaar worden gesteld voor de onderhavige dienstverlening. Dit betekent dat in de beschikbaar te houden en te exploiteren teststraat alleen testen ten behoeve van spoor 2 mogen worden afgenomen"*
- (Spoor 2 is in §1.1 op p. 3 omschreven als: *"Testen om de samenleving stapsgewijs te openen (testen van mensen zonder klachten)"*).
- 4.8 Bijlage 2 Uitvoeringsplan bij de toelatingsprocedure van 8 april 2021 bepaalt (p. 1):
- "Voorwaarde
(...)
Het dedicated (exclusief) beschikbaar stellen van deze testlocaties voor de gevraagde dienstverlening van de gehele testlocatie".*
- 4.9 In dit verband is tevens van belang het antwoord van de Stichting op vraag 29 (p. 4):
- "Een afnameplek is een ruimte/hokje/stoel/tent/plaats als onderdeel van een testlocatie waar de sneltest per persoon daadwerkelijk kan worden afgenomen. Een testlocatie bestaat uit meerdere afnameplekken".*
- 4.10 Zie ook het antwoord van de Stichting op vraag 51:

"Bij Testen voor Toegang worden antigeen sneltesten ingezet in testlocaties die exclusief ter beschikking staan voor Testen voor Toegang".

- 4.11 De "Concept Overeenkomst Testaanbieder" van 13 april 2021 (Productie 12 eisers) bepaalt:
- (art 1.3) *"De testlocaties waar de Diensten worden verricht, worden door de Testaanbieder exclusief gebruikt voor het afnemen van coronatesten op grond van deze Overeenkomst. Het is de Testaanbieder niet toegestaan op de testlocaties ook coronatesten voor andere doeleinden af te nemen";*
 - (art 2.2) *"De Stichting heeft het recht deze Overeenkomst met onmiddellijke ingang buitengerechtelijk te ontbinden (...) zonder tot enige vorm van compensatie (...) gehouden te zijn (...) (i) in geval van een ernstige inbreuk op het bepaalde in deze Overeenkomst, waarvan sprake is bij inbreuk op (...) artikel 1.3 (exclusiviteit)".*
- 4.12 Eisers kunnen niet voldoen aan deze voorwaarde en worden daarmee uitgesloten.
- 4.13 Eisers wordt hiermee immers de volgende keuze geboden:
- (i) Alle bestaande activiteiten ter bestrijding van het coronavirus in meer dan 300 testlocaties in geheel Nederland (meer dan 80% van de bestaande testinfrastructuur ter bestrijding van het virus, waaronder PCR-testen voor mensen met klachten) volledig staken en gestaakt houden, en deze faciliteiten exclusief voor de Stichting in gaan zetten voor sneltesten voor evenementen.
 - (ii) Geheel van voren af aan beginnen met het opzetten van nieuwe testlocaties exclusief voor evenementensneltesten voor de Stichting. Dat zou een immense aanvullende investering vergen en kan niet binnen afzienbare tijd gerealiseerd worden (immers afhankelijk van het beschikbaar zijn van terrein, het verkrijgen van gemeentelijke vergunningen, het aannemen van extra gekwalificeerd personeel, etc., etc.). Daarmee worden eisers teruggeworpen naar het voorjaar van 2020.
- 4.14 De enige marktpartij die tijdig aan deze voorwaarde kan voldoen is Lead Healthcare, omdat zij de afgelopen maanden als enige testafnamelocaties hebben gerealiseerd exclusief voor evenementensneltesten voor de Stichting. Het zal zo dus aan Lead Healthcare zijn om op kosten van de gemeenschap een zeer kostbare tweede maar exclusieve testinfrastructuur te gaan bouwen, omdat de bestaande infrastructuur is uitgesloten van deelname aan Testen voor Toegang.
- 4.15 Overigens kan Lead Healthcare ondertussen de capaciteit en dekking die de Staat verlangt niet bieden. Als gevolg daarvan beginnen evenementen af te haken. Ook burgers beginnen af te haken, omdat er onvoldoende dekking is. Het project dreigt in de wieg te sterven.

- 4.16 Omdat de Stichting deze exclusiviteitseis hanteert, maakt zij het dus onmogelijk om dit project tot een succes te maken.
- 4.17 Bovendien is deze exclusiviteitseis (i) niet nodig en (ii) leidt deze tot verspilling van gemeenschapsgeld.
- 4.18 De Stichting heeft tot op heden geen verklaring voor deze exclusiviteitseis gegeven.

Op vraag 21 gaf de Stichting een ontwijkend antwoord:

Vraag 21: *“Moeten wij al onze lopende bedrijfscontracten ontbinden bij het aangaan van deze samenwerking?”*

Antwoord Stichting: *“De Stichting wenst exclusief voor Testen voor Toegang opengestelde/beschikbare locaties. Dit betekent niet dat u op andere locaties uw overige activiteiten stil dient te leggen”.*

Opnieuw was de boodschap, met andere woorden: u kunt alleen meedoen als u reeds testlocaties heeft die exclusief voor evenementensneltesten zijn te gebruiken.

- 4.19 Eisers hebben in de brief van afgelopen vrijdag de Stichting al gewezen op de het feit dat er *“geen aanwijsbare reden”* is voor het hanteren van de exclusiviteitseis voor testlocaties als geheel. Middendorp heeft op dit springende punt in het geheel niet gereageerd in zijn e-mail van maandagavond (Productie 9 eisers) en is hier ook niet op ingegaan tijdens zijn diverse mediaoptredens van deze week, waaronder in Nieuwsuur op dinsdagavond. Ook naar aanleiding van de dagvaarding en de open brief van gisteren is hij niet van houding veranderd.
- 4.20 In dit verband is opmerkelijk dat de Stichting tevens als voorwaarde stelt (art. 1.6 van de “concept overeenkomst testaanbieder”, Productie 12 Eisers):

“In beginsel wordt in het kader van het verrichten van de Diensten de antigeentest gebruikt. Het is mogelijk dat VWS op enig moment andere testen, zoals de LAMP test of ademtest, voorschrijft in het kader tot de deelname aan het sociale leven. In dat geval zal dit door de Stichting tijdig aan de Testaanbieder worden gecommuniceerd. De Testaanbieder draagt ervoor zorg dat zij verschillende testen in overeenstemming met de voor die testen geldende (kwaliteits)eisen kan afnemen”.

De Stichting erkent hiermee dat er geen inherente bezwaren bestaan tegen het afnemen van verschillende soorten testen in één testlocatie. Desondanks moeten al die soorten testen om onverklaarde reden exclusief voor Testen voor Toegang worden uitgevoerd en mag er niet in opdracht voor andere partijen worden getest op enig deel van de gehele testlocatie.

- 4.21 Er bestaat bovendien geen bijzonder risico op besmetting in een testlocatie wanneer daar verschillende soorten coronatesten worden afgenomen. In de testlocaties worden per definitie zeer strenge maatregelen genomen om de kans op besmetting zo veel mogelijk te voorkomen.
- 4.22 Zoals gezegd, worden monsters voor diverse soorten identieke en andere (antigeen) sneltesten en PCR-testen in één testlocatie afgenomen bij meerdere testlocaties van eisers en de bevoegde instanties hebben dit ook goedgekeurd. Hetzelfde is bijvoorbeeld op grote schaal het geval in Duitsland.
- 4.23 Kortom, hier is sprake van een volstrekt onnodige voorwaarde.
- 4.24 Omdat de bedoelde exclusiviteitseis dus ten onterechte is gesteld, is ook de (volgens de Stichting om die reden noodzakelijke) beschikbaarheidsgarantie overbodig. Dit betreft een vergoeding enkel voor het exclusief ter beschikking stellen van de gehele testlocatie aan de Stichting. Daarmee zou gemeenschapsgeld worden verjubeld voor niet-testen, zonder dat daar enige noodzaak voor bestaat.
- 4.25 Eisers worden al met al op onrechtmatige wijze uitgesloten.

5. HET VEREISTE VAN MAXIMALE EXCLUSIVITEIT PER VEILIGHEIDSREGIO

- 5.1 Een van de voorwaarden aan de uitvoering van de dienstverlening is “[h]et over meerdere locaties realiseren van en kunnen beschikken over het minimaal aantal afnameplekken zoals per regio bepaald”, waarbij per veiligheidsregio een minimum is bepaald van:

[bijvoorbeeld] Friesland, Groningen, Drenthe, IJsselland: 93

- 5.2 Eisers kunnen hier aan voldoen.
- 5.3 Maar nu komt de tweede catch.

- Toelatingsprocedure 8 april 2021, in §1.2 op p. 5 (Productie 4 eisers): “Eén partij per regio (...) Uiteindelijk wordt per regio met één partij de dienstverleningsovereenkomst aangegaan, welke op 1 mei 2021 ingaat” en in §2.10 op p. 9: “[p]er regio selecteert Stichting Open Nederland één partij die een geldig verzoek tot deelname heeft gedaan”.
- Presentatie van 7 april 2021, p. 10 (Productie 3 eisers): “Als het aantal aanmeldingen per regio de vraag overstijgt, dan zal door middel van loting worden bepaald welke marktpartij in eerste instantie haar diensten mag aanbieden” en Toelatingsprocedure 8 april 2021, in §2.10 op p. 9: “Wanneer er meer dan één geldige aanmelding voor een regio is, wordt via loting bepaald welke marktpartij in eerste instantie haar diensten mag aanbieden. Deze loting wordt uitgevoerd door een notaris”

- 5.4 De meeste eisers kunnen sowieso niet voldoen aan deze eis. Zij hebben een of enkele testlocaties, maar niet het gestelde totaal aan minimum testplekken in één veiligheidsregio.
- 5.5 De eiser die, als dan niet in consortium, wel kan voldoen aan deze eis, loopt het risico dat een dobbelende notaris hem alsnog uitsluit van een veiligheidsregio.
- 5.6 De kleine exploitanten en de groep exploitanten worden zo dus uitgesloten. Dat heeft tot gevolg dat op heel veel plekken in Nederland waar een witte tent staat er nu op kosten van de gemeenschap een tweede witte tent gerealiseerd zal moeten gaan worden om precies hetzelfde werk te doen.

Wellicht bent u net als ik inmiddels heel benieuwd hoe de minister en Middendorp ooit gaan uitleggen aan de onderzoekscommissie van de Tweede Kamer waarom dit plan van aanpak niet tot verkwisting van gemeenschapsgeld heeft geleid.

- 5.7 Bovendien leidt dit tot vertraging van de realisatie van een goed idee. In plaats van de bestaande testinfrastructuur direct aan te sluiten op het Testen voor Toegang-systeem, gaat Lead Healthcare nog maanden zoet zijn om een tweede, overbodige, testinfrastructuur te bouwen, met alle problemen van dien.
- 5.8 De Stichting heeft geen steekhoudende verklaring gegeven voor het hanteren van deze eis van exclusiviteit per veiligheidsregio. Haar betoog komt erop neer dat de IT-koppelingen sneller en veiliger te realiseren zijn bij maar één partij per veiligheidsregio. Dat betoog gaat om meerdere redenen niet op, waaronder omdat:
- de Stichting toestaat dat consortia zich inschrijven, waarbij de koppelingen ook met meer dan één partij gerealiseerd zal moeten worden;
 - bij het Werkgeverstesten de veelheid aan koppelingen met eisers ook geen onoverkomelijk probleem was;
 - de kosten, moeite en tijd van het realiseren van de IT-koppelingen voor meer dan één partij per veiligheidsregio in het niet vallen bij de risico's, het verbeuzelen van kostbare tijd en de verkwisting van geld die gepaard zal gaan met het bouwen van een overbodige testinfrastructuur.

6. UITSluitING WEGENS TE KORTE TERMIJNEN

GEEN DEUGDELIJKE PROCEDURE: NIET TIJDIGE INFORMATIEVERSTREKKING

- 6.1 Los van het voorgaande geldt dat de relevante informatie voor deze inschrijving zodanig is aangeleverd dat het voor eisers onmogelijk is om tijdig in te schrijven. Er wordt zeer veel informatie vereist (uitvoeringsplannen, etc.), terwijl de voorwaarden minder dan 24 uur voor sluiting van de inschrijving nog niet eens volledig bekend zijn gemaakt.
- 6.2 Ook een consortium overeenkomen op zo korte termijn is onmogelijk, waarbij op voorhand een ingewikkelde oplossing gevonden zou moeten worden voor

bijvoorbeeld het geval dat teststraten van het consortium in één regio worden uitgesloten door de dubbelende notaris.

6.3 Er was bij het aankondigen op 30 maart 2021 en toelichten op 7 en 8 april 2021 van de uitvraag geen conceptovereenkomst ter beschikking, terwijl dat wel nodig was voor geïnteresseerden om de opdracht te beoordelen.

6.4 In de toelatingsprocedure van 8 april 2021 staat in §3:

"In de conceptovereenkomst (bijlage 3) zijn de randvoorwaarden en bepalingen voor deze dienstverleningsovereenkomst opgenomen. Door het indienen van een verzoek tot deelname gaat de partij die dit verzoek doet uitdrukkelijk akkoord met de inhoud van de dienstverleningsovereenkomst. Deze conceptovereenkomst wordt zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk maandag 12 april ter beschikking gesteld".

6.5 Het kan niet in geschil zijn dat de Stichting niet aan deze voorwaarde heeft voldaan. Bij afloop van de bedoelde uiterste termijn (maandag 12 april 2021) had de Stichting immers geen conceptovereenkomst ter beschikking gesteld.

6.6 Pas op dinsdag 13 april 2021 rond 13:27 heeft de Stichting via Negometrix een "concept overeenkomst testaanbieder" ter beschikking gesteld (Productie 12 eisers). Deze was niet alleen te laat maar ook verre van volledig. Daarvoor wijs ik op de volgende voorbeelden, waarbij het telkens over (potentieel) zeer materiële aspecten van de opdracht gaat, die de Stichting en de Staat bovendien als essentiële voorwaarden hebben geformuleerd:

- Art. 7.2 vereist: *"De Testaanbieder dient een aansluitovereenkomst met de Rijksoverheid aan te gaan en de door de Rijksoverheid voorgeschreven partijen, om te voldoen aan de door de Rijksoverheid voorgeschreven eisen", zonder dat te specificeren en zonder concept daarvan bij te voegen;*
- Art. 7.3 bepaalt: *"De Stichting zal voor het maken van testafspraken een afsprakenportaal "testenvoortogang.nl" (hierna te noemen: "Afsprakenportaal") beschikbaar stellen. De voorwaarden die gelden ten aanzien van het gebruik van het Afsprakenportaal zijn opgenomen in Bijlage 4, "Algemene voorwaarden Afsprakenportaal", terwijl deze niet in concept zijn opgenomen in de bedoelde bijlage 4. Ook dat lijkt een potentieel zeer materieel aspect van de opdracht;*
- Art. 7.3 bepaalt ook: *"Partijen zullen in het kader van deze verwerkingen de verwerkersovereenkomst aangaan zoals aangehecht als Bijlage 5", terwijl deze niet in concept is opgenomen in de bedoelde bijlage 5. Ook art. 10.7 stelt het sluiten van de onbekende verwerkersovereenkomst als voorwaarde.*

6.7 Er is dus niet alleen sprake van uitsluiting door middel van onmogelijke termijnen, maar ook een schending van de procedure als gevolg waarvan geïnteresseerden

niet eens weten waar zij zich aan moeten binden bij inschrijving. Ook om deze reden kan er morgen geen rechtsgeldige uitsluiting van eisers plaatsvinden.

7. DE FALSE START VAN LEAD HEALTHCARE

7.1 Afgelopen 30 maart klonk het startschot voor deze uitvraag. Lead Healthcare was toen al drie maanden aan het rennen. Dat kwalificeert als een valse start. En dan is de finish morgen om twaalf uur, wanneer Lead Healthcare goed op stoom is terwijl eisers net van de startlijn af zijn.

7.2 In de tussentijd heeft Lead Healthcare (i) ervaring opgedaan met het gebruik van de IT-systemen, (ii) exclusieve testlocaties gerealiseerd, (iii) gekwalificeerd personeel uit de markt gehaald, (iv) ongetwijfeld al de overeenkomsten gesloten die thans nog ontbreken aan de uitvraag, etc. Door al die factoren staan de overige marktpartijen op grote achterstand en is Lead Healthcare zeker van in ieder geval toelating tot enige loting per regio en bij gebrek aan iedere concurrentie zeker van gunning.

7.3 Bovendien lijkt uit de ontwijkende reactie van Middendorp van maandagavond te volgen dat er al een capaciteit van 105.000 aan Lead Healthcare is gegund en dat eisers reeds zijn uitgesloten van uitvoering van die gevraagde capaciteit:

“Uw cliënten lijken er in hun bezwaren van uit te gaan dat Lead Healthcare haar huidige positie behoudt en niet hoeft mee te dingen naar de testlocaties boven de 105.000”.

7.4 Er is ook wat dit betreft geen enkele transparantie betracht: waar zijn de overeenkomsten openbaar gemaakt die al met Lead Healthcare zijn gesloten? Waarom is er met Lead Healthcare gecontracteerd, waarom is niemand anders daarvoor benaderd? Wat is hiervan de wettelijke basis geweest?

7.5 Alles wijst er op dat het Ministerie heeft besloten dat Lead Healthcare de enige partij in Nederland moet worden die testen die de Staat financiert mag uitvoeren, nu antiegeen sneltesten voor evenementen en werkgevers, straks ook alle andere testen. De bestaande commerciële infrastructuur moet daardoor weggevaagd worden. De onderhavige uitvraag moet voor de buitenwereld een zweem van legitimiteit verschaffen, maar is in werkelijkheid volledig opgezet om het sinds januari bestaande project met Lead Healthcare zonder concurrentie voort te zetten.

8. CONCLUSIE

Eisers persisteren bij hun vorderingen.

Deze zaak wordt behandeld door mr J.Ph. de Korte, mr M. Bahl, mr N. Bruggers en mr G.J. Wilts, Van Oosten Schulz De Korte Advocaten, Vondelstraat 41, 1054 GJ Amsterdam, tel. 020 6060680, fax. 020 6060681, e-mail: dekorte@vosdk.nl, bahl@vosdk.nl, bruggers@vosdk.nl en wilts@vosdk.nl.