

Ministerie van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport

Secretaris Generaal / plv.
Secretaris Generaal
Directie Wetgeving en
Juridische Zaken
Cluster 6

Bezoekadres:
Parnassusplein 5
2511 VX Den Haag
T 070 340 79 11
F 070 340 78 34

www.rijksoverheid.nl

Inlichtingen bij

5.1.2e

M 06 5.1.2e
5.1.2e @minvws.nl

Datum

30 april 2021

Aantal pagina's

7

memo

NOTITIE AANBESTEDINGEN CORONADASHBOARD

1. Inleiding

Deze notitie betreft de vraag of voor de opdrachtverleningen in het kader van het Corona Dashboard rechtmatig dan wel onrechtmatig zijn geschied. Met name wordt er ingegaan op dwingende spoed (artikel 2.32, eerste lid, aanhef en onder c Aw 2012) en of dit voldoende grondslag biedt voor de voornoemde opdrachtbepalingen.

De motivering van de opdrachtverleningen was destijds (2 juli 2020, 10 september 2020, 10 december 2020) gedaan met drie afwijkingsnota's waarin de dringende spoedeisendheid van de opdrachtverleningen is uiteengezet. In deze nota's is – zonder verwijzing naar de mogelijkheid van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging wegens 'dwingende spoed' – steeds gesteld dat er sprake is van (een risico op) onrechtmatigheid. Gevraagd werd om toestemming van de SG om de opdrachten toch doorgang te laten vinden. In deze notitie wordt gezien of de toenmalige overwegingen welke hebben geleid tot een onrechtmatigheidsoordeel terecht zijn geweest.

Eerst zal de dwingende spoed worden behandeld (par. 2) en vervolgens de vraag in hoeverre voornoemde opdrachten hieronder vallen (par. 3). Afgesloten wordt met de conclusie.

2. Dwingende spoed (art. 2.32 lid 1 onder c Aw 2012)

3.

a. Aanbestedingswet

Volgens artikel 2.32, eerste lid, onderdeel c, van de Aanbestedingswet 2012¹ kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging worden toegepast

'voor zover zulks strikt noodzakelijk is, ingeval de termijnen van de openbare procedure, de niet-openbare procedure of de mededingingsprocedure met onderhandeling wegens dwingende spoed niet in acht kunnen worden genomen als gevolg van gebeurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien en niet aan de aanbestedende dienst zijn te wijten.'

Voor de toepassing hiervan zijn er drie cumulatieve voorwaarden:²

¹ Art. 32 lid 2 onder c Richtlijn 2014/24.

² Zie ook: Pels Rijcken, Aanbesteden in tijden van corona,

Secretaris Generaal / plv.
Secretaris Generaal
Directie Wetgeving en
Juridische Zaken
Cluster 6

Datum
30 april 2021

- er moet sprake zijn van een onvoorziene gebeurtenis die niet aan de aanbestedende dienst te wijten is;
- er moet sprake zijn van dwingende spoed bij het verlenen van de opdracht, die meebrengt dat de termijnen [met inbegrip van verkorte termijnen] van de aanbestedingsprocedures niet in acht kunnen worden genomen;
- er moet sprake zijn van een causaal verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de dwingende spoed.

Om hierop een beroep te doen, zal door de aanbestedende dienst in rechte aangetoond moeten worden dat aan alle drie voorwaarden is voldaan.³ De keuze hiervoor zal in een individueel proces verbaal verantwoord moeten worden.

4. Motivering en beoordeling

5.

a. Afwijkingsnota 1

Achtergrond

De Minister van VWS heeft in het kader van de bestrijding van Sars-CoV-2-virus na de 1^e golf de strategie "Maximaal controleren" opgesteld⁴, waarvan het coronadashboard onderdeel uitmaakt. Om *in control* te blijven, is het van groot belang dat er goed zicht is op hoe (snel) het virus zich ontwikkelt. Om beter zicht te krijgen op de verspreiding van het Coronavirus is het dashboard ontwikkeld met een groot aantal indicatoren dat ons in staat stelt om sneller en gericht te kunnen sturen. Het biedt inzicht om vroegtijdiger signalen van een toename van de verspreiding van het virus op te pikken. Het dashboard versterkt de signaleringsfunctie van VWS en andere besluitvormers op het virus. Met het dashboard kan men snel nieuwe ervaringen van het virus in beeld krijgen, waarbij de indicatoren altijd in samenhang met elkaar worden bekeken. Aan de hand van dit dashboard kan én kan de Minister van VWS worden geadviseerd over maatregelen die het kabinet kan nemen.

In de persconferentie van 19 mei 2020 en de brief aan de Tweede Kamer van 20 mei 2020 kondigde de Minister van VWS de ontwikkeling van het dashboard aan in de Kamer. Vóór dit moment was hier nog niet over gesproken. Tijdens deze persconferentie werden de eerste versoepelingen van de maatregelen aangekondigd (per 1 juni 2020). Het dashboard moest als middel dienen om zicht en inzicht te blijven houden in de epidemiologische situatie. Het dashboard diende daarom met spoed ontwikkeld te worden, zodat de effecten van de versoepelingen tijdig gemonitord konden worden.

Het inhouse – zijnde binnen de Staat der Nederlanden – realiseren van een dashboard was niet realiseerbaar, omdat deze expertise plus capaciteit niet voorhanden was. Hieronder viel ook RIVM. Daar zijn gesprekken mee gevoerd, maar zij konden de opdracht niet aannemen. Hierdoor moest VWS met spoed een marktpartij moest benaderen (28 mei besluit om externe partijen aan te trekken. KPMG begon vanaf 28 mei 2020 en CLEVERFRANKE vanaf 29 mei 2020 met

<https://cms.pelsrijcken.nl/sites/default/files/Aanbesteden%20in%20tijden%20van%20Corona.pdf>, p. 5.

³ HvJ 20 juni 2013, ECLI: EU:C:2013:416, r.o. 54.

⁴ [Kamerbrief stand van zaken COVID-19 | Kamerstuk | Rijksoverheid.nl](#)

Secretaris Generaal / plv.
Secretaris Generaal
Directie Wetgeving en
Juridische Zaken
Cluster 6

ontwikkeling dashboard (volgens de opdrachtbrief formeel beide vanaf 28 mei 2020).

Datum
30 april 2021

Door de tijdsdruk en het (nationale) belang van de ontwikkeling van het coronadashboard was het van belang partijen aan te trekken die ervaring hebben met het bouwen, visueel vormgeven, beveiligen van een dashboard en die op zeer korte termijn (<24 uur) konden beginnen. Om deze reden is gekozen om voor het (door)ontwikkelen van het dashboard gebruik te maken van KPMG, CleverFranke B.V. en Motiv IT (NB: de opdracht van Motiv werd wel verstrekt met verwijzing naar 2.32, eerste lid, onderdeel c, Aw 2012 in de opdrachtbrief).

Gezien de omstandigheid dat het coronadashboard zo snel mogelijk gerealiseerd diende te worden, was het niet mogelijk om de termijnen van een reguliere, of zelfs een verkorte aanbestedingsprocedure in acht te nemen.

Afwijkingsnota	Partij	Beslissing	Duur opdracht	Bedrag incl. btw
Afwijkingsnota 1 d.d. 2 juli 2020	KPMG (back-end dashboard) & Clever Franke (front end development en design dashboard) Motiv IT (coördinatie beveiliging en regelen dataverkeer dashboard)	Dinsdag 19 mei 2020: dashboard nodig. Op donderdag 28 mei: volgende week woensdag 3 juni al prototype nodig i.v.m. aankondiging versoepeling maatregelen. Externe partijen nodig.	Donderdag 28 mei 2020 – 15 september 2020 (KPMG & Clever Franke) Donderdag 28 mei 2020 – 28 augustus 2020 (Motiv IT)	€ 1.250.000 totaal

Tabel 1 – Opdrachten behorende bij Afwijkingsnota 1.

Beoordeling

- i. Onvoorziene gebeurtenis die niet aan de aanbestedende dienst te wijten is

Het is algemeen bekend dat de pandemie een onvoorziene gebeurtenis is die niet aan de aanbestedende dienst te wijten is. De noodzaak tot het nemen van maatregelen welke zo snel mogelijk van kracht dienen te gaan en eveneens met spoed en het (gedeeltelijk) wijzigen van deze maatregelen teneinde de pandemie onder controle te krijgen, is hiervan een logisch gevolg. Zo ook dat er een beslissend moment was gekomen om de maatregelen te versoepelen. Eerst op 19 mei 2020 zijn de versoepelingen aangekondigd per 1 juni en op 28 mei 2020 bleek dat er externe partijen nodig zijn geweest om het coronadashboard in deze snelheid te ontwikkelen.

- ii. Dwingende spoed die het in acht nemen van de algemene termijnen onmogelijk maakt

De versnelde procedure kon niet worden gevolgd. Opgemerkt wordt dat de versoepelingen (deels) onder voorbehoud waren aangekondigd op 6 mei 2020.⁵ Er

⁵ <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/05/19/corona-aanpak-de-volgende->

Secretaris Generaal / plv.
Secretaris Generaal
Directie Wetgeving en
Juridische Zaken
Cluster 6

Datum
30 april 2021

was echter toen nog niet het inzicht dat een coronadashboard nodig was. De versoepelingen waren onder voorbehoud aangekondigd om snel aan de vraag van de samenleving te voorzien om de maatschappij weer te openen. Het inzicht m.b.t. de noodzaak van een coronadashboard kwam pas bij nadere uitwerking van de mogelijke gevolgen van versoepelingen.

iii. Oorzakelijk verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de dwingende spoed

Zoals hiervoor onder het kopje *Achtergrond* is uiteengezet is het Corona Dashboard onlosmakelijk verbonden met de maatregelen per 1 juni 2020 en de aankondiging hiervoor. Het "dashboard komt geen dag te vroeg", aldus de interne mailwisseling van 28 mei 2020 (opgenomen in de bijlage van Afwijkingsnota 1).

Gelet op de bovenstaande overwegingen, zou een beroep op dwingende spoed mogelijk zijn geweest, waardoor gesteld kan worden dat de bovengenoemde opdrachtverlening rechtmatig is geweest. Deze afwijkingsnota (afwijkingsnota 1) is onterecht opgesteld.

b. Afwijkingsnota 2

Achtergrond

Gedurende de zomerperiode bleek dat er vooral regionale uitbraken waren. De kennis en inzicht ten aanzien van de regionale uitbraken heeft tot gevolg dat het dashboard op korte termijn verder uitgebreid moest worden met ook lokale informatie, omdat het de voorkeur heeft zoveel mogelijk de lokale omstandigheden aan te pakken en niet de landelijke omstandigheden (zoals maart 2020)

Voor de verdere ontwikkeling van een coronadashboard was op korte termijn daarom regionale informatie nodig, waarvoor met spoed externe analisten nodig waren. In eerste instantie zou RIVM deze taak op zich nemen, maar dit is niet gelukt. De gegevens die aangeleverd werden vanuit het RIVM werden daarnaast niet altijd in het goede format aangeleverd. Hierdoor ontstond kort voor de zomerperiode de behoefte aan informatieanalisten die de aangeleverde datasets konden vertalen naar werkelijke publicatie voor op het dashboard. Er is toen gekozen om voor het (door)ontwikkelen van het dashboard gebruik te maken van EY, Braxwell en Aethiqs.

Afwijkingsnota	Partij	Beslissing	Duur opdracht	Bedrag incl. btw
Afwijkingsnota 2 d.d. 10 september 2020	Uitbreiding KPMG en Clever Franke en uitbreiding met Aethiqs, EY en Braxwell (informatieanalisten dashboard)	Interne mailwisseling hierover is van 12 augustus 2020 (bijlage bij Afwijkingsnota 2) Dagtekening offertes zijn van 24 juli (EY) en 24 juli (Braxwell)	KPMG (16 september 2020- 31 december 2020) Braxwell (23 juli 2020- 15 september 2020; 16 september 2020- 31 december 2020)	€ 1.250.000 totaal

stap.

Secretaris Generaal / plv.
Secretaris Generaal
Directie Wetgeving en
Juridische Zaken
Cluster 6

			EY (29 juli 2020 – 16 september 2020’); Aethiqs (17 augustus – 2 september 2020)	Datum 30 april 2021
--	--	--	---	-------------------------------

Tabel 2 – Opdrachten behorende bij Afwijkingsnota 2.

Beoordeling

- i. Onvoorziene gebeurtenis die niet aan de aanbestedende dienst te wijten is

Het is lastig te verdedigen bij een epidemie dat regionale uitbraken zullen uitblijven. Daardoor is het lastig te verdedigen dat bij de start van het dashboard in mei 2020 niet voorzienbaar was dat het coronadashboard moest toezien op dergelijke wijzigingen, waardoor de dashboard doorontwikkeld diende te worden.

- ii. Dwingende spoed die het in acht nemen van de algemene termijnen onmogelijk maakt

Het voorgaande maakt op zichzelf al dat een gerechtvaardigd- beroep op de uitzondering van artikel 2.32 lid 1 en onder c Aanbestedingswet twijfelachtig is.

Gebleken is dat RIVM in eerste instantie heeft geprobeerd om de dashboard verder te ontwikkelen, maar dat dit om redenen, zoals het ontbreken van kennis, capaciteitsgebrek niet is gelukt. Naar aanleiding hiervan zijn informatieanalisten aangetrokken van Braxwell, EY en Aethiqs. Hierdoor zit er enige tijd tussen de ‘onvoorziene gebeurtenis’ – die naar mening van WJZ niet als onvoorzienbaar kan worden beschouwd – zoals onder i genoemd en de start van de werkzaamheden van Braxwell, EY en Aethiqs. Het betreft minimaal circa 7 weken. Dit vormt een contra-indicatie voor toepassing van artikel 2.32 lid 1, onder c Aw.

- iii. Oorzakelijk verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de dwingende spoed

De voorgaande onderdelen i en ii maken op zichzelf al dat een gerechtvaardigd beroep op de uitzondering van artikel 2.32 lid 1 en onder c Aanbestedingswet twijfelachtig is.

Gelet op de bovenstaande overwegingen, zou een beroep op dwingende spoed *mogelijk onrechtmatig* zijn geweest, waardoor gesteld kan worden dat terecht deze afwijkingsnota (afwijkingsnota 2) is opgesteld.

Overig

Overige uitzonderingsgronden in de Aanbestedingswet, waardoor er wel beroep kan worden gedaan op de rechtmatigheid van de opdrachten (artikelen 2:163a t/m 2:163g), zijn hier evenmin van toepassing.

Vast staat dat de contracten met CleverFranke en KPMG zijn uitgebreid en ook gegund is aan Braxwell, EY en Aethiqs. Een beroep op één op één gunning op

Secretaris Generaal / plv.
Secretaris Generaal
Directie Wetgeving en
Juridische Zaken
Cluster 6

Datum
30 april 2021

grond van artikel 2.32 lid 1 sub b, wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen, is achteraf lastig te oordelen. Om een rechtvaardige beroep op deze juridische grondslag te doen, had destijds een gedegen (Europees) onderzoek gedaan moeten worden. Dit is helaas niet gebeurd. Daarbij komt dat uitzonderingen uit de Aanbestedingswet zeer restrictief (streng) moeten worden geïnterpreteerd, waardoor het niet snel mogelijk is om er een gerechtvaardigd beroep op te doen.

a. Afwijkingsnota 3

Achtergrond

In december kwam er een nieuwe opleving van het virus (na een eerdere in september/oktober). Er werd een nieuwe lockdown aangekondigd op 14 december 2020. Periode daarvoor werd gekenmerkt door snel oplopende coronabesmettingen.

Door het kritische karakter van het coronadashboard was de continuïteit van het dashboard van belang. Hierbij werden de opbouw van de risiconiveaus/inschaling en het weergeven van de maatregelen (plus link naar routekaart) toegevoegd, hetgeen een belangrijk onderdeel is geworden van de besluitvorming en dus aanpak van het virus. Daarnaast werd er gefocust op kwetsbare groepen en uitbreiding naar riool (early warning).

Afwijkingsnota	Partij	Beslissing	Duur opdracht	Bedrag incl. btw
Afwijkingsnota 3 d.d. 10 december 2020	Verlenging met de voornoemde partijen en overschrijding budget met €250.000 wegens uitbreiding Fte KPMG en Clever Franke.	De nota is opgesteld op 8 december 2020. Er is geen mailwisseling bijgevoegd.	Verlenging tot 1 juli 2021	+ €250.000

Tabel 3 – Opdrachten behorende bij Afwijkingsnota 3.

Beoordeling

- i. Onvoorziene gebeurtenis die niet aan de aanbestedende dienst te wijten is

Het is lastig te verdedigen bij een epidemie dat oplevingen van uitbraken, danwel mutaties van virussen niet voorzienbaar zijn. Daardoor is het lastig te verdedigen dat bij de start van het dashboard in mei 2020 niet voorzienbaar was dat het coronadashboard moest toezien op dergelijke aanpassingen/wijzigingen, waardoor de dashboard doorontwikkeld diende te worden.

- ii. Dwingende spoed die het in acht nemen van de algemene termijnen onmogelijk maakt

Het voorgaande maakt op zichzelf al dat een gerechtvaardigd- beroep op de uitzondering van artikel 2.32 lid 1 en onder c Aanbestedingswet twijfelachtig is.

Dat de continuïteit van belang is, is evident. Er moest snel gehandeld worden vanwege de plotse stijging van cijfers. Het ging ook om de noodzaak tot doorontwikkeling van het dashboard op het gebied van onder andere vaccinaties. Vaccinaties zouden een belangrijk rol gaan spelen in de strijd tegen het virus. Het

Secretaris Generaal / plv.
 Secretaris Generaal
 Directie Wetgeving en
 Juridische Zaken
 Cluster 6

Datum
 30 april 2021

aanbesteden/overzetten van een product in ontwikkeling is bijna onmogelijk en zorgt voor de nodige vertragingen. Het was daarom niet mogelijk om het dashboard in deze fase via een versnelde procedure aan te besteden.

iii. Oorzakelijk verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de dwingende spoed

Onderdeel i maakt op zichzelf al dat een gerechtvaardigd beroep op de uitzondering van artikel 2.32 lid 1 en onder c Aanbestedingswet twijfelachtig is.

Zoals gezegd kreeg het Corona Dashboard in de genoemde omstandigheden een belangrijke rol en moest deze worden uitgebreid met de vaccinaties. Risico op discontinuïteit kon niet worden genomen.

Een contra-indicatie is dat er een verder verwijderd verband is tussen de continuïteit van het Dashboard en de onvoorziene gebeurtenissen. Beargumenteerd kan worden dat ook zonder deze gebeurtenis (opleving van de cijfers) de continuïteit van het dashboard voorlopig nog nodig is en het aflopen van de opdrachten bekend is. Zoals gezegd, is dit niet op deze manier gedaan omdat het aanbesteden/overzetten van een product in ontwikkeling bijna onmogelijk is.

Gelet op de bovenstaande overwegingen, zou een beroep op dwingende spoed *mogelijk onrechtmatig* zijn geweest, waardoor gesteld kan worden dat terecht deze afwijkingsnota (afwijkingsnota 3) is opgesteld.

Overig

Vast staat dat de voornoemde contracten zijn verlengd. Voor de verlenging zou een beroep op dwingende spoed- naar de mening van WJZ- *mogelijk onrechtmatig* geweest zijn. Overige uitzonderingsgronden in de Aanbestedingswet, waardoor er wel beroep kan worden gedaan op de rechtmatigheid van de opdrachten (artikelen 2:163a t/m 2:163g), zijn hier evenmin van toepassing.

6. Conclusie

Gelet op het voorgaande, is er sprake van rechtmatigheid voor wat betreft de opdrachten behorende bij de afwijkingsnota 1. Er is sprake van *mogelijke onrechtmatigheid* bij de afwijkingsnota's 2 en 3.