

lees

# vonnis

---

## RECHTBANK DEN HAAG

Team Handel - voorzieningenrechter

zaak- / rolnummer: C/09/469179 / KG ZA 14-802

### Vonnis in kort geding van 16 september 2014

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Boeren Medical B.V.**, statutair gevestigd te Tilburg,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Bosman Medische Hulpmiddelen B.V.**, statutair gevestigd te Eindhoven,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Lensvelt Medical B.V.**, statutair gevestigd te 's-Hertogenbosch, eisers,  
advocaat mr. N.U.N. Kien te Rotterdam,

tegen:

1. de naamloze vennootschap **Zilveren Kruis Achmea N.V.**,
  2. de naamloze vennootschap **OZF Achmea Zorgverzekeringen N.V.**,
  3. de naamloze vennootschap **Interpolis Zorgverzekeringen N.V.**,
  4. de naamloze vennootschap **FBTO Zorgverzekeringen N.V.**,
  - 5 de naamloze vennootschap **Avero Achmea N.V.**,
- allen statutair gevestigd te Utrecht,  
gedaagden,  
advocaat mr. T.R.M. van Helmond te Amsterdam,

waarin is tussengekomen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Mediq Direct Diabetes B.V.**,  
gevestigd te Didam,  
advocaat mr. H.M.H. Speyart te Amsterdam.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'eisers', 'Achmea', en 'Mediq'. Eisers worden hierna afzonderlijk ook aangeduid als: 'Boeren Medical', 'Bosman' en 'Lensvelt'.

#### 1. Het procesverloop en het incident tot tussenkomst

1.1. Eisers hebben Achmea op 7 juli 2014 doen dagvaarden om op 2 september 2014 te verschijnen ter zitting van de voorzieningenrechter van deze rechtbank. De zaak is op die datum behandeld en er is op 16 september 2014 door middel van een verkort vonnis uitspraak gedaan. Het onderstaande vormt daarvan de uitwerking.

C/09/469179 / KG ZA 14-802

16 september 2014

2

1.2. Mediq heeft gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen eisers en Achmea. Ter zitting van 2 september 2014 hebben eisers en Achmea verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst. Mediq is vervolgens toegelaten als tussenkomende partij, aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. Voorts is niet gebleken dat het verzoek tot tussenkomst aan de vereiste spoed bij dit kort geding en de goede procesorde in het algemeen in de weg staat.

## 2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 2 september 2014 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. Eisers zijn leveranciers van onder andere diabetesmaterialen, die zij via postordering leveren aan patiënten in de thuissituatie. Zij kopen deze producten en de daarbij behorende diensten in bij diverse fabrikanten. Tot de inkoop van deze materialen behoort tevens de inkoop van service en nazorg. Boeren Medical, Bosman en Lensvelt hebben respectievelijk 25, 24 en 15 jaar gecontracteerd met Achmea voor de levering van deze zorg.

2.2. Achmea is actief op de Nederlands zorgverzekeringsmarkt. Achmea koopt onder meer zorg in ten behoeve van haar verzekerden die diabetesmaterialen gebruiken. Achmea maakt daarbij gebruik van twee distributiekkanalen: 1) het postorderkanaal voor verzekerden die er voor kiezen hun materialen telefonisch of online te bestellen bij een medisch speciaalzaak en deze thuis te laten bezorgen en 2) het apothekerskanaal voor verzekerden die er voor kiezen hun materialen via de apotheker of apothekhoudende huisarts (hierna gezamenlijk ook: apothekers) te bestellen.

2.3. Mediq is een rechtstreekse leverancier op het gebied van diabetes hulpmiddelen en verleent die zorg op dit moment op grond van een zorgovereenkomst aan Achmea-verzekerden.

2.4. Op 22 mei 2014 heeft Achmea de Leidraad "Inkoopprocedure Diabetesmaterialen 2015-2016 (postorder)" (hierna: de Leidraad) gepubliceerd voor de levering van diabetesmaterialen en bijbehorende nazorg. Voor zover hier van belang vermeldt dit document:

### 1.2. Inkoopprocedure

*Achmea is geen aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet 2012 of de Europese aanbestedingsrichtlijnen. De onderhavige inkoopprocedure is dan ook geen aanbestedingsprocedure zoals bedoeld in de aanbestedingsregelgeving en de Aanbestedingswet 2012 is dan ook uitdrukkelijk niet van toepassing. De rechtsrelatie tussen gegadigden en Achmea wordt derhalve uitsluitend beheerst door de precontractuele goede trouw, redelijkheid en billijkheid, waarbij er uitdrukkelijk op wordt gewezen dat die precontractuele goede trouw, redelijkheid en billijkheid in dit geval niet wordt ingevuld door de aanbestedingsregels en de aanbestedingsbeginselen.*

### 1.3. Doelstelling en omvang

C/09/469179 / KG ZA 14-802  
16 september 2014

3

Het doel van deze inkoopprocedure is het sluiten van een overeenkomst voor de levering en nazorg van diabetesmaterialen bij verzekerden thuis (postorderaar) met één leverancier. De zorg bestaat uit de volgende elementen:

1. het leveren van bloedglucosemeters;
2. het leveren van teststrips bij bloedglucosemeters;
3. het leveren van lancetten;
4. het leveren van prikapparaat voor het zelf afnemen van bloed;
5. het leveren van injectiematerialen en naalden die worden gebruikt voor het testen van bloedglucose of toedienen van insuline;
6. service en nazorg."

2.4. In paragraaf 4 van de Leidraad is de beoordelingsprocedure beschreven. Daarin is, voor zover relevant, het navolgende vermeld:

4.1. De beslisprocedure die Achmea volgt in deze inkoopprocedure

Achmea beoordeelt de offerte in 5 stappen:

1. Eerst beoordeelt Achmea de offerte of is voldaan aan de functionele eisen, zie format 3.
2. Vervolgens bepaalt Achmea voor elke inschrijving een 'offertewaarde' op basis van geoffreerde prijzen, zie format 2
3. Vervolgens beoordeelt Achmea de kwaliteitssays, zie formats 4-8. Aan de antwoorden van de inschrijver worden puntenscores toegekend, waarbij elk punt een waarde in Euro's vertegenwoordigt. Deze bedragen, die uitsluitend worden gebruikt bij de beoordeling van de inschrijvingen en derhalve geen daadwerkelijke monetaire waarde vertegenwoordigen, worden opgeteld, en vormen samen een 'kwaliteitscorrectie'.
4. Vervolgens berekent Achmea een totale inschrijfwaaarde, gedefinieerd als de som van de offertewaarde uit stap 2 en de kwaliteitscorrectie uit stap 3.
5. Vervolgens bepaalt Achmea de rangorde van de offertes zoals in paragraaf 4.2 – 4.5 is weergegeven. Aan de inschrijver moet de laagste totale inschrijfwaaarde, zoals in paragraaf 4.5 is weergegeven wordt in beginsel de opdracht voorlopig gegund.

4.2 Uitgangspunten gunningprocedure

Deze offerteprocedure volgt een proces van gunnen op waarde:

- Eerst wordt een "offertewaarde' berekend op basis van de geoffreerde prijzen
- Vervolgens wordt een 'kwaliteitscorrectie' in Euro's bepaald aan de hand van scores behaald op essay vragen in formats 4-8.
- Ten slotte wordt een 'totale inschrijfwaaarde' berekend, gedefinieerd als de som van de offertewaarde en de kwaliteitscorrectie'.

4.3 Bepalen offertewaarde

De voorwaarden aan en de wijze van indienen van de prijsofferte worden toegelicht in hoofdstuk 7. De offertewaarde wordt berekend door de geoffreerde gewogen gemiddelde prijs te vermenigvuldigen met het indicatief volume aantal zoals weergegeven in paragraaf 2, zijnde 20.974.000 teststrips. Deze berekening dient uitsluitend voor de beoordeling van inschrijvingen door Achmea, en hieraan kunnen geen rechten worden ontleend.

(...)

4.4 Bepalen kwaliteitscontrole

Achmea heeft 5 essayvragen opgesteld waarin de inschrijver wordt gevraagd aan te tonen dat:

- Zij beschikt over voldoende capaciteit (format 4)
- Zij een gedegen transitieplan heeft (format 5)
- Zij klanttevredenheid stimuleert en monitort (format 6)
- Zij impact voor de klanten weet te minimaliseren in geval van tegenspoed (format 7)



C/09/469179 / KG ZA 14-802

16 september 2014

5

2.9. De sluitingstermijn voor het indienen van offertes stond gepland op 8 juli 2014. In verband met het op 7 juli 2014 aanspannen van het onderhavige kort geding heeft Achmea de procedure voorlopig opgeschort.

### 3. Het geschil

3.1. Eisers vorderen (na wijziging van eis) zakelijk weergegeven:

primair:

1) Achmea te gebieden om de zorginkoopprocedure met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden;

subsidiair:

2) Achmea te gebieden de zorginkoopprocedure met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden totdat de bodemrechter in een door eisers aan te spannen bodemprocedure onherroepelijk heeft geoordeeld dat het inkoopbeleid niet onrechtmatig is;

primair en subsidiair:

3) Achmea te gebieden met onmiddellijke ingang bij het via een nieuwe inkoopprocedure inkopen van de levering van diabeteszorg voor 2015 dan wel voor 2015 en 2016 de overwegingen van dit vonnis in acht te nemen en/of tegemoet te komen aan de bezwaren die tegen de zorginkoopprocedure diabetesmaterialen 2015-2016 in dit vonnis gegrond worden verklaard en/of aannemelijk worden geacht;

meer subsidiair:

4) in geval van afwijzing van voormelde vorderingen Achmea te gebieden de inkoopprocedure met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden gedurende de termijn die eisers nodig hebben om spoedappel in te stellen en de duur van het spoedappel tot het eindarrest van het gerechtshof Den Haag af te wachten, tenzij eisers binnen een termijn van twee weken na de vonnisdatum te kennen geven geen appel te zullen instellen;

uiterst subsidiair:

5) een andere maatregel te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie redelijk acht en die recht doet aan de belangen van eisers,  
een en ander steeds op straffe van verbeurte van een dwangsom.

3.2. Daartoe voeren eisers – verkort weergegeven – het volgende aan.

Achmea heeft voor een inkoopbeleid gekozen dat grote en onomkeerbare consequenties heeft voor de leveranciers, zonder dat daar enige kenbare, verifieerbare en objectieve motivatie aan ten grondslag ligt. Zonder enige gegronde reden wordt de samenwerking tussen de leveranciers die jarenlang met Achmea hebben gecontracteerd beëindigd. Het inkoopdocument dat Achmea wenst te hanteren is onvoldoende gemotiveerd, zodat de redelijkheid daarvan niet kan worden vastgesteld. Reeds op die grond is het inkoopdocument en de daarop gebaseerde inkoopprocedure onrechtmatig. Verder is niet duidelijk in de Leidraad omschreven op welke wijze de kwaliteitscriteria zullen worden beoordeeld en op welke gronden scores zullen worden toegerekend. Achmea dient verder de maatschappelijke betamelijkheid in acht te nemen. Uit vaste rechtspraak vloeit voort dat een inkoopbeleid van zorgverzekeraars in ieder geval verifieerbaar, transparant en non-discriminatoir moet zijn en Achmea is gehouden de op haar rustende zorgvuldigheidsnorm in acht te nemen. Aan zorgverzekeraars mogen verder zware eisen worden gesteld ten aanzien van de proportionaliteit. Aan deze vereisten is niet voldaan.

Door slechts aan één leverancier gunning te verlenen handelt Achmea onrechtmatig, omdat dientengevolge op ongeoorloofde wijze de relevante markt wordt verstoord. De huidige

C/09/469179 / KG ZA 14-802

16 september 2014

6

leveranciers zijn in grote mate afhankelijk van de inkoop door Achmea en zullen substantiële verliezen lijden, indien Achmea overgaat tot het contracteren van slechts één leverancier. Hiermee is sprake van oneerlijke concurrentie, ongelijkheid en discriminatie, hetgeen een onrechtmatige situatie oplevert. Achmea handelt aldus in strijd met de wet en met hetgeen volgens ongeschreven regels in het maatschappelijk verkeer betaamt. Ook zorgverzekeraars zijn, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld, gehouden aan de Mededingingswet en normen van zorgvuldigheid, redelijkheid en billijkheid. Achmea heeft als zorgverzekeraar bovendien een machtspositie. Zij heeft het grootste marktaandeel op de relevante zorgmarkt. Door één leverancier te hanteren stelt zij deze in staat om 30% van de markt voor andere leveranciers af te sluiten. Dit zorgt voor een disbalans, waarbij de concurrentie feitelijk wordt weggedrukt. Achmea had zich bij de totstandkoming van haar inkoopbeleid, gelet op de door haar in acht te nemen zorgvuldigheidseisen en de redelijkheid en billijkheid, mede moeten laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van haar jarenlange contractpartners. Dat zij dit heeft gedaan kan echter nergens uit worden afgeleid. Daarbij komt dat de negatieve consequenties van het contracteren van één leverancier niet in verhouding staat tot hetgeen Achmea met deze wijze van contracteren stelt te willen bereiken. Minder fragmentatie zou ook gerealiseerd kunnen worden door nog vier of vijf partijen te contracteren.

Het inkoopbeleid van Achmea leidt voorts tot ongelijke concurrentieverhoudingen tussen medisch speciaalzaken en apothekers. Apothekers leveren exact dezelfde zorg. Zij worden echter niet betrokken in het inkoopbeleid en zij krijgen wel allen een contract voor het leveren van dezelfde diabetesmaterialen voor dezelfde doelgroep. De medisch speciaalzaken lopen aldus het risico ten opzichte van de apothekers volledig uitgesloten te worden van de markt. Ook dit levert een onrechtmatige situatie op.

Subsidiar heeft Boeren Medical aangevoerd dat Achmea is een aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet. Gelet op de aard en de omvang van de opdracht is zij dan ook verplicht de opdracht Europees aan te besteden en zich te conformeren aan de voorschriften in de Aanbestedingswet. Voor zover er geen sprake is van een verplichting tot aanbesteding dient Achmea zich wel te houden aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Uit de jurisprudentie volgt dat zorgverzekeraars en zorgaanbieders bij de inkoop van zorg in een bijzondere verhouding tot elkaar staan, waarbij een specifieke verantwoordelijkheid wordt aangenomen om elkaars belangen in acht te nemen en waarbij de ongeschreven rechtsnormen op grond van de redelijkheid en billijkheid leidend zijn voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een zorginkooptraject.

3.3. Mediq vordert – zakelijk weergegeven – Achmea te verbieden de inkoopprocedure door te voeren in de vorm zoals beschreven in de Leidraad en op grond van die procedure een overeenkomst aan te gaan, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom.

3.4. Daartoe voert Mediq – verkort weergegeven – het volgende aan.

Achmea handelt met haar inkoopprocedure onrechtmatig op de navolgende gronden:

- 1) zij handelt in strijd met de precontractuele redelijkheid en billijkheid, omdat a) de gunningscriteria niet duidelijk zijn omschreven en de inschrijver daardoor niet weet waarop zijn offerte wordt beoordeeld, b) de procedure discriminatoir is en c) het beding dat apothekers bij de winnaar mogen inkopen maakt dat de omvang van de opdracht onbepaald blijft en onevenredig bezwarend is;
- 2) zij handelt in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid jegens de rechtstreekse leveranciers, omdat a) zij op nationaal niveau hoge marktaandelen heeft, b) zij op lokaal niveau dominant is, c) de procedure leidt tot uitschakeling van leveranciers, d) de procedure

C/09/469179 / KG ZA 14-802

16 september 2014

7

discriminatoire is en e) het beding dat apothekers bij de winnaar mogen inkopen maakt dat de omvang van de opdracht onbepaald blijft en onevenredig bezwarend is.

3) zij handelt in strijd met het verbod op mededinging beperkende afspraken, omdat a) er sprake is van exclusiviteit, b) Achmea zich daarbij niet kan beroepen op de Groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten en c) een individuele analyse uitwijst dat de exclusiviteit leidt tot een beperking van de mededinging.

3.5. Achmea voert gemotiveerd verweer.

3.6. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling van het geschil

4.1. Aangezien een deel van de stellingen van eisers en Mediq overeenstemt, zal de voorzieningenrechter de stellingen zoveel als mogelijk gezamenlijk behandelen.

4.2. Eisers hebben zich aanvankelijk op het standpunt gesteld dat Achmea een aanbestedende dienst is in de zin van de Aanbestedingswet en dat zij, gelet op de aard en de omvang van de opdracht, een Europese aanbestedingsprocedure had moeten organiseren. Ter terechtzitting hebben eisers te kennen gegeven dat zij deze grondslag nog slechts subsidiair handhaven. Omdat voor een goede beoordeling van de casus relevant is of Achmea al dan niet een aanbestedende dienst is en omdat Achmea daartegen uitgebreid verweer heeft gevoerd, ziet de voorzieningenrechter toch aanleiding allereerst op dit onderdeel in te gaan.

##### *Is Achmea een aanbestedende dienst?*

4.3. Bij de beantwoording van de vraag of Achmea als aanbestedende dienst dient te worden aangemerkt is van belang of Achmea is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, die niet van industriële of commerciële aard zijn. In dat kader is bepalend of Achmea handelt onder normale marktomstandigheden, of er sprake is van concurrentie, winstoogmerk en van economisch risico.

4.4. Eisers hebben betoogd dat Achmea niet onder normale marktomstandigheden werkzaam is. Dat blijkt volgens eisers uit de navolgende feiten:

- voor alle Nederlanders geldt een verzekeringsplicht;
- er is sprake van een acceptatieplicht voor de zorgverzekeraars;
- het verbod van premiedifferentiatie geldt;
- de inhoud en omvang van de prestaties van Achmea worden bepaald door artikel 11 tot en met 14 van de Zorgverzekeringswet (ZvW), het Besluit zorgverzekering en de Regeling Zorgverzekering;
- de inning van de premie is bestuursrechtelijk gegarandeerd;
- Achmea draagt niet het economisch risico van haar activiteiten;
- de Zorgverzekeringswet voorziet in een financiële bijdrage bij buitengewone gebeurtenissen;
- de activiteiten worden in hoofdzaak door de Staat gefinancierd.

4.4.1. Met Achmea is de voorzieningenrechter van oordeel dat de verzekeringsplicht niet zo veel zegt over het al dan niet ontbreken van marktwerking. Immers, binnen de markt van

C/09/469179 / KG ZA 14-802  
16 september 2014

8

zorgverzekeraars kan de verzekerde vrij kiezen tussen de verschillende verzekeraars. Het feit dat er sprake is van een acceptatieplicht maakt deze vrije keuze van verzekerden naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet anders. Dit maakt het voor verzekerden eenvoudiger om van zorgverzekeraar te wisselen en zal dus eerder bijdragen aan de concurrentie. Ook het verbod op premiedifferentiatie heeft, zoals Achmea terecht opmerkt, geen invloed op de concurrentiepositie, nu dit verbod er alleen op ziet dat Achmea voor haar eigen verzekerden voor dezelfde verzekering geen verschillende premies mag heffen op grond van bijvoorbeeld leeftijd of gezondheidsrisico. Tussen de verschillende pakketten die Achmea aanbiedt mag wel degelijk onderscheid in premie worden gemaakt.

4.4.2. Door eisers is voorts onvoldoende onderbouwd waarom Achmea niet het economisch risico zou dragen van haar activiteiten. Immers, Achmea heeft onbetwist gesteld dat er geen enkele bepaling is die er aan in de weg staat dat een zorgverzekeraar als Achmea faillieert. Zij heeft daarvoor verwezen naar een verslag van de Tweede Kamer van 26 maart 2014 waaruit dat volgt.

4.4.3. Dat de activiteiten van Achmea in hoofdzaak door de Staat worden gefinancierd heeft Achmea eveneens gemotiveerd betwist. Zij heeft daartoe in haar conclusie van antwoord op pagina 46 onder nr. 158 een stroomschema opgenomen, waaruit volgens Achmea blijkt dat het Zorgverzekeringsfonds (ZVF) slechts voor een klein deel met staatsmiddelen wordt gefinancierd. Of dit daadwerkelijk zo is kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter aan de hand van dit schema niet zonder meer worden vastgesteld. Achmea heeft in dit kader echter eveneens verwezen naar de Rijksbegroting 2014, Kamerstukken II, 33750 XVI, nr 2, pag. 192 en volgende waarin voormeld stroomschema is opgenomen. Met betrekking tot de financiering van zorguitgaven wordt in dit document, voor zover relevant, het navolgende vermeld:

*"Uiteindelijk worden alle zorguitgaven betaald door burgers en bedrijven via de nominale premie, de inkomensafhankelijke bijdrage, eigen betalingen en belastingen. In de Zvw is vastgelegd dat everveel inkomsten worden gegenereerd via de inkomensafhankelijke bijdrage als via de nominale premie, de eigen betalingen en de rijksbijdrage samen (de 50/50 verdeling). De 50/50 verdeling impliceert dat uitgavenstijgingen bij verzekeraars voor 50% moeten worden gedekt uit de IAB. Dat wordt bereikt door de bijdrage uit het fonds aan verzekeraars te verhogen. Omgekeerd dient een stijging van de rechtstreekse uitgaven van het fonds voor de helft te worden opgevangen via nominale premies. Dat wordt bereikt door de bijdrage aan de verzekeraars te verlagen."*

Hieruit volgt dat de inkomensafhankelijke bijdrage door burgers en werkgevers wordt betaald aan het ZVF door tussenkomst van de belastingdienst en vervolgens door het ZVF als vereveningsbijdrage wordt doorbetaald aan de zorgverzekeraars. Deze inkomensafhankelijke bijdrage vormt 50% van de bekostiging van de zorguitgaven. De premie, eigen betalingen van burgers en de rijksbijdrage voor kinderen jonger dan 18 jaar vormen samen de andere 50%. Indien zou worden aangenomen dat de inkomensafhankelijke eigen bijdrage als overheidsuitgave moet worden aangemerkt, zou Achmea inderdaad voor meer dan 50% door de overheid worden gefinancierd. Achmea heeft evenwel gemotiveerd aangevoerd dat de inkomensafhankelijke eigen bijdrage niet als overheidsfinanciering moet worden aangemerkt aangezien deze bijdrage alleen door de belastingdienst namens de burgers aan de zorgverzekeraars wordt betaald. Eisers hebben tegen deze stelling onvoldoende verweer gevoerd, zodat van de juistheid daarvan dient te worden uitgegaan. Nu tegenover de vereveningsbijdrage bovendien een tegenprestatie staat (het leveren van de



C/09/469179 / KG ZA 14-802

16 september 2014

9

verzekerde prestatie) kan niet worden gezegd dat Achmea grotendeels wordt bekostigd uit staatsmiddelen.

4.4.4. Een en ander leidt er toe dat op basis van hetgeen thans voorligt niet kan worden gezegd dat Achmea een aanbestedende dienst is. Nu de overige door eisers genoemde feiten ieder voor zich en tezamen dit oordeel niet anders kunnen maken zullen deze verder onbesproken blijven. Dat betekent dat de onderhavige inkoopprocedure dan ook geen aanbestedingsprocedure betreft, zodat de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen niet van toepassing zijn. Dit laat echter onverlet dat Achmea in het kader van de door haar gevoerde inkoopprocedure, waarin zij zorgaanbieders door middel van een uniform aanbod heeft uitgenodigd tot het indienen van offertes, is onderworpen aan de werking van de redelijkheid en de billijkheid in precontractuele verhoudingen. In de rechtspraak wordt daarom aangenomen dat zorgverzekeraars bij het vaststellen van hun inkoopbeleid een bijzondere zorgvuldigheid in acht dienen te nemen. Zo dient het inkoopbeleid verifieerbaar, transparant en non-discriminatoir te zijn en mogen de aangelegde normen bovendien niet onredelijk zijn.

#### *schending van het transparantiebeginsel*

4.5. Volgens eisers handelt Achmea in strijd met het transparantiebeginsel, doordat zij onvoldoende gemotiveerd aangeeft waarom het opdelen van de opdracht in meerdere percelen niet mogelijk is. Het transparantiebeginsel gaat in de gegeven situatie, waarbij geen sprake is van een aanbestedende dienst, echter niet zover dat eisers een gegrond beroep toekomt op het in artikel 1.5 van de Aanbestedingswet neergelegde clusterverbod. Uit het ook in de onderhavige procedure in acht te nemen transparantiebeginsel vloeit wel voort dat de voorwaarden en modaliteiten van een gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aanbestedingsdocumenten dienen te worden vermeld, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om daadwerkelijk na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de opdracht van toepassing zijn (HvJ EU 29 april 2004, zaak C-496/99, *Succhi di Frutta*).

4.6. Eisers hebben voorts betoogd dat het transparantiebeginsel is geschonden doordat niet duidelijk in de Leidraad is omschreven op welke wijze de kwaliteitscriteria zullen worden beoordeeld door Achmea en op welke gronden scores zullen worden toegekend. Partijen zijn volgens eisers op voorhand niet in staat een zodanig aanbod te doen dat is afgestemd op criteria die op voorhand duidelijk door Achmea zijn beschreven. Achmea heeft volgens eisers geweigerd deze criteria te concretiseren. Mediq heeft zich in dat kader op het standpunt gesteld dat de gunningscriteria niet duidelijk zijn omschreven, zodat de inschrijvers niet weten waarop de offertes worden beoordeeld.

4.7. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Achmea in paragraaf 4 van de Leidraad op heldere en inzichtelijke wijze kenbaar gemaakt welke beoordelingsystematiek wordt gehanteerd en daarin is voorts voldoende duidelijk en uitvoerig omschreven op welke wijze de beoordelingscommissie de door de inschrijvers in te dienen formats beoordeelt. Daarbij komt dat Achmea in de Nota's van Inlichtingen op deze onderdelen nadere informatie heeft verstrekt. In dat kader zijn in de 1<sup>e</sup> Nota van Inlichtingen, voor zover hier van belang, de navolgende vragen en antwoorden opgenomen:

C/09/469179 / KG ZA 14-802  
16 september 2014

10

Vraag 425: "het is niet duidelijk op basis van welke elementen de essayvragen zullen worden beoordeeld. Kan Achmea dit specificeren?"

Antwoord: "Achmea heeft vijf essayvragen opgesteld waarin de inschrijvers moeten aantonen dat zij beschikken over voldoende capaciteit voor de uitvoering van de opdracht (format 4), een gedegen transitieplan hebben (format 5), klanttevredenheid stimuleert en monitort (format 6), zij impact voor klanten weet te minimaliseren in geval van tegenspoed (format 7) en de Key Performance indicators suggereren die van toegevoegde waarde zijn voor Achmea klanten (format 8). In deze formats zijn verschillende aspecten opgenomen die in elk geval aan bod moeten komen in de beantwoording. De beoordelingscommissie beoordeelt elke vraag afzonderlijk door middel van een score (rapportcijfer) van 0-10 (hele cijfers) Voor het rapportcijfer is van belang in welke mate inschrijvers voldoen aan de in de formats genoemde aspecten. Daarbij benadrukt Achmea dat de beoordelingscommissie het totaalplaatje waardeert met een rapportcijfer. De in de format genoemde aspecten kennen geen onderlinge weging. Naar mate er meer toegevoegde waarde voor de verzekerde wordt aangeboden en de antwoorden meer "SMART" geformuleerd zijn zal een hogere waardering worden toegekend.  
(...)"

Vraag 428: "U geeft aan dat stap 3 in de beslissingsprocedure het beoordelen van de kwaliteitssessays is door Achmea. Hierbij worden puntenscores toegekend. In het kader van transparantie willen wij u verzoeken aan te geven hoe de toekenning van de punten in zijn werk gaat (worden bijvoorbeeld inschrijvingen onderling vergeleken en op basis van welke kenmerken worden punten toegekend)?

Het samenstellen van de gelegenheidsbeoordelingscommissie komt arbitrair over. In elk geval is onvolledig inzichtelijk wie/althans welke afdelingen er in totaal in zitting nemen. Graag ontvangen we een toelichting op de reden waarom een bepaalde afdeling zitting heeft in de volledige beoordelingscommissie.

wij gaan er van uit dat de beoordeling van de kwaliteitscriteria zo objectief mogelijk is. Wij ontvangen graag van u de objectieve criteria waarop de beoordeling plaatsvindt/bijv. op basis van welke criteria een score van 7 wordt toegekend – en op basis van welke criteria wordt bepaald of een score hoger (en hoeveel hoger) uitvalt?"

Antwoord: "Zie antwoord op vraag 425. Achmea wenst creativiteit en innovativiteit van inschrijvers te stimuleren door niet voor te schrijven hoe inschrijvers de maximale score kunnen behalen op de verschillende kwaliteitsonderdelen. Wel is van belang dat inschrijvers de op de formats genoemde elementen in hun antwoord verwerken. De beoordelingscommissie kent per format rapportcijfers toe op basis van een absolute beoordelingssystematiek. Dat wil zeggen dat de scores niet gerelateerd zijn aan de scores van overige inschrijvers. De commissie bestaat uit drie personen van de afdeling Zorginkoop Hulpmiddelen en Mobiliteit, één persoon van de afdeling Klantcontact en één persoon van de afdeling Productmarketing (Commercie). Dit zijn allen afdelingen die onderdeel vormen van de Divisie Zorg en Gezondheid."

Uit de aan de inschrijvers verstrekte informatie als hiervoor bedoeld valt naar het oordeel van de voorzieningenrechter af te leiden dat voor alle inschrijvers voldoende kenbaar is hoe de verschillende criteria worden beoordeeld. Dat Achmea, zoals eisers aanvoeren, niet heeft willen omschrijven hoe inschrijvers het maximaal aantal punten kunnen behalen maakt dit niet anders. Zoals Achmea terecht aanvoert en ook eerder onder meer door deze rechtbank is bepaald, mag van een aanbestedende dienst niet worden verwacht dat deze aangeeft wat nodig is om een maximale score te behalen voor wat betreft het criterium kwaliteit. Van een inschrijver mag worden verwacht dat hij in eigen bewoordingen aangeeft op welke wijze hij de gevraagde kwaliteit gaat leveren. Daarmee wordt hij in de gelegenheid gesteld zich te onderscheiden van de andere inschrijvers en kan hij zijn meerwaarde aantonen. In geval de aanbestedende dienst wel zou moeten aangeven wat nodig is om de betreffende maximale score te behalen, zou iedere innovatie, creativiteit of zelfstandig denkproces bij de

C/09/469179 / KG ZA 14-802  
16 september 2014

11

inschrijvers worden geëcarteerd. Aan een gunningssystematiek - zoals hier aan de orde - is derhalve inherent dat een inschrijvende partij de ruimte wordt geboden om op eigen wijze aan te geven hoe hij de gewenste kwaliteit invult. Daardoor wordt hij optimaal gestimuleerd om inventief in te schrijven en kenbaar te maken begrip en inzicht te hebben voor c.q. in die aspecten van de opdracht die volgens hem relevant zijn voor de aanbestedende dienst (zie bijvoorbeeld LJN: BQ0351, r.o. 3.4). Het voorgaande leidt tot de conclusie dat van schending van het transparantiebeginsel niet is gebleken.

*schending van het gelijkheidsbeginsel*

4.8. Eisers stellen zich op het standpunt dat Achmea handelt in strijd met het gelijkheidsbeginsel door bij de inkoop van de diabeteszorg onderscheid te maken tussen de postorderleveranciers en de apothekers. In de visie van eisers moet de verstrekking van hulpmiddelen door apothekers en postorderleveranciers worden gezien als één relevante markt en zijn de partijen op die markt onderlinge concurrenten.

4.9. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter staat het Achmea vrij onderscheid te maken tussen apothekers en postorderbedrijven en ten aanzien van deze eerste groep geen inkoopprocedure te hanteren. Daarbij is van belang dat Achmea vrij is in het bepalen van haar inkoopbeleid en dat niet valt in te zien waarom zij een andere groep leveranciers die zich onderscheidt van de postorderbedrijven, te weten de apothekers, niet op een andere wijze zou mogen behandelen dan postorderbedrijven. Dat zou wellicht anders zijn als zij onderscheid zou maken tussen de verschillende postorderbedrijven, maar dat is niet het geval.

4.10. Mediq heeft zich in dit kader nog op het standpunt gesteld dat het gelijkheidsbeginsel met zich brengt dat de aanbesteder op eenduidige wijze aan de gegadigden de gegevens moet verstrekken die zij nodig hebben om in te schrijven, waaronder de omvang van de opdracht en de aard van de gunningscriteria. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is de omvang van de opdracht echter in de Leidraad afdoende omschreven om de gemiddelde inschrijver in staat te stellen een commercieel verantwoorde offerte op te stellen. In een geval als het onderhavige behoefde Achmea niet de precieze aantallen van de te leveren producten en diensten te vermelden, maar kon zij volstaan met het aangeven van een bepaalde bandbreedte. Inschrijvers moeten afdoende houvast hebben om een verantwoorde inschrijving te kunnen doen. Aan dit vereiste heeft Achmea naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldaan.

*misbruik van economische machtspositie*

4.11. Voor de beantwoording van de vraag of Achmea misbruik maakt van haar economische machtspositie dient - nu Achmea dit uitdrukkelijk betwist - allereerst te worden vastgesteld of Achmea een economische machtspositie heeft.

Een onderneming heeft een machtspositie als deze over een dermate sterke positie beschikt dat het bedrijf zich (vrijwel) onafhankelijk van zijn concurrenten, afnemers of leveranciers kan gedragen. Om vast te stellen of een onderneming een machtspositie heeft, wordt eerst gekeken naar het marktaandeel dat de onderneming heeft. In beginsel wordt aangenomen dat een onderneming met een marktaandeel van 50% of meer, beschikt over een machtspositie. Dit is een weerlegbaar vermoeden. Echter ook als een onderneming een marktaandeel heeft van minder dan 50%, kan deze onderneming, afhankelijk van bepaalde marktomstandigheden, toch beschikken over een

C/09/469179 / KG ZA 14-802

16 september 2014

12

machtspositie. Zelfs een onderneming met een marktaandeel van 20% of 30% kan onder omstandigheden beschikken over een machtspositie. Partijen twisten over de vraag welk marktaandeel Achmea nu precies heeft en om welke markt het daarbij nu precies gaat. De voorzieningenrechter zal in het midden laten wie van hen gelijk heeft. Immers of Achmea nu een marktaandeel van 32% (dan wel 29%) of van 15% heeft, in beide gevallen is dit percentage lager dan 50% en hangt de vraag of zij een economische machtspositie heeft af van de marktomstandigheden. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is er op grond van de in deze procedure aangevoerde omstandigheden onvoldoende aanleiding om aan te nemen dat Achmea een economische machtspositie heeft. Daarvoor is van belang dat Achmea opereert in een markt die wordt gedomineerd door meerdere grotere verzekeraars met een vergelijkbaar marktaandeel als Achmea. Voorts zijn er door eisers onvoldoende omstandigheden aangevoerd waaruit volgt dat er desondanks sprake is van een economische machtspositie. Nu van een economische machtspositie van Achmea onvoldoende is gebleken, kunnen de stellingen van eisers met betrekking tot het misbruik van een economische machtspositie verder onbesproken blijven.

*overtreding van de mededingingsregels, waaronder het kartelverbod*

4.12. Eisers hebben betoogd dat Achmea ook overigens handelt in strijd met de mededingingsregels en meer in het bijzonder met het kartelverbod van artikel 6 van de Mededingingswet. Ingevolge dit artikel is het verboden overeenkomsten te sluiten, die er toe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

4.13. Bij de beoordeling van dit punt is allereerst van belang dat van een situatie waarin slechts één leverancier wordt gecontracteerd voor de levering van diabetesmaterialen geen sprake is. Immers, naast het te contracteren postorderbedrijf wordt een zeer groot aantal apothekers en apotheekhoudende huisartsen gecontracteerd. Reeds op die grond speelt de vraag of Achmea een beroep toekomt op de Groepsvrijstellingsverordening (EU) No 330/2010 aangaande verticale overeenkomsten geen doorslaggevende rol in deze. Wat daar ook van zij, naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan Achmea zich met recht beroepen op vrijstelling van de Groepsvrijstelling. In dat kader geldt dat als een producent zijn distributeur verplicht om meer dan 80% van zijn behoefte aan een bepaald product bij hem af te nemen, dit beding op grond van de Groepsvrijstelling wordt aangemerkt als een niet-concurrentiebeding. Dit beding valt niet onder het kartelverbod indien een beroep kan worden gedaan op de Groepsvrijstelling. Daarvoor is vereist dat in de distributieovereenkomst geen harde kernbepalingen staan, dat het marktaandeel van de producent niet groter is dan 30% en de looptijd van het niet-concurrentiebeding niet langer is dan 5 jaar. Zoals Achmea terecht aanvoert zal Achmea na gunning niet meer dan 80% van de behoefte van haar verzekerden aan diabetesmateriaal inkopen bij de gegunde partij. De verzekerden kunnen hun aankopen immers ook via het apothekerskanaal verkrijgen. Gelijk hiervoor is vastgesteld zal naar verwachting 45% van de aankopen van diabetesmaterialen door Achmeaverzekerden plaatsvinden via het postorderkanaal. Daarbij komt dat Achmea kennelijk niet alle diabetesmaterialen (zoals insulinepompen en pachtpompen) inkoopt via de onderhavige inkoopprocedure. Derhalve kan niet worden gesproken over een exclusieve leveringsafpraak. Maar ook in het geval alleen zou moeten worden gekeken naar de postorderbedrijven, is van overtreding van het kartelverbod geen sprake. In dat kader is van belang dat in het mededingingsrecht (op grond van de Groepsvrijstelling) een termijn voor het sluiten van een contract met één leverancier is toegestaan voor een periode van vijf jaar. De duur van het door Achmea te sluiten contract

C/09/469179 / KG ZA 14-802  
16 september 2014

13

blijft ruimschoots binnen deze termijn.

*maatschappelijk betamelijke zorgvuldigheid*

4.14. Eisers en Mediq hebben voorts aangevoerd dat Achmea handelt in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid door slechts één leverancier te contracteren. Hierbij geldt dat de eerste verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraar zich richt op de verzekerde, tegenover wie de verzekeraar belangrijke verplichtingen op zich neemt. Met de zorgaanbieders dient de zorgverzekeraar bij de uitvoering van de wettelijke bepalingen dusdanige relaties aan te gaan dat duurzame zorg voor de verzekerden optimaal beschikbaar is. Deze verantwoordelijkheid uit zich in een zorgvuldige keuze van aanbieders, met heldere afspraken over kwaliteit en doelmatigheid, in een gemeenschappelijk streven naar beheersing van kosten en administratieve lasten. De zorgverzekeraar maakt bij de onderhandelingen geen misbruik van zijn positie. De zorgverzekeraar respecteert daarbij de principes van eerlijke concurrentie en transparantie, nu geopereerd wordt op een terrein waar sprake is van (gereguleerde) concurrentie. Niet gebleken is dat Achmea, onder verwijzing naar hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van de diverse onderdelen, door het afsluiten van een contract met één leverancier niet aan voornoemde punten voldoet. Zo is niet gebleken dat aldus geen duurzame zorg voor de verzekerden kan worden gerealiseerd, noch dat Achmea op ontoelaatbare wijze misbruik maakt van haar positie. Het voorgaande brengt met zich dat het Achmea in de gegeven situatie vrij staat één leverancier te contracteren voor het postorderkanaal en dat zij niet gehouden is met meerdere leveranciers de betreffende contracten af te sluiten. Opgemerkt wordt nog dat het feit dat de omzet van de niet te contracteren leveranciers zal teruglopen een gevolg is van de (gereguleerde) concurrerende markt waarop partijen zich begeven. Dit maakt echter nog niet dat er sprake is van ontoelaatbare laat staan oneerlijke concurrentie. Aldus is geen sprake van ontoelaatbare concurrentiebeperking, noch van strijd met de door Achmea in acht te nemen maatschappelijke zorgvuldigheid.

*stellingen Mediq en conclusie*

4.15. De door Mediq aangevoerde standpunten, voor zover relevant voor de beoordeling van het onderhavige geschil, zijn besproken in hetgeen hiervoor is overwogen, zodat deze geen verdere afzonderlijke bespreking behoeven.

4.16. Slotsom van het voorgaande is dat de vorderingen van eisers en Mediq worden afgewezen. Als de in het ongelijk gestelde partijen zullen eisers en Mediq worden veroordeeld in de proceskosten. De door Mediq te betalen kosten van Achmea worden hierbij begroot op nihil, nu niet is gebleken dat Achmea als gevolg van die vorderingen extra kosten heeft moeten maken.

## 5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- wijst de vorderingen van Boeren Medical c.s. af;
- wijst de vorderingen van Mediq af;

C/09/469179 / KG ZA 14-802  
16 september 2014

14

- 
- veroordeelt Mediq voor wat betreft de door haar ingestelde vorderingen jegens Achmea c.s. in de kosten van Achmea c.s., tot op dit vonnis begroot op nihil;
  - veroordeelt Boeren Medical c.s. in de overige proceskosten, tot dusver begroot aan de zijde van Achmea c.s. op € 1.424,--, waarvan € 608,-- aan griffierecht en € 816,-- aan salaris advocaat;
  - veroordeelt Boeren Medical c.s. tevens in de nakosten aan de zijde van Achmea c.s. forfaitair begroot op € 131,-- aan salaris advocaat;
  - bepaalt dat, indien Boeren Medical c.s. niet binnen zeven dagen na heden aan deze proceskostenveroordeling hebben voldaan, daarover de wettelijke rente verschuldigd is;
  - bepaalt dat, indien en voor zover Boeren Medical c.s. niet binnen zeven dagen na betekening aan voormelde proceskostenveroordelingen heeft voldaan en het vonnis om die reden door Achmea c.s. aan Boeren Medical c.s. is betekend, de nakosten worden vermeerderd met een bedrag van € 68,-- aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de achtste dag na voormelde betekening tot de dag van algehele voldoening;
  - wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.E. Groeneveld-Stubbe en in het openbaar uitgesproken op 16 september 2014.

hf

