

## Bestuurlijke aansprakelijkheid overbrugging noodvoorraad

### Probleemstelling en rol van de overheid

1. *Wat is het probleem dat aanleiding is geweest voor het beleid?*
- 2.
3. Aan het begin van de coronacrisis in 2020 heeft VWS onder dwingende spoed en uitzonderlijke omstandigheden afspraken gemaakt met een aantal partijen voor het beheer van de noodvoorraad aan PBM's. Die afspraken zijn vastgelegd in contracten met een looptijd tot 25 juni 2021 respectievelijk medio/eind september 2021. Deze (zogenaamde: 'vitale') partijen (en hun subleveranciers) hebben diensten verleend en verlenen nog steeds diensten in opdracht van VWS. Denk hierbij aan in- en opslag, expeditie / warehousing, logistiek, in- en verkoop en distributie ten aanzien van de noodvoorraad PBM's (en inmiddels ook testmateriaal). In het kader van die dienstverlening zijn alle partijen volledig gevrijwaard en schadeloos gesteld voor alle directe schade en kosten als gevolg van de dienstverlening. Ook was de aansprakelijkheid van de vitale partijen uitgesloten en stond VWS daarvoor garant. Dit alles was om de vitale partijen geen enkel risico te laten lopen in de uitvoering van de dienstverlening.
- 4.
5. Betreffende partijen verrichten ook na 25 juni jl. (Mediq en CB Healthcare B.V.) respectievelijk medio/eind september (OneMed en QRS) nog bepaalde werkzaamheden vanwege de noodzaak daartoe en op grond van technische redenen; ten behoeve van stabiel beheer van de noodvoorraad en testmateriaal. Deze werkzaamheden zullen voortduren tot 1 september 2021 (door Mediq: 'ontvlechtsfase') danwel tot in elk geval 31 december 2021 (door CB Healthcare, OneMed en QRS: 'overbruggingsfase' totdat de noodvoorraad is afgebouwd).
- 6.
7. Na de (stevige) contractonderhandelingen met deze partijen in mei en juni 2021 ten aanzien van de werkzaamheden gedurende de overbruggings-/ontvlechtsfase kan geconcludeerd worden dat het onoverkomelijk is dat er potentiële onrechtmatigheid in die contracten zal zitten:
  - deze partijen zijn in uitzonderlijke omstandigheden bereid gebleken werkzaamheden te verrichten onder passende voorwaarden (in afwijking van de normale overheidskaders) die nog altijd (hoewel in beperktere zin gezien de gewijzigde omstandigheden) passend en marktconform zijn in relatie tot de werkzaamheden per 25 juni 2021; en
  - voortzetting van werkzaamheden door de bestaande partijen is om technische redenen en vanwege doelmatigheid noodzakelijk; een goede relatie tussen VWS en deze partijen is van belang voor goede uitvoering van het beheer van de noodvoorraad door CIBG; en
  - het is in deze omstandigheden onredelijk en onmogelijk om te verwachten dat de vitale partijen van de een op andere dag per 25 juni jl. t.a.v. aansprakelijkheid en vrijwaring instemmen met volstrekt andere (niet passende en niet 'industry standard') voorwaarden; en
  - voor 25 juni jl. was overeenstemming over de overbruggingsfase noodzakelijk; en
  - gezien het aflopen van de contracten per 24 juni 2021 is reeds voor 25 juni jl. overeenstemming vanuit CIBG met Mediq en CB bereikt over de voorwaarden gedurende de overbruggingsfase, maar de contracten moeten nog getekend worden.
  - 
  - De potentiële onrechtmatigheid is als volgt:
  - Mediq: in het te sluiten addendum staat een verwijzing naar een garantstelling die tot 24 juni 2021 liep voor (inkoop)werkzaamheden door Mediq, met bevestiging dat die garantstelling is geëindigd maar omdat kosten en risico's zich pas na de einddatum kunnen voordoen, de afwikkeling van die garantstelling ook na 24 juni 2021 plaatsvindt. Er is expliciet opgenomen dat de garantstelling niet vernieuwd of verlengd wordt met een verduidelijking dat de bestaande garantstelling ziet op alle werkzaamheden (ook afwikkelende werkzaamheden in het kader van een 'ontvlechting' van Mediq na 24 juni 2021) met een causaal verband met de diensten van Mediq van voor 24 juni 2021. Er is derhalve geen sprake van een nieuwe garantstelling, niet qua duur en ook niet qua inhoud.

De enkele verwijzing naar de bestaande garantstelling zag FEZ evenwel als een potentiële onrechtmatigheid in dit addendum voor de overbruggingsfase, maar een risicoregeling en derhalve toestingskader lijkt niet van toepassing. Graag de bevestiging van BBL van het ministerie van Financiën of zij deze lijn ook zo ziet.

- CB Healthcare: in het te sluiten contract accepteert CB Healthcare aansprakelijkheid onder de LSV 2014 (Algemene Nederlandse voorwaarden voor Logistieke Dienstverleners) en de Nederlandse Expeditievoorwaarden:

*4.1. Iedere aansprakelijkheid van CB Healthcare, haar hulppersonen en ondergeschikten, gebaseerd op welke grondslag dan ook, anders dan die voortvloeiend uit de hierna te noemen LSV 2014 respectievelijk Nederlandse Expeditievoorwaarden, is uitgesloten, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van CB Healthcare zelf.*

Omdat CB niet andere dan logistieke of expeditie diensten verricht, is CB derhalve aansprakelijk te stellen conform de LSV 2014 en Nederlandse Expeditievoorwaarden. In dat kader is een verzekeringscertificaat van CB Healthcare ontvangen, waaruit blijkt dat zij adequaat allrisk verzekerd is. In het contract met CB wordt de aansprakelijkheid van CB enigszins beperkt en enige vrijwaring verleend (enkel ten aanzien van eventuele aanspraken van derden). Hierin is CB Healthcare echter tegemoet gekomen met een wat ruimere aansprakelijkheidsbepaling en een engere vrijwaringsbepaling dan zoals in voornoemde 'industry standard' algemene voorwaarden – LSV 2014 en de Nederlandse Expeditievoorwaarden – die leveranciers van logistieke- en expeditie diensten hanteren in die markt. Hierbij is het voor CB geen optie dat die niet van toepassing zijn of nog verder worden aangepast; VWS is op dit punt uitonderhandeld met CB. Verder is het reeds een grote wijziging met de eerdere overeenkomst met CB. Daarin was de aansprakelijkheid van CB volledig beperkt en was CB volledig gevrijwaard. De (beperkte) vrijwaring is een potentiële onrechtmatigheid in dit contract. (Daarbij is er vanwege diverse redenen niet aanbesteed, hetgeen echter geaccordeerd is door GMT.)

- OneMed en QRS: deze contracten zullen nog onderhandeld worden, maar de verwachting is dat ook hier enige beperking in aansprakelijkheid en enige vrijwaring dient te worden verleend conform de 'industry standard' algemene voorwaarden rondom logistiek en expeditie van OneMed en QRS (vergelijkbaar met CB). (Daarbij is er vanwege diverse redenen niet aanbesteed, hetgeen echter geaccordeerd is door GMT.)

*8. Waarom rekent de centrale overheid het tot haar verantwoordelijkheid om het probleem op te lossen?*

9. Binnen VWS geldt in beginsel het principe dat in geen enkel contract met een derde partij enige vorm van 'garantie' mag worden verstrekt. Dit kader is versterkt naar voren gekomen vanwege de Kamerdebatten en media aandacht rondom de noodvoorraad van hulpmiddelen en het rapport van de Rekenkamer.
10. Om doelmatige en technische redenen is het echter onoverkomelijk dat voornoemde partijen diensten verlenen in opdracht van VWS, waarbij vanwege de uitzonderlijke en specifieke omstandigheden bij deze vorm van dienstverlening en in dit geval het onmogelijk is om volledige aansprakelijkheid zonder enige vrijwaring af te spreken. Dat is noch passend noch marktconform. In casu is sprake van een 'gebruikelijke' bepaling in een inkoopovereenkomst.
11. Enige beperking in aansprakelijkheid en/of enige vrijwaring richting CB / OneMed / QRS kan als een vorm van garantie worden ervaren. Het is echter de vraag of dergelijke vrijwaarding als een garantie moeten worden gezien zoals dat is bedoeld bij een garantieovereenkomst of dat dit moet worden gezien als een 'gebruikelijke' bepaling in een inkoopovereenkomst. Graag het oordeel van BBL van het ministerie van Financiën hierop. Dit brengt risico's met zich mee; hoewel beperkt (zie hieronder). Ook worden de diensten betaald door VWS. Het is daarom aan de overheid om te beslissen dat in deze uitzonderlijke en specifieke gevallen zo beheerst mogelijk afgeweken mag worden van de genoemde kaders rondom 'geen enkele vorm van garantie'.
- 12.

13. 3. *Is het voorstel voor de risicoregeling:*

14. a) *ter compensatie van risico's die niet in de markt kunnen worden gedekt, en/of b) het beste instrument waarmee een optimale doelmatigheidswinst kan worden bewerkstelligd ten opzichte van andere beleidsinstrumenten? Maak een vergelijking met alternatieve beleidsinstrumenten.*

15. Het is op grond van onder meer doelmatigheid en technische redenen goed uitlegbaar dat deze partijen werkzaamheden ten behoeve van de noodvoorraad voortzetten; met expliciete bevestiging rondom looptijd en inhoud van de bestaande garantstelling en waar ten aanzien van gebruikelijke 'industry standard' voorwaarden.

16.

17. 4. *Op welke wijze wordt het nieuw aan te gane risico gecompenseerd door risico's vanuit andere risicoregelingen binnen de begroting te verminderen?*

18.

Dit gebeurt niet. Er is geen mogelijkheid compensatie te vinden door risico's van andere risicoregelingen binnen de VWS-begroting te verminderen.

**19.**

Risico's en risicobeheersing

20. 5. *Wat zijn de risico's van de regeling voor het Rijk?*

21. Mediq: risico's bestaan reeds onder de bestaande garantstelling uit 2020 (Eerste en Tweede Addendum bij de Overeenkomst), dus geen extra risico's.

22. CB: risico's bestaan reeds onder het eerdere contract en die hebben zich sinds het begin van de dienstverlening door CB in 2020 niet verwezenlijkt; het gaat hier om logistieke en expeditiediensten; risico's hebben met name betrekking op schade aan de opgeslagen hulpmiddelen en testmateriaal. De overheid verzekert nooit zelf, dus dit is ten aanzien van de eigen goederen een reeds bestaand risico, dus geen nieuw of extra risico in die zin; en daar waar CB aansprakelijk gesteld kan worden voor schade aan goederen van VWS is CB daar adequaat allrisk voor verzekerd. T.a.v. de vrijwaring kan het gebeuren dat in het kader van de logistieke en expeditiediensten door CB (of haar onderaannemers) goederen van derden worden beschadigd; dit is voor risico van VWS tenzij veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid van CB. Sinds de dienstverlening door CB (of haar onderaannemers) in 2020 is dit niet voorgekomen. Bovendien wordt de kans op dergelijke schade kleiner, aangezien het volume aan inkomende en uit te leveren goederen bij lange na niet het volume is van 2020.. Ook hier geldt dat in geval van aansprakelijkheid in geval van opzet of roekeloosheid CB adequaat verzekerd is. Het risico voor het Rijk wordt als beperkt en acceptabel ingeschat op basis van informatie uit het verleden en de blootstellingsduur tot 31/12/2021.

23.

24. a. *Wat is het totaalrisico van de regeling op jaarbasis? Kent de regeling een totaalplafond?*

25. Niet van toepassing.

26.

27. b. *Hoe staan risico en rendement van de regeling tot elkaar in verhouding?*

28. Er is geen sprake van een risicopremie en een rendement in letterlijke zin. Het rendement voor de staat is, dat er een stabiel beheer van de noodvoorraad is. Niet continueren daarvan vanwege het niet kunnen sluiten van een overbruggings-/ontvlechtcontract met de vitale partijen, zou letterlijk betekenen dat er een enorme hoeveelheid aan persoonlijke hulpmiddelen niet beheerd wordt (waaronder geen portal/bestel functie en distributie meer) en 'op straat gereden' zou kunnen worden vanuit loods. Onder verwijzing naar genoemde specifieke omstandigheden van het geval en de inschatting van het risico hieronder, lijkt de verhouding tussen risico en rendement realistisch en in een redelijke balans.

29.

30. *c. Wat is de inschatting van het risico voor het Rijk in termen van waarschijnlijkheid, impact, blootstellingduur en beheersingsmate?*
31. - Mediq: de verwijzing in het addendum naar de bestaande garantstelling bevat expliciet een causaal verband met de werkzaamheden van voor 25 juni jl. Die verwijzing is eenduidig aan de tekst en bedoeling bij de bestaande garantstelling. Ook staat in het addendum expliciet dat er geen inkoopactiviteiten meer plaatsvinden (waar de bestaande garantstelling op zag) en er per 25 juni jl. geen nieuwe garantstelling van kracht is. Ook op grond van de onderhandelingen en bedoelingen van partijen is goed uitlegbaar dat het addendum niet als garantieovereenkomst gezien kan worden en kosten/risico's die Mediq loopt slechts onder de bestaande garantstelling uit 2020 kunnen worden geschaard (op basis van werkzaamheden van voor 25 juni jl.). Waarschijnlijkheid en impact lijkt daardoor zeer minimaal. Blootstellingduur: 25 juni 2021 tot 1 september 2021.
32. - CB / OneMed / QRS: Waarschijnlijkheid en impact worden ingeschat op zeer minimaal. CB is adequaat verzekerd daar waar zij aansprakelijk is. Uit de werkzaamheden van begin 2020 tot medio 2021 zijn geen aansprakelijkheden of vrijwaringen naar voren gekomen. Eigen goederen verzekert de overheid sowieso niet, maar CB heeft goederen adequaat verzekerd voor zover dit onder haar verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid valt. De inschatting is dat CB / OneMed / QRS en hun subleveranciers hun diensten uitvoeren met verantwoordelijkheidsbesef vanwege de maatschappelijke aard bij die dienstverlening, zoals zij tot nu toe ook doen. De kans op eventuele claims van derden is niet goed in te schatten, maar achten wij niet zeer waarschijnlijk. Blootstellingduur: van 25 juni 2021 tot c.q. medio september 2021 tot 31 december 2021 (althans tot moment van afbouw noodvoorraad). Dit maakt waarschijnlijkheid en impact ook beperkt.
- 33.
34. *6. Welke risico-beheersende en risico-mitigerende maatregelen worden getroffen om het risico voor het Rijk te minimaliseren? Heeft de budgettaire verantwoordelijke minister voldoende mogelijkheden tot beheersing van de risico's, ook als de regeling op afstand van het Rijk wordt uitgevoerd?*
35. In de contracten is opgenomen dat partijen zich realiseren dat de diensten (en dus de risico's erbij vanwege die dienstverlening bij een mogelijk schadegeval, c.q. ingeroepen vrijwaring) betaald worden uit publieke middelen. De garantstelling met Mediq is dusdanig verhelderend uitgelegd in het addendum dat enig risico t.a.v. de uitleg ervan (anders dan de bestaande garantstelling) is uitgesloten. De aansprakelijkheid en vrijwaring bepalingen voor logistieke en expeditie dienstverlening zijn 'industry standard' en bovendien verder beperkt in relatie tot die standaard; en dus goed uitlegbaar en te verantwoorden voor het Rijk. Bij een vrijwaring is het gebruikelijk dat nog voor alle weren (dus nog voordat een inhoudelijke reactie aan de eisende partij wordt gegeven) VWS als vrijwarende partij betrokken is. VWS bepaalt derhalve het verloop in het geval een vrijwaring wordt ingeroepen.
- 36.
37. *7. Bij complexe risico's: hoe beoordeelt een onafhankelijke expert het risico van het voorstel en de risico-beheersende en risico-mitigerende maatregelen van Rijk?*

Het betreft een tijdelijke maatregel waarvoor geen onafhankelijke expertopinie is gevraagd.

38.

39. Vormgeving

40.

41. *8. Welke premie wordt voorgesteld en hoeveel wordt doorberekend aan de eindgebruiker? Is deze premie kostendekkend en marktconform. Zo nee, hoeveel budgettaire ruimte wordt het door het vakdepartement specifiek ingezet?*

42. VWS vraagt geen premie gezien (de aard van en uitzonderlijke omstandigheden bij) de reeds bestaande garantieregeling en de aansprakelijkheids-/vrijwaringsbepaling. Daarbij komt dat partijen hun diensten tegen kostprijs leveren en het uitgangspunt is dat zij de diensten

verlenen zonder winstoogmerk. Dit is ook zo vastgelegd in de overeenkomsten. Er is derhalve geen ruimte om extra kosten aan partijen door te berekenen.

43.

44. 9. *Hoe wordt de risicovoorziening vormgegeven?*

45. Er wordt geen nieuwe garantie op de begroting van VWS opgenomen.

46.

47. 10. *Welke horizonbepaling wordt gehanteerd (standaardtermijn is maximaal 5 jaar)?*

48. Zie wat onder 5c. is opgenomen over de blootstellingduur.

49.

50. 11. *Wie voert de risicoregeling uit en wat zijn de uitvoeringskosten van de regeling?*

De risicoregeling wordt uitgevoerd door het ministerie van VWS. Voor de uitvoeringskosten is geen inschatting beschikbaar.

51.

52. 12. *Hoe wordt de regeling geëvalueerd, welke informatie is daarvoor relevant evaluatie en hoe wordt een deugdelijke evaluatie geborgd?*

53. De evaluatie zal meelopen in de reguliere verantwoordingscyclus van VWS.