

5.1.2e

nota

(ter beslissing) Onrechtmatige overeenkomst ten behoeve van opslag
noodvoorraad Bureau LCH - Verantwoording voor Afwijking
Inkoopbeleid VWS

	Vooraf : X	Achteraf:
x	1. Onrechtmatigheid=fout in relatie tot Europese wetgeving/gids proportionaliteit	
	2. Vrijwaring	
	3. Garantstelling	
	4. Inkoopvoorwaarden: beperking aansprakelijkheid of intellectueel eigendom	
	5. Voorschot	
	6. Anders ¹ :	
	Zie bijlage 1 voor goedkeuringsflow per onderwerp	

Verzoek akkoord

Op basis van de in deze nota vermelde gegevens wordt u verzocht akkoord te gaan met de verantwoording van de afwijking van het Inkoopbeleid VWS en de hieruit voortkomende risico's (of voor reeds aangegane afwijkingen.)

Voor de opslag van de noodvoorraad maakt Bureau LCH gebruik van een 5.1.2h De overeenkomst voor de opslag van goederen loopt af per 31 december 2022 en kent geen optie tot verlenging. Omwille van het aflopen van de huidige overeenkomst per 31 december 2022 en het niet wenselijk/mogelijk is om de gewenste dienstverlening middels een aanbesteding te contracteren dient een nieuwe overeenkomst met 5.1.2h gesloten te worden met een looptijd vanaf 1 januari 2023 t/m 31 december 2023.

¹ Bijvoorbeeld andere afwijkingen van de algemene inkoopvoorwaarden anders dan punt 4 of bijv. overschrijding WNT/ duurzaamheidsverplichting/VN verdrag (Wgbh/cz)

Samenvatting impact/risico's en advies FEZ:

VWS
pEMA

Kenmerk
1567721-194112-PEMA

De huidige overeenkomst tot en met december 2022 is al onrechtmatig. Het verlengen van de genoemde overeenkomst levert derhalve een tweede onrechtmatigheid voor dezelfde overeenkomst op. Met het oog de ondoelmatigheid en hogere kosten die zich voordoen als dit aanbesteedt wordt, stemt FEZ in om de nota door te geleiden voor een bestuurlijk oordeel. Indien tot het aanhouden van een ijzeren voorraad wordt besloten dan is het dringende advies om voor het gebruik van opslagcapaciteit direct een Europese aanbesteding te starten.

Het voorbehoud wat momenteel onder punt 4 van de nota staat tot en met 31-03-2024 kan niet gemaakt worden zonder budgettaire dekking en besluitvorming. Om een aanvullende onrechtmatige inkoop na 31 december 2023 te voorkomen dient te worden bezien of de afbouw van de noodvoorraad kan worden versneld. Onrechtmatige inkopen kunnen niet en dienen te worden voorkomen.

FEZ onderstreept het belang dat bij zaken die aanbesteedt moeten worden de aanbestedingsprocedures worden gevolgd. Deze onrechtmatige staan op gespannen voet met de toezegging van de minister aan de Kamer om het totaalbedrag aan fouten en onzekerheden in de rechtmatigheid omlaag te brengen.

Om een aanvullende onrechtmatige inkoop na 31 december 2023 te voorkomen dient te worden bezien of de afbouw van de noodvoorraad kan worden versneld. Onrechtmatige inkopen kunnen niet en dienen te worden voorkomen.

Voor een ordentelijke afwikkeling van de onrechtmatigheden dienen de dossierstukken - na besluit - ter registratie en archivering te worden doorgeleid naar OBP/CDI office. De onrechtmatigheden dienen ter verantwoording te worden opgenomen in de bedrijfsvoeringsparagraaf van het VWS-jaarverslag.

Samenvatting juridische impact/risico's en advies jurist WJZ:

De opdracht aan **5.1.2h** voor de opslag van PBM en MHM had Europees moeten worden aanbesteed. Door dit niet te doen is er sprake van een juridische onrechtmatigheid. Volgens WJZ is er een gering risico dat andere partijen bij de rechter zullen vorderen dat de opdracht alsnog Europees wordt aanbesteed of bij de rechter een verbod op uitvoering van de overeenkomst zullen vorderen. Uitgaande van de situatie zoals beschreven in bijlage 1 acht WJZ de kans op procedures klein.

Onderdeel A. (In te vullen door Behoeftesteller(klant/beleid))

Naam opsteller: 5.1.2e
 Organisatieonderdeel: CIBG/Bureau LCH
 Datum: 17-aug-2022

1. Omschrijving opdracht

Voor de opslag van de noodvoorraad maakt Bureau LCH gebruik van een opslaglocatie van 5.1.2h. Sinds augustus 2020 is deze leverancier reeds betrokken bij het LCH, in eerste instantie als onderaannemer en per 1 januari 2021 als hoofdaannemer. De overeenkomst met 5.1.2h loopt tot en met 31 december 2022 zonder verlengingsoptie. Deze overeenkomst is al onrechtmatig aangegaan.

5.1.2h verricht primair de opslag van goederen (op pallets), het aantal goederenbewegingen (in- en uitslag) is zeer beperkt. Ontvangsten van nieuwe voorraad vinden niet meer plaats (op een enkele uitzondering na) en als gevolg van het sluiten van de portalen op 14 juni 2022 worden geen persoonlijke beschermingsmiddelen (PBM) en Medische Hulpmiddelen (MHM) meer verstrekt aan de Nederlandse zorg. De voorraad wordt uitsluitend afgebouwd door het uitvoeren van de goederen exit strategie, deze bestaat uit de activiteiten verkopen, doneren en/of duurzaam verwerken.

Sinds de start van het uitvoeren van de goederen exit strategie in 2021 zijn ruim 530 miljoen stuks producten verkocht, met name chirurgische mondmaskers, KN95 mondmaskers en handschoenen. In totaal zijn ruim 44 miljoen stuks producten gedoneerd. Door deze verkopen/donaties zijn bijna 19.000 pallets onttrokken aan de voorraad. Nu het aantal verkopen/donaties afneemt komt de focus te liggen op het duurzaam verwerken van producten.

Op dit moment (augustus 2022) staan ruim 38.000 pallets met voorraad in opslag bij 5.1.2h. Ongeveer 9.000 pallets betreffen producten waarvan de uiterste houdbaarheidsdatum reeds is verstreken, voor deze producten rest uitsluitend nog duurzaam verwerken. Een aanbesteding hiervoor wordt naar verwachting medio oktober 2022 gepubliceerd.

In de periode t/m 2023 verstrijkt van nog eens +/- 24.000 pallets de uiterste houdbaarheidsdatum, ook deze goederen dienen in de loop van 2023 (na verstrijken houdbaarheidsdatum) duurzaam verwerkt te worden wanneer deze niet worden verkocht of gedoneerd.

Omwille van het aflopen van de huidige overeenkomst per 31 december 2022 en het niet wenselijk/mogelijk² is om de gewenste dienstverlening middels een aanbesteding te contracteren dient een nieuwe overeenkomst met 5.1.2h 5.1.2h gesloten te worden met een looptijd vanaf 1 januari 2023 t/m 31 december 2023. Medio augustus is besloten een groot deel van de voorraad van Bureau LCH overtollig te stellen (3417530-1033510-GMT). Mede als gevolg van dit besluit kan naar verwachting de gehele voorraad bij 5.1.2h 5.1.2h in de loop van deze overeenkomst worden afgebouwd en zal op 1 januari 2024 geen nieuwe onrechtmatigheid ontstaan.

2. Politieke en/of bestuurlijke context van de opdracht?

Tot 1 januari 2024 dient Bureau LCH de noodvoorraad van PBM en MHM te garanderen.

² het verplaatsen van de huidige voorraad zal naar verwachting 23 weken in beslag nemen, hiermee is een bedrag van ten minste € 700.000,- gemoeid. Daarbij betreft het met name voorraad met verstreken houdbaarheidsdatum, deze voorraad kan niet meer worden verkocht/gedoneerd. Hiervoor rest alleen nog duurzame verwerking, de aanbesteding hiervoor is inmiddels in voorbereiding. (zie ook bijlage 1)

VWS
pEMA
Kenmerk
1567721-194112-PEMA

3. Indien van toepassing: samenhang met andere opdrachten/gevolgen administratieve lasten/ toezeggingen.

Samenhang:

Bureau LCH heeft de opslag van voorraden belegd bij in totaal drie partijen, te weten [redacted] 5.1.2h [redacted]. De overeenkomst met Onemed verloopt eveneens per 31 december 2022 maar kent wel een optie tot verlenging. De overeenkomst met [redacted] 5.1.2h [redacted] verloopt per 30 juni 2023 en kent eveneens geen optie tot verlenging.

4. Geraamde financiële waarde van de opdracht

De overeenkomst heeft een geraamde waarde van [redacted] 5.1.2b [redacted] inclusief BTW [redacted] 5.1.2b [redacted] dit betreft de waarde in de periode van 1 januari 2023 t/m 31 maart 2024. Het benodigde bedrag is gedekt in de begroting.

De overeenkomst zal een vaste looptijd hebben van 1 januari 2023 t/m 31 december 2023. Daarna is er de optie om de overeenkomst met maximaal drie (3) maanden te verlengen, tot uiterlijk 31 maart 2024. Deze verlenging kan pas tot stand komen nadat er nadere besluitvorming is over de toekomst van Bureau LCH (vanaf 2024) en budgettaire dekking. De verlengingsoptie wordt alleen in overleg met FEZ geëffectueerd. Hierbij zal eerst besproken worden of een rechtmatige route mogelijk is, LCH zal hier uiterlijk bij het voorjaar '23 op terugkomen

In de geraamde omvang van de overeenkomst is al rekening gehouden met de voorgenomen afbouw en het staken van de activiteiten van Bureau LCH per 1 januari 2024. Op dit moment is de verwachting dat er per 31 december 2023 geen behoefte meer is aan opslagcapaciteit bij deze leverancier ten behoeve van Bureau LCH. De optie tot verlenging wordt alleen benut indien het uitvoeren van de goederen exit strategie vertraagd is.

5. Omschrijving afwijking Inkoopbeleid VWS

Gezien de omvang (boven aanbestedingsgrens) en aard (logistieke dienstverlening) van de opdracht dient de opdracht Europees te worden aanbesteed.

Het aanbesteden van deze specifieke behoefte wordt door Bureau LCH als ondoelmatig gezien, primaire redenen zijn de omvang van het opslagvolume (en het verplaatsen hiervan naar de nieuwe dienstverlener) en het gebrek aan perspectief (Bureau LCH kan slechts een eenjarige opdracht in de markt zetten vanwege het staken van de activiteiten per 1 januari 2024) voor deze specifieke opdracht. Deze redenen (en meer) zijn verder uitgewerkt in bijlage 1 van deze afwijkingsnota.

6. Geraadpleegde adviseurs

[redacted] 5.1.2e [redacted] (UBR|HIS)
[redacted] 5.1.2e [redacted] (VWS|WJZ)

Alle betrokken adviseurs hebben aangegeven geen mogelijkheid te zien om gebruik te maken van de uitzonderingen zoals opgenomen in de Aanbestedingswet 2012. WJZ heeft dit op de volgende wijze beargumenteerd:

Naar onze mening kan de Staat in dit geval geen beroep doen op de technische uitzondering van artikel 2.32 b Aw. De transitiekosten lijken weliswaar hoog (circa 700K) in verhouding tot de opdrachtwaarde (circa 2 mio) maar niet dermate hoog dat gezegd kan worden dat de zittende leverancier de enige ondernemer is die de nieuwe opdracht tot opslag kan uitvoeren. Immers, het is eenmaal niet uit te sluiten dat er andere ondernemers zijn die de opslag zouden willen overnemen ook al zou daarbij (een deel van de) transitiekosten worden doorbelast. In de logistieke dienstverlening kunnen de marges immers laag zijn. In dit geval staat niet vast dat de hoogte van de transitiekosten met zich mee brengt dat van een redelijk alternatief geen sprake is.

VWS
pEMA
Kenmerk
1567721-194112-PEMA

Gezien de uitdagingen die het aanbesteden van deze opdracht met zich meebrengt (zie bijlage 1) is geadviseerd om een afwijkingsnota op te stellen en dit ter besluit voor te leggen.

7. Maatregel(en) ter voorkoming van herhaling

Bureau LCH is afhankelijk van politieke besluitvorming over de periode na 1 januari 2024 als het gaat om het garanderen van de noodvoorraad. Momenteel wordt t/m 2023 gewerkt aan het afbouwen van de voorraden tot aan het minimale niveau van de noodvoorraad. Ter indicatie, de huidige voorraad (110.000 pallets verdeeld over drie dienstverleners) is ongeveer 20 keer groter dan de benodigde noodvoorraad (5.500 pallets).

Bureau LCH zal in 2023 starten met de voorbereidingen van een aanbesteding voor de opslag van de noodvoorraad. Uiterlijk op 1 mei 2023 dient Bureau LCH in kennis gesteld te worden of de noodvoorraad vanaf 1 januari 2024 nog gegarandeerd moet worden. Indien dit het geval is kan de aanbesteding in mei 2023 worden uitgevoerd. Deze aanbesteding behelst dan uitsluitend de opslag van de noodvoorraad. Door het uitvoeren van deze aanbesteding wordt voorkomen dat de onrechtmatige overeenkomst (met 5.1.2h eind 2023 verlengd moet worden).

Naast het aanbesteden van de behoefte aan opslag is Bureau LCH medio 2022 al gestart met de voorbereiding/uitvoering van een aanbesteding voor het zekerstellen van de distributieketen. Dit geldt eveneens voor de duurzame verwerking van goederen, hiervoor worden nog in 2022 meerdere Europese aanbestedingen opgestart/uitgevoerd. Door het uitvoeren van deze aanbesteding moet Bureau LCH in staat zijn om uiterlijk in 2023 de bij AGL aanwezige voorraad te hebben afgebouwd.

Onderdeel B

In te vullen door:

- **de inkoopadviseur van ISP of van HIS (en His jurist)**

-
- Naam [redacted] 5.1.2e
- Naam [redacted] 5.1.2e
- Naam organisatie(onderdeel): UBR HIS
- Datum: 6/9/2022

VWS
pEMA

Kenmerk
1567721-194112-PEMA

- **1. Afwijking volgens [redacted] 5.1.2e van HIS/RIVM**

- Omdat de opdracht rechtstreeks wordt gegund, wordt afgeweken van de Aanbestedingswet 2012 (deel 1 en deel 2).
- Conform de circulaire grensbedrag (2021) dienen opdrachten boven de [redacted] 5.1.2b exclusief btw Europees te worden aanbesteed.

- **2. Impact/risicoanalyse van [redacted] 5.1.2e**

- Om de dienstverlening te kunnen continueren ziet inkoop geen ander alternatief. Doelmatigheid weegt in deze casus zwaarder mee dan het voldoen aan de aanbestedingswet en onnodig hoge transactiekosten te maken, voor uitvoering van een inkooptraject en mogelijke verhuizing van producten. Bovendien ontbreekt in dit dossier het 'nuttig effect' van een formele aanbesteding vanwege het niet-realistische scenario dat een mogelijk geïnteresseerde derde partij de hoeveelheid voorraden opgeslagen goederen zelf zal gaan verhuizen en in andere locaties zal onderbrengen om deze vervolgens te beheren. Als de Rijksoverheid de verhuiskosten eventueel zelf zou gaan vergoeden is er wellicht weer sprake van staatssteun. Het risico dat een ondernemer bezwaar zal maken tegen een rechtsstreekse gunning is dan ook gering.

- **In te vullen door FEZ:**

- Naam opsteller: [redacted] 5.1.2e
- Datum: 8 september 2022.

- **1. Impact/risicoanalyse van FEZ**

- *Beschrijf de impact van de geconstateerde afwijking en de daaruit voortvloeiende risico's* De onrechtmatigheid had kunnen worden voorkomen door de noodvoorraad versneld af te bouwen of door voor de opslag vroegtijdig een Europese aanbesteding te starten. Het elders in opslag brengen van de noodvoorraad leidt echter tot ondoelmatigheid (vergt een grootschalige/kostbare operatie) en hogere opslagkosten. Met het oog op de uitvoering van de goederen exitstrategie is het eveneens ondoelmatig om voor de beperkte tijd dat opslag van de noodvoorraad nog nodig is een aanbesteding te starten. Om die reden stemt FEZ in om de nota door te geleiden voor een bestuurlijk oordeel.

- Om een nieuwe onrechtmatigheid per 1 januari 2024 te voorkomen is het nadrukkelijk van belang dat de afbouw van de noodvoorraad zo veel mogelijk wordt versneld.

- **2. Geef een samenvatting van de impact/risicoanalyse en een advies in het kader op het voorblad van deze nota.**

- - Het verlengen van de genoemde overeenkomst is onrechtmatig. Met het oog de ondoelmatigheid en hogere kosten die zich voordoen als dit aanbesteedt wordt, stemt FEZ in om de nota door te geleiden voor een bestuurlijk oordeel.
 - FEZ onderstreept het belang dat bij zaken die aanbesteedt moeten worden de aanbestedingsprocedures worden gevolgd. Deze onrechtmatige staan op gespannen voet met de toezegging van de minister aan de Kamer om het totaalbedrag aan fouten en onzekerheden in de rechtmatigheid omlaag te brengen.
 - Indien tot het aanhouden van een ijzeren voorraad wordt besloten dan is het dringende advies om voor het gebruik van opslagcapaciteit direct een Europese aanbesteding te starten.
 - Om een aanvullende onrechtmatige inkoop na 31 december 2023 te voorkomen dient te worden bezien of de afbouw van de noodvoorraad kan worden versneld. Onrechtmatige inkopen kunnen niet en dienen te worden voorkomen.
 - Voor een ordentelijke afwikkeling van de onrechtmatigheden dienen de dossierstukken - na besluit - ter registratie en archivering te worden doorgeleid naar OBP/CDI office. De onrechtmatigheden dienen ter verantwoording te worden opgenomen in de bedrijfsvoeringsparagraaf van het VWS-jaarverslag.
- - **NB: Voeg na akkoord deze Nota toe aan het inkoopdossier**

VWS
PEMA
Kenmerk
1567721-194112-PEMA

• **Bijlage 1: Goedkeuringsflow per item**

VWS
pEMA

Kenmerk
1567721-194112-PEMA

• 1.onrechtmatigheid (EA fout/gids proportionaliteit)	
• Workflow	• Opmerking
• (C)FA	• Afstemming
• ISP/HIS 5.1.2e	• Afstemming en risico analyse
• 5.1.2e betrokken en directie	• Keurt goed/af (altijd)
• WJZ	• Parafeert indien afwijking >33.000
• FEZ	• Parafeert indien afwijking >33.000
• 5.1.2e	• Keurt goed/af indien afwijking >33.000
• 5.1.2e en Minister	• Keurt goed/af indien afwijking > EA grens

• 2.vrijwaring	
• Workflow	• Opmerking
• (C)FA	• Afstemming
• ISP	• Afstemming en risicoanalyse
• 5.1.2e	• Keurt goed/af (altijd)
• WJZ	• Parafeert
• FEZ	• Parafeert
• 5.1.2e	• Keurt goed/af indien afwijking >100.000
• 5.1.2e en Minister	• Keurt goed/af indien afwijking > EA grens

• 3. garantstelling	
• Workflow	• Opmerking
• (C)FA	• Afstemming
• ISP	• Afstemming en risicoanalyse
• 5.1.2e	• Keurt goed/af (altijd)
• WJZ	• Parafeert
• FEZ	• Parafeert
• 5.1.2e	• Keurt goed/af indien afwijking >100.000
• 5.1.2e en Minister	• Keurt goed/af indien afwijking > EA grens

• 4. afwijking inkoopvoorwaarden (beperking aansprakelijkheid of intellectueel eigendom)	
• Workflow	• Opmerking
• ISP	• Afstemming en risicoanalyse
• 5.1.2e	Keurt goed/af (altijd)

5.1.2e	
• WJZ	• Parafeert
• FEZ	• Parafeert in geval van financiële implicaties
• 5.1.2e	• Keurt goed/af

-

• 5. voorschot	
• Workflow	• Opmerking
• ISP	• Afstemming en risicoanalyse
• 5.1.2e	• Parafeert (altijd)
• FEZ	• Parafeert
• 5.1.2e	• Keurt goed/af
• 5.1.2e en minister	• Keurt goed/af voorschot > 100.000

-
-
-

• 6. Anders	
• Workflow	• Opmerking
• ISP	• Afstemming en risicoanalyse en overlegt met WJZ en FEZ en gezamenlijk wordt daarna route bepaald. Maatwerk. Routing wordt in adviesnota specifiek opgenomen.

-

VWS
pEMA

Kenmerk
1567721-194112-PEMA