

Ministerie van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport

Team ProductieNL

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

Bezoekadres:
Parnassusplein 5
2511 VX Den Haag
T 5.1.2e
F
Postbus 20350
2500 EJ Den Haag
www.rijksoverheid.nl

Inlichtingen bij

5.1.2e

5.1.2e @minvws.nl

memo

Advies WJZ inkoop isolatiejassen

Datum
12 juni 2020

Aantal pagina's
3

Vraagstelling

In de nota met betrekking tot de productie van isolatiejassen van 5 juni 2020 zijn drie opties opgenomen, waarvan de eerste optie het opstarten van de productie betreft door directie gunning. In de nota is tevens opgenomen dat directie gunning juridisch niet mogelijk is omdat dit in strijd is met de Aanbestedingswet 2012. De MMZS heeft gevraagd waarom het op dit moment niet meer mogelijk is om opdrachten direct te gunnen op grond van dwingende spoed. De argumentatie hiervoor worden hieronder uiteengezet.

Inkopen = aanbesteden

Onderhandelingsprocedure o.g.v. dwingende spoed

Indien VWS isolatiejassen wenst te laten produceren door het consortium en deze jassen ook zelf wenst in te kopen en daarvoor te betalen, is sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht (een overheidsopdracht). In dat geval rijst de vraag of de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging op grond van dwingende spoed kan worden gevolgd.

Bij de start van de bestrijding van het COVID-19 virus is veelvuldig gebruik gemaakt van de onderhandelingsprocedure op grond van dwingende spoed voor bijvoorbeeld de levering van persoonlijke beschermingsmiddelen (PBM).

Dit artikel moet volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie echter restrictief worden uitgelegd. Er moet ten eerste sprake zijn van gebeurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien. De door de COVID-19 crisis veroorzaakte noodsituatie kan worden aangemerkt als een gebeurtenis die door VWS niet kon worden voorzien; zie ook de richtsnoeren die de Europese Commissie hieromtrent heeft opgesteld.¹

1

Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het gebruik van het kader voor

overheidsopdrachten in de door de Covid-19-crisis veroorzaakte noodsituatie (2020/C 108

I/01) 1. Inleiding

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

Datum
3 september 2018

Ten tweede dient er echter sprake te zijn van een zodanige dwingende spoed die het in acht nemen van de algemene termijnen van de aanbestedingsprocedures (inclusief de versnelde procedures) onmogelijk is. Hiermee wordt met name bedoeld op de onmiddellijke behoeften van ziekenhuizen en zorginstellingen aan goederen en diensten die met de grootst mogelijke spoed moeten worden vervuld. Aan PBM was in de eerste periode van de COVID-19 crisis zeker een onmiddellijke behoefte zodat ook aan de tweede voorwaarde werd voldaan. Aangezien in de hierboven genoemde nota m.b.t. de productie van isolatiejassen is aangegeven dat er op dit moment geen acuut tekort is aan isolatiejassen en er sprake is van een robuuste voorraad, kan niet makkelijk verdedigbaar dat er sprake is van een zodanige spoed die het in acht nemen van de algemene termijnen van de aanbestedingsprocedures onmogelijk maakt.

Tot slot moet de aanbestedende dienst aantonen dat de omstandigheden niet aan hemzelf zijn te wijten. In het geval de aanbestedende dienst zelf enige tijd laat passeren alvorens in actie te komen, kan dit ertoe leiden dat hij zich niet meer kan beroepen op dwingende spoed. Aangezien met het opstarten van productie in Nederland wel enige tijd is gemoeid, is deze voorwaarde lastig aan te tonen.

Conclusie

Aangezien er geen onmiddellijke behoefte aan isolatiejassen is die met de grootst mogelijke spoed moet worden vervuld omdat er op dit moment geen acuut tekort is en er een robuuste voorraad is en er ook enige tijd is gemoeid met het opstarten van de productie in Nederland, verstreken sinds he

Versnelde procedure

Er kan mogelijk wel een beroep worden gedaan op de zogenaamde 'versnelde procedure' waarbij de termijnen die in acht moeten worden genomen bij de aanbestedingsprocedure, kunnen worden verkort. Dit is mogelijk wanneer er sprake is van een urgente situatie die niet aan de aanbestedende dienst is te wijten. Indien gesteld kan worden dat er vanwege de mogelijke tweede golf in het najaar nog meer isolatiejassen moeten worden geproduceerd, is het wellicht verdedigbaar om de versnelde aanbestedingsprocedure te volgen.

Eisen aan de productie

De overheid mag wel duurzaamheidseisen stellen aan de in te kopen producten, maar het stellen van de eis dat de producten geproduceerd moeten worden in Nederland is in strijd met het aanbestedingsrechtelijke beginsel van gelijkheid en non-discriminatie naar nationaliteit.

Mogelijk alternatief?

Indien VWS niet zelf wenst te beschikken over de isolatiejassen en deze dus niet wenst in te kopen, dan is er mogelijk geen sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht; in dat geval hoeft er niet (Europees) aanbesteed te worden.

Wanneer VWS de isolatiejassen niet zelf gaat inkopen, zullen de producenten vermoedelijk wel een garantie van VWS willen met betrekking tot een bepaalde afnamehoeveelheid in die zin dat indien er minder isolatiejassen worden afgenomen dan geproduceerd in een bepaalde periode, VWS dit verschil dan betaalt.

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

Datum
3 september 2018

Overigens is het wel juridisch risicovol om alleen de partijen die onderdeel uitmaken van het consortium de isolatiejassen te laten produceren en alleen aan hen een afnamegarantie te geven. Zeker aangezien (zoals is opgenomen in de nota m.b.t. isolatiejassen is opgenomen) er ondertussen ook andere partijen op de markt zijn gekomen die ook interesse hebben getoond in de productie van isolatiejassen.