

Ministerie van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport

Secretaris-generaal

SG
Financieel-Economische
Zaken
Ontwikkeling Financieel Beleid
en Beheer

Ontworpen door

5.1.2e

5.1.2e @minvws.nl

nota

(ter informatie)

Nota Casuïstiek Afwijkingsnota's

Datum
9 februari 2022

Kenmerk

Zaaknummer

Paraaf directeur

1 Aanleiding voor deze nota

Op verzoek van de 5.1.2e en de 5.1.2e treft u bijgaand nota aan waarin VWS-breed casuïstiek beschreven wordt betreffende afwijkingsnota's. Het doel is om een beeld te schetsen hoeveel en wat voor soort afwijkingsnota's er worden ingediend en hoe FEZ tot haar oordeel komt alvorens de afwijkingsnota's aan de 5.1.2e Minister worden aangeboden ter goedkeuring en welke problemen hierbij spelen.

2 Samenvatting en conclusies

Voor het jaar 2021 zijn VWS-breed (zowel kern als buitendiensten) in totaal 50 afwijkingsnota's ingediend¹. In de argumentatie zien we drie hoofdcategorieën:

- o Men stelt dat er sprake is van politieke overmacht: de politiek eist dat het snel moet. (zie casus 1 en 2)
- o Men stelt dat er sprake is van uitvoerings-overmacht: als we niet snel handelen dan kan het beleid niet uitgevoerd worden. (zie casus 1 en 2)
- o Overige omstandigheden. (zie casus 3, 4 en 5))
- Grootste problematiek wat afwijkingsnota's betreft zijn de verlengingen van de bestaande (al dan niet onrechtmatige) overeenkomsten.
- Er worden over het algemeen niet op tijd maatregelen genomen om de onrechtmatigheden te voorkomen. Bijvoorbeeld wanneer bekend is dat een overeenkomst wordt beëindigd of verloopt er niet tijdig actie wordt ondernomen, maar wordt gewacht tot op laatste moment waardoor er een tijds-klem ontstaat.
- Bij de meeste afwijkingsnota's dient ongeacht de vorm/reden van de afwijking rekening gehouden te worden met politieke besluitvorming en uitvoeringsovermacht.
- Bovenstaande problematiek speelt voornamelijk bij corona gerelateerde inkoop. Inkoop algemeen VWS breed loopt goed.

3 Belangrijkste punten van informatie

Toelichting achtergrond werkwijze FEZ afwijkingsnota's.

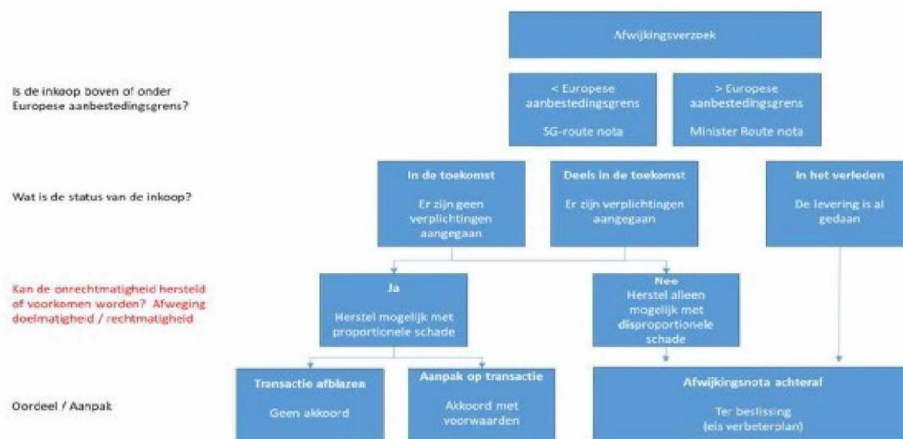
Met de nota "omgaan met afwijkingsnota" van 11 november 2021 bent u geïnformeerd dat de afwijkingsprocedure voorschrijft dat de keuze om in voorkomende gevallen af te wijken van de aanbestedingsregels vooraf gemotiveerd, (juridisch) beoordeeld en goedgekeurd dient te worden. Uit de spendanalyse was geconstateerd dat ongeveer 90% van de afwijkingsnota's gebruikt werden om achteraf reeds bestaande onrechtmatigheden middels een afwijkingsnota alsnog te laten bekrachtigen door bevoegd gezag. Dit heeft ertoe geleid dat een afwijkingsnota vooraf niet voldoende was, maar ook de afwijkingsnota achteraf geïntroduceerd moest wordenⁱⁱ. Belang hierbij is, ook al gaat het om voldongen feiten, conform de regels **de leiding van de aanbestedende dienst en/of departementsleiding, de 5.1.2e Minister, instemt met de uitzonderingssituaties. Hiermee neemt 'de lijn' expliciet de verantwoordelijkheid op zich voor onrechtmatigheden. Afwijken zonder goedkeuring van de "lijn" is als het ware dus niet mogelijk. Ook het achteraf bekrachtigen is noodzakelijk.**

SG

Financieel-Economische
Zaken
Ontwikkeling Financieel Beleid
en Beheer

Kenmerk

Mede rond de problematiek rondom de afwijkingsnota's heeft FEZ, met uw goedkeuring, nieuwe werkwijze omgaan met afwijkingsnota's opgesteld. Hieronder ziet u een schematische overzicht welke stappen FEZ neemt alvorens haar oordeel komt en adviseert.



Medio oktober/november 2021 heeft FEZ conform de nieuwe werkwijze oordeel geveld over de afwijkingsnota's. Tevens is bijgehouden wat voor soort afwijkingsnota's worden ingediend en wat het problematiek is rondom de afwijkingsnota's. Dit zal aan de hand van enkele casuïstiek weergegeven worden.

Bijlage 1 Casuïstiek

De hieronder beschreven afwijkingsnota's zijn geselecteerd, omdat politieke overmacht, uitvoeringsovermacht en overige omstandigheden duidelijk aan bod komen. Wel dient hierbij opgemerkt te worden dat dit problematiek grotendeels bij alle in bijlage II opgenomen directies en buitendiensten voorkomt.

SG

Financieel-Economische Zaken
Ontwikkeling Financieel Beleid en Beheer

Kenmerk

1.Directie GMT

Nota achteraf: Afwijkende inkoopprocedure met terugwerkende kracht waarbij herstel niet mogelijk is plus sprake is van politiek overmacht.

Onderwerp: Overeenkomst (en verlenging) tussen VWS en Mainfreight t.b.v. opslag desinfectans van 1 januari 2021 tot 30 juni 2022, met een verlengingsoptie tot september 2022.

Samenvatting: VWS heeft aan het begin van de pandemie voor het bereiden, afvullen en leveren van desinfectans vanwege dwingend spoed opdracht gegund aan Vipack, die het vervolgens een derde partij, te weten Mainfreight Logistics Services Born Bv (Hierna Mainfreight) betrokken voor de opslag en distributie. Eind 2020 is de productie van desinfectans beëindigd door Vipack, maar per 1 januari 2021 is voor wat betreft de opslag en distributie van desinfectans met Mainfreight gecontinueerd.

Problemen hierbij:

- Overeenkomst niet getekend.
- De directie GMT ging ervan uit dat voor onderhavige casus van januari 2021 tot 30 juni 2022 (incl. verlengingsoptie tot september 2022) voor de huur van opslagruimte de aanbestedingswet niet van toepassing was. Echter na advies van WJZ is gebleken dat levering en diensten van Mainfreight niet onder huur gecategoriseerd kan worden en zodoende aanbestedingswet wel van toepassing was en dus aanbestedingsprocedure gevolgd had moeten worden.
- Tevens is sinds januari 2021 bij Mainfreight vertrouwen gewekt dat er een overeenkomst zou worden gesloten vanuit VWS (incl. vergaande onderhandelingen) en sindsdien ook voorschotten betaald.
- Nota is in op 4 januari 2022 ter beoordeling aangeboden aan FEZ

Oordeel FEZ:

- Hierbij de vraag of herstel nog mogelijk is en in hoeverre kan het zonder nadelige consequenties voor VWS. Het gaat in casus om een inkoop waarvan de potentiële overeenkomst al deels is gerealiseerd, namelijk voor geheel 2021.
 - Herstel van de onrechtmatigheid is 2021 niet meer mogelijk aangezien door VWS gebruik is gemaakt van de opslagruimte en tevens er betalingen zijn verricht hetgeen we dus niet alleen juridische, maar ook financiële verplichtingen zijn aangegaan.
- Wat betreft de verlenging van de overeenkomst; alternatieven voor het niet verlengen leidt tot ondoelmatigheid en grotere materiele kosten.
 - Het is op dit moment niet doelmatig om dienstverlening rondom het beheren van de noodvoorraad aan te besteden en langdurige contracten aan te gaan als gevolg van het feit dat politieke besluitvorming over de toekomst van de Noodvoorraad (het al dan niet continueren) en het eventueel aanleggen van een toekomstige IJzeren voorraad pas medio 2022 plaatsvindt. Het perspectief van Bureau LCH gaat momenteel niet verder dan eind 2022. Na de besluitvorming over de Noodvoorraad en de eventuele IJzeren voorraad, kunnen nieuwe onrechtmatigheden worden

voorkomen. Naar verwachting kan Bureau LCH in Q3 en Q4 van 2022 aanbestedingen starten. Hiermee verwacht Bureau LCH lopende onrechtmatigheden zoveel mogelijk te beperken en nieuwe onrechtmatigheden te voorkomen.

SG
Financieel-Economische
Zaken
Ontwikkeling Financieel Beleid
en Beheer

Bovenstaande nota is een voorbeeld van een afwijkingsnota achteraf waarbij onrechtmatige overeenkomsten worden gesloten en/of verlengd en ook sprake is van politieke overmacht (zelfde problematiek speelt ook bij CIBG). Zolang politiek besluit over toekomstige IJzeren voorraad/Noodvoorraad niet wordt versneld kunnen we nog toekomstige onrechtmatigheden verwachten (ook in 2023).

Kenmerk

2. directie PDC-19

Nota vooraf

Onderwerp: Verlenging XL spoor 1

Samenvatting: In overleg met GGD GHOR Nederland is afgesproken dat de XL-testpaviljoens door VWS niet verlengd zouden worden na 31 december 2021 vanwege de overtuiging dat de noodzaak zou ontbreken bij een toegenomen vaccinatiegraad en toenemend gebruik van zelftesten. Als de XL-testpaviljoens toch nog nodig zouden zijn, dan zou de GGD zelf verantwoordelijk zijn voor de continuïteit van deze locaties. De onverwacht sterk toegenomen testvraag en de verwachte verdere toename van de testvraag danwel een hoog plateau richting de winter is toch door PDC-19 besloten om de (X)L-testpaviljoens te verlengen.

Problemen hierbij:

- Er was geen budget geregeld. Tevens zou de verlenging onrechtmatig zijn.
- Overname van de contracten door de regionale GGD'en zouden niet tijdig gereed zijn, tenzij de gemeente zelf een mogelijke onrechtmatigheid aangaat. Er zouden dan gesprekken gevoerd moeten worden tussen elke gemeente en de leverancier. De leverancier moest begin december weten of hij moet starten met de afbouw. De regionale GGD'en waren op dat moment volledig toegewijd om de testvraag aan te kunnen en de boostervaccinatiecampagne te starten en geven aan niet in staat te zijn om dit nu tijdig te organiseren. Als we toch voor deze route zouden kiezen, liepen we het risico dat er één of meerdere regio's niet kunnen voldoen aan de testvraag of vaccinatievraag.

Oordeel FEZ:

- Er dient bestuurlijke weging plaats te vinden of het voorgestelde advies wordt overgenomen, gelet op de onrechtmatige verlenging van de opdracht.
- Bij tijdig ondernomen actie hadden wellicht de rechtmatige routes gevolgd kunnen worden zowel door de GGD-GHOR als door VWS.
- GGD-GHOR was verantwoordelijk voor de continuïteit van deze locaties en had hiermee rekening moeten houden en eventueel voorbereidingen moeten treffen. Aan de andere kant had VWS GGD-GHOR alert moeten maken voor na 1 juli 2021.
- Hierover is ook binnen FEZ intern veelvuldig nagedacht over de consequenties hiervan voor VWS.
 - o GGD-GHOR aanspreken op hun verantwoordelijk en dat ze zelf onrechtmatigheid moesten aangaan was een optie, alleen hierbij moest rekening gehouden worden met;
 - Het risico van discontinuïteit echter groter was als 4 gemeenten dit traject zouden moeten doorlopen, dan wanneer

VWS dit doet. Elk falen zou afstralen op het ministerie van VWS.

- Een tekort aan testcapaciteit bij de GGD maatschappelijk onbespreekbaar was.
- Dat er vanuit de media veel aandacht besteedt zou worden.

SG

Financieel-Economische
Zaken
Ontwikkeling Financieel Beleid
en Beheer

Kenmerk

Dit is een voorbeeld waarbij niet alleen politiek, uitvoering, maar ook maatschappelijk belang in acht genomen moest worden.

3.Directie Dco

Nota vooraf: verlenging van een al onrechtmatige overeenkomst juli 2021 t/m december 2021

Onderwerp: Desinformatie

Samenvatting: Betreft aanpak desinformatie. Via eerdere afwijkingsnota is (datum 08-04-2021) aan bureau DROG de opdracht gegeven om het sentiment en veel voorkomende thema's in de (sociale) media op het gebied van COVID-19, testsamenleving, digitaal corona certificaat en vaccinatie te monitoren. Directie wilde samenwerking met het bureau DROG voortzetten (november 2021 tot december 2021) omdat zij de benodigde expertise in huis hebben.

Problemen hierbij.

- Afwijkingsnota is begin november 2021 aangeboden aan FEZ, terwijl het een verlenging betreft vanaf november 2021.
- Er was al een onrechtmatige overeenkomst en met de verlenging komt de waarde van de opdracht boven de Europese aanbestedingsgrens uit. Dus het had ook EU aanbesteed moeten worden.

Oordeel FEZ

- Het is niet volledig duidelijk wat de meerwaarde is van deze inkoop gelet op het bestaande netwerk met andere partijen o.a. het RIVM, CBG en IGJ, BZK en met de DenkTank desinformatie en TechTegenCorona. FEZ vraagt zich af welke nieuwe informatie deze monitoring gaat opleveren. De doelgroepen waarbij en de thema's waarover misverstanden bestaan zijn reeds bekend. Hierop kunnen activiteiten worden georganiseerd.
- Bij een tijdig ondernomen actie had wellicht rechtmatige routes gevolgd kunnen worden. Het aflopen van de overeenkomst was namelijk voorzienbaar.
- FEZ heeft aan de directie ook meegegeven dat vanuit FEZ negatief zal worden geadviseerd. Gezien een afwijkingsnota niet door FEZ tegengehouden kan worden is geadviseerd om door te geleiden zodat gewogen kan worden of het belang van de opdracht opweegt ten opzichte van de onrechtmatigheid die ertegenover staat.

Een voorbeeld waarvan onrechtmatigheid duidelijk voorkomen had kunnen worden. Tevens komt ook duidelijk naar voren dat de directie afwacht tot laatste moment alvorens actie te ondernemen.

4. RIVM

Nota achteraf

Onderwerp: Afwijkingsnota's laptops RIVM

SGFinancieel-Economische
Zaken
Ontwikkeling Financieel Beleid
en Beheer**Kenmerk**

Samenvatting: buiten de bestaande raamovereenkomst heeft RIVM op 20 augustus 2021 RIVM opdracht verstrekt aan Centralpoint voor de levering van 200 stuks Dell laptops. De onverwacht grotere groei in het aantal medewerkers (1.400 i.p.v. de geprognoseerde 400 a 500 medewerkers sinds januari 2021) waarmee het RIVM en haar klanten zich geconfronteerd stelt, maakt dat er grote behoefte was aan werkplekmiddelen voor onze nieuwe medewerkers (naast reguliere vervanging en break-fix / ijzeren voorraad); deze medewerkers werken thuis en kunnen dus geen aanspraak maken op de middelen op kantoor. De laptops waren noodzakelijk om het thuiswerken te kunnen ondersteunen.

Problemen hierbij:

- De afwijkingsnota is begin oktober 2021 aangeboden aan FEZ, terwijl de levering van de 200 stuks Dell laptops op 10 september 2021 heeft plaatsgevonden.
- De aard van de vraag, laptops, valt binnen de scope van Raamovereenkomst IWR202 en als deelnemer aan de raamovereenkomst is het RIVM gehouden de bepalingen van de raamovereenkomst te volgen.
- De urgente situatie als gevolg van onderdelen tekort in combinatie met de instroom van meer dan verwachte nieuwe medewerkers vormen geen aanbestedingsrechtelijke grondslag om af te wijken van de bepalingen van de raamovereenkomst.

Oordeel FEZ

- Herstel van de onrechtmatigheid was niet meer mogelijk aangezien de opdracht was gegund en de levering van de laptops al plaatsgevonden hadden. Hier zijn dan ook consequenties aan gebonden waar we als VWS niet onderuit konden (zonder juridische procedure).

Een voorbeeld van een nota achteraf waar sprake was van voldongen feit waardoor herstel niet meer mogelijk was.

5.RDO

Nota vooraf

Onderwerp: Webhelp BV

Samenvatting: Voor het KCC van alle applicaties van RDO maakt RDO gebruik van de diensten van Webhelp BV. Deze partij faciliteert de helpdesk voor CoronaMelder, GGD Contact, CoronaCheck, Basis Registratie Bijzondere Assets (BRBA) en Hulpverleners Kunnen Vaccinaties Invoeren (HKVI). De initiële overeenkomst met Webhelp B.V. had Europees aanbesteed moeten worden. RDO heeft een Europees aanbesteding traject in gang gezet om na einde van de huidige overeenkomst (7 februari 2022) de dienstverlening rechtmatig te kunnen voortzetten, maar de aanbesteding kan niet afgerond worden voor 08 februari 2022.

Problemen hierbij:

- Afwijkingsnota is op 28 december 2021 aangeboden aan FEZ.
- Initieel onrechtmatige opdracht aan Webhelp was van 7 augustus 2020 tot 7 februari 2021. Hierna is het twee maal met 6 maanden weer onrechtmatig verlengd, te weten eerst tot 7 augustus 2021 en daarna tot 7 februari 2022.

- Om een rechtmatige overeenkomst te realiseren is een Europees aanbesteding traject begonnen, maar dat neemt tijd in beslag en zal dus niet voor 7 februari gerealiseerd worden.
- Hierdoor is een korte, tijdelijke, weer onrechtmatige verlenging van het huidige contract met Webhelp nodig. Het gaat hierbij om een mogelijke verlenging van één maand om de aanbesteding af te ronden en definitieve gunning 8 maart 2022 plaats te laten vinden

SG
 Financieel-Economische
 Zaken
 Ontwikkeling Financieel Beleid
 en Beheer

Kenmerk

Oordeel FEZ

- Gezien de Europese aanbesteding in gang is gezet voor een rechtmatige overeenkomst en de voorliggende overeenkomsten enkel als doelmatige noodzakelijke overbrugging zijn bedoeld, kan met het afwijkingsverzoek worden ingestemd.

Het gaat hier om een afwijkingsnota vooraf waarbij meerdere verlenging, van een al bestaande onrechtmatige overeenkomst, heeft plaatsgevonden.

ⁱ Naast de afwijkingsnota's is er in 2021 108 keer gebruik gemaakt van een uitzonderingsgrond: beroep op dwingende spoed. Een uitzonderingsgrond leidt niet tot afwijkingsnota's omdat het onderdeel is van rechtmatig uitzonderingsproces.

ⁱⁱ Niet alleen de regels, maar ook de ADR/AR heeft VWS meerdere malen erop gewezen dat een afwijkingsnota vooraf niet mogelijk is, terwijl het om voldongen feiten gaat.