

Aanleiding

- RIVM-DVP bereidt zich voor op een vaccinatiecampagne bestrijding coronavirus.

Onderdeel hiervan is het organiseren van specifiek de opslag en distributie van de vaccins, een cruciale schakel in de keten tussen fabrikant/leveranciers en afnemers.

Gezien de grote impact van het onvoorziene coronavirus, is het doel om zo spoedig mogelijk alle noodzakelijke voorbereidingen te treffen voor elk mogelijk beschikbaar komend vaccin.

Gezien de evidente noodzaak om dit zo spoedig mogelijk te hebben ingericht en de benodigde capaciteit te hebben verzekerd, de benodigde kwaliteitsborging gezien de aard van de goederen en alle praktische elementen die gepaard gaan met onderhavige logistieke processen, ligt voor de hand om zoveel mogelijk gebruik te maken van de diensten van de bestaande, vaste leverancier voor de opslag en distributie van farmaceutische producten en medische hulpmiddelen: O&M Movianto Nederland B.V. (verder: Movianto).

RIVM en Movianto zijn in 2020 overeenkomst aangegaan voor deze diensten; deze overeenkomst is Europees aanbesteed en is 1 september jl. in werking getreden.

In de aanbesteding (voorlopig gegund januari 2020) kon nog geen rekening gehouden worden met specifiek de gevolgen van het onvoorziene coronavirus, maar is wel flexibiliteit voorzien.

Hoe dan ook moet rekening gehouden worden met het feit dat Movianto niet alle benodigde diensten eigenstandig kan leveren, dan wel vanwege een capaciteitsgebrek dan wel vanwege specifiek aan de diensten te stellen eisen.

Vraagstelling

1. In hoeverre en op welke wijze is het mogelijk om diensten op het gebied van opslag en distributie van specifiek een vaccin in de strijd tegen corona te laten opslaan en distribueren door O&M Movianto Nederland B.V.?

In hoeverre en op welke wijze is het mogelijk om van O&M Movianto Nederland B.V. te eisen diensten op het gebied van opslag en distributie van specifiek een vaccin in de strijd tegen corona te verlenen?

In hoeverre en op welke wijze is het mogelijk om diensten op het gebied van opslag en distributie van specifiek een vaccin in de strijd tegen corona te laten opslaan en distribueren door een of meer andere dienstverleners dan O&M Movianto Nederland B.V.?

*Relevante feiten*Over de scope en omvang van de aanbestede Overeenkomst:

- Definitie "Farmaceutische producten en medische hulpmiddelen": Het betreft onder meer Vaccins, (...) (p. 8 Beschrijvend Document, BD)

De Opdracht zoals die is aanbesteed betreft op hoofdlijnen de volgende Diensten (...): a) Inslag & Opslag, b) Pick & Pack en c) Distributie (par 2.1 BD).

Deze Diensten moeten worden uitgevoerd voor verschillende programma's c.q. activiteiten van het RIVM, waarmee bepaalde producten en logistieke stromen gepaard gaan. Op het moment van aanbesteden betreft het in ieder geval: <alle programma's c.q. activiteiten voor zover toen bekend benoemd in opsomming a. tot en met g.> (par 2.1 BD).

Van belang is dat gemarkeerd is dat bovenstaande opsomming a. tot en met g. gold ten tijde van de aanbesteding, maar dat het RIVM met de aanbestede Overeenkomst gedurende de looptijd beoogde te voorzien en zou voorzien in het contracteren van een Opdrachtnemer voor de opslag en distributie van alle mogelijke Farmaceutische producten en medische hulpmiddelen voor zover dit binnen het RIVM onder het takenpakket van DVP valt. Aangegeven is dat daarom sprake is van een flexibele Overeenkomst (par 2.1 BD).

Een indicatie van de met de verschillende programma's c.q. activiteiten gepaard gaande volumes is weergegeven in de Bijlage Indicatieve specificaties per programma. Aangegeven is dat het RIVM met deze inschatting een zo goed mogelijk beeld van de omvang van de Opdracht heeft willen geven. Opgemerkt is dat volumes tijdens de looptijd van de Overeenkomst kunnen afwijken van de indicatie, zowel totaal, als per programma als per tijdsperiode; aangegeven is dat bijvoorbeeld (bevolkings)ontwikkelingen kunnen zorgen dat er een Vaccin wordt toegevoegd aan een programma of meer grieprikken nodig zijn (par. 2.3 BD).

Zoals ook in het Programma van eisen naar voren komt moet de te contracteren Opdrachtnemer deze flexibiliteit kunnen bieden en ook bereid zijn om dit te doen: voorop staat dat een Opdrachtnemer gecontracteerd wordt die alle Diensten waarop deze aanbesteding ziet continu en tegen de overeengekomen kwaliteit kan verrichten (par. 2.3 BD).

Om deze flexibiliteit contractueel mogelijk te maken, is in de concept-Overeenkomst een aantal voorzieningen getroffen. Deze worden toegelicht in paragraaf 2.5 en zijn vanzelfsprekend te vinden in de concept-Overeenkomst zelf. (par. 2.3 BD).

Artikel 1.2 Overeenkomst:

Herzieningsclausule in de zin van artikel 2.163c Aanbestedingswet 2012: Indien Opdrachtgever als gevolg van besluitvorming door de Minister, vanwege veranderende wet- en regelgeving in bredere zin of om organisatorische redenen tijdens de looptijd van de Overeenkomst soortgelijke Diensten als in het vorige lid bedoeld ten aanzien van een nieuw programma c.q. nieuwe activiteit of een nieuw onderdeel binnen een programma c.q. activiteit wenst af te nemen van Opdrachtnemer, dan is Opdrachtnemer verplicht om op verzoek van Opdrachtgever binnen een redelijke termijn aan Opdrachtgever een nadere offerte aan te bieden voor het binnen een redelijke termijn gaan verlenen van zijn Diensten voor deze nieuwe behoefte. Zowel voor wat betreft het kwalitatieve als voor wat betreft het financiële aanbod dient de nadere offerte in lijn te liggen met de op dat moment geldende afspraken onder de Overeenkomst. Afwijkingen zijn alleen toegestaan als Opdrachtnemer kan aantonen waarom dit objectief gezien noodzakelijk is. Opdrachtgever besluit te allen tijde of hij de nadere offerte aanvaardt, al dan niet na onderhandeling. Pas nadat Opdrachtgever de nadere offerte heeft aanvaardt, is sprake van herziening van de Overeenkomst die als zodanig zal worden vastgelegd. Opdrachtgever is niet gehouden tot toepassing van dit artikel indien dit strijdig zou zijn met uit de Aanbestedingswet 2012 voortvloeiende verplichtingen.

- Movianto heeft gegarandeerd op elk moment tijdens de duur van de Overeenkomst te beschikken over de benodigde outillage, materieel en personele middelen om de Diensten tijdig en conform overeengekomen kwaliteitsniveau te kunnen verrichten, met inachtneming van alle ten tijde van de aanbesteding verstrekte informatie over de aard en omvang van deze Diensten en met dien verstande dat Opdrachtnemer dit ook dient te garanderen in het geval van een substantiële toe- of afname van de met de gevraagde Diensten gepaard gaan volumes en programma's c.q. activiteiten. (Eis 7.1 Programma van Eisen, PvE).

Op basis van de Inschrijving van Movianto is de definitieve waarde van de Overeenkomst – voor wat betreft de initieel uitgevraagde programma's c.q. activiteiten en op basis van de in de aanbesteding gehanteerde aantallen – geraamd op ca. € (10)(2b) exclusief btw per jaar.

Uitgaande van de maximale looptijd van 7 jaar en 9 maanden levert dit een totale waarde van ca. € (10)(2b) exclusief btw op (berekend op basis van inschrijving en aanbestedingsstukken).

Over de scope en omvang vaccinatiecampagne bestrijding coronavirus:

- Omdat nog niet bekend is welk(e) vaccin(s) opgeslagen en gedistribueerd moet(en) worden, moet bij de voorbereiding van de opslag en distributie rekening worden gehouden met alle mogelijke scenario's. Dit is met name van belang van de condities waaronder opslag moet plaatsvinden: 1. niet gekoeld en/of 2. gekoeld en/of 3. -20 graden Celsius en/of 4. -60 graden Celsius. Vanwege genoemde onzekerheid geldt dus vooralsnog niet "en/of" maar "en/en" (input vanuit project).

Binnen het Programma van Eisen dat onderdeel is van de Overeenkomst met Movianto is onderscheid gemaakt tussen gekoelde en niet-gekoelde producten:

Voor de gekoelde RIVM-producten zal zowel opslag, pick&pack als transport uitgevoerd worden onder gekoelde condities (2,0 tot 8,0°C). De temperaturen worden continu gemonitord en geregistreerd. In geval van een temperatuurexcursie genereert het monitoringssysteem een alarm (Eis 4.1 PvE)

Voor de niet gekoelde RIVM-producten zal zowel opslag, pick&pack als transport uitgevoerd worden onder ambiënte condities (15,0 tot 25,0°C). De temperaturen worden continu gemonitord en geregistreerd. In geval van een temperatuurexcursie genereert het monitoringssysteem een alarm (Eis 4.2 PvE)

In de bestaande Overeenkomst met Movianto zijn dus geen eisen opgenomen ten aanzien van opslag bij lagere temperaturen.

- Voor pick&pack en distributie is dit onderscheid naar verwachting minder relevant en kan naar verwachting aansluiting worden gezocht bij de reeds op basis van de aanbestede Overeenkomst overeengekomen kwaliteitsniveau (input vanuit project).

Ten aanzien van de omvang van de Diensten rondom de coronavaccinatie is nog veel onzeker, maar als het echt gaat lopen, dan kan het qua aantallen en logistieke kosten (ook vanwege complexiteit) groter zijn dan de jaarlijkse kosten van RVP + NPG bij elkaar (op basis van de inschrijving van Movianto en de daar gehanteerde uitgangspunten qua aantallen zijn deze jaarlijkse kosten € (10)(2b) – € (10)(2b) exclusief btw (input vanuit project).

Over de mogelijkheden voor Movianto om op basis van de bestaande Overeenkomst gebruik te maken van onderaannemers ihkv capaciteit:

- Movianto moet op basis van de Overeenkomst 1 opslag- en pick&pack-locatie in eigen beheer, dat wil zeggen: zonder dat sprake is van Onderaanneming, gebruiken, waarbij enkele eisen aan deze locatie zijn gesteld (Eis 7.1, PvE).

Het is toegestaan om - enkel ten behoeve van de extra benodigde opslag voor de uitvoering van de NPG/NPPV-campagne - een tweede opslaglocatie te gebruiken die zich op een afstand van maximaal 3 uur ten opzichte de eerste bevindt. (...) Opdrachtnemer mag uitsluitend voor de tweede opslaglocatie een beroep doen op een Onderaannemer en dan uitsluitend voor zover het extra benodigde opslagruimte voor de opslag van de vaccins ten behoeve van de NPG/NPPV-campagne betreft. Bij Onderaanneming blijft Movianto volledig verantwoordelijk (Eis 7.2 PvE).

Distributieactiviteiten mogen uitbesteed worden via Onderaanneming. Bij Onderaanneming blijft de Opdrachtnemer volledig verantwoordelijk, ook voor de kwaliteit en informatievoorziening (Eis 8.3 PvE).

Juridisch kader

Met betrekking tot de bestaande Overeenkomst met Movianto is met name relevant:

- De Overeenkomst (incl. aanbestedingsstukken, waaronder ARVODI-2018).

BW, in bijzonder het leerstuk "onvoorziene omstandigheden" (hier niet nader uitgewerkt).

Art. 2.163c Aw 2012, waarnaar verwezen wordt in artikel 1.2 Overeenkomst:

1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien de wijziging, ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken is opgenomen in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules, waaronder prijsherzieningsclausules of opties.

2. Herzieningsclausules als bedoeld in het eerste lid:

- a. omschrijven de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties,

omschrijven de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt, en

voorzien niet in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht kunnen veranderen.

- Art. 2.163e Aw 2012:

1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien:

a. de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien,

b. de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengt, en

c. de verhoging van de prijs niet meer bedraagt dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.

2. Artikel 2.163d, tweede tot en met zesde lid, is van overeenkomstige toepassing.

- Art. 2.163d, tweede tot en met zesde lid Aw 2012:

2. Indien een overheidsopdracht een indexeringsclausule bevat, wordt voor de berekening van de prijs, bedoeld in het eerste lid, onderdeel d, de geactualiseerde prijs als referentiewaarde gehanteerd.

3. Indien opeenvolgende wijzigingen van een overheidsopdracht worden doorgevoerd, geldt de beperking van het eerste lid, onderdeel d, voor de waarde van elke wijziging.

4. Een aanbestedende dienst voert geen opeenvolgende wijzigingen van een overheidsopdracht door met het oogmerk zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2 van deze wet.

5. Een aanbestedende dienst maakt een wijziging van een overheidsopdracht die voldoet aan de voorwaarden, bedoeld in het eerste lid, bekend door een aankondiging hiervan op het elektronische systeem voor aanbestedingen.

6. De in het vijfde lid bedoelde bekendmaking geschiedt door middel van een op het elektronische systeem voor aanbestedingen beschikbaar gesteld formulier.

Voor het overige is met name relevant:

- Art. 2.3 sub c Aw 2012:

De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen indien: c. voor zover zulks strikt noodzakelijk is, ingeval de termijnen van de niet-openbare procedure of de openbare procedure

wegens dwingende spoed niet in acht kunnen worden genomen als gevolg van gebeurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien en niet aan de aanbestedende dienst zijn te wijten.

- In het verlengde van art. 2.33 sub c Aw de inhoud van het memo dat hieronder is bijgevoegd.

BIJLAGE INHOUD MEMO UBR-HIS aan CDI-VWS D.D 10 APRIL 2020

Inleiding

Eind februari werd duidelijk dat het Corona-virus ook Nederland had bereikt. Binnen het ministerie van VWS was reeds een crisisteam ingericht om snel in te kunnen spelen op een eventuele Corona pandemie. Begin maart werden reeds diverse spoedopdrachten voor de bestelling van mondkapjes gedaan. Vanwege de toenemende druk vanuit de Tweede Kamer en signalen vanuit de zorgwereld en het RIVM werden in versneld tempo meer spoedopdrachten geplaatst voor inkoop van alle benodigde medische middelen, producten en diensten om het virus pandemie in te dammen en te bestrijden.

Niet alleen binnen VWS maar ook binnen de andere ministeries worden opdrachten geplaatst voor de inkoop van middelen, diensten en producten ter indamming en bestrijding van het Coronavirus maar ook voor de inkoop van aanverwante dienstverlening, zoals urgent onderzoek ten behoeve van het RIVM, inhuur van testvirologen en psychologische ondersteuning crisisteams.

In de maand maart werd duidelijk dat de druk op de ziekenhuizen enorm was toegenomen en dat er met name grote zorgen waren over het aantal beschikbare intensive care bedden. In meerdere persconferenties heeft het kabinet Rutte III aangegeven dat in geheel Nederland een lock down geldt, in eerste instantie tot en met 31 maart, daarna tot en met 6 april en inmiddels geldt een lock down tot en met 28 april.

Handelen Rijksoverheid

De toenemende druk op de ziekenhuizen gepaard gaande met de wereldwijde vraag naar medische middelen en producten ter bestrijding van het Corona virus dwingen de overheid om snel en adequaat te handelen. De (10)(2a) heeft in een Mededeling¹ richtsnoeren uitgevaardigd die met name zien op de flexibiliteit voor inkopers om aan de toenemende vraag naar goederen en diensten te kunnen voldoen. Daarbij worden richtsnoeren gegeven hoe om te gaan met inkoopprocedures. Alle opdrachten ter indamming en bestrijding van het Corona virus kunnen worden gekwalificeerd als opdrachten met dwingende spoed.

De Corona virus pandemie is een uitzonderlijke omstandigheid die met een gemotiveerd beroep op dwingende spoed als opgenomen artikel 2.32, lid 1, letter c Aw 2012 kan worden gerechtvaardigd.

Juridische grondslagen

In een Q&A² van eind maart heeft de Landsadvocaat de juridische grondslagen uitgewerkt die een beroep op dwingende spoed rechtvaardigen. In onderdelen 2.1 tot en met 2.3 staat helder beschreven op basis van welke motivatie een beroep kan worden gedaan op dwingende spoed.

=====

[...]

Kan gedurende de pandemie en/of in het kader van de daarmee gepaard gaande overheidsmaatregelen gebruik worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging wegens 'dwingende spoed'?

- 2.1 Ja, indien in relatie tot de desbetreffende overheidsopdracht aan de voorwaarden van artikel 2.32 lid 1 aanhef en onder c Aw 2012 wordt voldaan. Voor het aannemen van 'dwingende spoed' moet zijn voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden:

- i. er moet sprake zijn van een onvoorziene gebeurtenis die niet aan de aanbestedende dienst te wijten is;

er moet sprake zijn van dwingende spoed bij het verlenen van de opdracht, die meebrengt dat de termijnen van aanbestedingsprocedures niet in acht kunnen worden genomen;

er moet sprake zijn van een causaal verband tussen de onvoorziene gebeurtenis (I) en de dwingende spoed (II).

- 2.2 Daarnaast mag een wegens 'dwingende spoed' gegunde overheidsopdracht nooit meer omvatten of langer duren dan strikt noodzakelijk om de situatie van dwingende spoed het hoofd te bieden. Zoals ook wordt verduidelijkt in overweging 50 bij richtlijn 2014/24/EU, blijft de toepassing van deze procedure derhalve wel beperkt tot zeer uitzonderlijke omstandigheden:

"Gelet op de concurrentieschade dienen onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden te worden gebruikt."

Zie ook overweging 80 van Richtlijn 2014/24/EU:

"(...) Alleen in buitengewone gevallen van dwingende spoed, waarin door gebeurtenissen die de betrokken aanbestedende dienst niet kon voorzien en die hem niet kunnen worden toegerekend, een normale procedure, zelfs met kortere termijnen, niet haalbaar is, moet de aanbestedende dienst, voor zover strikt noodzakelijk, opdrachten kunnen gunnen via de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Dit kan het geval zijn bij natuurrampen waarbij onmiddellijke actie noodzakelijk is."

- 2.3 Het lijkt naar onze mening geen twijfel dat de pandemie en de daarmee gepaard gaande overheidsmaatregelen uitzonderlijke omstandigheden zijn die het invoeren van deze uitzondering kunnen rechtvaardigen. In Nederland en de ons omringende landen is het aantal coronapatiënten in relatief korte tijd aanzienlijk gestegen waardoor redelijkerwijs niet kon worden voorzien (althans niet tijdig genoeg om een versnelde aanbestedingsprocedure te doorlopen) in welke mate behoefte zou ontstaan aan goederen en diensten om de pandemie het hoofd te bieden (denk in dit verband bijvoorbeeld aan beademingsapparatuur, mondkapjes en beschermende kleding, bedden, vervoer, etc.).

[...]

=====

Deze notitie moet worden gezien als een bijdrage aan de verantwoording van het inkoopproces voor de inkoop van producten, diensten en middelen ter indamming en bestrijding van het Coronavirus zelf en voor de noodzakelijke aanverwante inkoop van diensten en producten voortvloeiend uit de getroffen overheidsmaatregelen rondom het Corona virus.

¹ Mededeling van de Commissie-Richtlijn van de Europese Commissie betreffende het gebruik van het kader voor overheidsopdrachten in de door de Covid 19- crisis veroorzaakte noodsituatie

² Aanbesteden-in-tijden-van-corona (zie bijlage Q&A Pels Rijcken)