Handvatten risicomitigatie bij inkoop en aanbesteding

Voor aanbestedende diensten en vitale aanbieders

Inhoudsopgave

1 Handleidingen Quickscan en Risicoanalyse 5

2 Handvatten risicomitigatie 5

3 Bij welke opdrachten kan sprake zijn van nationale veiligheidsrisico's? 6

4 De keuze van de procedure bij het plaatsen van een nationale veiligheidsopdracht 6

5 Welke maatregelen zijn inzetbaar om nationale veiligheidsrisico's zoveel als mogelijk te mitigeren? 15

Bijlage 1 26

Bijlage 2 31

Leeswijzer

Voor u ligt het document 'Handvatten risicomitigatie bij inkoop en aanbesteding'. Dit document is opgesteld voor alle aanbestedende diensten en speciale sector bedrijven om handvatten te bieden bij opdrachten die raken aan de nationale veiligheid. Ook voor niet-aanbestedende diensten kan dit document ter inspiratie dienen, met name hoofdstuk 5.

Het document is onderdeel van een breder instrumentarium gericht op het identificeren en beheersen van risico's voor de nationale veiligheid bij het inkopen van diensten en producten: de Quickscan en Risicoanalyse.[1]

U wordt geadviseerd om eerst te bepalen of er bij uw inkoop-opdracht sprake is van een risico voor de nationale veiligheid; meer informatie hierover vindt u in hoofdstuk 1.

Indien dit het geval is dient u vast te stellen onder welk juridisch kader u valt (zie hiervoor hoofdstuk 4). Dit document maakt daarbij onderscheid tussen de volgende juridische kaders:

- Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012)
- Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied (ADV)
- Algemene Beveiligingseisen voor Defensieopdrachten (ABDO)
- Artikel 346 lid 1 sub b Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)

Vervolgens worden suggesties gegeven voor het opnemen van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria en contractvoorwaarden die risico's voor de nationale veiligheid kunnen beheersen onder de AW 2012 en ADV. Dit vindt u in hoofdstuk 5.

Risico's verkleinen voor de nationale veiligheid

Bepaalde processen zijn zo essentieel voor de Nederlandse samenleving dat uitval of verstoring tot ernstige maatschappelijke ontwrichting leidt en een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid. Deze processen vormen de Nederlandse vitale infrastructuur. Elektriciteit, toegang tot internet, drinkwater en betalingsverkeer zijn voorbeelden van deze vitale processen.

Binnen de Nederlandse vitale infrastructuur worden opdrachten verstrekt in het kader van vitale processen van de rijksoverheid, van de speciale sectoren en in andere sectoren waarin geen (Europese) aanbestedingsplicht geldt, zoals telecom, petrochemie of betalings- en effectenverkeer.

Bij de vitale processen is het van belang om bij inkoopopdrachten de nationale veiligheid in het oog te houden. Zo kan bij het inkopen van goederen en diensten het risico ontstaan dat onze vitale infrastructuur wordt verstoord. Mogelijke andere risico's zijn het weglekken van strategische of gevoelige kennis en informatie of het ontstaan van een sterke afhankelijkheid van partijen en landen die niet dezelfde (geopolitieke) belangen delen als Nederland.

Medio mei 2018 was er sprake van een nationaal veiligheidsrisico: de Nederlandse regering had contracten afgesloten met Kaspersky, een leverancier van antivirussoftware. Rusland heeft echter een actief offensief cyberprogramma, onder meer gericht op Nederland en Nederlandse belangen. Daarnaast verplicht Russische wetgeving bedrijven als Kaspersky om samen te werken met de overheid. Antivirussoftware zit diep in de systemen en misbruik kan een groot veiligheidsrisico vormen. De regering besloot om het gebruik van Kaspersky-antivirussoftware uit te faseren.

1 Handleidingen Quickscan en Risicoanalyse

Bij het opstarten van een inkoopproces is het aan te raden om een Quickscan uit te voeren. Als uit deze scan blijkt dat er risico's zijn, of dat er aanvullend onderzoek nodig is, wordt geadviseerd om vervolgens een Risicoanalyse uit te voeren. In dit hoofdstuk wordt op hoofdlijnen toegelicht hoe deze twee stappen in hun werk gaan. Zie voor meer informatie de Quickscan en Risicoanalyse.

1.1 Recent heeft het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in samenwerking met de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid twee handleidingen uitgebracht voor (1) de beoordeling of er sprake is van mogelijke risico's voor de nationale veiligheid[2] en (2) het vaststellen – op basis van een risicoanalyse – welke risico's dat zijn en hoe deze kunnen worden gemitigeerd.[3]

De handleidingen voor de Quickscan en Risicoanalyse zijn in de eerste plaats opgesteld ten behoeve van de opdrachtgevers binnen de Rijksoverheid (waaronder ook de vitale aanbieders binnen de Rijksoverheid). Zij lenen zich echter ook voor toepassing in het kader van andere aanbestedingsplichtige diensten, vitale processen van speciale-sectorbedrijven en niet-aanbestedingsplichtige opdrachtgevers.

Uit de handleiding Quickscan nationale veiligheid bij inkoop en aanbesteden:[4]

"Nederland heeft een open en vrije markteconomie. De geopolitieke context van de (wereld)economie wordt echter complexer en risicovoller. Denk aan economieën met grote staatsinvloed, ingrijpende technologische ontwikkelingen en geopolitieke spanningen tussen landen. Dit kan risico's met zich meebrengen voor de nationale veiligheid bij de inkoop van goederen en diensten. Bij het overgrote deel van de opdrachten zal er geen sprake zijn van een nationale veiligheidsdimensie. Of een opdracht een risico vormt voor de nationale veiligheid hangt sterk af van de sector c.q. het type product of dienst dat geleverd wordt, de opdrachtgever/afnemer en het bedrijf dat de opdracht wordt gegund. In sommige gevallen is het daarom van belang een goede risicoanalyse te maken. Bij sectoren binnen de vitale infrastructuur treden bijvoorbeeld eerder risico's voor de nationale veiligheid op."

1.2 Het valt aan te raden de Quickscan toe te passen als er bij het opstarten van een inkoopproces vermoedens van of twijfels over risico's voor de nationale veiligheid zijn. De scan wordt bij voorkeur in een zo vroeg mogelijk stadium in het inkoopproces uitgevoerd door de behoeftestellende partij. Zo vroeg mogelijk wil zeggen: in ieder geval vóór het verzoek om een offerte (bij enkel- of meervoudig onderhandse procedures) of ruim voordat de aankondiging van een opdracht wordt gepubliceerd (bij nationale en Europese aanbestedingsprocedures).

1.3 Met de Quickscan kan door middel van een aantal vragen snel worden bepaald óf er mogelijke risico's zijn voor de nationale veiligheid bij een te gunnen opdracht.

1.4 Als uit de Quickscan blijkt dat deze risico's er zijn, of dat er aanvullend onderzoek nodig is, wordt geadviseerd om vervolgens een Risicoanalyse uit te voeren. Daarin wordt precies vastgesteld welke risico's er zijn en hoe kan worden gehandeld om deze risico's te mitigeren. De behoeftestellende partij (de achterliggende opdrachtgever) is verantwoordelijk voor het beoordelen of er bij een opdracht mogelijk sprake is van een risico voor de nationale veiligheid, voor de afweging welk regime toepassing moet of kan vinden en voor de keuze van de toe te passen procedure. De inkoper ondersteunt de behoeftestellende partij bij het treffen van adequate risicomitigerende maatregelen. Deze 'Handvatten Risicomitigatie' zijn de behoeftestellende partij en de inkoper daarbij behulpzaam.

2 Handvatten risicomitigatie

Is er bij het inkoopproces mogelijk sprake van een nationaal veiligheidsrisico? In dit document worden concrete handvatten geboden om risico's te beheersen. In dit hoofdstuk wordt het doel van dit document toegelicht.

2.1 Met deze Handvatten Risicomitigatie wordt in de eerste plaats beoogd aan opdrachtgevers/behoeftestellers van vitale infrastructuur (aanbestedende diensten, speciale-sectorbedrijven en niet-aanbestedingsplichtige opdrachtgevers) een afwegingskader te verschaffen voor de keuze van het toe te passen juridisch kader en de toe te passen procedure als zij opdrachten verstrekken in het kader van hun vitale processen.

2.2 Daarnaast wordt beoogd concrete handvatten te bieden aan de opdrachtgever, die betrokken is bij de opdrachtverlening in het kader van vitale processen. De opdrachtgever kan door het opnemen van bepaalde maatregelen de risico's voor de nationale veiligheid zoveel als mogelijk mitigeren. Maatregelen moeten noodzakelijk en doeltreffend zijn en evenredig aan het gestelde doel. Immers, maatregelen die niet aan deze voorwaarden voldoen, maken de aanbesteding kwetsbaar en kunnen zelfs leiden tot het mislukken van de aanbesteding.

2.3 Risico's voor de nationale veiligheid zullen evenwel nooit volledig kunnen worden geëlimineerd. Wél kan via de keuze van de procedure, het stellen van procedurele voorwaarden, het toepassen van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria, gunningscriteria en contractuele uitvoeringsvoorwaarden in belangrijke mate worden bijgedragen aan het beheersen en verminderen van risico's voor de nationale veiligheid.

2.4 In hoofdstuk 5 wordt besproken welke beschermende maatregelen in de verschillende stadia van het inkoopproces zouden kunnen worden getroffen.

3 Bij welke opdrachten kan sprake zijn van nationale veiligheidsrisico's?

Het is wellicht niet direct duidelijk bij welke opdrachten er sprake kan zijn een nationaal veiligheidsrisico. In dit hoofdstuk worden enkele voorbeelden toegelicht.

3.1 Opdrachten met een nationale veiligheidsdimensie zullen vaak relatief grote opdrachten zijn voor de levering en/of het beheer en onderhoud van netwerk-, informatie- of communicatiesystemen.

Bijvoorbeeld een opdracht voor technische informatiebeveiliging van de Politie. In dit geval is de niet-openbare Europese aanbestedings-procedure van de Aanbestedingswet 2012 gevolgd: (http://deeplink.rechtspraak.nl uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2018:9287). In deze zaak ging het onder meer om het Zweedse equivalent van de Nederlandse Verklaring omtrent het gedrag (VOG).

3.2 Het kan ook gaan om opdrachten voor werken, leveringen of diensten waarvan netwerk-, informatie- of communicatiesystemen een onderdeel vormen.

Bijvoorbeeld een opdracht voor vernieuwing of onderhoud van technische installaties van cruciale verkeersinfrastructuur, zoals de Schipholtunnel. Technische installaties in tunnels hebben tegenwoordig een belangrijke ICT-component.

3.3 Ook opdrachten van geheel andere aard kunnen risico's meebrengen voor de nationale veiligheid. Denk aan een opdracht voor beveiligings- en bewakingsdiensten. Die diensten vallen in de categorie 'speciale en andere specifieke diensten', waarvoor in het kader van de Aanbestedingswet 2012 hogere drempelwaarden gelden van €750.000,-, excl. BTW, respectievelijk voor speciale-sectorbedrijven van €1.000.000,-, excl. BTW. Voor de verwerving van dergelijke diensten kan een lichte procedure worden toegepast, waarvoor de wet slechts summiere procedurevoorschriften bevat.[5]

3.4 Niet alleen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven zullen in het kader van een vitaal proces bij een opdracht voor bewaking en beveiliging eventuele risico's voor de nationale veiligheid willen mitigeren, ook een private inkoper in de (petro)chemie-, de nucleaire of bancaire sector zal dat willen doen.

3.5 Ook opdrachten met een waarde onder de Europese drempelwaarde[6], al of niet met een duidelijk grensoverschrijdend belang[7], opdrachten vallend in de categorie 'sociale en andere specifieke diensten'[8] of bijlage II-diensten[9], kunnen risico's met zich meebrengen voor de nationale veiligheid.

3.6 Risico's kunnen zich onder meer voordoen op het vlak van:
- bestuur en organisatie van de opdrachtnemer;
- personeel van de opdrachtnemer;
- fysieke beveiliging van de organisatie van de opdrachtnemer;
- digitale veiligheid van de organisatie van de opdrachtnemer.

3.7 Die risico's kunnen zich evenzeer voordoen binnen een consortium en verderop in de toeleveringsketen, bij (onder) onderaannemers, leveranciers of producenten.

3.8 In de huidige maatschappelijke context bestaat het risico dat (buitenlandse) overnames en investeringen mede zijn ingegeven door geopolitieke motieven. Daarom kan het van belang zijn dat voorgenomen veranderingen in de zeggenschap en de bedrijfsstructuur van (onder)opdrachtnemers tijdig kenbaar worden gemaakt zodat kan worden bepaald of er beschermende maatregelen moeten worden getroffen.

3.9 Een actuele vraag is ook of rechtspersonen die zijn gevestigd in de Europese Unie of in een land dat partij is bij een internationale overeenkomst waaraan de Europese Unie is gebonden, zoals de EER, maar waar van de moederonderneming is gevestigd in een land met geopolitieke ambities die mogelijk conflicteren met de Nederlandse belangen, bij (Europese) aanbestedingen en inkoopprocessen kunnen worden geweerd.

3.10 In hoofdstuk 5 wordt op beide aspecten ingegaan.

4 De keuze van de procedure bij het plaatsen van een nationale veiligheidsopdracht

In dit hoofdstuk wordt toegelicht wanneer welk regime van toepassing is en welke procedures er binnen dit regime zijn.

4.1 Uitgangspunt is dat de toepassing van een Quickscan en een Risicoanalyse heeft uitgewezen dat er bij een voorgenomen opdracht binnen een vitaal proces een risico is voor de nationale veiligheid. Het gaat dus om een opdracht waarvoor een specifiek, wezenlijk nationaal veiligheidsbelang is geïdentificeerd.

4.2 Voorondersteld wordt dat de volgende vragen zijn beantwoord:
- Om welk wezenlijk veiligheidsbelang gaat het?
- Wat is het verband tussen dit veiligheidsbelang en de specifieke inkoopbeslissing?

- Waarom is de beoogde maatregel of uitzondering in dit speciale geval noodzakelijk voor de bescherming van dit wezenlijke veiligheidsbelang?
- Is de voorgenomen maatregel of uitzondering geschikt en evenredig om dit wezenlijke veiligheidsbelang te beschermen?

4.3 De nationale veiligheidsdimensie is een gegeven voor de inkoper als hij de opdracht wil plaatsen. Een dergelijke opdracht wordt hierna aangeduid als 'nationale veiligheidsopdracht'.

Welk regime is van toepassing bij een nationale veiligheidsopdracht?

4.4 Een opdrachtgever/behoeftesteller zal, samen met de inkoper, per afzonderlijke nationale veiligheidsopdracht moeten bepalen welk (aanbestedings)regime moet worden toegepast. Daarbij moet worden bezien welke eisen en voorwaarden aan de opdrachtverlening verbonden kunnen en moeten worden gelet op het wezenlijke veiligheidsbelang.[10]

4.5 De volgende regimes/juridische kaders[11] dienen zich aan:
- Voor opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied > drempelwaarde: Richtlijn 2009/81/EG, Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied ('ADV'); ABDO 2017 (voor opdrachten van het Ministerie van Defensie);
- Voor opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied < drempelwaarde, maar met een duidelijk grensoverschrijdend belang: voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gelden de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, met name de beginselen van gelijke behandeling en transparantie;[12] voor inschrijvers, die ter uitvoering van een aan hen gegunde opdracht bij een derde een opdracht in onderaanneming plaatsen met een duidelijk grensoverschrijdend belang, is hoofdstuk 1.2 van de ADV van overeenkomstige toepassing;[13] ABDO 2017 (voor opdrachten van het Ministerie van Defensie);
- Voor opdrachten voor de levering van wapens, munitie en oorlogsmaterieel, bedoeld in het Besluit van de Raad van 15 april 1958[14] en overige opdrachten op het gebied van defensie, waar zodanig strenge vereisten op het gebied van bevoorradingszekerheid en gegevensbeveiliging nodig zijn of die zo vertrouwelijk en/of belangrijk zijn voor de nationale soevereiniteit dat zelfs de specifieke bepalingen van Richtlijn 2009/81/EG en de ADV niet volstaan: artikel 346 lid 1 onder b VWEU en/of de artikelen 36, 51, 52 en 62 VWEU;[15] ABDO 2017 (voor opdrachten van het ministerie van Defensie).
- Voor opdrachten op het gebied van veiligheid, waar zodanig strenge vereisten op het gebied van bevoorradingszekerheid en gegevensbeveiliging nodig zijn of die zo vertrouwelijk en/of belangrijk zijn voor de nationale soevereiniteit dat zelfs de specifieke bepalingen van Richtlijn 2009/81/EG en de ADV niet volstaan: artikel 346 lid 1 onder a VWEU en/of de artikelen 36, 51, 52 en 62 VWEU;[16] ABDO 2017 (voor opdrachten van het Ministerie van Defensie);
- Voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen, diensten (en prijsvragen) > drempelwaarde: Richtlijn 2014/24/EU, Aanbestedingswet 2012 ('Aw 2012'), Gids Proportionaliteit, ARW 2016 (verplicht voor opdrachten voor werken beneden de drempelwaarde); Besluit Voorschrift Informatiebeveiliging Rijk Bijzondere Informatie[17],'VIRBI 2013' (voor de rijksdienst);
- Voor speciale-sectoropdrachten voor werken, leveringen, diensten (en prijsvragen) > drempelwaarde: Richtlijn 2014/25/EU, Aw 2012, Gids Proportionaliteit en, voor sommige speciale-sectorbedrijven, het Aanbestedingsreglement Nutssectoren 2016 ('ARN');
- Voor concessieopdrachten voor werken en diensten > drempelwaarde: Richtlijn 2014/23/EU, Aw 2012, Gids Proportionaliteit; VIRBI 2013 (voor de rijksdienst);
- Voor overheids-, speciale-sector- of concessieopdrachten (en prijsvragen) < drempelwaarde, maar met een duidelijk grensoverschrijdend belang: afdeling 1.2.2 Aw 2012; fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, met name de beginselen van gelijke behandeling en transparantie;[18]
- Voor opdrachten van private opdrachtgevers: geen aanbestedingsrechtelijke voorschriften; uit de precontractuele redelijkheid en billijkheid, als uiteengezet in de KLM-arresten van 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 en 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1484, kunnen verplichtingen voortvloeien jegens gegadigden en inschrijvers.

Verhouding Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied (ADV) en Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012)

4.6 De ADV is een directe vertaling van Richtlijn 2009/81/EG en strekt enkel tot omzetting daarvan.[19] De ADV kent niet – zoals de Aw 2012 – nationaal toegevoegd beleid.[20] De ADV is specifiek bedoeld en op maat gesneden voor opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied en moet op dergelijke opdrachten worden toegepast.

4.7 De Europese Commissie geeft in haar evaluatie van Richtlijn 2009/81/EG aan dat het toepassingsgebied van Richtlijn 2009/81/EG en het toepassingsbereik van de 'civiele' aanbestedingsrichtlijnen (thans: Richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU) elkaar wederzijds uitsluiten:[21]

"The scope of application of the (defence procurement) Directive and that of the civil procurement Directives are mutually exclusive. Contracts that fall within the scope of the Directive according to Article 2 have to be awarded under it, and cannot be awarded under the civil procurement Directives. This means that contracting authorities/entities have, in each individual procurement case, to make a decision on whether a given contract fall within the scope of the Directive or within that one of the civil procurement Directives."

Verder geeft de Commissie in haar evaluatie onder meer aan:[22]

"Article 2 of the Directive, jointly red with Article 1(6) to (8), defines the contracts that fall within the scope of the Directive. These provisions are based on the notions of military equipment (i.e. equipment specifically designed or adapted for military purposes), works and services for specifically military purposes, and sensitive equipment, works and services (i.e. for security purposes, and involving, requiring and/or containing classified information). This is consistent with the overall approach underlying the Directive: military contracts and contracts in the field of non-military security, which have features similar to those of defence procurement and are equally sensitive, should only be subject to the specific defence and security procurement regime. The civil procurement Directives do not apply to such contracts. All other contracts should fall within the scope of the civil procurement Directives. Although there might be "borderline" cases in particular circumstances, the delimitation of scope between the different procurement regimes appear to be effective."

De ADV is van toepassing[23] op het plaatsen van opdrachten van aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven voor:
a. de levering van militair materiaal, met inbegrip van de levering van onderdelen, componenten of assemblagedelen daarvan;
b. de levering van gevoelig materiaal, met inbegrip van de levering van onderdelen, componenten of assemblagedelen daarvan;
c. werken, leveringen en diensten die rechtstreeks verband houden met het materiaal, bedoeld in onderdeel a of b, voor alle fasen van de levenscyclus ervan;
d. werken en diensten specifiek voor militaire doeleinden, of gevoelige werken of gevoelige diensten.

4.8 Dit betekent dat de ADV voorrang heeft op de Aw 2012 als het opdrachten betreft, die vallen onder het toepassingsbereik van de ADV. De ADV geldt dus als *lex specialis* ten opzichte van de Aw 2012.[24]

4.9 Bij opdrachten voor de levering van militair materiaal en voor werken en diensten specifiek voor militaire doeleinden zal het niet altijd gaan om opdrachten, waar zodanig strenge vereisten op het gebied van bevoorradingszekerheid en gegevensbeveiliging nodig zijn of die zo vertrouwelijk en/of belangrijk voor de nationale soevereiniteit zijn dat zelfs de specifieke bepalingen van Richtlijn 2009/81/EG/de ADV niet volstaan en een beroep moet worden gedaan op de uitzondering van artikel 346 VWEU. Wel zullen die opdrachten (opdrachten als bedoeld onder a, c en d) vaak gepaard gaan met een wezenlijk nationaal veiligheidsbelang. Op dergelijke opdrachten is de ADV bij uitstek van toepassing. De ADV is immers specifiek bedoeld en op maat gesneden voor opdrachten op defensiegebied.

4.10 Bij niet-militaire nationale veiligheidsopdrachten ligt het in de rede dat zij betrekking hebben op de levering van gevoelig materiaal, de realisatie van gevoelige werken of het verrichten van gevoelige diensten en/of op werken, leveringen en diensten die rechtstreeks verband houden met de levering van gevoelig materiaal, voor alle fasen van de levenscyclus er van (opdrachten als hiervoor bedoeld onder b, c en d).[25] Bijvoorbeeld informatie die is onderworpen aan exportcontrole zal veelal gevoelige informatie betreffen.[26]

4.11 Ook niet-militaire opdrachten vallen onder het toepassingsgebied van de ADV en moeten op grond van de in die wet opgenomen voorschriften worden verstrekt. De ADV is immers ook specifiek bedoeld en op maat gesneden voor bijzonder gevoelige opdrachten op veiligheidsgebied.

4.12 Dat de begrippen veiligheid en veiligheidsgebied niet perse beperkt behoeven te worden uitgelegd, wordt bevestigd met het voorstel voor een verordening voor de screening van buitenlandse directe investeringen binnen de Europese Unie.[27] Het is echter wel noodzakelijk dat een aanbestedende dienst van de zijde van de daartoe bevoegde overheidsinstanties aanwijzingen, instructies of anderszins de uitdrukkelijke mededeling heeft gekregen dat hier sprake is van gevoelig materiaal, gevoelige werken of het verrichten van gevoelige diensten waar de desbetreffende opdracht betrekking op heeft. Ook kan een wettelijk kader daar voor de benodigde duidelijkheid bieden.

ADV biedt meer mogelijkheden voor risicomitigerende maatregelen

4.13 Vastgesteld is dat de ADV voorrang heeft op de Aw 2012 voor opdrachten die onder het toepassingsbereik van de ADV vallen. De ADV verschilt op meerdere gebieden van de Aw 2012 en biedt meer mogelijkheden voor risicomitigerende maatregelen dan de Aw 2012. De ADV bevat ook extra uitzonderingen ten opzichte van de Aw 2012.

4.14 Uit de definitie van gerubriceerde gegevens blijkt dat rubricering een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag dan wel bindende aanwijzingen vanwege het Rijk vereist. Voor vitale aanbieders in de speciale sectoren en voor private vitale aanbieders ontbreekt in diverse gevallen tot nu toe zodanige grondslag voor rubricering van gevoelige informatie. Twee voorbeelden waarbij een dergelijke grondslag wel aanwezig is zijn, 1) het Geheimhoudingsbesluit Kernenergie- wet en het daarop gebaseerde besluit "Toepassing Geheimhoudingsbesluit Kernenergiewet"; 2) Artikel 11a.1, vierde, vijfde en zesde lid, Telecommunicatiewet. Deze wettelijke grondslagen zijn thans nog niet specifiek voor rubricering ingezet, maar zijn wel beschikbaar.

4.15 Tot nu toe wordt de ADV alleen toegepast door het Ministerie van Defensie. Ook andere aanbestedende diensten, zoals de Politie of de AIVD, zouden de ADV kunnen toepassen als aan de voorwaarden van de ADV wordt voldaan.[28]

4.16 Denkbaar is derhalve dat de ADV door een bredere kring van opdrachtgevers wordt toegepast. De ADV is namelijk van toepassing op aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Bovendien is hoofdstuk 1.2 van de ADV van overeenkomstige toepassing op inschrijvers die ter uitvoering van een opdracht een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang in onderaanneming plaatsen bij een derde.[29]

4.17 Dit betekent dat, behalve de vitale aanbieders behorende tot de rijksdienst (Staat), ook een provincie, gemeente, waterschap, publiekrechtelijke instelling, een samenwerkingsverband van deze overheden en publiekrechtelijke instellingen en een speciale-sectorbedrijf de ADV zouden moeten toepassen als zij een opdracht verstrekken die onder het toepassingsgebied van de ADV valt.[30]

Een opdrachtgever/ behoeftesteller zal moeten afwegen of de ADV dan wel de Aw 2012 van toepassing is op een concrete nationale veiligheidsopdracht. Het verdient aanbeveling dat vitale aanbieders, die behoren tot de rijksdienst, de toepassing van de ADV voor een concrete nationale veiligheidsopdracht vooraf afstemmen met de toezichthouder (rubriceringsambtenaar) van hun ministerie ter bevordering van een coherente en consistente toepassing.

Het verdient aanbeveling dat andere vitale aanbieders, zoals speciale-sectorbedrijven, de toepassing van de ADV voor een concrete nationale veiligheidsopdracht vooraf afstemmen ter bevordering van een coherente en consistente toepassing.

Private vitale aanbieders kunnen zich door de ADV laten inspireren als zij een nationale veiligheidsopdracht willen verstrekken en doen er goed aan vooraf eveneens afstemming te zoeken ter bevordering van een coherente en consistente toepassing.

Voorbeelden toepassing ADV

De ADV wordt momenteel alleen toegepast door het ministerie van Defensie maar kan ook door (andere) vitale aanbieders worden toegepast. Bijvoorbeeld bij de levering van gevoelig materiaal (art. 1 lid b), de werken, leveringen en diensten die rechtstreeks verband houden met dit materiaal (art. 1 lid c) en gevoelige werken of gevoelige diensten (art. 1 lid d).

Onder gevoelig materiaal, werk of dienst wordt een materiaal, werk of dienst bedoeld wat bestemd is voor veiligheidsdoeleinden dat op gerubriceerde gegevens betrekking heeft, dat gerubriceerde gegevens noodzakelijk maakt, of dat zelf gerubriceerde gegevens bevat.

Voorbeelden van veiligheidsdoeleinden zijn:

- Bestrijding van terrorisme en georganiseerde misdaad
- Grensbewaking
- Crisisbeheersing
- Vredesmissies in het buitenland met een bijdrage van de politie
- Politieactiviteiten
- Bescherming van vitale infrastructuren.

Onder gerubriceerde gegevens wordt verstaan: gegevens of materiaal, ongeacht de vorm, aard, of wijze van verzending ervan, waaraan een bepaald niveau van veiligheidsclassificatie of een beveiligingsniveau is toegekend en die in het belang van de nationale veiligheid en uit hoofde van wettelijke voorschriften, van bindende aanwijzingen gegeven vanwege het Rijk of van bestuursrechtelijke besluiten, beschermd moeten worden tegen ontvreemding, vernietiging, verwijdering, onthulling, verlies of toegang tot die gegevens of dat materiaal door een onbevoegde, of tegen enige andere vorm van compromittering.

Daarnaast is er bij materiaal en diensten een drempelwaarde van €443.000 en bij werken een drempelwaarde van €5.548.000.

Een aantal aanbestedingen die zouden kunnen vallen onder de ADV mits aan bovenstaande voorwaarden wordt voldaan (veiligheidsdoeleinden, gerubriceerde gegevens en drempelwaarde) wordt hieronder uiteengezet.

Voorbeelden art. 1 lid b ADV

Materiaal dat noodzakelijk is voor het ongestoord functioneren van het vitale proces. Hierbij kan bijv. worden gedacht aan hard- en software die gebruikt wordt in:

- Drinkwaterpompstations
- Drinkwaterreservoirs
- Elektriciteitsverdeelstations
- Gasaansluitingen
- Knooppunten van internet en telefonie
- Tunnels
- Bruggen
- Sluizen
- Waterkeringen
- Control rooms

Voorbeelden art. 1 lid c ADV

Onderhouds- of beheerwerkzaamheden aan het hierboven genoemde.

Voorbeelden art. 1 lid d ADV

- Onderhoudswerkzaamheden aan vitale infrastructuur zoals hierboven genoemd.
- Gevoelige werken zoals: pijpleidingen, kabels en hoogspanningsleidingen, start- en landingsbanen, waterwegen, haven- en rivierwerken, sluizen, dijken, gasaansluitingen, telecommunicatienetwerken.

Toepassing ABDO ook door andere vitale aanbieders?

4.18 Het Ministerie van Defensie legt via de Algemene Beveiligingseisen voor Defensieopdrachten (ABDO)[31] strenge beveiligingseisen op aan instellingen en bedrijven met betrekking tot informatie, materieel, goederen of objecten in het kader van de uitvoering van Defensiecontracten.[32] De opdrachtnemer wordt contractueel verplicht tot implementatie van de in de ABDO 2017 beschreven beveiligingsmaatregelen. Voorafgaand aan gunning vindt controle plaats, bij positieve beoordeling wordt de inkoper geautoriseerd tot gunning van het contract. Ook vindt door het Bureau Industrieveiligheid en de MIVD een formele integrale audit plaats op de implementatie en toereikendheid van de beveiligingsmaatregelen.[33]

4.19 Het betreft concrete eisen op het vlak van Bestuur en Organisatie, Personeel, beveiliging van de Fysieke omgeving en Informatiebeveiliging. De mate van beveiliging en de aard van de eisen hangt af van het vastgestelde niveau van rubricering c.q. de vastgestelde beschermingscategorie.

4.20 Als de ABDO 2017 toepassing (kunnen) vinden, zal een opdrachtgever/behoeftesteller van geval tot geval moeten bepalen: 1) welke rubricering en indeling in risico-categorieën en 2) welke beveiligingseisen van de ABDO 2017 noodzakelijk, doeltreffend en proportioneel zijn. Maatregelen moeten immers altijd noodzakelijk, doeltreffend en proportioneel zijn om het specifieke, geïdentificeerde nationale veiligheidsrisico in het kader van de betrokken nationale veiligheidsopdracht (zoveel als mogelijk) te mitigeren.[34]

4.21 Benadrukt wordt dat de rubricering en indeling in risico-categorieën van de gegevens steeds gebaseerd zullen moeten zijn op wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of op bindende aanwijzingen vanwege het Rijk en moeten plaatsvinden in het belang van de nationale veiligheid.[35]

4.22 De beveiligingseisen gehanteerd in de ABDO kunnen ter inspiratie dienen voor opdrachten die onder de ADV of AW 2012 vallen. Mits de eisen noodzakelijk en proportioneel zijn kunnen deze als contractvoorwaarden worden opgenomen. De ABDO is online in te zien. In bijlage 2 staan een aantal beveiligingseisen die voor nationale veiligheidsopdrachten relevant kunnen zijn.

De vraag rijst of, en in hoeverre, de ABDO 2017 ook door andere vitale aanbieders, behorende tot de rijksdienst, en door speciale-sectorbedrijven zouden kunnen worden toegepast.

Het verdient nadere overweging of bepaalde van de in de ABDO 2017 opgenomen beveiligingseisen (deels) kunnen worden overgenomen of (deels) van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard in het kader van nationale veiligheidsopdrachten van andere vitale aanbieders dan het Ministerie van Defensie.

Integrale toepassing zal niet mogelijk zijn. Immers, voor alle te nemen maatregelen geldt dat zij noodzakelijk, doeltreffend en evenredig moeten zijn aan het gestelde doel, te weten mitigering van het specifieke, geïdentificeerde nationale veiligheidsrisico.

Voor private vitale aanbieders zouden de ABDO 2017 kunnen dienen ter inspiratie voor in het kader van een nationale veiligheidsopdracht te nemen maatregelen.

Keuze procedure en keuze toe te laten ondernemer(s)bij nationale veiligheidsopdracht

4.23 De keuze van de procedure voor de gunning van een opdracht en de keuze van de toe te laten ondernemer of ondernemers moeten bij een 'civiele' overheids-, speciale sector- of concessieopdracht (en prijsvraag) op grond van de Aw 2012 worden bepaald op grond van objectieve criteria en de motivering daar van moet op verzoek van een ondernemer worden verstrekt.[36]

4.24 De hoofdstukken 1.2 tot en met 1.4 van de Aw 2012 zijn niet van toepassing op opdrachten waarop de ADV van toepassing is.[37] Voor opdrachtverlening op basis van de ADV is dus niet voorgeschreven dat de keuze van de procedure en de keuze van de toe te laten ondernemer(s) op basis van objectieve criteria moeten worden gemaakt. Om te voldoen aan de in de ADV opgenomen verplichting tot transparantie[38] verdient het niettemin aanbeveling deze keuzes, ook in het kader van opdrachtverlening op basis van de ADV, op basis van objectieve criteria te maken en te motiveren.

Maak de keuze voor de toe te passen procedure en voor de tot die procedure toe te laten ondernemer of ondernemers in het kader van een nationale veiligheidsopdracht op basis van objectieve criteria en leg de motivering daar van vast. Het maakt daarbij niet uit of de opdracht met toepassing van de Aw 2012 of de ADV wordt geplaatst.

4.25 In de wetsgeschiedenis van de Aw 2012 is vermeld dat criteria voor de keuze van de procedure, onder andere, zijn: de grootte van de opdracht, de baten en lasten van een bepaalde procedure, de omvang en de structuur van de markt en de geografische ligging van de plaats van uitvoering.[39]

Bij nationale veiligheidsopdrachten is een objectief criterium voor de keuze van de procedure: het op grond van een zorgvuldige risicoanalyse vastgestelde risico voor de nationale veiligheid. Dit risico kan mede de motivering vormen voor toepassing van de ADV en voor de keuze van een van de daarin opgenomen procedures.

4.26 Ook de keuze van de tot een procedure toe te laten ondernemer of ondernemer(s) moet op grond van de Aw 2012 worden bepaald op basis van objectieve criteria.[40] Deze criteria zijn onder andere: eerdere ervaring in de desbetreffende sector, omvang en infrastructuur van de onderneming en technische en professionele vaardigheden van de onderneming.[41]

Bij nationale veiligheidsopdrachten is een objectief criterium voor de keuze van de deelnemer(s): het op grond van een zorgvuldige risicoanalyse vastgestelde risico voor de nationale veiligheid. Dit risico kan mede de motivering vormen voor toepassing van de ADV en voor de keuze van de toe te laten ondernemer of ondernemers.

4.27 Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf mag de procedure voor het verstrekken van een opdracht, die tot de keuze van een concessiehouder leidt, naar eigen inzicht organiseren, mits hij deel 2a van de Aw 2012 in acht neemt.[42]

4.28 Ook bij nationale veiligheidsopdrachten onder de Europese drempelwaarden moet – in het kader van de Aw 2012 – de keuze van de procedure en van de toe te laten deelnemer(s) worden gemaakt op basis van objectieve criteria.[43]

4.29 De op grond van de Aw 2012 verplichte Gids Proportionaliteit bevat richtsnoeren voor de keuze tussen de nationale, meervoudig onderhandse en enkelvoudig onderhandse procedure.[44]

4.30 Bij een overheids-, speciale-sector- of concessieopdracht (en prijsvraag) onder de drempelwaarde, maar met een duidelijk grensoverschrijdend belang, zijn de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, met name de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, van toepassing.[45]

4.31 Een niet-aanbestedingsplichtige organisatie die binnen haar vitale proces een nationale veiligheidsopdracht wil plaatsen, is niet gebonden aan de procedures van de Aw 2012, de ADV of het Unierecht.

4.32 Niettemin kan het ook voor een dergelijke organisatie zinvol zijn en aanbeveling verdienen dat zij (delen van) het 'format' van een aanbestedingsprocedure toepast. Als zij dat doet, is zij via de band van de precontractuele redelijkheid en billijkheid aan de aanbestedingsrechtelijke normen van gelijke behandeling en transparantie gebonden, tenzij zij de toepassing daar van vooraf uitdrukkelijk heeft uitgesloten.[46]

4.33 Het voorgaande is ook relevant voor een speciale-sectorbedrijf, dat niet tevens een aanbestedende dienst of overheidsbedrijf is, voor zover het buiten zijn relevante activiteit[47] een nationale veiligheidsopdracht opdracht wil plaatsen.[48]

Procedures Aw 2012

4.34 In het kader van de Aw 2012 moet een aanbestedende dienst in beginsel een van de in afdeling 2.2.1 beschreven procedures toepassen.

4.35 Dit zijn: de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de procedure van de concurrentiegerichte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling, de procedure van het innovatiepartnerschap en de procedure voor sociale en andere specifieke diensten.[49]

4.36 De keuzemogelijkheden voor een speciale-sectorbedrijf, in de uitoefening van zijn relevante activiteit, zijn dezelfde. In afdeling 3.2.1 Aw 2012 wordt dezelfde reeks procedures vermeld.[50]

4.37 In het kader van de Aw 2012 bestaat een vrije keuze tussen de openbare en de niet-openbare procedure.

Als nationale veiligheidsopdrachten van aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven worden geplaatst in het kader van de Aw 2012, verdient een niet-openbare procedure, waarin voorafgaand aan de uitnodiging voor de gunningsfase een kwalitatieve selectie van de gegadigden plaatsvindt, in het algemeen de voorkeur.

4.38 De procedures van de concurrentiegerichte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling[51], de procedure van het innovatiepartnerschap en de procedure voor sociale en andere specifieke diensten mogen worden toegepast als aan de daar voor geldende voorwaarden voor toepassing wordt voldaan.

Procedures ADV

4.39 Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven die opdrachten plaatsen die vallen onder de ADV hebben een vrije keuze tussen de niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedure met aankondiging.[52]

4.40 De procedure van de concurrentiegerichte dialoog en de procedure voor diensten van bijlage II mogen in het kader van de ADV worden toegepast als aan de daar voor geldende voorwaarden voor toepassing wordt voldaan.

4.41 Bij het ontbreken van een regeling voor het innovatiepartnerschap in de ADV, wordt bij toepassing van de ADV momenteel in de meeste gevallen gekozen voor een concurrentiegerichte dialoog als passende oplossing.[53]

4.42 Vanaf de inwerkingtreding van de ADV zijn uit de gepubliceerde rechtspraak de volgende voorbeelden kenbaar van door het Ministerie van Defensie onder de ADV gevoerde aanbestedingsprocedures. Het betreft gevallen waarin een niet-openbare procedure of een procedure van de concurrentiegerichte dialoog is toegepast.

De Koninklijke Luchtmacht – een onderdeel van het Ministerie van Defensie – heeft met toepassing van de ADV een niet-openbare aanbestedingsprocedure gevolgd met het oog op "hoist simulation training": http://deeplink. rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2016:9125. De Defensie Materieel Organisatie van het ministerie van Defensie heeft met toepassing van de ADV een Europese aanbesteding uitgeschreven volgens de procedure van de concurrentiegerichte dialoog voor de verwerving van geconditioneerde containers c.a. http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RB DHA:2017:5033.

Het Ministerie van Defensie heeft met toepassing van de ADV een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure gehouden voor de levering en installatie van Attitude Heading Reference Systems/Inertial Reference Systems op de Walrus klasse onderzeeboten van de Koninklijke Marine: http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL: RBDHA:2017:10598.

Niet-openbare aanbesteding van het Ministerie van Defensie met toepassing van de ADV voor de aanschaf van 12,7 mm munitie http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2017:11108.

Aanschaf met toepassing van de ADV (via de procedure van de concurrentiegerichte dialoog) door DMO van het Ministerie van Defensie van 1433 containersystemen en bijbehorende subsystemen en het maximaal 30 jaar onderhouden van de geleverde systemen ten behoeve van de Nederlandse defensie: http://deeplink.rechtspraak.nl uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2018:9597.

Strikte uitzondering: onderhandelingsprocedure zonder aankondiging

4.43 Voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven geldt – zowel in het kader van de Aw 2012[54] als in het kader van de ADV[55] – dat de onderhandelingsprocedure *zonder* aankondiging (lees: rechtstreekse gunning) alleen in strikte uitzonderingsgevallen mag worden toegepast.

Voorbeelden Aw 2012:

- geen of geen geschikte inschrijvingen in een van de reguliere procedures
- technische redenen of uitsluitende rechten
- dwingende spoed
- aanvullende leveringen
- aanvullende werkzaamheden

Voorbeelden ADV:

- geen of geen geschikte inschrijvingen in een van de reguliere procedures
- technische redenen of uitsluitende rechten
- dwingende spoed
- aanvullende leveringen
- aanvullende werkzaamheden
- urgentie van een crisissituatie[56]

4.44 Buiten deze strikte uitzonderingsgevallen, waarin de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging mag worden toegepast, kan in het kader van de Aw 2012 – eveneens in strikte uitzonderingsgevallen – een beroep worden gedaan op de uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht voor overheidsopdrachten, speciale-sector-opdrachten en prijsvragen:

"Die geheim zijn verklaard of waar van de uitvoering overeenkomstig de geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan dan wel de bescherming van wezenlijke belangen van Nederland zulks vereist en deze niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden gewaarborgd."

4.45 Opmerking verdient dat deze bepaling geen letterlijke implementatie vormt van de relevante richtlijnbepaling.[57] Een objectieve en logische uitleg brengt mee dat er geen sprake is van een Europese aanbestedingsplicht[58] als een opdracht geheim wordt verklaard of de uitvoering van de opdracht – volgens de geldende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen – met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan omdat de bescherming van wezenlijke belangen van Nederland dat vereist (vereiste van noodzakelijkheid) én deze wezenlijke belangen niet met minder ingrijpende maatregelen kunnen worden gewaarborgd (vereiste van evenredigheid).

Deze uitleg sluit aan bij de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU dat maatregelen die het vrije verkeer (van goederen, werknemers, vestiging of diensten) beperken noodzakelijk, doeltreffend en evenredig moeten zijn.[59]

4.46 In de vergelijkbare uitzonderingsbepaling voor concessieopdrachten op het gebied van defensie en veiligheid wordt als voorbeeld van minder ingrijpende maatregelen gewezen op de mogelijkheid om eisen te stellen ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie die de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in een aanbestedingsprocedure ter beschikking stelt.[60]

4.47 In de ADV is bepaald dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf voor rechtstreekse gunning een beroep kan doen op de uitzondering voor opdrachten, waar van de uitvoering leidt tot de verplichting voor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om informatie te verstrekken waar van openbaarmaking strijdig is met een essentieel veiligheidsbelang.[61]

4.48 Deze uitzondering komt tekstueel vrijwel overeen met de in artikel 346 lid 1 onder a VWEU opgenomen mogelijkheid voor de lidstaten om zowel opdrachten op het gebied van defensie als opdrachten op het gebied van veiligheid van de aanbestedingsplicht uit te zonderen, als toepassing hen zou verplichten informatie te verstrekken waar van zij bekendmaking strijdig achten met hun essentiële veiligheidsbelangen. Dit kan met name het geval zijn wanneer opdrachten zo gevoelig zijn dat zelfs het bestaan daar van geheim moet worden gehouden.[62]

De lidstaten kunnen blijkbaar zelf bepalen op welk nationaal niveau een beroep kan worden gedaan op de uitzondering van artikel 346 lid 1 onder a VWEU. Voor Nederland is dat gebeurd in artikel 2.16, aanhef en onder a, ADV, waar is bepaald dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zich kan beroepen op de met de tekst van artikel 346 lid 1 onder a VWEU overeenkomende uit zondering op de Europese aanbestedingsplicht.

Artikel 2.1 lid 2 ADV bepaalt dat het eerste lid (lees: het toepassingsbereik van de ADV) de toepasselijkheid van de artikelen 36, 51, 52, 62 en 346 VWEU onverlet laat.

In artikel 2.23 lid 1, onder a, resp. 3.22 lid 1, onder a, Aw 2012 is bepaald dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven artikel 346 VWEU kunnen inroepen om opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied uit te zonderen van de Europese aanbestedingsplicht.

4.49 Tevens geldt in het kader van de ADV een extra uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht voor opdrachten die betrekking hebben op activiteiten van inlichtingendiensten.[63]

4.50 Duidelijk is dat geheimverklaring een uiterste middel *(ultimum remedium)* moet zijn en dat moet worden bezien of nationale veiligheidsrisico's niet met minder ingrijpende maatregelen kunnen worden voorkomen c.q. of de wezenlijke belangen van nationale veiligheid niet met minder ingrijpende maatregelen dan met geheimverklaring kunnen worden gewaarborgd.[64]

4.51 In de Nederlandse praktijk lijkt ofwel te worden gekozen voor een van de reguliere aanbestedingsprocedures onder de Aw 2012[65] of de ADV[66], waarbij mogelijk geen extra beschermende maatregelen zijn ingebouwd, of wel voor geheimverklaring.[67] Dit zijn echter de twee uitersten van het spectrum. Daartussen ligt een groot gebied waarin risicomitigerende maatregelen kunnen worden genomen.

4.52 Een opdrachtgever/behoeftesteller dient een bewuste afweging te maken of geheimverklaring werkelijk noodzakelijk en evenredig is ter waarborging van wezenlijke nationale veiligheidsbelangen. Aangetoond moet worden waarom de beoogde bescherming van wezenlijke nationale veiligheidsbelangen uitsluitend kan worden gewaarborgd door een opdracht niet aan te besteden.[68]

Rechtstreekse gunning en relatie met artikel 346 lid 1 sub a VWEU

4.53 Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU volgt dat de vraag of rechtstreekse gunning op grond van hiervoor bedoelde uitzonderingsbepalingen kan worden gerechtvaardigd, moet worden bezien in het licht van de rechtspraak inzake artikel 346 lid 1 sub a VWEU.[69]

4.54 Volgens artikel 346 lid 1 sub a VWEU is geen enkele lidstaat gehouden inlichtingen te verstrekken waarvan de verbreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid.[70]

4.55 Deze bepaling is door de algemene bewoordingen er van onder meer van toepassing op niet- militaire overheidsopdrachten.[71]

4.56 Artikel 346 VWEU geeft de lidstaten de bevoegdheid om zelf hun wezenlijke veiligheidsbelangen te definiëren en de veiligheidsmaatregelen vast te stellen die noodzakelijk zijn om de openbare veiligheid van hun lidstaat te beschermen. De maatregelen die de lidstaten treffen in het kader van de legitieme vereisten van nationaal belang zijn evenwel niet volledig aan de toepassing van het Unierecht onttrokken alleen omdat zij onder meer de openbare veiligheid dienen. Bovendien moeten de uitzonderingen restrictief worden uitgelegd, zoals volgens vaste rechtspraak geldt voor uitzonderingen op de fundamentele vrijheden. De lidstaten hebben weliswaar een beoordelingsmarge om te beslissen welke maatregelen noodzakelijk zijn voor de bescherming van hun wezenlijke belangen van hun veiligheid, maar de uitzonderingsbepalingen kunnen niet aldus worden uitgelegd dat de lidstaten daaraan – alleen omdat zij zich op die belangen beroepen – de bevoegdheid ontlenen om af te wijken van het VWEU. Een enkel beroep op die belangen is dus onvoldoende.

4.57 De lidstaat[72] die zich op een van de uitzonderingen in kwestie beroept, moet namelijk aantonen dat het voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid noodzakelijk is om van deze uitzonderingen gebruik te maken, ook als hij zich tevens beroept op artikel 346 lid 1 onder a VWEU. De lidstaat moet dus aantonen dat in de behoefte aan de bescherming van die belangen niet had kunnen worden voorzien in het kader van, kort gezegd, een aanbestedingsprocedure.[73]

Rechtstreekse gunning aan Oostenrijkse Staatsdrukkerij niet evenredig aan het doel openbaarmaking van gevoelige informatie te voorkomen

De Republiek Oostenrijk heeft gewezen op een aantal aspecten van haar wezenlijke belangen op het gebied van openbare veiligheid die relevant zijn bij het drukken van veiligheidsdocumenten. Onder meer moeten volgens haar de echtheid en juistheid van documenten, die dienen tot bewijs van de identiteit van personen, worden gewaarborgd, aangezien identiteitsdocumenten nauw samenhangen met de openbare orde en de institutionele werking van de staat. Ook acht zij het noodzakelijk te zorgen voor de bescherming van gevoelige persoonsgegevens en ten slotte moet er volgens haar op worden toegezien dat de voorzieningszekerheid wordt gewaarborgd.

Volgens het Hof van Justitie heeft de Republiek Oostenrijk echter niet aangetoond dat de door haar in dat kader noodzakelijk geachte centralisatie van de uitvoering van de opdrachten tot het drukken van onder meer paspoorten met chip, identiteitsbewijzen en rijbewijzen in creditcardformaat, doeltreffende administratieve controles, voorzieningszekerheid en betrouwbaarheid van de opdrachtnemer niet ook hadden kunnen worden gewaarborgd in het kader van een aanbestedingsprocedure.

De Republiek Oostenrijk had weliswaar aangegeven welke wezenlijke belangen van haar veiligheid volgens haar moeten worden beschermd en welke waarborgen inherent zijn aan die belangen, maar heeft volgens het Hof van Justitie van de EU niet aangetoond dat de nagestreefde doelstellingen niet hadden kunnen worden bereikt in het kader van een aanbestedingsprocedure.

Belangrijke overwegingen uit arrest Oostenrijkse Staatsdrukkerij inzake op te nemen clausules

De Republiek Oostenrijk had ter terechtzitting nog gesteld dat het risico bestaat dat gevoelige informatie openbaar wordt gemaakt omdat buiten die lidstaat gevestigde ondernemingen zich niet volledig kunnen onttrekken aan de greep van de autoriteiten van hun respectieve lidstaat, gelet op het feit dat zij in bepaalde gevallen krachtens de in de betrokken staat toepasselijke wettelijke regeling verplicht zijn om samen te werken met de autoriteiten of met de inlichtingendiensten van die staat, zelfs indien zij overheidsopdrachten uitvoeren in een vaste inrichting die zich in Oostenrijk bevindt.

Het Hof overweegt daarover[74]: "Beklemtoond zij evenwel dat het de Oostenrijkse autoriteiten vrijstaat om in de aanbestedingsvoorwaarden voor de gunning van de opdrachten in kwestie clausules op te nemen waarbij de inschrijver een algemene verplichting tot vertrouwelijke behandeling wordt opgelegd, en om te bepalen dat een meedingende onderneming van de gunningsprocedure zal worden uitgesloten indien zij met name wegens de wettelijke regeling van haar lidstaat niet in staat zou zijn voldoende waarborgen te bieden met betrekking tot de nakoming van die verplichting ten aanzien van de autoriteiten van die staat. Het is de Oostenrijkse autoriteiten ook toegestaan om te voorzien in de oplegging van – inzonderheid contractuele – sancties aan de opdrachtnemer, voor het geval dat die verplichting niet wordt nagekomen tijdens de uitvoering van de opdracht in kwestie.[74]

Rechtstreekse gunning en relatie met artikel 346 lid 1 sub b VWEU

4.58 Een specifieke uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht kan worden ingeroepen voor opdrachten voor wapens, munitie en oorlogsmateriaal, vermeld in Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958, die vallen onder de reikwijdte van artikel 346, lid 1 sub b, VWEU.[75]

4.59 Alleen in strikte uitzonderingsgevallen kan een beroep gerechtvaardigd zijn op artikel 346 lid 1 sub b VWEU.

Artikel 346 lid 1 onder b VWEU bepaalt: "De bepalingen van de Verdragen vormen geen beletsel voor de volgende regels: (....) b. elke lidstaat kan de maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal; die maatregelen mogen de mededingingsverhoudingen op de interne markt niet wijzigen voor producten die niet bestemd zijn voor militaire doeleinden."

4.60 Ook de afwijking waarin artikel 346 VWEU voorziet, moet namelijk conform vaste rechtspraak inzake afwijkingen van de fundamentele vrijheden eng worden uitgelegd en artikel 346 lid 1 sub b kan niet in die zin worden uitgelegd dat het de lidstaten de mogelijkheid biedt om louter op grond van die wezenlijke belangen van zijn veiligheid van de bepalingen van het Verdrag af te wijken. De lidstaat die zich op artikel 346 lid 1 sub b VWEU beroept, moet bewijzen dat het voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid noodzakelijk is om gebruik te maken van de in die bepaling neergelegde afwijking.[76] Ook is vereist dat een maatregel conform het evenredigheidsbeginsel niet verder gaat dan passend en noodzakelijk is ter bereiking van het beoogde doel.[77]

Oostenrijkse nationaliteitsvoorwaarde niet zonder meer toegestaan

Oostenrijk stelde toekenning aan een onderneming van een vergunning voor de handel in militaire wapens en munitie, de bemiddeling bij de aan- en verkoop daarvan, afhankelijk van de voorwaarde dat de leden van de wettelijke vertegenwoordigingsorganen of de beherende vennoot van die onderneming de Oostenrijkse nationaliteit bezitten en hun woonplaats in Oostenrijk hebben.

Het EU-Hof oordeelt dat de nationale rechter nog moet nagaan of de lidstaat die zich op artikel 346, lid 1, sub b, VWEU beroept om een dergelijke regeling te rechtvaardigen, kan aantonen dat het voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid noodzakelijk is om van die uit zondering gebruik te maken.

Nederland en artikel 346 VWEU

4.61 Nederland behoudt zich nadrukkelijk het recht voor om bij aanbestedingen op het gebied van defensie artikel 346 VWEU ruimhartig te interpreteren.[78]

4.62 De artikelen 2.23, lid 1 onder a, en 3. 22 lid 1 onder a Aw 2012 zonderen overheids- en speciale sectoropdrachten en prijsvragen uit die vallen onder de reikwijdte van artikel 346 VWEU. Artikel 2.1 lid 1 ADV omschrijft het toepassingsgebied van de ADV, waarbij op grond van het tweede lid de toepasselijkheid van uitzonderingen op grond van artikel 346 en de artikelen 36, 51, 52, 62[79] VWEU onverlet wordt gelaten.

4.63 Het is aannemelijk dat een beroep op de uitzondering van artikel 346 VWEU (en van de andere, genoemde Verdragsbepalingen) er sinds de inwerkingtreding van de ADV niet eenvoudiger op geworden is. De ADV is immers specifiek bedoeld en op maat gesneden voor opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied.[80]

4.64 Zoals hiervoor al aangegeven, is het duidelijk dat geheimverklaring een uiterste middel *(ultimum remedium)* moet zijn en dat moet worden bezien of nationale veiligheidsrisico's niet met minder ingrijpende maatregelen kunnen worden voorkomen c.q. of de wezenlijke belangen van nationale veiligheid niet met minder ingrijpende maatregelen dan met geheimverklaring kunnen worden gewaarborgd.[81]

5 Welke maatregelen zijn inzetbaar om nationale veiligheidsrisico's te mitigeren?

In dit hoofdstuk worden voor de Aw 2012 en ADV suggesties gegeven voor het opnemen van onder andere uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en contractvoorwaarden die risico's voor de nationale veiligheid kunnen beheersen.

Maatregelen Aw 2012

Het toepassen van uitsluitingsgronden[82]

5.1 De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf moet verplichte en kan facultatieve uitsluitingsgronden toepassen zoals vastgelegd in art. 2.86 (verplicht) en art. 2.87 (facultatief) Aw 2012.

5.2 Indien er sprake is van een opdracht die mogelijke risico's voor de nationale veiligheid met zich meebrengt wordt geadviseerd in ieder geval gebruik te maken van de facultatieve uitsluitingsgronden (c), (d), (e), (h) en (i):

c. de aanbestedende dienst kan aannemelijk maken dat de inschrijver of gegadigde in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;
d. de aanbestedende dienst beschikt over voldoende plausibele aanwijzingen om te concluderen dat de inschrijver of gegadigde met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging;
e. een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b kan niet effectief worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen;
h. de inschrijver of gegadigde heeft zich in ernstige mate schuldig gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of het voldoen aan de geschiktheidseisen of heeft die informatie achtergehouden, dan wel was niet in staat de ondersteunende documenten, bedoeld in de artikelen 2.101 en 2.102, over te leggen;
i. de inschrijver of gegadigde heeft getracht om het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst onrechtmatig te beïnvloeden, om vertrouwelijke informatie te verkrijgen die hem onrechtmatige voordelen in de aanbestedingsprocedure kan bezorgen, of heeft door nalatigheid misleidende informatie verstrekt die een belangrijke invloed kan hebben op besluiten inzake uitsluiting, selectie en gunning.

Uitsluiting van landen die geen partij zijn bij de GPA

Landen die geen partij zijn bij de GPA kunnen overigens zonder meer worden uitgesloten van deelname aan een aanbesteding, zowel onder de ADV als onder de Aw 2012.

Het toepassen van geschiktheidseisen

5.3 De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan geschiktheidseisen toepassen zoals vastgelegd in art. 2.90 Aw 2012.

De geschiktheidseisen kunnen betreffen:
a. de financiële en economische draagkracht;
b. technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid;
c. beroepsbevoegdheid.

Het toepassen van selectiecriteria

5.4 De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan selectiecriteria toepassen bij de volgende aanbestedingsprocedures: de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling en het innovatiepartnerschap (art. 2.99 Aw 2012).

5.5 Selectiecriteria kunnen toezien op de financiële en economische draagkracht en op de technische en beroepsbekwaamheid van potentiële opdrachtnemers. Vaak liggen deze criteria in het verlengde van de geschiktheidseisen (bijv. ervaring en referenties). Bij een geschiktheidseis van minimaal één jaar ervaring kan bijvoorbeeld worden gerangschikt op basis van het aantal jaren ervaring en kan de opdrachtnemer met de meeste jaren ervaring worden geselecteerd.

5.6 Selectiecriteria moeten transparant, objectief en niet discriminerend zijn (art. 2.100 Aw 2012).

5.7 Voor selectiecriteria binnen het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding van de Aw 2012 kan – voor zover mogelijk en mits verband houdend met het voorwerp van de opdracht – inspiratie worden opgedaan bij de ADV.

Het toepassen van gunningscriteria

5.8 De Aanbestedingswet 2012 stelt het gebruik van het gunnings criterium beste prijs-kwaliteitverhouding voorop voor aanbestedingen boven de drempel en bij de toepassing van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 onder de drempel.

5.9 Bij een opdracht met mogelijke risico's voor de nationale veiligheid wordt geadviseerd om gebruik te maken van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding en niét van de gunningscriteria laagste prijs en de laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit.

5.10 De kwaliteitsaspecten worden vastgesteld in de vorm van subgunningscriteria (art. 2.115 lid 2 Aw 2012). De kwaliteitsaspecten moeten samenhangen met het voorwerp van de opdracht. Voorbeelden van subgunningscriteria zijn: planning, plan van aanpak, milieukenmerken, hinder, (levenscyclus)kosten, garantie, rentabiliteit, service, duurzaamheid, prijs, sociale factoren, functionele kenmerken, toegankelijkheid, presentatie, esthetische kenmerken en leveringsvoorwaarden.

5.11 Voor subgunningscriteria binnen het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding van de Aw 2012 kan – voor zover mogelijk en mits verband houdend met het voorwerp van de opdracht – inspiratie worden opgedaan bij de ADV.

Het toepassen van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden/ contractvoorwaarden

Zie bijlage 2.

5.12 Bij een opdracht met mogelijke risico's voor de nationale veiligheid wordt geadviseerd om bijzondere uitvoeringsvoorwaarden als contractbepaling op te nemen (art. 2.80 Aw 2012). De eis is dan dat de inschrijver vooraf moet verklaren dat hij akkoord gaat met deze voorwaarden.

Maatregelen ADV

Uitgangspunt is:

- dat het gaat om nationale veiligheidsopdrachten op veiligheidsgebied, dus voor gevoelig materiaal, gevoelige werken of gevoelige diensten of voor werken, leveringen of diensten die rechtstreeks samenhangen met gevoelig materiaal, niet om opdrachten op defensiegebied;
- dat deze nationale veiligheidsopdrachten onder het toepassingsgebied van de ADV vallen, voor zover niet afkomstig van private opdrachtgevers met vitale processen;
- dat het bij een nationale veiligheidsopdracht gaat om – op wettelijke of bestuursrechtelijke basis dan wel op grond van bindende aanwijzingen vanwege het Rijk – gerubriceerde gegevens die beschermd moeten worden; [83]
- dat in beginsel gekozen wordt voor een niet-openbare procedure op basis van de ADV.

N.B. eisen, voorwaarden, criteria, contractuele voorwaarden moeten altijd in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de aanbesteding (proportionaliteit). Bij voorgenomen uitsluiting moet gelegenheid worden geboden voor ver weer en aantonen van inmiddels genomen zelfreinigende maatregelen.

De hierna tussen haken geplaatste teksten bevatten steeds de wettekst van de ADV. Markeringen zijn toegevoegd.

Procedurele voorwaarden/eisen aan de aanmelding c.q. inschrijving

[**Artikel 2.39**

1. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf is niet gehouden gerubriceerde gegevens met betrekking tot een specifieke aanbesteding te verstrekken aan een ondernemer, indien die niet voldoet aan eisen die de aanbestedende dienst of het speciale- sectorbedrijf ter bescherming van die gegevens aan de verstrekking daar van heeft gesteld.

2. Een eis als bedoeld in het eerste lid kan inhouden dat een ondernemer er voor zorg dient te dragen dat door hem in te schakelen onderaannemers eveneens aan de eisen, bedoeld in het eerste lid, voldoen.]

[**Artikel 2.68**

1. Bij een opdracht die op gerubriceerde gegevens betrekking heeft, die gerubriceerde gegevens noodzakelijk maakt, of die gerubriceerde gegevens bevat, vermeldt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in de aanbestedingsstukken de maatregelen en eisen die noodzakelijk zijn om het vereiste beveiligingsniveau van deze gegevens te waarborgen.

2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan voor het bereiken van het vereiste beveiligingsniveau van de gerubriceerde gegevens onder meer eisen dat van een inschrijving deel uitmaakt:

    a. een verklaring van de inschrijver en van reeds bekende onderaannemers dat zij met inachtneming van op hen van toepassing zijnde wettelijke voorschriften ten aanzien van veiligheid, passende maatregelen zullen nemen ter bescherming van de vertrouwelijkheid van alle gerubriceerde gegevens die in hun bezit zijn of die hun ter kennis komen tijdens de hele looptijd van de opdracht of na het einde of de afsluiting daar van;
    b. een verklaring van de inschrijver dat hij zal bewerkstelligen dat hij de verklaring, bedoeld onder a, zal verkrijgen van andere onderaannemers die hij tijdens de uitvoering van de opdracht opdrachten in onderaanneming wil gunnen;
    c. gegevens over de reeds bekende in te schakelen onderaannemers, die toereikend zijn voor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om te kunnen vaststellen dat elk van hen over de vereiste bekwaamheden beschikt om naar behoren de vertrouwelijkheid te beschermen van de gerubriceerde gegevens waartoe zij toeganghebben of die zij in het kader van hun onderaannemingsactiviteiten dienen te verstrekken;
    d. een verklaring van de inschrijver om aan een eerder niet bekende onderaannemer niet eerder een opdracht in onderaanneming te gunnen dan nadat over die onderaannemer de informatie, bedoeld onder c, is verstrekt

3. Indien een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf van een inschrijver een verklaring eist:

    a. die afkomstig is van een door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf aangewezen instantie en
    b. waaruit blijkt dat volgens die aangewezen instantie de inschrijver voldoet aan het door die aanbestedende dienst of dat speciale-sectorbedrijf vereiste algemene beveiligingsniveau voor de uitvoering van opdrachten, erkent die aanbestedende dienst of dat speciale-sectorbedrijf ook een daarmee gelijkwaardige verklaring van een instantie uit een ander land overeenkomstig de afspraken die daarover met dat land zijn gemaakt, onverminderd de mogelijkheid op basis van eigen onderzoek van die erkenning te kunnen afzien indien die afspraken daarin voorzien.

4. Alvorens de verklaring, bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet veiligheidsonderzoeken, wordt afgegeven ten aanzien van de persoon die een inschrijver of onderaannemer wenst te belasten met een functie die is aangewezen als vertrouwensfunctie als bedoeld in die wet, kan in afwijking van artikel 7 van die wet het aldaar bedoelde veiligheidsonderzoek geheel of gedeeltelijk achterwege blijven indien die persoon beschikt over een verklaring uit een andere lidstaat die op een gelijkwaardig veiligheidsonderzoek berust.]

[**Artikel 2.69**

1. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf specificeert in de aanbestedingstukken zijn eisen op het gebied van bevoorradingszekerheid.

2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan eisen dat een inschrijving op het gebied van bevoorradingszekerheid onder meer het volgende bevat :

    a. certificering of documentatie die tot tevredenheid van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf aantoont dat de inschrijver in staat zal zijn de uit de overeenkomst voort vloeiende verplichtingen inzake de uitvoer, overbrenging en doorvoer van goederen na te komen, waaronder aanvullende documentatie ontvangen van de betrokken lidstaat of lidstaten;
    b. opgave van elke beperking voor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf inzake openbaarmaking, overdracht of gebruik van de producten en diensten of van een resultaat van deze producten en diensten, als gevolg van uitvoercontrole of veiligheidsbepalingen;
    c. certificering of documentatie die aantoont dat de organisatie en locatie van de bevoorradingsketen van de inschrijver hem in staat zullen stellen te voldoen aan de eisen van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf op het gebied van bevoorradingszekerheid die in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen, en een verklaring van de inschrijver er voor te zorgen dat mogelijke veranderingen in zijn bevoorradingsketen tijdens de uitvoering van de

opdracht geen negatieve gevolgen voor de naleving van deze vereisten zullen hebben;

d. de verklaring van de inschrijver dat hij in staat is capaciteit te realiseren of te handhaven die vereist is om eventuele aanvullende behoeften van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf als gevolg van een crisissituatie op te vangen, onder overeen te komen voorwaarden;

e. ondersteunende documentatie die de inschrijver heeft ontvangen van zijn nationale instanties over het kunnen vervullen van aanvullende behoeften van de aanbestedende dienst of het speciale -sectorbedrijf als gevolg van een crisissituatie;

f. de verklaring van de inschrijver dat hij het onderhoud, de modernisering of de aanpassingen van de leveringen die het voorwerp van de opdracht uitmaken, uit zal voeren;

g. de verklaring van de inschrijver dat hij de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf tijdig kennis zal geven van iedere verandering in zijn organisatie, bevoorradings-keten of bedrijfsstrategie die van invloed kan zijn op zijn verplichtingen jegens de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf;

h. de verklaring van de inschrijver dat hij de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf onder overeen te komen voorwaarden alle specifieke middelen zal verstrekken die nodig zijn voor de vervaardiging van reserveonderdelen, componenten, assemblagedelen en speciale testapparatuur, inclusief technische tekeningen, licenties en gebruiksaan-wijzingen, voor het geval dat hij deze benodigdheden niet langer kan leveren.

3. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf eist niet van een inschrijver dat van zijn inschrijving onderdeel uitmaakt een verklaring van een lidstaat die de vrijheid van die lidstaat zou inperken om in overeenstemming met de desbetreffende internationale of communautaire wetgeving zijn nationale vergunningscriteria voor uitvoer, overbrenging of doorvoer toe te passen in de omstandigheden die op het moment van het verlenen van een vergunning gelden.]

[**Artikel 2.75**
Eigen verklaring, vgl. artikel 2.85 Aw 2012 Het toepassen van uitsluitingsgronden]

[**Artikel 2.76**
vgl. de verplichte uitsluitingsgronden van artikel 2.86 Aw 2012

Artikel 2.77, N.B. c en f zijn twee facultatieve uitsluitingsgronden die verband houden met beveiliging van gegevens, de overige gronden zijn vergelijkbaar met die van artikel 2.87 Aw 2012; de gronden c en f zijn evenwel niet volledig uit Richtlijn 2009/81/EG in de tekst van de bepaling overgenomen.

1. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelneming aan een opdracht of een aanbestedingsprocedure op de volgende gronden:

   a. (...)
   b. (...)
   c. de inschrijver of gegadigde heeft in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout begaan die door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf aannemelijk kan worden gemaakt;]

N.B. in artikel 39 lid 2 van Richtlijn 2009/81/EG luidt de tekst: "die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken, zoals een niet-nakoming van zijn verplichtingen inzake gegevensbeveiliging of bevoorradingszekerheid bij een vorige opdracht;"

   [d. (...)
   e. (...)
   f. jegens de gegadigde of inschrijver is vastgesteld dat hij niet over de betrouwbaarheid beschikt die nodig is om risico's voor de nationale veiligheid uit te sluiten;]

[2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf betrekt bij de toepassing van het eerste lid, onderdeel b, uitsluitend onherroepelijke uitspraken die in de vier jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving onherroepelijk zijn geworden en bij de toepassing van het eerste lid, onderdeel c, uitsluitend ernstige fouten die zich in de vier jaar voorafgaand aan het genoemde tijdstip hebben voorgedaan.]

N.B. Uit de Guidance note Security of Information, DG MARKT, Ref. Ares (2016) 765061 – 12/02/2016 blijkt dat grond c ook betrekking heeft op het niet-nakomen van verplichtingen jegens andere aanbestedende diensten/speciale-sectorbedrijven, ongeacht in welke lidstaat zij zijn gevestigd. Er is geen onherroepelijke veroordeling nodig, maar de uitsluiting moet wel op objectieve en verifieerbare informatie berusten.

Wat grond f betreft, wijst de Guidance note op overweging 67 van de considerans van Richtlijn 2009/81/EG. Die luidt:

"Gezien de gevoeligheid van de sector is het van cruciaal belang dat de ondernemers aan wie opdrachten worden gegund, betrouwbaar zijn. Deze betrouwbaarheid hangt met name af van het feit of zij in staat zijn aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen inzake bevoorradingszekerheid en gegevensbeveiliging te voldoen. Daarnaast mag niets in deze richtlijn een aanbestedende dienst verhinderen een ondernemer in welke fase van het proces ook uit te sluiten voor de gunning van een opdracht, als de aanbestedende dienst informatie heeft dat, als de opdracht geheel of gedeeltelijk aan die ondernemer wordt gegund, dit een risico kan inhouden voor de essentiële veiligheidsbelangen van de betrokken lidstaat."

Tevens wijst de Guidance note op overweging 65 van de considerans die het concept van betrouwbaarheid uitbreidt, door te specificeren:

"Het moet ook mogelijk zijn ondernemers uit te sluiten, als de aanbestedende dienst informatie heeft, die eventueel afkomstig is van beschermde bronnen, waardoor vaststaat dat deze spelers niet voldoende betrouwbaar zijn om risico's voor de veiligheid van de lidstaat uit te sluiten. Deze risico's kunnen het gevolg zijn van bepaalde kenmerken van de producten die door de gegadigde worden geleverd of van de aandeelhoudersstructuur van de gegadigde."

[Artikel 2.78, vgl. artikel 2.88 Aw 2012]

N.B. in artikel 39 lid 2 van Richtlijn 2009/81/EG luidt de tekst: "waarvan is vastgesteld, op basis van welk bewijsmiddel dan ook, inclusief beschermde gegevensbronnen, dat hij niet de betrouwbaarheid vertoont die nodig is om risico's voor de veiligheid van de lidstaat uit te sluiten;"

5.13 De opsomming van verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden in de artikelen 2.76 en 2.77 ADV, is net als die in de artikelen 2.86 en 2.87 Aw 2012 limitatief. Die limitatieve opsomming sluit evenwel volgens het Hof van Justitie niet de bevoegdheid van de lidstaten uit om materieelrechtelijke voorschriften te handhaven of uit te vaardigen waarmee onder meer moet worden gewaarborgd dat ter zake van overheidsopdrachten het beginsel van gelijke behandeling en het daaruit voortvloeiende beginsel van transparantie in acht worden genomen, die voor de aanbestedende diensten bij elke procedure voor het plaatsen van een dergelijke opdracht gelden.[84]

5.14 Het EU-Hof heeft in het Michaniki-arrest aanvaard dat de lidstaten bevoegd zijn om, naast de limitatief opgesomde uitsluitingsgronden die zijn gebaseerd op objectieve overwegingen van beroepsbekwaamheid, uitsluitingsmaatregelen vast te stellen waarmee moet worden gewaarborgd dat in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten de beginselen van gelijke behandeling en het beginsel van transparantie in acht worden genomen, op voorwaarde dat dergelijke maatregelen niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.[85] Het gemeenschapsrecht staat er volgens het Hof niet aan in de weg dat nationale maatregelen worden getroffen waarmee het gevaar moet worden uitgesloten dat zich praktijken voordoen die de transparantie kunnen bedreigen en de mededinging kunnen vervalsen en waarmee fraude en corruptie moeten worden voorkomen of aan banden moeten worden gelegd. Dergelijke maatregelen mogen evenwel niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.[86]

5.15 Buitenlandse overheidsbemoeienis met of zeggenschap van buitenlandse aandeelhouders over een gegadigde voor een nationale veiligheidsopdracht kan risico's opleveren voor de vertrouwelijkheid van de (gerubriceerde) informatie en voor de continuïteit van de dienstverlening.

5.16 Mogelijk biedt het arrest inzake de Oostenrijkse Staatsdrukkerij, in samenhang met het Michaniki-arrest, aanknopingspunten om materieelrechtelijke voorschriften vast te stellen en te handhaven op grond waar van een onderneming van deelname aan de aanbesteding wordt uitgesloten als die onderneming, met name vanwege de wettelijke regeling van zijn staat (of vanwege zijn aandeelhoudersstructuur) niet in staat zou zijn voldoende waarborgen te bieden met betrekking tot de nakoming van de verplichting tot vertrouwelijke behandeling.[87] Uit die arresten moet wel worden afgeleid dat met materieelrechtelijke voorschriften wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen worden bedoeld.

5.17 In het kader van de selectie kan, eventueel zelfs uit beschermde bronnen, blijken dat een staatsgeleide onderneming zich zelfstandig, als lid van een samenwerkingsverband of (met een hoofdaannemer) als onderaannemer aanmeldt. Beoordeeld moet worden aan de hand van feiten en omstandigheden of er een reëel risico bestaat dat door die onderneming volgens de wettelijke regeling van het herkomstland inzicht in gevoelige gegevens moet worden verschaft aan de autoriteiten en/of inlichtingendiensten van dat land. In het kader van de selectie kan ook uit feiten en omstandigheden, eventueel zelfs uit beschermde bronnen, blijken dat een onderneming door een onderneming uit een derde land of door aandeelhouders uit een derde land, met andere geopolitieke belangen dan Nederland, wordt gecontroleerd en dat er een reëel risico bestaat dat gevoelige informatie in verkeerde handen kan vallen.

5.18 De ABDO 2017 bevatten een plicht om voorgenomen veranderingen in zeggenschap en bedrijfsstructuur te melden bij de MIVD.[88] Zie in dit verband ook het (in april 2018 naar de Raad van State gezonden) wetsvoorstel Ongewenste Zeggenschap Telecommunicatie dat een meldingsplicht bevat bij bepaalde voorgenomen veranderingen in zeggenschap en bedrijfsstructuur in de telecomsector.[89]

Voorbeeld (extra) uitsluitingsgrond
Algemene verplichting in de aanbestedingsvoorwaarden tot vertrouwelijke behandeling/geheimhouding en een verklaring verlangen van gegadigden, waarin zij – op straffe van uitsluiting – uitdrukkelijk bevestigen dat de wettelijke regeling in hun (lid) staat/land van herkomst voldoende waarborgen biedt voor de nakoming van die verplichting tot vertrouwelijke behandeling/geheimhouding jegens de autoriteiten van de staat van herkomst. Als die verklaring wordt verkregen en vervolgens de verplichting niet wordt nagekomen in het kader van de uitvoering van het contract, kunnen contractuele sancties worden opgelegd. Dit kan een contractuele boete zijn, maar eventueel ook ontbinding van de overeenkomst.

Uitsluitingsgrond ADV van ondernemers uit derde landen

Artikel 1.7 ADV bepaalt:

"Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf kan ondernemers die niet binnen de Europese Unie gevestigd zijn van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, tenzij dit niet is toegestaan op grond van een voor Nederland verbindend verdrag of besluit."

5.19 De ADV bevat de mogelijkheid om ondernemers die niet zijn gevestigd binnen de Europese Unie uit te sluiten van deelname aan een aanbestedingsprocedure, tenzij dit niet is toegestaan op grond van een voor Nederland bindend verdrag of besluit.[90]

5.20 Ondernemers, die gevestigd zijn in Liechtenstein, IJsland en Noorwegen – dit zijn landen die zijn aangesloten bij het met de Europese Unie gesloten akkoord betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) – kunnen niet op grond van artikel 1.7 ADV worden uitgesloten.

5.21 Wel kunnen andere derde landen, waaronder landen die partij zijn bij de GPA (behalve de EER- landen), worden uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure in het kader van de ADV. De WTO-Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (GPA) is namelijk niet van toepassing op opdrachten waarop de ADV van toepassing is.[91]

Enkel op grond van deze bepaling zal een onderneming die in de EU of de EER is gevestigd, maar een moederonderneming heeft die gevestigd is in een land met andere geopolitieke ambities dan Nederland, evenwel niet kunnen worden uitgesloten. Zie echter de hiervoor in randnummer 7.1 opgenomen verwijzing naar overweging 65 van de considerans van Richtlijn 2009/81/EG, waarin is vermeld dat eventueel op basis van informatie uit beschermde bronnen, een gegadigde kan worden uitgesloten op grond van de aandeelhoudersstructuur.

Uitsluiting van landen die geen partij zijn bij de GPA

Landen die geen partij zijn bij de GPA kunnen zonder meer worden uitgesloten van deelname aan een aanbesteding, zowel onder de ADV als onder de Aw 2012.[92]

Bestuur en organisatie opdrachtnemer

5.22 O.m. UEA onderneming, Gedragsverklaring aanbesteden ledenconsortium, onderaannemers, verklaring belastingdienst, uittreksels KvK tot het verste/hoogste niveau. Mogelijk ABDO 2017.

Het toepassen van geschiktheidseisen

[**Artikel 2.83**

1. Een ondernemer kan zijn technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid op een of meer van de volgende manieren aantonen, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de werken, leveringen of diensten:

   d. door middel van een beschrijving van de technische uitrusting van de leverancier of de dienstverlener, van de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen en de mogelijkheden die hij biedt ten aanzien van ontwerpen en onderzoek, en van interne regels inzake intellectuele eigendom;

   i. door middel van een beschrijving van de outillage, het materieel, de technische uitrusting, het personeelsbestand en de kennis of de bevoorradingsbronnen, met inbegrip van een beschrijv ing van de geografische ligging er van wanneer die buiten de Europese Unie is, waarover de ondernemer zal beschikken om de opdracht uit te voeren, om een eventuele toename in de behoefte van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf als gevolg van een crisissituatie op te vangen, of om het onderhoud, de modernisering of de aanpassingen van de leveringen die het voorwerp van de opdracht bepalen, te verzekeren;

   k. indien het opdrachten betreft die betrekking hebben op gerubriceerde gegevens of die dergelijke gegevens noodzakelijk maken of bevatten, door middel van bewijzen die aantonen dat de gerubriceerde gegevens met inachtneming van het door de aanbestedende dienst of het speciale -sectorbedrijf vereiste beveiligingsniveau kunnen worden verwerkt, opgeslagen en verzonden.

3. Indien als bewijs, bedoeld in het eerste lid, onderdeel k, van een gegadigde een verklaring als bedoeld in artikel 2.68, derde lid, onderdelen a en b, of een verklaring als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet veiligheidsonderzoeken, wordt geëist, kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf op verzoek van die gegadigde aan hem meer tijd toekennen om die verklaring te verkrijgen, indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf van de mogelijkheid daartoe en van de extra te verkrijgen tijd in de aankondiging van de opdracht melding heeft gemaakt.

4. Indien van een gegadigde een verklaring als bedoeld in artikel 2.68, derde lid, onderdelen a en b, wordt geëist, is op de erkenning van een daarmee gelijkwaardige verklaring de laatste zinsnede van dat derde lid van overeenkomstige toepassing.

5. Indien een gegadigde een persoon wenst te belasten met een functie die is aangewezen als vertrouwensfunctie als bedoeld in de Wet veiligheidsonderzoeken is artikel 2.68, vierde lid, van overeenkomstige toepassing.]

5.23 Geschiktheidseisen (referenties, financiële gegevens, beroeps- en bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering, systeembeheer toeleveringsketen en traceersystemen, opgave personeel), bij diensten: vergunning of lidmaatschap bepaalde organisatie.

Voorbeeld geschiktheidseis inzake technische bekwaamheid
Stel de inkoop betreft transport- en logistieke diensten. Er moeten hoogwaardige technische producten en/of diefstalgevoelige producten worden vervoerd van X naar Y, bijvoorbeeld identiteitsdocumenten (paspoorten, rijbewijzen, ID-kaarten) of nucleair materiaal.

5.24 Als geschiktheidseis (minimumeis) kan bijvoorbeeld tevens TAPA-certificering niveau A (of gelijkwaardig) worden gevraagd. TAPA staat voor Transport Asset Protection Association, een internationale vereniging van beveiligingsexperts en high tech-bedrijven. De certificering betreft beveiliging van transport, overslag, opslag en distributie. Denk in dit kader ook aan de zg. Common Criteria for Information Security Evaluation met een oplopend certificeringsschema en een systeem van wederzijdse erkenning van beveiliging van gegevens https://www.commoncriteriaportal.org/.

Het toepassen van selectiecriteria

[**Artikel 2.66**

1. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan gedurende de fase van selectie of gunning van een opdracht de in een inschrijving opgenomen keuzes van onderaannemers af wijzen, mits die afwijzing is gebaseerd op selectiecriteria, technische specificaties, eisen of normen, of oplossingen die aan de uitvoering van de opdracht zijn gesteld.

2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan onderaannemers afwijzen die gedurende de uitvoering van een opdracht worden gekozen, mits die afwijzing is gebaseerd op selectiecriteria, technische specificaties, eisen of normen, of oplossingen die aan de uitvoering van de opdracht zijn gesteld.

3. De aanbestedende dienst die of het speciale-sectorbedrijf dat een onderaannemer afwijst, verstrekt de inschrijver die voornemens was deze onderaannemer in te schakelen een schriftelijke motivering van die afwijzing met een opgaaf van de selectiecriteria, technische specificaties, eisen of normen, of oplossingen waaraan die onderaannemer niet voldoet.

4. Het derde lid is van overeenkomstige toepassing op een afwijzing als bedoeld in het tweede lid.]

[**Artikel 2.67**
De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf vermeldt in de aankondiging de eisen die hij op grond van de artikelen 2.62 tot en met 2.66 stelt.]

Voorbeeld selectiecriterium technische bekwaamheid
In het eerdere voorbeeld van inkoop van transport- en logistieke dienst verlening, kan een hoger niveau van TAPA certificering (B of C of gelijkwaardig) punten opleveren voor de kwalitatieve selectie van partijen (ranking).

Het toepassen van gunningscriteria

Specifiek opgenomen subgunningscriteria genoemd in artikel 2.106 lid 2 ADV zijn:

[l. de bevoorradingszekerheid;
m. de interoperabiliteit;
n. de operationele kenmerken.]

Dit artikel bevat een niet-uitputtende opsomming. Denkbaar is dat harde garanties op het punt van gegevensbeveiliging in het kader van de uitvoering van de opdracht ook kunnen fungeren als subgunningscriterium.

Op 20 september 2018 ging het Hof van Justitie in het Montte-arrest in op de vraag of het een aanbestedende dienst vrij staat om in de gunningsfase een evaluatie in twee stappen uit te voeren.

Het Hof van Justitie oordeelde dat het is toegestaan om inschrijvingen die ondanks dat zij aan de minimumvereisten, maar niet aan een minimumniveau van technische kwaliteit, uit te sluiten.[93] Concreet mag een aanbestedende dienst dus vereisen dat er minimaal een 6 (voldoende) wordt gescoord voor bijvoorbeeld een subgunningscriterium Plan van Aanpak (of: een plan voor fysieke en informatiebeveiliging) op straffe van uitsluiting.

Het toepassen van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden/ contractvoorwaarden

[Artikel 2.70

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf kan bijzondere voorwaarden verbinden aan de uitvoering van een opdracht, mits dergelijke voorwaarden met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verenigbaar zijn en in de aanbestedingsstukken vermeld zijn.

2. De voorwaarden waaronder een opdracht wordt uitgevoerd, kunnen betrekking hebben op onderaanneming of ten doel hebben de door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf overeenkomstig de artikelen 2.68 en 2.69 vereiste beveiliging van gerubriceerde gegevens en bevoorradingszekerheid te waarborgen, dan wel met sociale of milieuoverwegingen verband houden.]

Voorbeeld contractvoorwaarden
In het kader van de uitvoering van de opdracht kan worden gevraagd dat van het personeel dat met de uitvoering van de opdracht wordt belast een VOG NP (Verklaring omtrent gedrag – natuurlijke persoon) wordt ingediend. Daarbij wordt door bureau Justis gescreend op voor de uitvoering van de opdracht relevante gebieden. Ook kan een verdergaande screening (security clearance) worden verlangd. Tevens kan worden verlangd dat ook in het kader van de uitvoering van de overeenkomst een geheimhoudingsverklaring wordt getekend, met als uiterste sanctie op overtreding ontbinding van de overeenkomst. Ook kan worden verlangd dat tijdig kennis wordt gegeven van iedere verandering in de aandeelhoudersstructuur, de organisatie en het bestuur van de opdrachtnemer.

Handvatten contractvoorwaarden, bijvoorbeeld veiligheidsparagraaf, bescherming bij overnames, toestemmingsvereiste fusie/ overname, geen vervanging opdrachtnemer, maatregel om te voorkomen dat opdrachtnemer onder zeggenschap van buitenlandse aandeelhouders komt te staan of een dochteronderneming van een buitenlandse rechtspersoon wordt, beperkingen opleggen aan vervreemding aandelen, overdracht/licentiebeleid IE, inzet nieuwe derden/onderaannemers, garanties leverancierssketen.

Personeel van opdrachtnemer (en in te zetten onderaannemers)

VOG NP (of gelijkwaardig), eventueel verdergaande screening, nationaliteitsvoorwaarde lijkt mogelijk indien noodzakelijk en evenredig (vgl. arrest Schiebel Aircraft). Aanwijzing vertrouwensfunctie en screening A IVD (artikel 2.83 lid 5 ADV).

Fysieke beveiliging van de organisatie van de opdrachtnemer

Extra veiligheidswaarborgen, zoals gebruik van een (digitale) kluis, geheimhoudingsverklaringen, recht van de aanbesteder om audits en inspecties en controles ter plekke uit te voeren, diepgaander screening van het bij de uitvoering van de opdracht betrokken personeel (aanvullend op een VOG), specifieke certificering op het gebied van veiligheids- en risicomanagement, zoals ISO 27001 en ISO 31000 etc. Audits beveiligingsbeleid en – plan, minimumeisen aan plan, gunningscriterium: minimale score beveiligingsplan.

Digitale veiligheid van de organisatie van de opdrachtnemer

Mogelijk (delen uit) ABDO 2017. Denk in dit kader ook aan de zg. Common Criteria for Information Security Evaluation met een oplopend certificeringsschema en een systeem van wederzijdse erkenning van beveiliging van gegevens https://www.commoncriteriaportal.org/.

Voorbeeld geschiktheidseis certificering informatiebeveiliging
TAPA is bezig een standaard te ontwikkelen voor Cyber Security Requirements, die is voorzien eind 2018 (https://www.tapa-global.org/information/latest-news-views/news-detail-view/expert-group-to-deliver-recommendations-on-new-tapa-cyber-security-standard-by-end-of-2018.html). Als het om de inkoop van diensten van beheer c.q. onderhoud van gevoelige informatie gaat, kan ook ISO-27001:2017 certificering (of gelijkwaardig) worden gevraagd. Deze norm betreft informatiebeveiliging en vervangt eerdere normen op dat gebied.

Voetnoten

1 Zie ook Quickscan nationale veiligheid bij inkoop en aanbesteden en Risicoanalyse nationale veiligheid bij inkoop en aanbesteden.

2 Quickscan nationale veiligheid bij inkoop en aanbesteden, Zo houdt u rekening met nationale veiligheidsrisico's, uitgave van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in samenwerking met de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, augustus 2018 | 117631.

3 Risicoanalyse nationale veiligheid bij inkoop en aanbesteden, Zo houdt u rekening met nationale veiligheidsrisico's, uitgave van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in samenwerking met de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, ok tober 2018 |117632.

4 Zie p. 2 Quick scan.

5 Artikel 2.38 en 2.39 Aw 2012.

6 Zie voor de Europese drempelwaarden in het kader van de Aanbestedingswet 2012 en de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied tot 1 januari 2019 https://www.pianoo.nl/nl/regelgeving/drempelwaarden-europees-aanbesteden.

7 Vgl. voor het begrip 'duidelijk grensoverschrijdend belang' HvJ EU 6 oktober 2016, zaak C-318/`5, Tecnoedi Costruzioni, ECLI:EU:C:2016:247, pt. 29, en HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:722, r.o. 3.4-3.5.

8 Vgl. de artikelen 2.38 en 2.39 Aw 2012.

9 Vgl. de artikelen 2.29 en 2.30 ADV voor diensten van bijlage II van Richtlijn 2009/81/EG.

10 Vgl. Nota Defensie Industrie Strategie, par. 4.1.3, p.28.

11 De begrippen 'overheidsopdracht', 'concessieopdracht' en 'speciale sectoropdracht' worden bekend verondersteld. De specifieke bepalingen over (gemengde) opdrachten die deels onder het ene, deels onder het andere regime vallen, blijven buiten beschouwing.

12 Vgl. HvJ EU 20 maart 2018, zaak C-187/16, Oostenrijkse Staatsdrukkerij.

13 Vgl. artikel 1.3 lid 2 ADV.

14 Zie Uittreksel van Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958,Brussel 10 november 2008, 14538/08, limité, Interinstitutioneel dossier 2007/0280 (COD). Richtlijn 2009/81/EG ziet met name op militair materiaal opgenomen in deze lijst, maar heeft tevens een ruimer bereik. De richtlijn heeft ook betrekking op producten die oorspronkelijk zijn ontworpen voor civiel gebruik en later zijn aangepast aan militaire doeleinden. De lijst is generiek en moet ruim worden geïnterpreteerd in het licht van de ontwikkeling van de technologie, het aanbestedingsbeleid en de militaire behoeften, die leiden tot de ontwikkeling van nieuwe typen van materiaal, bijvoorbeeld op basis van de gemeenschappelijke militaire lijst van de Unie (zie ov. 10 van de considerans van Richtlijn 2009/81/EG).

15 Vgl. ov. 16 en 17 van de considerans van Richtlijn 2009/81/EG en artikel 2.1 lid 2 ADV.

16 Vgl. ov. 16 en 17 van de considerans van Richtlijn 2009/81/EG en artikel 2.1 lid 2 ADV.

17 Op grond van artikel 2 lid 2 van het VIRBI 2013 gelden de bepalingen daar van in aanvulling op het Besluit Voorschrift informatiebeveiliging rijksdienst (VIR 2007) en het Besluit Beveiligingsvoorschriften Rijk (BVR 2013).

18 Artikel 1.7 aanhef en onder b Aw 2012 en onder meer HvJ EU 20 maart 2018, zaak C-187/16, Oostenrijkse Staatsdrukkerij ECLI:EU:C:2018:194, punten 104-107.

19 De ADV vormt de implementatie van Richtlijn 2009/81/EG. Vgl. brief van Staatsecretaris Keijzer van EZK aan de Tweede Kamer van 7 februari 2018 over Stand van zaken Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsbeleid, p. 1 en p. 5.

20 De hoofdstukken 1.2 tot en met 1.4 van de Aw 2012 zijn niet van toepassing op opdrachten waarop de ADV van toepassing is.

21 Commission Staff Working Document, Evaluation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security, Brussels, 30.11. 2016, SWD(2016) 407 final, p. 48.

22 Vgl. par. 6.4.1.1., Delimitation of scope, p. 107.

23 Artikel 2.1 ADV.

24 Dit blijkt onder meer ook uit artikel 2.23 lid 1, onder b en c, Aw 2012.

25 Vgl. de definities van gevoelig materiaal, gevoelig werk en gevoelige dienst in artikel 1.1 ADV en artikel 2.1 aanhef en onder b en d ADV.

26 Zie ook Traffic Light Protocol (TLP) https://www.us-cert.gov/tlp en https://www.us-cert.gov/sites/default/files/tlp/tlp-v1.pdf. TLP wordt ook gebruikt door de Informatie Beveiligingsdienst voor gemeenten (IBD) https://www.informatiebeveiligingsdienst.nl/traffic-light-protocol-tlp-codes/.

27 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad voor de vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Europese Unie, COM (2017) 487 final, 13 september 2017 http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/AUTRES_INSTITUTIONS/COMM/COM/2017/11-22/COM_COM20170487_NL.pdf. Vgl. ook N. Lavranos, Enkele kritische kanttekeningen bij het EU-voorstel voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Europese Unie, SEW, september 2018,

28 Vgl. brief van Staatsecretaris Keijzer van EZK aan de Tweede Kamer van 7 februari 2018 over Stand van zaken Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsbeleid. De ADV geldt ook voor decentrale overheden en speciale-sectorbedrijven, p.2.

29 Artikel 1.3 ADV. Hoofdstuk 1.2 bevat de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit.

30 Artikel 1.1 ADV.

31 De modulair opgezette ABDO zijn een afgeleide van het Voorschrift Informatiebeveiliging Rijksdienst (VIR) en het Defensie Beveiligingsbeleid (DBB). Zij zijn per 1 juni 2017 volledig herzien en ingrijpend gewijzigd. Vooral het hoofdstuk over IT- beveiliging is, gezien de toegenomen dreiging, fors uitgebreid een aangepast aan de huidige technologische ontwikkelingen.

32 Onder andere het Besluit Voorschrift Informatiebeveiliging Rijksdienst Bijzondere Informatie (VIRBI 2013) geeft regels voor de beveiliging van (bijzondere) informatie bij de Rijksoverheid. Voor ieder ministerie zijn deze regels nader uitgewerkt in beveiligingsbeleid (vgl. p. 2 ABDO 2017).

33 ABDO 2017 p.7.

34 Vgl. artikel 1.6 ADV (proportionaliteitsbeginsel).

35 Vgl. artikel 1.1 ADV en Guidance Note Field of application, Ref. Ares. (2016)764791 – 12/02/2016, p.7. Het mag niet gaan om gegevens die moeten worden beschermd uit een oogpunt van privacy, dataprotectie of economische belangen.

36 Artikel 1. 4 lid 1 onder a en b en lid 3 Aw 2012.

37 Vgl. artikel 2.3 lid 2 ADV.

38 Artikel 1.5 van de ADV verplicht de aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf tot transparant handelen.

39 Kamerstukken II 2010/2011, 32 440, nr.11, p.16.

40 Artikel 1.4 lid 1 onder b Aw 2012.

41 Kamerstukken II 2010/2011, 32 440, nr. 11, p.16.

42 Dit betreft met name voorschriften inzake aankondiging, termijnen, beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

43 Artikel 1.4 lid 1 onder a en b Aw 2012.

44 Artikel 1.10 lid 3 Aw 2012.

45 Artikel 1.7 aanhef en onder b Aw 2012 en onder meer HvJ EU 20 maart 2018, zaak C-187/16, Oostenrijkse Staatsdrukkerij ECLI:EU:C:2018:194, punt 104.

46 Vgl. HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1484.

47 Relevante ac tiviteiten met vitale processen zijn water- enenergievoorziening en vervoer.

48 Vgl. de definitie van speciale-sectorbedrijf in artikel 1.1 Aw 2012.

49 Toepassing van de procedure van artikel 2.38 en 2.39 voor sociale en andere specifieke diensten is niet verplicht, maar een discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst (vgl. commentaar C. 2 bij artikel 2.38 in Sdu Commentaar aanbestedingsrecht, editie 2018, onder red. van Fischer-Braams, Van de Meent, Van Nouhuys en Stelling wer f f Beintema, p. 247).

50 Bijzondere procedures, die niet als zodanig als beoogd eindresultaat het gunnen van een overheids-of speciale-sectoropdracht hebben, zijn de prijsvraag, de raamovereenkomst en het dynamisch aankoopsysteem (Kamerstukken II 2015/2016, 32 329, nr. 3, p. 42)

51 Voor speciale-sectorbedrijven genaamd 'onderhandelingsprocedure met aankondiging'.

52 Artikel 2.18 ADV.

53 Vgl. brief van Staatsecretaris Keijzer van EZK aan de Tweede Kamer van 7 februari 2018 over Stand van zaken Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsbeleid, p. 5.

54 Vgl. artikelen 2.32, 2.33, 2.36 Aw 2012 voor overheidsopdrachten en artikelen 3.36 – 3.38 Aw 2012 voor speciale-sectoropdrachten en de daarin opgenomen restrictieve voorwaarden voor toepassing van de betrokken uit zonderingen.

55 Vgl. artikelen 2. 23 – 2. 25 ADV en de daarin opgenomen restrictieve voorwaarden voor toepassing van de betrokken uit zonderingen.

56 Artikel 1.1 ADV definieert crisissituatie als: een gewapend conflict, een oorlog of een andere situatie als gevolg waarvan zich een schadelijke gebeurtenis voordoet die de omvang van een schadelijke gebeurtenis van het dagelijks leven duidelijk overstijgt en die een ernstige bedreiging of belemmering vormt voor het leven of de gezondheid van mensen, of substantiële gevolgen heeft voor materiële goederen van grote waarde, of maatregelen vereist om de bevolking van eerste levensbehoeften te voorzien, dan wel een situatie waarbij een dergelijke schadelijke gebeurtenis zich naar verwachting op zeer korte termijn zal voordoen.

57 Vgl. enerzijds artikel 2.23, lid 1 onder e, resp. artikel 3.22, lid 1 onder b resp. artikel 2a.15 lid 2, onder a, jo. lid 3, Aw 2012 met anderzijds artikel 15 lid 2 en 3 Richtlijn 2014/24/EU resp. artikel 24 lid 2 en 3 Richtlijn 2014/25/EU resp. artikel 10 lid 6 Richtlijn 2014/23/EU.

58 Deel 2 van de Aw 2012 resp. de vergelijkbare bepalingen van deel 3 resp. deel 2a blijven buiten toepassing.

59 Onder meer HvJ 4 september 2014, zaak C-474/12, Schiebel Aircraft, ECLI:EU:C:2014:2139, punt 34, en de daar aangehaalde rechtspraak. Vgl. ook punt 71 van de conclusie van A-G Kokott in zaak C-187/16, Oostenrijkse Staatsdrukkerij.

60 Artikel 2a.15, lid 2 onder a, jo. lid 3 Aw 2012.

61 Artikel 2.16, aanhef en onder a ADV. Vgl. artikel 346 lid 1 onder a VWEU en punt 72 van HvJ 20 maart 2018, zaak C-187/16, Oostenrijkse Staatsdrukkerij, ECLI:EU:C:2018:194.

62 Vgl. ov. 20 van de considerans van Richtlijn 2009/81/EG.

63 Artikel 2.16, aanhef en onder b ADV.

64 De Guidance note Security of Information van DG Markt, Ref. Ares (2016) 765061 – 12/02/2016 vermeldt op p. 13 verschillende minder ingrijpende oplossingen.

65 Zie voor de Aw 2012 het voorbeeld genoemd in randnummer 5.1.

66 Zie voor de ADV de in randnummer 6.46 genoemde voorbeelden.

67 Zie de bijlage voor voorbeelden van geheimverklaring.

68 Vgl. M.J.M. Essers en A. J.M. Louwers, Bescherming van wezenlijke nationale belangen en de aanbestedingsplicht, NtEr 2018/af l. 5/6, p.198-204.

69 Vgl. HvJ EU 20 maart 2018, zaak C-187/16, Oostenrijkse Staatsdrukkerij, ECLI:EU:C:2018:194, punt 72.

70 Vgl. artikel 2.16, aanhef en onder a ADV.

71 Vgl. HvJ EU 20 maart 2018, zaak C-187/16, Oostenrijkse Staatsdrukkerij, ECLI:EU:C:2018:194, punt 72.

72 Vgl. artikel 2.16 aanhef en onder a ADV en de artikelen 2.23 lid 1 onder a en 3.22 lid 1 onder a Aw 2012, waaruit volgt dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zich op artikel 346 VWEU kan beroepen

73 Vgl. HvJ EU 20 maart 2018, zaak C-187/16, Oostenrijkse Staatsdrukkerij, ECLI:EU:C:2018:194, punt 72-79 en HvJ 4 september 2014, zaak C-474/12, Schiebel Aircraft, ECLI:EU:C:2014:2139, punt 34.

74 Zie HvJ 20 maart 2018, zaak C-187/16, Oostenrijkse Staatsdrukkerij, ECLI:EU:C:2018:194, punten 92 en 93.

75 De lijst uit 1958 is generiek en moet ruim worden geïnterpreteerd in het licht van de ontwikkeling van de technologie, het aanbestedingsbeleid en de militaire behoeften, die leiden tot de ontwikkeling van nieuwe typen van materiaal, bijvoorbeeld op basis van de gemeenschappelijke militaire lijst van de Unie (zie ov. 10 van de considerans van Richtlijn 2009/81/EG).

76 Vgl. HvJ EU 4 september 2014, zaak C-474/12, Schiebel Aircraft, ECLI:EU:C:2014:2139, punten 33 en 34.

77 Vgl. arrest Schiebel Aircraft, punt 37.

78 Vgl. brief van Staatsecretaris Keijzer van EZK aan de Tweede Kamer van 7 februari 2018 over Stand van zaken Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsbeleid, p. 1 en p. 6.

79 Deze artikelen voor zien in specifieke uit zonderingen op de toepassing van de Verdragsbepalingen en, in het verlengde daar van, op de toepassing van het van deze beginselen afgeleide recht (waaronder Richtlijn 2009/81/EG), als dit verantwoord is om redenen van openbare veiligheid of nodig voor de bescherming van essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat.

80 Vgl. in dit verband ov. 16 van de considerans van Richtlijn 2009/81/EG.

81 De Guidance note Security of Information van DG Markt, Ref. Ares (2016) 765061 – 12/02/2016 vermeldt op p. 13 verschillende minder ingrijpende oplossingen.

82 Zie ook https://www.pianoo.nl/nl/themas/integriteit/aan-slag-met-integriteit/integriteit-van-bedrijven/uitsluitingsgronden-integriteit.

83 Vgl. ov. 18 van de considerans van Richtlijn 2009/81/EG.

84 HvJ 16 december 2008, zaak C-213/07, Michaniki, r.o. 44.

85 HvJ 16 december 2008, zaak C-213/07, Michaniki, r.o. 47-49.

86 HvJ 16 december 2008, zaak C-213/07, Michaniki, r.o. 60-61.

87 HvJ EU 20 maart 2018, zaak C-187/16, Oostenrijkse Staatsdrukkerij, r.o. 93.

88 Vgl. Nota Defensie Industrie Strategie, p.33.

89 https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2017/02/16/kabinet-wil-wettelijke-voorwaarden-voor-overnames-telecomsector.

90 Bij gebrek aan zodanige grondslag mag een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf niet zelf bepaalde informatie tot gevoelig of beschermd verklaren. Vgl. Guidance note Field of application, DG MARKT, Ref. Ares (2016)764791 – 12/02/2016, p. 7.

91 Artikel 1.7 ADV.

92 Zie de WTO-website voor wie er partij zijn bij de GPA. Hong Kong is dat bijvoorbeeld wel, maar de Volksrepubliek China niet: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm.

93 HvJ EU 20 september 2018, zaak C-546/16, ECLI:EU;C:2018:752.

Bijlage 1

1 Nederlandse voorbeelden van geheim verklaarde opdrachten 32

2 Vrijwillige transparantie vooraf 32

3 Geen volledige rechtszekerheid over onaantastbaarheid bij vrijwillige transparantie vooraf 32

4 Voorbeelden van geheim verklaarde opdrachten 33

5 Vergelijkbare materie wel en niet aanbesteed 34

6 Schaarse rechtspraak over geheim verklaarde opdrachten 34

1 Nederlandse voorbeelden van geheim verklaarde opdrachten

1.1 Voor Nederlandse voorbeelden van het gebruik van de uitzondering voor geheimverklaring van opdrachten wordt verwezen naar de onder randnummer 4 opgenomen voorbeelden. Het valt op dat ook in de meer recente besluiten niet wordt verwezen naar de ADV.[1]

1.2 Het is de vraag of deze besluiten naar huidig inzicht in alle gevallen de door het Hof van Justitie in zijn arrest van 20 maart 2018 bevestigde noodzakelijkheids- en evenredigheidstoets zouden kunnen doorstaan.[2]

1.3 Wat bij de voorbeelden van geheimverklaring verder opvalt, is dat in diverse gevallen een termijn is geboden waarbinnen derden rechtsbescherming kunnen zoeken in de vorm van een kort geding, vergelijkbaar met de standstill-termijn van artikel 2.127 Aw 2012 respectievelijk artikel 2.118 ADV. Dit bevordert de transparantie en een effectieve rechtsbescherming.

2 Vrijwillige transparantie vooraf

2.1 Naar huidig recht zou ook kunnen worden gekozen voor vrijwillige transparantie vooraf van een voorgenomen, rechtstreekse gunning via een aankondiging, als bedoeld in artikel 4.16 lid 1 Aw 2012 respectievelijk artikel 3.3 lid 1 ADV.

2.2 Op grond van artikel 4.16 lid 1 Aw 2012 kan een aanbestedende dienst of een speciale- sectorbedrijf vrijwillig transparantie vooraf betrachten als hij – kort gezegd – van mening is dat een onderhandse gunning is toegestaan. Als hij het voornemen tot sluiting van een overeenkomst via TenderNed publiceert, tenminste 20 kalenderdagen wacht met het sluiten van de overeenkomst en er tijdens die periode geen rechtsmiddel wordt aangewend, is de overeenkomst niet meer vernietigbaar op grond van artikel 4.15 lid 1 onderdeel a Aw 2012.[3]

2.3 De bekendmaking moet tenminste de gegevens genoemd in artikel 4.17 Aw 2012 bevatten, waaronder een duidelijke en ondubbelzinnige rechtvaardiging van de redenen waarom de aanbestedende dienst/het speciale-sectorbedrijf van mening is dat hij de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking kan gunnen.

2.4 Het voorgaande geldt ook in het kader van de ADV, zij het dat daar een opschortende termijn van 15 dagen geldt.[4]

3 Geen volledige rechtszekerheid over onaantastbaarheid bij vrijwillige transparantie vooraf

3.1 Met vrijwillige transparantie vooraf wordt de kans dat een onderhands gesloten overeenkomst door de rechter wordt vernietigd sterk verkleind. De aanbestedende dienst en de onderneming aan wie onderhands is gegund, hebben echter geen volledige rechtszekerheid dat de betrokken overeenkomst niet meer in rechte kan worden aangetast.

3.2 Uit het arrest Fast web van het Hof van Justitie van de EU[5] blijkt namelijk dat de procedure van vrijwillige transparantie vooraf de aanbestedende dienst en degene met wie de overeenkomst is aangegaan geen complete rechtszekerheid biedt. Uit het arrest volgt dat het aan de nationale rechter is te beoordelen of de aanbestedende dienst zorgvuldig handelde en van mening kon zijn dat daadwerkelijk aan de voorwaarden van de uitzondering van technische redenen was voldaan toen het besluit werd genomen om de opdracht onderhands te gunnen.

3.3 Per saldo kan het dus gebeuren dat, ondanks vrijwillige transparantie vooraf en het in acht nemen van de opschortende termijn van 20 dagen alvorens de overeenkomst te sluiten, de overeenkomst alsnog – ook na de opschortende termijn – door de nationale rechter onverbindend moet worden verklaard. De nationale rechter kan evenwel besluiten om de overeenkomst niet te vernietigen als dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft.[6] Ondernemingen die schade hebben geleden kunnen na de opschortende minimumtermijn nog steeds een vordering tot schadevergoeding instellen.[7]

3.4 Na sluiting van een overeenkomst is deze – naar Nederlands recht – nog maar beperkt aantastbaar. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 november 2016[8] bepaald dat een als resultaat van een gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst wegens strijd met aanbestedingsregels slechts aantastbaar is (door een ander dan één van de contractspartijen) op de gronden vermeld in artikel 4.15 lid 1 Aw 2012, en dat deze in andere gevallen slechts aantastbaar is in het geval van wilsgebreken en in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge artikel 3:40 van het Burgerlijk Wetboek ('BW') (op een andere grond dan strijd met aanbestedingsregels). Dit in verband met het beoogde evenwicht tussen de verschillende bij een aanbesteding betrokken belangen en de bedoeling om, in verband daarmee, ten behoeve van de aanbestedende dienst en degene aan wie deze de opdracht gunt, te waarborgen dat geen te grote of te langdurige onzekerheid ontstaat over de vraag of de overeenkomst gesloten en uitgevoerd kan worden.

3.5 Het is de vraag of deze lijn van de Hoge Raad zich verdraagt met het hiervoor aangehaalde Fast web-arrest van het Hof van Justitie, als de Nederlandse rechter tot het oordeel moet komen dat een aanbestedende dienst niet zorg vuldig heeft gehandeld en niet van mening kon zijn dat daadwerkelijk aan de voorwaarden van een uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht was voldaan toen hij het besluit nam om de opdracht onderhands te gunnen.

3.6 Blijkens een recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam bood een vrijwillige ex ante aankondiging van het voornemen van onderhandse gunning de aanbestedende dienst in elk geval geen soelaas. In dat geval kwam een concurrent van de beoogde contractspartij na het toepassen van vrijwillige transparantie binnen 20 dagen na de 'aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' met een bodemprocedure op tegen de voorgenomen onderhandse gunning van een opdracht voor archiefdiensten voor onbepaalde duur met een waarde van meer dan €14 miljoen. De rechtbank was van oordeel dat het beroep van de aanbestedende dienst op de uitzondering dat mededinging wegens technische redenen ontbrak, niet opging omdat het met financiële en logistieke gevolgen en algemene continuïteitsrisico's onvoldoende was onderbouwd. De aanbestedende dienst kreeg het gebod opgelegd het voornemen tot gunning in te trekken, een eventueel reeds gesloten overeenkomst te beëindigen zodra redelijkerwijs verantwoord en was verplicht alsnog een Europese aanbestedingsprocedure te organiseren, waaraan de eisende partij kan meedoen.[9]

4 Voorbeelden van geheim verklaarde opdrachten

4.1 Voor zover kenbaar uit publicaties in de Staatscourant, vond in de volgende gevallen geheimverklaring plaats:

- aanbestedingen van justitiële inrichtingen (Stcrt. 1997, 197);
- beveiligingsinstallaties van museale instellingen (Stcrt. 2001, 97);
- diensten, leveringen en werken t.b.v. koninklijke paleizen en objecten (Stcrt. 2004, 66; Stcrt. 2006, 53; Stcrt. 2011, 18226);
- diensten, leveringen en werken t.b.v. bouw-, installatie-, onderhouds- en inrichtingswerkzaamheden aan het Catshuis en de daarbij nu en in de toekomst behorende gebouwen en objecten (Stcrt. 2004, 128);
- Besluit van de Minister van Buitenlandse Zaken van 4 april 2008 tot geheimhouding van diensten, leveringen en werken ten behoeve van bouw-, onderhouds- en inrichtingswerkzaamheden aan het Speciale Tribunaal voor Libanon (Stcrt. 2008, 73).
- Besluit van de directie van TenneT TSO B.V. tot geheimverklaring van de nieuwbouw van een landelijk besturingscentrum (Stcrt. 2009, 17504);
- Besluit van de Staatssecretaris van V&J van 28 maart 2013 tot geheimverklaring van de doorontwikkeling van het risicodetectiesysteem RADAR ter uitvoering van het bepaalde in de wet Controle op rechtspersonen (Stcrt. 2013, 8502);
- Besluit van de Minister van BZK van 17 april 2013 tot geheimverklaring van een opdracht voor beheer, onder-houd en ondersteuning van aanvraagstations voor reisdocumenten (Stcrt. 2013, 11492);
- Besluit van de Minister van OCenW van 23 mei 2013 tot geheimhouding van aanbestedingen met betrekking tot beveiligingsinstallaties van museale instellingen 2013 (Stcrt. 2013, 15615);
- Besluit van de Korpschef d.d. 15 juli 2013 tot geheimverklaring van opdrachten voor diensten, leveringen en werken ten behoeve van het bouwen, inrichten, onderhouden en beheren van Command & Controlruimten NSGBO, Politie (Stcrt. 2013, 23170);
- Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 19 augustus 2013, tot geheimhouding aanbesteding met betrekking tot vervanging van de Closed-circuit television/ Videomatrix van Unit 5 van de Extra Beveiligde Inrichting in Vught (Stcrt. 2013, 23835);
- Besluit van de Staatssecretaris van OCenW van 2 oktober 2013 tot geheimhouding van aanbestedingen met betrekking tot beveiligingsinstallaties landelijke publieke omroep (Stcrt. 2013);
- Besluit van de Minister van Wonen en Rijksdienst van 17 juli 2014 tot geheimverklaring van opdrachten voor diensten, leveringen en werken ten behoeve van ontwerp, bouw, inrichting en onderhoud van woon- en werkverblijven van leden van het Koninklijk Huis (Stcrt. 2014, 21237);
- Besluit van de Minister van Wonen en Rijksdienst tot geheimverklaring van opdrachten in verband met de gezamenlijke huisvesting van de AIVD en MIVD (Bron: beantwoording Kamer vragen leden Koolmees en Verhoeven 23 november 2016);
- Besluit van de Minister van Wonen en Rijksdienst van 3 november 2016 tot geheimverklaring van opdrachten voor diensten, leveringen en werken t.b.v. de renovatie van het Binnenhofcomplex en de tijdelijke huisvesting van gebruikers van het Binnenhofcomplex (Stcrt. 2016, 59812);
- Besluit van de Minister van Infrastructuur en Milieu van 4 september 2017 tot geheimverklaring van de opdracht voor de operatie en het onderhoud van het nieuwe regeringsvliegtuig (Stcrt. 2017, 52871);
- Besluit van de Minister van Buitenlandse Zaken van 14 september 2017 tot geheimverklaring van opdrachten in het kader van onderhoud van het Vredespaleis (Stcrt. 2017, 53302);
- Besluit van de Minister van V&J van 19 oktober 2017 tot geheimverklaring van een opdracht in het kader van een dronedetectie- en verstoringssysteem voor de Dienst Justitiële Inrichtingen (Stcrt. 2017, 62477);

- Besluit van de wnd. secretaris-generaal van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 8 november 2017, 2017-0000550437 tot geheimverklaring van opdrachten voor diensten, leveringen en werken ten behoeve van de Gemeenschappelijke Centrale Meldkamer (Stcrt. 2017, 66041);
- Besluit van de Minister van Buitenlandse Zaken van 1 maart 2018, nr. MinBuza-2018.1054-18, tot geheimverklaring van opdrachten betreffende de productie van identiteitsbewijzen voor geprivilegieerden (Stcrt. 2018, 13509).

4.2 In de toelichting bij de hiervoor genoemde besluiten zijn argumenten opgenomen ter rechtvaardiging van de geheimverklaring en waarom in die gevallen niet met minder ingrijpende maatregelen kon worden volstaan.

4.3 Er wordt overigens in de toelichting bij het hiervoor genoemde besluit van de Minister van V&J van 19 oktober 2017 gelegenheid geboden om – analoog aan de opschortingstermijn na mededeling van de gunningsbeslissing van artikel 2.127 Aw 2012 – binnen 20 dagen bezwaar te maken tegen de onttrekking van de opdracht aan toepasselijkheid van de Aanbestedingswet 2012 d.m.v. het aanhangig maken van een kort geding.[10] Voor zover bekend, is daar geen gebruik van gemaakt. Dit is ook gebeurd bij het besluit van 19 augustus 2013 van de Staatsecretaris van V&J.

4.4 Ook in het geval van RADAR is op 28 maart 2013 eerst een voornemen tot aanbesteding onder geheimhouding gepubliceerd in de Staatscourant, waarmee deze "geheime aanbesteding" dus openbaar en publiekelijk bekend werd. Na het verlopen van een bezwaarperiode (van, naar aan te nemen valt, 20 dagen) bleek dat er geen bezwaren waren geuit door de markt en is het besluit van kracht geworden.[11]

4.5 Voor zover bekend, is eenmaal gebruik gemaakt van geheimverklaring door een speciale sectorbedrijf (in 2009). Dat besluit is in de Staatscourant bekend gemaakt en er is gedurende een vervaltermijn van vier weken gelegenheid geboden daartegen een kort geding aanhangig te maken.

4.6 Strikt genomen, verplichten de Richtlijnen 2014/23, 2014/24 en 2014/25/EU, de Aw 2012, Richtlijn 2009/81/EG en de ADV niet tot publicatie van een besluit tot geheimverklaring.

4.7 Duidelijk is dat geheimverklaring een uiterste middel (ultimum remedium) moet zijn en dat moet worden bezien of nationale veiligheidsrisico's niet met minder ingrijpende maatregelen kunnen worden voorkomen c.q. of de wezenlijke belangen van nationale veiligheid niet met minder ingrijpende maatregelen dan met geheimverklaring kunnen worden gewaarborgd.[12]

5 Vergelijkbare materie wel en niet aanbesteed

5.1 De levering van reisdocumenten is in Nederland eertijds Europees aanbesteed. Ook de levering van halffabricaten voor rijbewijskaarten is destijds aanbesteed volgens de Europese niet- openbare procedure.[13]

5.2 Echter, bij de vernieuwde reis- en identiteitsdocumenten, waarbij op een chip biometrische gegevens (kunnen) worden geplaatst, is geheimverklaring zonder publicatie toegepast. Ook bij de Rijkspas is geheimverklaring toegepast, eveneens zonder publicatie.

6 Schaarse rechtspraak over geheim verklaarde opdrachten

6.1 Nationale rechtspraak over (betwiste) geheimverklaring van een overheidsopdracht is schaars.

6.2 Geheimverklaring is omstreeks 2004 toegepast – en door de rechter gerechtvaardigd geacht – bij het opzetten van datacommunicatienetwerken en afluisterapparatuur tussen de lidstaten in het kader van criminaliteitsbestrijding.[14]

6.3 Uit een uitspraak van de rechtbank Den Haag over geheimverklaring van het (binnen- en) buitenproject van de renovatie van het Paleis op de Dam op basis van het (eerdere) Besluit geheimverklaring overheidsopdrachten woon- en werkverblijven leden Koninklijk Huis van 9 maart 2006 (Stcrt. 2006, 52) blijkt dat de rechter de geheimverklaring terughoudend (marginaal) toetst. In dat geval werd getoetst of de minister in redelijkheid tot het besluit tot geheimverklaring heeft kunnen komen. Het besluit doorstond die terughoudende toetsing en de consequentie was dat de RGD de opdracht niet hoefde aan te besteden.[15]

6.4 Ook ten aanzien van een besluit van de Minister van Veiligheid en Justitie tot geheimverklaring van de werkzaamheden aan o.m. de buitengevel van het Paleis op de Dam oordeelde de Haagse rechtbank dat dit een marginale toets kon doorstaan. De rechtbank oordeelde dat er geen transparantie behoefde te worden betracht en dat de Minister in redelijkheid tot het besluit tot geheimverklaring van het (gehele) buitenproject had kunnen komen.[16]

Voetnoten

1 Vgl. toelichting bij Besluit van de Minister van Buitenlandse Zaken van 1 maart 2018, nr. MinBuza-2018.1054-18, tot geheimverklaring van opdrachten betreffende de productie van identiteitsbewijzen voor geprivilegieerden (Stcr t. 2018, 13509), waarin sprake is van gerubriceerde gegevens.

2 M.J.J.M. Essers en A.J.M. Louwers, Bescherming van wezenlijke nationale belangen en de aanbestedingsplicht, Rechtstreekse gunning van overheidsopdrachten als ultimum remedium, NtEr 2018/af l. 5/6, p. 198-204.

3 Vgl. HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, r.o. 3.7.3.

4 Vgl. artikelen 3. 2 – 3. 4 ADV. Zie ook guidance note DEfence- and security-specific exclusions, DG MARKT, Ref. Ares (2016)764884- 12/02/2016, 1), p. 1-2.

5 HvJ EU 11 september 2014, zaak C-19/13, ECLI:EU:C:2014:2194, punten 50-52.w

6 Artikel 4.18 Aw 2012.

7 Punt 62 Fast web-arrest,

8 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638.

9 Rb. Amsterdam 27 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7 380 http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2019:1332.

10 Vgl. toelichting bij besluit van de Minister van V&J van 19 oktober 2017 tot geheimverklaring van een opdracht in het kader van een dronedetectie- en verstoringssysteem voor de Dienst Justitiële Inrichtingen (Stcr t. 2017, 6247 7).

11 Vgl. Kamerstukken II, vergaderjaar 2014-2015, 29 911, Bestrijding georganiseerde criminaliteit, nr. 116, Antwoord op vraag 1.

12 De guidance note Security of Information van DG Markt, Ref. Ares (2016) 765061 – 12/02/2016 vermeldt op p.13 verschillende minder ingrijpende oplossingen.

13 Vgl. http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHDHA:2014:2675.

14 Vzr. Rb. Den Haag 7 april 2004, KG04/225, n.g., en Hof Den Haag 16 september 2004, zaaknr. 2004/067 3, n.g., inzake afluisterapparatuur politie.

15 Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU1361, r.o. 4.11-4.13.

16 Rechtbank Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BUI1361.

Bijlage 2 Contractvoorwaarden - voorbeelden ABDO

Achtergrond

Het ministerie van Defensie legt via de Algemene Beveiligingseisen voor Defensieopdrachten (ABDO) beveiligingseisen op aan instellingen en bedrijven met betrekking tot informatie, materieel, goederen of objecten in het kader van de uitvoering van Defensiecontracten. De opdrachtnemer wordt contractueel verplicht tot implementatie van de in de ABDO 2017 beschreven beveiligingsmaatregelen. Het betreft concrete eisen op het vlak van 'bestuur en organisatie', 'personeel', 'beveiliging van de fysieke omgeving' en 'informatiebeveiliging'.

De beveiligingseisen gehanteerd in de ABDO kunnen ter inspiratie dienen voor opdrachten die onder de ADV of Aw 2012 vallen en een nationale veiligheidscomponent hebben. Mits de eisen noodzakelijk en proportioneel zijn kunnen deze als contractvoorwaarden worden opgenomen.

Bestuur en organisatie

Algemeen:

- Bij beëindiging van het contract vervallen alle bijbehorende autorisaties. Hieraan voorafgaand dient de opdrachtnemer indien er sprake is van een nieuwe partij die de werkzaamheden gaat overnemen een warme overdracht te verzorgen. Vervolgens dient opdrachtnemer de door opdrachtgever verstrekte informatie te retourneren aan opdrachtgever dan wel te vernietigen.

Zeggenschap en bedrijfsstructuur:

- Opdrachtnemer meldt elke voorgenomen wijziging in zeggenschap, eigendom en/of aandeelhouderschap van het bedrijf schriftelijk aan opdrachtgever. Opdrachtgever mag naar aanleiding hiervan besluiten het contract met de opdrachtnemer te ontbinden.
- Opdrachtnemer meldt voorgenomen benoemingen van bestuurders die niet beschikken over de Nederlandse nationaliteit schriftelijk aan opdrachtgever. Opdrachtgever mag naar aanleiding hiervan besluiten het contract met de opdrachtnemer te ontbinden.
- Opdrachtnemer meldt voorgenomen samenwerking met buitenlandse bedrijven of overheden schriftelijk aan opdrachtgever. Opdrachtgever mag naar aanleiding hiervan besluiten het contract met de opdrachtnemer te ontbinden.
- Opdrachtnemer meldt voorgenomen splitsing, strategische samenwerking of fusie, dreigende gedeeltelijke dan wel volledige overname, bedrijfsbeëindiging, surseance van betaling of faillissement schriftelijk aan opdrachtgever. Opdrachtgever mag naar aanleiding hiervan besluiten het contract met de opdrachtnemer te ontbinden.
- Opdrachtnemer meldt voorgenomen wijziging van bedrijfsactiviteiten, locaties, sourcing schriftelijk aan opdrachtgever. Opdrachtgever mag naar aanleiding hiervan besluiten het contract met de opdrachtnemer te ontbinden.
- Opdrachtnemer verschaft duidelijkheid bij welk (onderdeel van het) bedrijf en op welke locatie de opdracht wordt belegd en streeft maximaal naar onderbrenging bij één duidelijk herkenbaar en juridisch en organisatorisch af te schermen (onderdeel van het) bedrijf.
- Opdrachtnemer garandeert dat een grote hoeveelheid gevoelige informatie slechts op Nederlands grondgebied wordt gegenereerd, bewerkt en opgeslagen.

Beveiligingsbewustzijn:

- Opdrachtnemer voert een programma uit ter bevordering van het beveiligingsbewustzijn waarbij deelname verplicht en meetbaar is.

Logistieke keten:

- Opdrachtnemer meldt voorgenomen uitbesteding van werkzaamheden in het kader van een opdracht aan binnen- of buitenlandse subcontractors vooraf aan opdrachtgever. Opdrachtgever neemt hier een besluit over en verleent waar mogelijk toestemming.

Pers, internet, sociale media, publicatie, opnamen, etc:

- Opdrachtnemer en zijn medewerkers maken zonder uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van opdrachtgever op geen enkele wijze publiekelijk bekend welke opdracht zij voor opdrachtgever uitvoeren.

Beveiligingsincidenten:

- Er zijn disciplinaire maatregelen mogelijk tegen veroorzakers van beveiligingsincidenten.

Personeel

Het veiligheidsonderzoek, VGB en VOG:

- Opdrachtgever stelt een formele lijst van vertrouwensfuncties vast. Personeel van de opdrachtnemer op vertrouwensfuncties is verplicht om een geheimhoudingsplicht te ondertekenen. Indien noodzakelijk vraagt opdrachtnemer een veiligheidsonderzoek aan voor personeel op vertrouwensfuncties bij de inlichtingendiensten.
- Opdrachtnemer plaatst slechts medewerkers met de Nederlandse nationaliteit op vertrouwensfuncties waarbij toegang tot een grote hoeveelheid gevoelige informatie is vereist. Plaatsing op een vertrouwensfunctie van een medewerker die niet beschikt over de Nederlandse nationaliteit moet worden goedgekeurd door opdrachtgever.

Ontheffing uit een vertrouwensfunctie:

- Na het beëindigen van de overeenkomst worden alle digitale TBB teruggegeven aan de opdrachtgever.

Reizen naar het buitenland:

- Opdrachtnemer meldt aan opdrachtgever zakelijke reizen en/of privéverblijven van een vertrouwensfunctionaris naar het buitenland.

Fysiek

Organisatorische maatregelen:

- Fysieke toegang tot het compartiment met een TBB is tot op individueel niveau controleerbaar.
- Toegang tot het TBB of compartiment is alleen door middel van Two-factor authenticatie verleend.
- Alleen geautoriseerd personeel kan zelfstandig toegang krijgen tot een TBB of tot een compartiment waarin een TBB zich bevindt.
- In alle compartimenten met een TBB wordt personeel zonder autorisatie begeleid door personeel met een autorisatie. Van personen zonder autorisatie is vooraf de identiteit vastgesteld en geregistreerd. De registratie hiervan wordt minimaal een jaar bewaard en op aanvraag aan opdrachtgever verstrekt.
- Het 'clear desk principe' en 'clear screen principe' is toegepast in alle compartimenten waar een TBB zich bevindt of kan bevinden.

Elektronische maatregelen:

- Alleen elektronische apparatuur die essentieel is voor het uitvoeren van de opdracht is toegestaan binnen de ruimten van de TBB.
- Er is een elektronisch toegang systeem voor gecontroleerde toegang tot het compartiment geïnstalleerd en in werking. Deze is voorzien van logging, waarbij de logs tenminste een jaar worden bewaard.

Fysieke opslag, verwerking en ontwikkeling:

- Bijzondere informatie is geregistreerd en voorzien van een uniek exemplaarnummer.

Cyber

Informatiebeveiligingsbeleid:

- Er is beleid ten aanzien van cybersecurity.

Organiseren van informatiebeveiliging:

- Er is toezicht op een veilige inrichting van de digitale infrastructuur binnen de organisatie.
- De opdrachtnemer verstrekt de aan de organisatie toebehorende externe IP adressen en domeinnamen aan de opdrachtgever.
- De opdrachtnemer houdt door middel van een registratie toezicht op de locatie, uitgifte, inname en herkomst van alle door de organisatie in ontvangst of beheer genomen digitale TBB.
- Er zijn voorzieningen om de actualiteit van anti-malware programmatuur op mobiele apparaten te garanderen.
- Na melding van verlies of diefstal is direct de communicatiemogelijkheid met de centrale applicaties afgesloten.
- Voor remote toegang (telewerken) is gebruik gemaakt van de door opdrachtgever goedgekeurde oplossing(en) en middelen.

Beheer van bedrijfsmiddelen:

- De opsteller van informatie doet een voorstel tot rubricering en brengt deze aan op de informatie. De cyber-beveiligingsfunctionaris stelt de rubricering van de informatie vast.

Toegangsbeveiliging:

- Alleen geautoriseerde gebruikers hebben toegang.
- Het systeem voorkomt ongeautoriseerde toegang.
- Beheer van netwerken en netwerkdiensten is op afstand niet toegestaan.
- Er is een procedure vastgesteld waarbij onderhoud op afstand alleen toegankelijk is als het strikt noodzakelijk is en een verbinding uitsluitend geactiveerd kan worden door een bevoegd functionaris.
- Gebruikers hebben alleen bevoegdheden voor zover dat voor de uitoefening van hun taak noodzakelijk is (need-to-know, need-to-use).
- Back-ups zijn bewaard op een locatie die zodanig is gekozen dat een incident op de oorspronkelijke locatie niet leidt tot schade aan de back-up.
- De fysieke en logische toegang tot de back-ups, zowel van systeemschijven als van data, is zodanig geregeld dat allen geautoriseerde personen zich toegang kunnen verschaffen tot deze back-ups.

Cryptografie:

- Beleid inzake het gebruik van cryptografische beheersmaatregelen: voor de beveiliging van TBB zijn door opdrachtgever goedgekeurde cryptografische beveiligingsvoorzieningen, componenten en procedures gebruikt.

Beveiliging bedrijfsvoering:

- Er zijn gescheiden omgevingen voor Ontwikkeling, Test, Acceptatie en Productie (OTAP). De systemen en applicaties in deze omgevingen beïnvloeden systemen en applicaties in andere omgevingen niet.
- Er is een fysieke scheiding aanwezig tussen de ontwikkel- en testomgeving enerzijds en acceptatie- en de productieomgeving anderzijds.
- Gebruikers hebben gescheiden gebruiksprofielen voor OTAP-systemen om het risico van fouten te verminderen. Het moet duidelijk zichtbaar zijn in welk systeem gewerkt wordt.
- Indien er een experimenteer- of laboratorium omgeving is, is deze fysiek gescheiden van de andere omgevingen.

Software installeren op operationele systemen:

- Alleen geautoriseerd IT-beheer kan functies en software installeren of activeren.
- Programmatuur is pas geïnstalleerd op een productieomgeving nadat een formele test en acceptatie procedure is doorlopen.
- Er is alleen door de opdrachtgever onderhouden (versies van) software gebruikt.
- Beheer van technische kwetsbaarheden:
- Er is een proces ingericht voor het onderkennen en mitigeren van technische kwetsbaarheden; dit omvat minimaal penetratietests, risicoanalyses van kwetsbaarheden en patching.

Scheiding in netwerken:

- Een netwerk waarop TBB zijn opgeslagen, heeft geen verbinding met een ander netwerk, tenzij door opdrachtgever goedgekeurde procedures en middelen zijn toegepast.

Informatiebeveiligingsbeleid voor leveranciersrelaties:

- Indien een externe partij betrokken is bij het beheer van een TBB omgeving is voor deze partij door de opdrachtgever een autorisatie afgegeven.
- Indien dataopslag van een TBB door een externe partij is gefaciliteerd, is voor deze partij door de opdrachtgever een autorisatie afgegeven.

Overig (niet afkomstig uit de ABDO):

- Opdrachtnemer beschikt over een geldige verklaring omtrent het gedrag (VOG). De VOG dient afgegeven te zijn voor de betreffende functie en daarbij horende werkzaamheden en mag niet ouder zijn dan zes maanden.
- Het personeel van de opdrachtnemer dat de diensten uitvoert of goederen levert beheerst de Nederlandse taal in woord en geschrift.
- Opdrachtnemer moet bereid zijn om zich te registreren bij de KvK zodat het bedrijf onder Nederlandse wetgeving valt (Nederlandse BV).
- Als opdrachtnemer zich niet in Nederland bevindt worden voor audits en andere controles een derde onafhankelijke partij gebruikt. Opdrachtgever bepaald welke partij dit wordt. De auditor mag onaangekondigd audits uitvoeren.
- Indien opdrachtnemer werkt met, of toegang heeft tot gevoelige informatie dient er logging plaats te vinden van ten minste de volgende verwerkingen: verzameling, wijziging, raadpleging en wissing. Opdrachtnemer kan op individueel niveau aantonen wie welke handelingen heeft verricht. De logging is minimaal een half jaar beschikbaar voor onderzoek.
- Opdrachtnemer voert installatie, beheer en andere werkzaamheden uit op een locatie van de opdrachtgever.
- Bij levering van apparatuur: alle apparatuur die per batch wordt besteld dient volledig identiek te zijn.
- Bij vervanging van apparatuur of onderdelen dient de opdrachtnemer de opgeslagen data op deze apparatuur te wissen met een gecertificeerd data-wisprogramma. Dit wordt vastgelegd in een rapportage waarin het model, serienummer en servicenummer van de apparatuur of onderdelen wordt vermeld. Deze rapportage moet aan de opdrachtgever worden verstrekt, voordat de apparatuur en/of onderdelen de locatie verlaat.

Meer informatie:

Rijksportaal - Nationale veiligheid bij inkoop en aanbesteden

VeiligInkopen@minbzk.nl

Dit is een uitgave van:

De Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid
in samenwerking met het Ministerie van Binnenlandse Zaken
en Koninkrijksrelaties.

Juni 2019 | 117631