

Naar een betere bescherming van veiligheidsbelangen bij de aankopen van de Nationale Politie

Een eerste verkenning van enkele aanbestedingsrechtelijke
vraagstukken

mr. Nathan Meershoek
prof. mr. dr. Elisabetta Manunza
prof. mr. dr. drs. Linda Senden
mr. Julian Geraedts
mr. David Scholte

16 februari 2022

In opdracht van:

Nationale Politie
Chief Procurement Office
Directie Facility Management
Dhr. H.M. Thijssen

© Nathan Meershoek, Elisabetta Manunza, Linda Senden, Julian Geraedts & David Scholte 2022

Bij voorkeur citeren als:

N. Meershoek, E. Manunza, L. Senden, J. Geraedts & D. Scholte, 'Naar een betere bescherming van veiligheidsbelangen bij de aankopen van de Nationale Politie: Een eerste verkenning van enkele aanbestedingsrechtelijke vraagstukken', *Utrecht University Centre for Public Procurement & RENFORCE* 2022.

Universiteit Utrecht 2022

INHOUDSOPGAVE

INLEIDING	5
<i>Doel van het onderzoek</i>	7
<i>Onderzoeksopzet en methode</i>	8
DEEL I	10
Welke belangen dienen te worden beschermd? Het identificeren van de aard van de te beschermen belangen aan de hand van drie casusvoorbeelden	10
1.1. <i>Casusvoorbeelden uit de aanbestedingspraktijk van de Politie</i>	10
Casusvoorbeeld I: Aanschaf van surveillance drones	10
Casusvoorbeeld II: Aanschaf beeldspraak	11
Casusvoorbeeld III: Huisvesting Multidisciplinair Interventieteam	11
1.2. <i>Nationale veiligheid in de Nederlandse context</i>	12
1.3. <i>De aard van de te beschermen belangen</i>	15
DEEL II	17
Doel en systeem van de EU Verdragen bepalen welke regelgeving van toepassing is op de aankopen van de Politie	17
2.1. <i>Interpretatie van Europeesrechtelijke begrippen op basis van doel en systeem van de EU Verdragen</i>	18
2.2. <i>Aanbesteden is geen doel maar middel ter bevordering van de vrede, Europese waarden en welzijn van haar volkeren</i>	19
2.3. <i>Nationale veiligheid en handhaving van de openbare orde zijn onderdeel van de essentiële staatsfuncties van de lidstaten</i>	20
DEEL III	22
Wanneer is er sprake van een ‘gevoelige opdracht’ in de zin van de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied en wat zijn in dat geval de mogelijkheden tot screening	22
3.1. <i>Europeesrechtelijke definitie in de Nederlandse context</i>	22
3.2. <i>Rubricering binnen de Politie</i>	24
3.3. <i>Screening van werknemers die toegang tot gerubriceerde informatie krijgen</i>	26
3.4. <i>Screening van de integriteit van inschrijvers: GVA en BIBOB onderzoek</i>	27
3.5. <i>Screening door de AIVD van inschrijvers die in een positie kunnen komen waarin zij de nationale veiligheid kunnen schaden</i>	29
3.6. <i>Tussenconclusie</i>	29
DEEL IV	31
Beschermen van veiligheidsbelangen op basis van Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied	31
4.1. <i>Geen verplichting tot openbare procedure en soepelere procedurele eisen anders dan onder de klassieke Aanbestedingswet</i>	31
4.2. <i>Strengere eisen informatiebeveiliging</i>	32
4.3. <i>Toegang inschrijvers en producten uit derde landen?</i>	34
4.4. <i>Bescherming van veiligheidsbelangen door het uitsluiten van onbetrouwbare inschrijvers op grond van de AwDV</i>	34
4.5. <i>Tussenconclusie: daadwerkelijke informatiebeveiliging binnen de kaders van de AwDV?</i> 36	

DEEL V	38
Beschermen van veiligheidsbelangen op basis van de Verdragsrechtelijke uitzonderingsgronden en de resterende nationaalrechtelijke verplichtingen.....	38
5.1. <i>Hoe kunnen nationale maatregelen die een belemmering vormen voor het vrij verkeer, alsnog worden gerechtvaardigd?</i>	39
5.2. <i>Openbare orde, openbare veiligheid en nationale veiligheid als grondslag voor uitzondering van het EU recht</i>	40
5.3. <i>Proportionaliteitseis vergt coherent beleidskader, consistente toepassing en objectieve veiligheidsmaatregelen zoals screening</i>	46
5.4. <i>Welke eisen kunnen alsnog van toepassing zijn op een opdracht in geval de AwDV en de Richtlijn 2009/81/EG buiten toepassing is gesteld?</i>	50
5.5. <i>Tussenconclusie</i>	52
CONCLUDERENDE OPMERKINGEN EN SAMENVATTING	55
AANBEVELINGEN.....	58
BIJLAGE 1: Schema <i>Welke regelgeving is van toepassing op aankopen van de Politie?</i>.....	61

INLEIDING

De politieorganisatie (hierna ‘de Politie’) is door de Nederlandse wetgever met de taak belast om te zorgen voor “daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven”.¹ Dit is geen opzichzelfstaande taak. Het functioneren van de Politie is een randvoorwaarde voor de nationale veiligheid, en dus voor het functioneren van de Nederlandse staat. Alhoewel verschillende traditionele taken van de nationale overheid in de laatste 65 jaar zijn overgedragen aan, of gedeeld worden met, *supranationale*² Europese instellingen, is de nationale veiligheid een uitsluitende verantwoordelijkheid gebleven van de staat.³ De Nationale Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV) heeft de inzet van de Politie aldus aangemerkt als onderdeel van de vitale infrastructuur. Voor een effectieve invulling van deze verantwoordelijkheid en de uitvoering van de wettelijke taak kan de Politie niet zonder het afnemen van goederen en diensten bij derden.

Alhoewel noodzakelijk voor uitvoering van de politietaak, het betrekken van derden is niet zonder risico in een sterk geglobaliseerde economie. De NCTV identificeert drie nationale veiligheidsrisico’s die bij inkoop en aanbesteding door de overheid aanwezig kunnen zijn, te weten:

- i) verstoring van de continuïteit van de vitale infrastructuur;
- ii) het weglekken van hoogwaardige kennis of vertrouwelijke informatie (zoals staatsgeheimen);
- iii) en een sterke afhankelijkheid van partijen en landen met wie Nederland niet dezelfde geopolitieke belangen deelt.⁴

Alle drie de genoemde risico’s kunnen zich voordoen bij aankopen door de politie. Door de vergaande digitalisering kan de continuïteit van de politie-inzet bijvoorbeeld verstoord worden wanneer een ICT systeem afgenomen van een derde niet goed beveiligd is en wordt gehackt.⁵ Tevens kan vertrouwelijke informatie met betrekking tot verdachten en informanten weglekken wanneer de leverancier van dit ICT systeem of een van haar werknemers niet betrouwbaar blijkt te zijn. Ook kan levering door bedrijven waarvan de zeggenschap in onbetrouwbare landen ligt, leiden tot ongewenste afhankelijkheid voor de uitvoering van de politietaak.

¹ Politiewet, Artikel 3.

² Dat wil zeggen dat deze internationale instellingen tot op zekere hoogte autonoom kunnen handelen van de aangesloten verdragspartijen; doch ontlenen zij hun autoriteit nog steeds aan de soevereiniteit van deze verdragspartijen.

³ Zie in de EU context: Verdrag betreffende de Europese Unie, Artikel 4(2).

⁴ NCTV, *Factsheet Nationale veiligheid bij overnames en investeringen of inkoop en aanbesteding*, 21-06-2018. Zie in die context ook: Ministerie van Binnenlandse Zaken in samenwerking met NCTV, *Quickscan nationale veiligheid bij inkoop en aanbesteden Zo houdt u rekening met nationale veiligheidsrisico’s*, November 2018.

⁵ Zie recentelijk bijvoorbeeld: <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/technologieleverancier-van-defensie-en-politie-gehackt-losgeld-geest-voor-vertrouwelijke-informatie~bcc2f42b/>

De aankopen van de Politie zijn in beginsel gereguleerd door de EU aanbestedingsregulering voor het gunnen van overheidsopdrachten⁶ en de *Government Procurement Agreement* (GPA), die in Nederland zijn geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012 (Aw). Deze Europese- en internationale regulering is van nature niet gericht op het nastreven van nationale belangen, maar het gemeenschappelijke belang van economische integratie tussen staten. Binnen Europa werd al in de jaren zeventig door de Europese Economische Gemeenschap (EEG - de voorloper van de EU) de eerste wetgeving aangenomen om nationale regelgeving voor overheidsopdrachten in de interne markt te liberaliseren en te harmoniseren.⁷ Deze regelgeving kan het best worden gezien als een uitkristallisering en aanvulling van het vrij verkeer van goederen en diensten en de vrijheid van vestiging.⁸ Een verbod op discriminatie van buitenlandse ondernemers en de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit zijn de belangrijkste uitgangspunten van de regulering.⁹ De toepassing van deze uitgangspunten moet ervoor zorgen dat buitenlandse ondernemers toegang krijgen tot overheidsopdrachten in een andere lidstaat. Volledige markttoegang voor buitenlandse ondernemers kan onder bepaalde omstandigheden echter op gespannen voet komen te staan met veiligheidsbelangen doordat het moeilijker kan zijn de betrouwbaarheid van buitenlandse ondernemers vast te stellen en deze gecompromitteerd kunnen worden door de overheid in de staat waar ze zijn gevestigd.

Om te voorkomen dat wederzijdse markttoegang leidt tot veiligheidsrisico's voor de betreffende staten zijn er in de EU Verdragen en de GPA uitzonderingsgronden opgenomen voor wanneer dit noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, openbare orde of openbare veiligheid.¹⁰ Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (hierna: 'het Hof'¹¹) dat dergelijke uitzonderingsgronden een "beperkt karakter" kennen en als zodanig zich niet lenen "voor een extensieve uitlegging" en er daaruit dus "geen algemeen voorbehoud voor elke uit hoofde van de openbare veiligheid genomen maatregel (kan) worden afgeleid".¹² In het bijzonder geldt dat voor uitzondering per geval dient te worden bepaald of dit noodzakelijk en proportioneel is ten aanzien van de waarborging van het betreffende veiligheidsbelang.

Om veiligheidsorganisaties zoals de Politie binnen de uitgangspunten van de Europese aanbestedingsregulering meer ruimte te geven om risico's voor de nationale veiligheid zoveel als mogelijk te beperken, heeft de EU wetgever in 2009 een speciale aanbestedingsrichtlijn vastgesteld voor overheidsopdrachten op defensie- en veiligheidsgebied (Richtlijn 2009/81/EG), die in 2013 door de Nederlandse wetgever is geïmplementeerd in de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied (AwDV). De EU wetgever heeft ervoor gekozen om overheidsopdrachten op defensie- en veiligheidsgebied, zoals gedefinieerd in de Richtlijn, uit te sluiten van de GPA

⁶ Tegenwoordig te vinden in: Richtlijn 2014/24/EU.

⁷ Richtlijn 71/305/EEG voor werken en Richtlijn 77/62/EEG voor goederen.

⁸ Samen met het vrij verkeer van werknemers en het vrij verkeer van kapitaal vormen deze vrijheden het fundament van de interne markt.

⁹ Richtlijn 2014/24/EU, Artikel 18.

¹⁰ Artikelen 36, 52, 62, 346 en 347 VWEU. Zie ook Richtlijn 2014/24/EU, Preambule, Overweging 41.

¹¹ In de noten afgekort als HvJEU of onder de voormalige naam HvJEG.

¹² HvJEG 15 mei 1986, Zaak C-222/84, *Marguerite Johnston*, r.o. 26.

verplichtingen.¹³ Wel moet hier opgemerkt worden dat - zoals ook door Artikel 1.7. AwDV wordt erkend - er op grond van bilaterale- of multilaterale overeenkomsten of intergouvernementele besluiten verplichtingen zouden kunnen bestaan om inschrijvers uit bepaalde landen toch toegang te geven tot bepaalde militaire en/of gevoelige opdrachten.

Zodoende zijn er drie verschillende juridische kaders waarbinnen de overheidsopdrachten van de Politie kunnen vallen:

- i) de ‘reguliere’ Aanbestedingswet voor overheidsopdrachten, waarbinnen de verplichtingen die voortkomen uit de EU Richtlijn 2014/24/EU en de GPA zijn geïmplementeerd;
- ii) de AwDV voor militaire en ‘gevoelige’ opdrachten, ter implementatie van EU Richtlijn 2009/81/EG die van de werking van de GPA is uitgezonderd
- iii) en één van de uitzonderingsgronden waarna het nationaal recht geldt.

De totstandkoming van de AwDV heeft enerzijds de mogelijkheden verruimd om veiligheidsbelangen te waarborgen binnen aanbestedingen, maar anderzijds ook de juridische complexiteit van het bepalen welke regelgeving van toepassing is vergroot.

Zo wordt door de Politie al gebruik gemaakt van uitzonderingsmogelijkheden die Artikel 2.16a AwDV biedt, met name bij geheim verklaarde opdrachten. Tevens wordt ook de AwDV toegepast, zij het op onregelmatige basis. Uit de verschillende gesprekken die wij sinds januari 2021 voerden, bleek ook nog dat het toepassen de AwDV en van de uitzonderingsgronden nog veelal op *ad hoc* basis plaatsvindt. Er is - met andere woorden - geen beleidskader ontwikkeld op basis waarvan de keuze voor toepassing van de AwDV of van een verdragsrechtelijke uitzonderingsgrond bij opdrachten die niet als zodanig zijn aangemerkt als ‘geheim’¹⁴ op doelmatige, systematische en rechtmatige wijze kan worden gemaakt.

Doel van het onderzoek

Voor de totstandkoming van een dergelijk beleidskader is het eerst noodzakelijk kennis te hebben over het juridisch systeem waarbinnen deze keuzes moeten worden gemaakt en de eisen die dit systeem stelt aan het toepassen van de AwDV en de genoemde uitzonderingsgronden. Dit onderzoek heeft in dat licht de volgende doelstelling:

Het in kaart brengen van de omstandigheden / criteria die toepassing van (i) de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied of (ii) de EU Verdragsrechtelijke uitzonderingsgronden voor openbare orde, openbare veiligheid (Artikel 36, 52 en 62 VWEU) en nationale veiligheid (Artikel 4(2) VEU en Artikel 346(1)a VWEU) op de aankopen van de Politie mogelijk maken.

¹³ Op grond van Government Procurement Agreement, Artikel III. Zie: Richtlijn 2009/81/EG, preambule nr. 18.

¹⁴ Mede gezien de casusvoorbeelden richt het onderzoek zich dus niet op geheim verklaarde opdrachten.

Op basis van deze verkenning kunnen juridische denkrichtingen worden ontwikkeld om in de toekomst veiligheidsbelangen bij aankopen van de Politie beter te beschermen. In het bijzonder zal onderzocht worden hoe de Politie de mogelijkheden van de AwDV en/of de uitzonderingsgronden hiervoor optimaal kan benutten en hoe dit te vormgeven in het inkoopbeleid. Dit onderzoek zal in dat licht ook tot enkele algemene observaties leiden over het belang van de AwDV en de uitzonderingsgronden voor de aankopen van de politie.

Doordat het onderzoek zich richt op de toepassing van de AwDV en/of de uitzonderingsgronden zullen de reguliere Aanbestedingswet en de GPA grotendeels buiten beschouwing worden gelaten. Om de doelmatigheid van de aankopen door de nationale politie in het licht van de bescherming van de nationale veiligheid te vergroten verdient het aanbeveling om ook de mogelijkheden die de reguliere Aanbestedingswet biedt in de toekomst diepgaander te bestuderen.

Onderzoeksopzet en methode

Dit onderzoek richt zich op de juridische vereisten voor het toepassen van de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied (AwDV) en de EU Verdragsrechtelijke uitzonderingsgronden die de mogelijkheid kunnen bieden om een overheidsopdracht aan de interstatelijke competitievereisten te onttrekken. Voor het toepassen van de AwDV geldt dat er sprake moet zijn van een ‘gevoelige opdracht’. Het toepassen van een uitzondering kan gerechtvaardigd worden op grond van de openbare orde, openbare veiligheid en nationale veiligheid. Omdat deze uitzonderingen door het EU recht zijn gereguleerd, dient voor de interpretatie van de begrippen openbare orde, openbare veiligheid, nationale veiligheid die grond voor de uitzondering vormen gebruik te worden gemaakt van een Europeesrechtelijke¹⁵ interpretatiemethode. In deze methode zijn het doel en het systeem van de EU Verdragen, zoals verduidelijkt door het EU Hof van Justitie, leidend. Deze methode wordt nader in Deel II uiteengezet. Uiteraard is deze methode ook op de interpretatie van het begrip ‘gevoelige opdracht’ van toepassing nu dat ook een begrip is dat uit EU regulering afkomstig is.

Voor alle vier begrippen geldt dat binnen het EU recht de lidstaten een beoordelingsmarge is voorbehouden om te definiëren wat in algemene zin belangen van openbare orde, openbare veiligheid en nationale veiligheid betreffen.¹⁶ Voor het begrip ‘gevoelige opdracht’ geldt in het bijzonder dat dit door de EU wetgever afhankelijk is gemaakt van nationale wet- of regelgeving omtrent rubricering, nu dit niet door de EU wetgever is geharmoniseerd.¹⁷ Het EU recht stelt vervolgens eisen aan hoe lidstaten de begrippen in concrete situaties mogen toepassen. Hierom zal het onderzoek vertrekken vanuit de veiligheidsbelangen zoals gedefinieerd door de Nederlandse

¹⁵ Dat wil zeggen op grond van het recht dat afkomstig is van de Europese Unie.

¹⁶ Dit geldt in algemene zin voor de openbare orde en openbare veiligheid, nu volgens het Hof: “de specifieke omstandigheden die een beroep op het begrip openbare orde kunnen rechtvaardigen, naar land en tijd kunnen verschillen en dat mitsdien ten deze aan de bevoegde nationale autoriteiten een beoordelingsmarge [...] moet worden toegekend”, zie: HvJEG 4 december 1974, *Van Duyn tegen Home Office*, Zaak 41/74 (Jur. 1974), p. 1350-1351. In het bijzonder geldt dat het de bevoegdheid van de lidstaten is om ‘hun wezenlijke veiligheidsbelangen’ te definiëren (lees: ‘nationale veiligheid’ in de zin van Artikel 346(1) VWEU), zie bijvoorbeeld: HvJEU 20 maart 2018, Zaak C-187/16, *Commissie tegen Republiek Oostenrijk*, r.o. 75.

¹⁷ In Richtlijn 2009/81/EG (alsmede in de AwDV) wordt expliciet genoemd dat dit afhankelijk is van de “wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in de lidstaat in kwestie gelden”.

staat voor zover relevant voor de aankopen van de Politie, om vervolgens deze te plaatsen binnen de kaders van het EU recht.

DEEL I

Welke belangen dienen te worden beschermd? Het identificeren van de aard van de te beschermen belangen aan de hand van drie casusvoorbeelden

Om in kaart te kunnen brengen wanneer de AwDV en/of de verdragsrechtelijke uitzonderingsgronden door de nationale politie kunnen worden toegepast / ingeroepen, is het eerst nodig om een beeld te hebben van de verschillende soorten veiligheidsbelangen die een rol spelen bij het gunnen van overheidsopdrachten door de Politie. Op basis van een drietal casussen kan in algemene termen worden bepaald onder welke omstandigheden welke regelgeving (of uitzondering) van toepassing is en welke waarborgen er dan zijn om het te beschermen belang daadwerkelijk te beschermen. In geen geval is het doel van dit verkennende onderzoek om voor deze specifieke casussen een passende juridische oplossing te vinden. De casussen dienen dus enkel ter voorbeeld, om een beter begrip te vormen van de veiligheidsbelangen die een rol kunnen spelen bij aankopen door de Politie.

Voor de beschrijving van de feiten en omstandigheden van de onderstaande casusvoorbeelden is gebruik gemaakt van door de Politie verstrekte aanbestedingsstukken en mondelinge toelichting daarop.

1.1. Casusvoorbeelden uit de aanbestedingspraktijk van de Politie

Casusvoorbeeld I: Aanschaf van surveillance drones

In 2019 is er door de Politie voor het eerst een aanbesteding in de markt uitgezet voor de levering en onderhoud van onbemande luchtvaartuigen (hierna ‘drones’), waarna in 2020 een tweede aanbesteding volgde. Beiden aanbestedingen zijn via een Europese openbare procedure op basis van de reguliere Aanbestedingswet in de markt gezet. In de voorgaande jaren werd er door de Politie al geoefend met drones van de Chinese fabrikant Da Jiang Innovations (DJI). Hier werd destijds al met enige bezorgdheid over bericht in de media.¹⁸

De eerste opdracht voor levering en onderhoud van drones werd in 2020 gegund aan Dutch Drone Group bv, die uitsluitend drones leveren van de Chinese fabrikant DJI. In september 2021 werd er door verschillende media bericht over het gebruik door de Nederlandse politie van de drones van DJI. Hierbij werd vastgesteld dat de data die door de drones worden verzameld, waaronder persoonsgegevens en mogelijk politiegegevens, mogelijk kunnen weglekken naar Chinese servers en dat DJI verplicht kan worden data te delen met de Chinese overheid.¹⁹ Bij de aanbesteding zijn door de Politie geen screeningsvereisten als selectiecriteria of uitsluitingsgronden gebruikt.²⁰

¹⁸ Zie bijvoorbeeld: <https://www.bnr.nl/nieuws/tech/10056907/china-kan-meekijken-met-gegevens-van-nederlandse-drones>

¹⁹ Zie: <https://www.platform-investico.nl/artikel/politie-gebruikt-omstreden-chinese-drones-voor-opsporing/>

²⁰ Behalve dan dat de Politie zich het recht heeft voorbehouden om betrouwbaarheids- en

Vanwege de beperkte dataveiligheid worden de drones van DJI door de Politie niet gebruikt bij “afgeschermdes operaties”.

Casusvoorbeeld II: Aanschaf beeldspraak

De huidige contracten voor de Dienst Beeldspraak (Perceel 1 en Perceel 2) lopen eind 2021 en begin 2022 af, waardoor er een nieuwe aankoop dient plaats te vinden. Deze contracten zijn met een Europese openbare aanbesteding op grond van de reguliere Aanbestedingswet in 2018 gegund aan *Kinley Netherlands B.V.* (perceel 1) en *Visions Connected Netherlands B.V.* (perceel 2).²¹

De dienstverlening voor Beeldspraak heeft betrekking op: levering, installatie, beheer, support en onderhoud van hardware en software voor digitale communicatie binnen de Politie. In aanvulling daarop hebben de contracten ook betrekking op advisering ten aanzien van innovatieve hardware en software en diensten zoals regie-voering webinars. De dienstverlening heeft aldus betrekking op communicatie binnen de Politie in brede zin. Er zal ook veel gevoelige informatie binnen het communicatiesysteem worden uitgewisseld, waardoor bronafscherming en informatieafscherming vaak noodzakelijk zal zijn. Er zijn ook gerubriceerde gegevens gekoppeld aan de aankoop. De rubricering heeft betrekking op gegevens die informatie bevatten over de ligging, aard van de systemen en de gegevensverwerkingen zelf. Dit betreft in elk geval deels de rubricering *Politie Confidentieel* en mogelijk ook hogere rubricering. De waarde van de gehele opdracht ligt tussen de 70 en 75 miljoen euro voor de duur van 4 jaar.

Casusvoorbeeld III: Huisvesting Multidisciplinair Interventieteam

De Politie is voornemens een aantal contracten te sluiten voor dienstverlening en werken ter ontwerp en realisatie van tijdelijke huisvesting en huisvesting voor de middellange termijn voor het Multidisciplinair Interventie Team (MIT). Dit is een samenwerkingsverband tussen Defensie, het Openbaar Ministerie, de Douane, de Belastingdienst, het FIOD en de Politie met als doelstelling het “duurzaam verstoren van ondermijnende criminele bedrijfsprocessen”.²² Het samenwerkingsverband is met name gericht op het blootleggen van criminele geldstromen en het ontnemen van crimineel vermogen door uitwisseling van informatie tussen de betrokken instanties. Zodoende zullen er hoge eisen moeten worden gesteld aan de fysieke veiligheid (van medewerkers

geschiktheidsonderzoeken uit te voeren naar medewerkers van het bedrijf dat de opdracht gaat uitvoeren. Op basis van een dergelijke screening kunnen bepaalde medewerkers uitgesloten worden van de dienstverlening of werkzaamheden bij of voor de politie.

²¹ Nadat de Rechtbank Den Haag de Politie had geboden tot herbeoordeling wegens gebreken in de beoordeling, zie: Rechtbank Den Haag, 27 maart 2018, *Avex B.V. tegen Politie*, ECLI:NL:RBDHA:2018:5657. De veiligheidsvraagstukken waar dit rapport over gaat speelden geen rol in deze uitspraak van de Rechtbank.

²² Het MIT werd aangekondigd in 2019 door de Minister van Justitie in reactie op de moord op advocaat Derk Wiersum om ondermijnende criminaliteit tegen te gaan. Zie: Bijlage bij Kamerbrief over aanpak georganiseerde ondermijnende criminaliteit, 18-10-2019

[<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/10/18/brief-tweede-kamer-contouren-breed-offensief-tegen-georganiseerde-ondermijnende-criminaliteit>]

Over de functie van het MIT, zie ook: <https://www.nrc.nl/nieuws/2021/10/24/zij-willen-niet-de-nieuwe-taghi-oppakken-maar-voorkomen-dat-ie-opstaat-a4062943>

en/of informanten) en de beveiliging van informatie die fysiek en digitaal op de locatie van huisvesting wordt verwerkt.

De dienstverlener en aannemer die de contracten gaan uitvoeren zullen op verschillende wijzen toegang krijgen tot gevoelige informatie, tot aan het hoogste niveau van rubricering binnen de Politie te weten *Politie Zeer Geheim*. De ontwerpde partijen zullen bijvoorbeeld precies weten waar de ruimten met een hoge rubricering zullen komen. De aannemer krijgt daarbij beschikking over gegevens ten aanzien van bouwkundige beveiliging, installaties en inrichting van het MIT, op basis waarvan ook de locatie van gevoelige ruimtes kan worden herleid. De aannemer zal tevens nog werkzaamheden uitvoeren nadat het MIT al gedeeltelijk in de locatie is ingetrokken, waardoor de aannemer in de buurt kan komen van ruimtes waar informatie wordt verwerkt en zodoende kennis kan nemen van geheime informatie.

Alhoewel de aannemer dus niet als zodanig toegang krijgt tot de meest geheime informatie, is er een substantieel risico dat deze daar toch toegang toe heeft. Bij een openbare aanbesteding zouden, volgens de Politie, al teveel bouwtechnische gegevens openbaar gemaakt moeten worden, wat de kwetsbaarheid van het MIT zal vergroten. De Politie zou daarom de contracten willen gunnen op grond van de uitzonderingsbepaling van Artikel 2.16a AwdDV met betrekking tot het verstrekken van informatie waarvan openbaarmaking strijdig is met een essentieel veiligheidsbelang. Doch is de Politie niet voornemens de opdracht zelf geheim te verklaren om toch enige vorm van mededinging te kunnen laten plaatsvinden.

1.2. Nationale veiligheid in de Nederlandse context

De veiligheidsbelangen van de Politie staan uiteraard niet op zichzelf. De Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV) publiceert elke drie jaar een Nationale Veiligheidsstrategie op basis van de *Geïntegreerde Risicoanalyse Nationale Veiligheid*. De definitie die de NCTV hanteert voor het begrip nationale veiligheid is tweeledig. Ten eerste moet er een veiligheidsbelang in het geding zijn. Daarnaast moet de dreiging zo groot zijn dat dit de maatschappij kan ontwrichten. De veiligheidsbelangen die in de Veiligheidsstrategie worden geïdentificeerd zijn:

1. Territoriale veiligheid	Het ongestoord functioneren van Nederland en haar EU- en NAVO-bondgenoten als onafhankelijke staten in brede zin, dan wel de territoriale veiligheid in enge zin.
2. Fysieke veiligheid	Het ongestoord functioneren van de mens in Nederland en zijn omgeving.
3. Economische veiligheid	Het ongestoord functioneren van Nederland als een effectieve en efficiënte economie.
4. Ecologische veiligheid	Het ongestoord blijven voortbestaan van de natuurlijke leefomgeving in en nabij Nederland.
5. Sociale en politieke stabiliteit	Het ongestoorde voortbestaan van een maatschappelijk klimaat waarin individuen ongestoord kunnen functioneren en groepen mensen goed met elkaar kunnen samenleven binnen de verworvenheden van de Nederlandse democratische rechtstaat en daarin gedeelde waarden.
6. Internationale rechtsorde	Het functioneren van het internationale stelsel van normen en afspraken, gericht op internationale vrede en veiligheid.

23

²³ NCTV, *Nationale Veiligheid Strategie* 2019, p. 15.

Deze veiligheidsbelangen zijn breed en doen recht aan de dynamische en aan verandering onderhevige veiligheidssituatie. Belangrijk om op te merken is dat de strategie bedoeld is voor het identificeren en aanpakken van alle veiligheidsrisico's die mogelijk impact kunnen hebben op de Nederlandse samenleving. Daartoe behoren bijvoorbeeld ook overstromingen en de ecologische veranderingen in natuurgebieden.

Door het specifieke onderwerp van dit onderzoek is het onnodig om alle verschillende belangen en risico's in detail te bespreken. De specifieke veiligheidsbelangen van de Politie bij de aankoop van goederen, diensten en werken zullen echter wel in deze context begrepen moeten worden. Door een aantal belangen uit te lichten kunnen de veiligheidsbelangen zoals aanwezig in de aan ons voorgelegde casusvoorbeelden in een duidelijke context geplaatst worden en daardoor ook beter worden gecategoriseerd. Daarvoor moet worden genoemd dat de NCTV er in algemene zin op wijst dat de digitale ruimte een steeds belangrijker deel van de nationale veiligheid wordt en daarom is “verweven in alle andere veiligheidsbelangen”²⁴.

Met de casusvoorbeelden van de Politie in gedachten zijn de volgende grote trends zichtbaar die relevant zijn voor de nationale veiligheid van Nederland.

Geopolitieke ontwikkelingen

Door verschuivingen in de internationale machtsstructuren zijn er verschillende nieuwe spanningen in de wereld ontstaan die een impact hebben op de nationale veiligheid van Nederland. Zo kan het door de afname van de traditionele trans-Atlantische band lastiger worden om samenwerking te vinden om bijvoorbeeld digitale dreigingen af te slaan. Dit gekoppeld aan de toegenomen assertiviteit van bepaalde staten zorgt voor nieuwe uitdagingen en een toegenomen dreiging op het gebied van staatsgeheimen en de vitale infrastructuur van Nederland. Dit zorgt weer voor een toegenomen noodzaak om controle aan te scherpen en deze trend mee te nemen in veiligheidskeuzes.

Toegenomen digitalisering

Door de toegenomen digitalisering zijn Nederland (en de EU) steeds afhankelijker van informatiesystemen. Hoewel hierbij onafhankelijkheid wordt nagestreefd blijven veel van de hard- en software door niet-Europese bedrijven te worden gemaakt en uitgebaat.²⁵ Dit is een risico juist omdat de digitale systemen essentieel zijn voor het functioneren van de vitale infrastructuur. De risico's hier zijn digitale sabotage en spionage waarmee deze infrastructuur kan worden bedreigd.

De Europese Commissie heeft op 19 februari 2020 een strategie gepubliceerd voor de Europese Digitale toekomst.²⁶ Het doel hiervan is om een deel van de onafhankelijkheid van de EU op het digitale vlak terug te winnen. Maatregelen die worden genoemd zijn bijvoorbeeld digitale

²⁴ *ibid*, p. 19

²⁵ *ibid*, p. 21.

²⁶ Europese Commissie, 'Shaping Europe's digital future: Commission presents strategies for data and Artificial Intelligence', Brussel: 19 februari 2020

belastingen, nieuwe wetgeving en de intentie om meer data binnen de EU opgeslagen te houden.²⁷ De impact van deze strategie blijft nog onzeker en nationaal beleid blijft noodzakelijk omdat de EU beperkte bevoegdheden heeft.

Criminele ondermijning en inmenging in het bedrijfsleven

Deze dreiging heeft betrekking op de ‘Criminele inmenging in het bedrijfsleven en van daaruit beïnvloeding van het openbaar bestuur of rechtstreekse beïnvloeding daarvan’.²⁸ Dit houdt in dat criminelen via legitieme procedures invloed proberen uit te oefenen op bepaalde keuzes die in het openbaar bestuur worden gemaakt (bijvoorbeeld aanbestedingsprocedures). Alhoewel de NCTV aangeeft dat criminele ondermijning nog niet leidt tot no-go zones en aanslagen op politieke figuren, er wel tendensen zichtbaar worden die reden zijn tot zorgen.

Deze drie trends laten zien dat de nationale veiligheid van Nederland vanuit verschillende hoeken kan worden bedreigd. Interessant om hier te noemen is dat de trends niet altijd *out in the open* de nationale veiligheid bedreigen. Hoewel aanslagen en andere geweldsmiddelen nog steeds grote risico’s zijn, gebruiken kwaadwillende staten en criminelen steeds vaker ogenschijnlijk legitieme middelen en routes om hun doelen te bereiken. Men kan hierbij denken aan bijvoorbeeld bouwbedrijven, nieuwskanalen en educatieve instellingen en het openbaar bestuur zelf. De controle op deze legitieme en legale routes en de toegang daarvan wordt dus steeds belangrijker. Specifiek voor de Politie is uiteraard de trend van criminele ondermijning van belang. Bestrijding van de georganiseerde misdaad behoort tot één van de hoofdtaken van de Politie en in al haar activiteiten zal er met dit veiligheidsrisico rekening moeten worden gehouden. Des te meer is dit het geval binnen organisatieonderdelen die specifiek zijn opgericht om criminele ondermijning te bestrijden zoals het Multidisciplinair Interventieteam (MIT).

De risico’s zoals genoemd in de inleiding die volgens de NCTV specifiek van belang zijn bij aanbesteding kunnen het best in deze context begrepen worden. Deze risico’s, ter herinnering, betreffen volgens de NCTV:

- i) verstoring van de continuïteit van de vitale infrastructuur;
- ii) het weglekken van hoogwaardige kennis of vertrouwelijke informatie (zoals staatsgeheimen);
- iii) en een sterke afhankelijkheid van partijen en landen met wie Nederland niet dezelfde geopolitieke belangen deelt.²⁹

Deze risico’s kunnen eenvoudig worden herleid tot de algemene trends zoals beschreven door de NCTV. De continuïteit van vitale infrastructuur en het weglekken van vertrouwelijke informatie

²⁷ Europese Commissie ‘Mededeling van de Commissie het Europees Parlement, De Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s: Een Europese Strategie’, COM(2020) 66 final, Brussel: 19 februari 2020.

²⁸ NCTV. *Nationale Veiligheid Strategie 2019*, p. 27.

²⁹ NCTV, *Factsheet Nationale veiligheid bij overnames en investeringen of inkoop en aanbesteding*, Den Haag: 21 juni 2018.

kunnen gekoppeld worden aan alle drie de algemene trends, terwijl de afhankelijkheid van actoren met andere geopolitieke belangen dan Nederland specifiek betrekking heeft op de recente geopolitieke ontwikkelingen. De specifieke risico's voor de Politie bij aanbestedingen vallen dus samen met de trends zoals door de NCTV vastgesteld.

1.3. De aard van de te beschermen belangen

Wanneer we het hiervoor kort geschetste drietal casussen in de context plaatsen van de nationale veiligheid zoals beschreven door de NCTV vallen een aantal verschillende categorieën van veiligheidsrisico's te distilleren waarmee de Politie te maken heeft. Deze zijn met name terug te herleiden op het tweede veiligheidsrisico bij aanbestedingen zoals geïdentificeerd door de NCTV, te weten het 'weglekken van vertrouwelijke informatie'; maar ook de andere twee veiligheidsrisico's met betrekking tot verstoring van vitale infrastructuur en geopolitiek onwenselijke afhankelijkheid spelen een rol.

- Weglekken van vertrouwelijke (vaak digitale) informatie in het kader van de uitoefening van de politietaak, in het bijzonder risicovol waar het gaat om bestrijding georganiseerde misdaad (Beeldspraak- en Huisvesting casus);
- Fysieke beveiliging van locaties waar gevoelige informatie wordt opgeslagen en/of verwerkt in het kader van de politietaak (Huisvesting casus);
- Weglekken van vertrouwelijke en privacygevoelige informatie naar partijen en landen waarmee Nederland niet dezelfde geopolitieke belangen deelt (Drones casus);
- Het risico van (digitale) afhankelijkheid van partijen en landen waarmee Nederland niet dezelfde geopolitieke belangen deelt (Drones casus)

Het kan in de betrokken casusvoorbeelden niet in het geheel worden uitgesloten dat ook politiegegevens³⁰ kunnen weglekken naar derden en dat dit risico's voor de nationale veiligheid tot gevolg heeft. Dit komt mede doordat het niet altijd van tevoren te bepalen is wanneer er sprake is van politiegegevens, bijvoorbeeld bij de video registraties door de drones. Omdat voor politiegegevens een specifiek wettelijk regime geldt en dit risico niet als zodanig is meegewogen in de Rubriceringsregeling Politie 2015 (zie Paragraaf 3.1.) zal dit in dit onderzoek verder buiten beschouwing worden gelaten. Het vormt wel een belangrijk aandachtspunt voor nader onderzoek.

Afhankelijk van de schaal waarop een van de veiligheidsrisico's zich zou verwezenlijken kunnen alle genoemde risico's potentieel de continuïteit van de effectieve uitvoering van de wettelijke taak van de Politie (*daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde*) in gevaar brengen. In Deel III zal worden besproken hoe dit veiligheidsbelang zich verhoudt tot het begrip 'gevoelige opdracht' in de zin van de AwDV. Vervolgens zal in Deel V wordt besproken hoe en wanneer deze risico's in

³⁰ Dat wil zeggen: "elk persoonsgegeven dat wordt verwerkt in het kader van de uitvoering van de politietaak" in de zin van Artikel 1(a) Wet Politiegegevens.

Europeesrechtelijke zin binnen de *veiligheids*begrippen ‘openbare veiligheid’ (Artikel 36, 52 en 62 VWEU) en ‘nationale veiligheid’ (Artikel 4(2) VEU en Artikel 346 VWEU) (kunnen) vallen, of onder het begrip ‘openbare orde’ (Artikel 4(2) VEU en Artikel 36, 52 en 62 VWEU).

Eerst is het echter nodig om een begrip te vormen van het doel en het systeem van de EU Verdragen, nu dat dit de juridische context betreft in het licht waarvan deze begrippen geïnterpreteerd moeten worden.

DEEL II

Doel en systeem van de EU Verdragen bepalen welke regelgeving van toepassing is op de aankopen van de Politie

De meest algemene bron van aanbestedingsrecht in Nederland is de Aanbestedingswet (Aw), die van toepassing is op overheidsopdrachten in algemene zin. De Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied (AwDV) is - als een meer speciale wet - alleen van toepassing op militaire en gevoelige opdrachten met een waarde boven de drempelbedragen.

Om te bepalen welke regelgeving in een concreet geval van toepassing is op een overheidsopdracht van de Politie zal - in dat licht - eerst de vraag moeten worden gesteld of er sprake is van een 'gevoelige opdracht'. Indien dat het geval is dan zal de vraag gesteld moeten worden of het betrokken veiligheidsbelang effectief binnen de juridische kaders van de AwDV kan worden gewaarborgd.³¹ Als dat zo is, dan zal deze wet toegepast moeten worden. Wanneer dat niet het geval is, dan zal bezien moeten worden of de opdracht van de toepassing van de wet kan worden uitgezonderd op grond van Artikel 2.16 AwDV of een van de gronden waarin het EU Werkingsverdrag voorziet in de Artikelen 36, 52, 62, 346 en 347 VWEU. De EU Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied, waarvan de AwDV de nationale implementatie is, stelt immers zelf al dat deze uitzonderingsgronden van toepassing blijven voor overheidsopdrachten binnen de kaders van dezelfde Richtlijn:

“Dit betekent met name dat de gunning van opdrachten die binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen, kan worden vrijgesteld van deze richtlijn, als dit verantwoord is om redenen van openbare veiligheid of nodig voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat. Dit kan zowel het geval zijn voor opdrachten op het gebied van defensie als voor opdrachten op het gebied van veiligheid, waar zodanig strenge vereisten op het gebied van bevoorradingzekerheid nodig zijn of die zo vertrouwelijk en/of belangrijk voor de nationale soevereiniteit zijn dat zelfs de specifieke bepalingen van deze richtlijn niet volstaan om de essentiële veiligheidsbelangen van de lidstaten te vrijwaren, waarvan de bepaling een exclusieve verantwoordelijkheid van de lidstaten is.”³²

Voor al deze vragen geldt dat de beantwoording afhankelijk is van de wijze waarop de Europeesrechtelijke begrippen 'gevoelige opdracht', 'openbare orde', 'openbare veiligheid', 'essentiële veiligheidsbelangen' en 'nationale veiligheid' in algemene zin dienen te worden geïnterpreteerd. Toepassing van deze begrippen in de nationale context behoeft niet alleen interpretatie maar ook uitwerking. Van belang is te benadrukken dat uitsluitend het EU Hof van Justitie gerechtigd is Europeesrechtelijke begrippen te interpreteren en dus ook om de criteria vast

³¹ Zie hierover ook: N. Meershoek, 'Nationale veiligheid als natuurlijke begrenzing van EU aanbestedingsliberalisering', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun* 2021(4), p. 24-36.

³² Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 16. Maar dit geldt ook voor de 'reguliere' aanbestedingsrichtlijn, zie: Richtlijn 2014/24/EU, Preambule overweging 41.

te stellen die aan de begrippen zoals de hiervoor genoemde veiligheidsbegrippen verbonden zijn. Doch vindt hun uitwerking voor een groot deel in de nationale context plaats en dient rechtmatigheid in concrete situaties doorgaans door de nationale rechter getoetst te worden.³³ Hieronder bekijken we wat richtinggevend elementen zijn voor de interpretatie van het Unierecht ter zake door het EU Hof van Justitie.

2.1. Interpretatie van Europeesrechtelijke begrippen op basis van doel en systeem van de EU Verdragen³⁴

In zijn algemeenheid geldt dat rechterlijke interpretatie altijd keuzes en afwegingsruimte met zich brengt. Dit kan als zodanig niet wetenschappelijk worden begrepen of voorspeld maar enkel worden ‘berekend’ aan de hand van factoren die wijzen op een vaste argumentatie dan wel naar factoren van juridische motivering en besluitvorming.³⁵ Van belang voor de acceptatie van het gezag van het recht is uiteindelijk de overtuigingskracht - van de interpretatie - ervan. Op zijn beurt hangt dat af van de mate waarin juridische besluiten als juist/rechtvaardig worden ervaren in plaats van als willekeur en ze moeten begrijpelijk zijn, in de zin dat ze kunnen worden verantwoord onder verwijzing naar bestaande juridische normen.³⁶

Een brede analyse van rechterlijke interpretatiekeuzes en het gebruik van verschillende interpretatiemethoden in de context van het EU recht heeft duidelijk gemaakt dat deze terug kunnen worden gebracht tot drie hoofdcategorieën van argumentatie die geacht worden bij te dragen aan voornoemde overtuigingskracht: (i) linguïstische-, (ii) systematische- en (iii) doelgerichte interpretatie. Hoewel deze drie interpretatiemethoden als complementair kunnen worden gezien, en als elkaar cumulatief versterkend in de richting van een bepaalde interpretatie, vormt een letterlijke interpretatie van de tekst van een juridische bepaling meestal het vertrekpunt gevolgd door de systematische en doelgerichte interpretatiewijzen.

Van oudsher bedient het Hof van Justitie EU zich echter bovenal van de laatste twee, omdat de linguïstische, letterlijke interpretatie in de context van het EU-recht extra wordt bemoeilijkt door het feit dat alle talen van de lidstaten van de EU officieel zijn en daarmee alle – 24! - taalversies van EU-recht gezaghebbend zijn; en door het feit dat alle EU-bepalingen een afspiegeling zijn van politieke compromissen tussen alle – nu 27 - lidstaten van de Unie. Het eindresultaat wordt soms

³³ Het Hof heeft op grond van de prejudiciële procedure (Artikel 267 WVEU) de bepalende stem in de interpretatie van het Unierecht en in het kader van de inbreukprocedure (Artikel 258 WVEU) ook in de beoordeling van de rechtmatigheid van het optreden van lidstaten onder het Unierecht. Dit betekent dat wanneer een nationale rechterlijke instantie uitspraak moet doen over een Europeesrechtelijk begrip dat niet voldoende duidelijk is om die uitspraak te kunnen doen – op basis van het begrip zelf of vaste rechtspraak van het Hof – deze instantie zich via de prejudiciële procedure tot het Hof van Justitie kan (en in sommige gevallen *moet*) wenden voor een uitspraak over de interpretatie van het Europeesrechtelijke begrip (dus niet over het geschil zelf).

³⁴ Deze paragraaf is ontleend aan: E. Manunza, N. Meershoek & L. Senden, ‘Het Ecosysteem voor de militair-logistieke capaciteiten van de adaptieve Krijgsmacht: In het licht bezien van het NAVO-Verdrag, de EU-Verdragen en het nationale aanbestedings- en mededingingsrecht’, *Utrecht University Centre for Public Procurement & RENFORCE 2020*, Deel II.

³⁵ G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing 2012, p. 161.

³⁶ *Ibid.*

wel aangeduid in termen van *constructive ambiguity*; een tekst kan dus juist algemeen, vaag, onduidelijk en multi-interpretabel zijn gehouden of juridische lacunes bevatten om zo tot een politiek compromis te kunnen komen.³⁷ De linguïstische interpretatiemethode kan verder aan belang inboeten door de mate waarin de context of realiteit ten tijde van de vaststelling van oude, lang bestaande bepalingen nu onbelangrijk of verouderd is; het bestaan van conflicterende normen en sterke(re) tegenargumenten van een ander type dat de normale kracht van een linguïstisch argument opzij zet, bijvoorbeeld het belang van een systematische coherentie.³⁸

Leidend bij die interpretatiemethoden is het Europees effectiviteitsbeginsel. Dit rechtsbeginsel vergt bij de interpretatie van het EU recht dat zijn ‘nuttige werking’ (*effet utile*) in aanmerking wordt genomen. Dit betekent dat het EU recht niet zo mag worden geïnterpreteerd dat het leidt tot een uitkomst die inconsistent is met de nagestreefde doelstellingen of de effectieve en praktische werking daarvan belemmert.³⁹ Het Hof houdt daarnaast niet alleen rekening met de juridische consequenties van zijn beslissing, maar ook met mogelijke sociale, politieke en economische consequenties ervan. Het effectiviteitsbeginsel kan zodoende met zich brengen dat een *ruime* interpretatie van Europeesrechtelijke bepalingen in bepaalde omstandigheden moet worden gegeven en in andere gevallen *eng* dient te worden geïnterpreteerd.⁴⁰

2.2. Aanbesteden is geen doel maar middel ter bevordering van de vrede, Europese waarden en welzijn van haar volkeren⁴¹

Een systematisch begrip van de EU Verdragen vergt allereerst dat er onderscheid wordt gemaakt tussen doel en middelen van Europese integratie. De EU is geen soevereine staat, waardoor lidstaten zich het recht hebben kunnen voorbehouden om de Unie te verlaten wanneer zij dat nodig achten.⁴² Haar legitimiteit ontleent de Unie daardoor voor een groot deel aan in hoeverre zij in staat is haar centrale doelstellingen te bereiken.⁴³ Deze doelstellingen zijn te vinden in Artikel 3(1) VEU en bestaan uit het bevorderen van de “vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen.”. Bevordering van vrede en het welzijn van volkeren zijn logischerwijs deels afhankelijk van een zekere mate van openbare orde en veiligheid.

Het EU aanbestedingsrecht is afgeleid van het EU interne markt recht en de daarbij horende verboden op ongerechtvaardigde discriminatie op grond van nationaliteit en andersoortige handelsbelemmeringen. Economische integratie door middel van deze interne markt is het

³⁷ Zie bijvoorbeeld: M. Jegen and F. Merand, ‘Constructive Ambiguity: Comparing the EU’s Energy and Defence Policies’, *West European Politics* 2014, p.182-203.

³⁸ Beck 2012, *supra* noot 35.

³⁹ Beck 2012, *supra* noot 35, p. 211.

⁴⁰ E. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit*, Dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam, reeks Europese Monografieën, deel 68., Kluwer 2001 p. 67.

⁴¹ Zie hiervoor verder: Manunza, Meershoek & Senden 2020, *supra* noot 34.

⁴² Enkel op grond van nationale constitutionele waarborgen, zie: Artikel 50 VEU.

⁴³ Dit wordt ook wel aangeduid als ‘output legitimacy’ (in tegenstelling tot ‘input legitimacy’ wat voornamelijk ziet op democratische legitimiteit). Zie bijvoorbeeld: S. Weatherill, ‘Competence and Legitimacy’, in: C. Barnard and O. Odudu, *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing 2009, p. 27.

fundament waarop Europese integratie sinds het Verdrag van Rome in 1957 is gebouwd. De totstandbrenging van de interne markt in de jaren vijftig beoogde niet enkel de welvaart en welzijn van de lidstaten en hun burgers te bevorderen, ook werd wederzijdse economische afhankelijkheid gezien als een middel om vrede en veiligheid naar het Europese continent te brengen.

Als zodanig, is de interne markt nog altijd ook een middel om de centrale doelstellingen van de EU te bereiken, en als zodanig daaraan ondergeschikt, zoals ook blijkt uit de opzet van Artikel 3 VEU. Het recht dat de interne markt vorm geeft dient in dat verband – zo veel als mogelijk - een invulling en toepassing te krijgen om aan de totstandkoming van een sociale markteconomie bij te dragen zoals Artikel 3(3) sinds het Verdrag van Lissabon met zoveel woorden bepaalt, en tevens aan de fundamentele doelstelling van vrede en veiligheid.⁴⁴

2.3. Nationale veiligheid en handhaving van de openbare orde zijn onderdeel van de essentiële staatsfuncties van de lidstaten

Alhoewel de EU belangrijke taken zijn toegeschreven in de EU Verdragen, hebben de lidstaten hun soevereiniteit behouden. Dit betekent dat voor de uitvoering van deze taken de EU slechts gebruik kan maken van de haar toebedeelde bevoegdheden; vervat in het beginsel van bevoegdheidstoedeling in Artikel 5(1) VEU. Bevoegdheden die niet aan de EU zijn toebedeeld blijven dus bij de lidstaten.

De openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid worden in die context door Artikel 4(2) VEU aangemerkt als “essentiële staatsfuncties”. Voor alle EU bevoegdheden, zoals ook die op het gebied van de interne markt, betekent dit dat ze verdragsrechtelijk worden begrensd door de openbare orde en nationale veiligheid; oftewel de soevereiniteit van de lidstaten. Beide begrippen zijn gedeeltelijk afhankelijk van de invulling die de lidstaten daar zelf aan geven. Waar lidstaten op grond van deze begrippen van het EU recht afwijken, is het uiteindelijk aan de rechter om te toetsen of dit in concrete gevallen gerechtvaardigd is.⁴⁵ De *nuttige werking* van het EU recht zou immers in gevaar komen wanneer lidstaten zonder Europeesrechtelijke voorwaarden algemene voorbehouden zouden maken.⁴⁶

De juridische betekenis van deze begrippen - en hetgeen daaruit voortvloeit - voor het mogelijk uitzonderen van overheidsopdrachten van de werking van Europeesrechtelijke aanbestedingsverplichtingen zullen in Deel V verder beschouwd worden. Eerst zal immers, volgens de systematiek van de (Europese) aanbestedingsregulering, beoordeeld moeten worden of de

⁴⁴ Manunza, Meershoek & Senden 2020 *supra* noot 34, p. 17-18.

⁴⁵ Dit zal doorgaans de nationale rechter zijn in het geval wanneer een procedure bijvoorbeeld is aangespannen door een civiele partij. In het kader van een inbreukprocedure door de Europese Commissie gestart tegen een lidstaat (op grond van Artikel 258 VWEU) zal een dergelijk geschil ook aan het EU Hof van Justitie kunnen worden voorgelegd.

⁴⁶ Dit werd door het Hof bijvoorbeeld opgemerkt in Marguerite Johnston waar het stelde dat: “Zou ter zake van elke bepaling van het gemeenschapsrecht een algemeen voorbehoud worden erkend, ongeacht de specifieke voorwaarden die in de verdragsbepalingen zijn voorzien, dan zou zulks afbreuk kunnen doen aan de bindende kracht en de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht”, zie: HvJEG 15 mei 1986, Zaak 222/84, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, r.o. 26.

specifieke regelgeving voor ‘gevoelige opdrachten’ van toepassing is en welke mogelijkheden deze regelgeving biedt om de openbare orde, openbare veiligheid en nationale veiligheid te waarborgen.

DEEL III

Wanneer is er sprake van een ‘gevoelige opdracht’ in de zin van de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied en wat zijn in dat geval de mogelijkheden tot screening

De Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied is volgens Artikel 2.1. AwDV van toepassing op de plaatsing van opdrachten voor I) de levering van militair materiaal, II) de levering van gevoelig materiaal, III) werken, leveringen en diensten die *rechtstreeks verband* houden hiermee en IV) werken en diensten specifiek voor militaire doeleinden, of gevoelige werken of gevoelige diensten.⁴⁷

De vraag of een specifieke opdracht onder de reikwijdte van de wet valt hangt dus af van de vraag of deze opdracht zelf van militaire of gevoelige aard is, dan wel een rechtstreeks verband met militair of gevoelig materiaal houdt. In het licht van de voorrang van het EU recht, ten behoeve van de nuttige werking daarvan, zal bij deze vragen de Europeesrechtelijke interpretatie als uitgangspunt moeten worden genomen. Dit is te meer het geval nu de Nederlandse wetgever in de implementatie van de reikwijdte (Artikel 2.1. AwDV) deze nagenoeg letterlijk heeft overgenomen van de EU Richtlijn.⁴⁸

3.1. Europeesrechtelijke definitie in de Nederlandse context

De Richtlijn definieert gevoelige opdrachten als opdrachten “voor veiligheidsdoeleinden die betrekking hebben op gerubriceerde gegevens of die gerubriceerde gegevens noodzakelijk maken en/of bevatten”.⁴⁹ De EU wetgever heeft hiermee de toepassing van de Richtlijn willen uitbreiden tot “opdrachten die soortgelijke kenmerken als defensieopdrachten hebben en die even gevoelig zijn”.⁵⁰ De Richtlijn zwijgt echter over wat precies verstaan moet worden onder ‘gerubriceerde gegevens’. Dit is niet zo vreemd, aangezien rubricering van gegevens en de beveiliging daarvan een nationale aangelegenheid betreft, wat deels blijkt uit Artikel 22 van de Richtlijn 2009/81/EG waar wordt vastgesteld dat er sprake is van een “gebrek aan harmonisatie op communautair niveau van de nationale systematiek voor veiligheidsonderzoeken”. De Richtlijn definieert ‘gerubriceerde gegevens’ vervolgens als volgt:

- i) “gegevens of materiaal, ongeacht de vorm, aard of transmissiemethode ervan, waaraan een bepaald niveau van veiligheidsclassificatie of een beveiligingsniveau is toegekend
- ii) en die in het belang van de nationale veiligheid
- iii) en overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in de lidstaat in kwestie gelden,

⁴⁷ Het inleidende stuk van dit deel van het rapport is gedeeltelijk ontleend aan Meershoek 2021, *supra* noot 31, p. 29-30.

⁴⁸ Richtlijn 2009/81/EG, Artikel 2.

⁴⁹ Richtlijn 2009/81/EG, Artikel 1.

⁵⁰ Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 11.

- iv) bescherming vereisen tegen ontvreemding, vernietiging, verwijdering, onthulling, verlies of toegang ertoe door een onbevoegd persoon, of tegen enige andere vorm van compromittering”.

Om binnen de reikwijdte van de AwDV te vallen is het dus slechts noodzakelijk dat de betreffende opdracht een veiligheidsdoeleinde dient en *betrekking heeft op* gerubriceerde gegevens, dan wel deze *noodzakelijk maakt of zelf bevat*. Voor de aanbestedende dienst brengt dit een plicht mee om bij toepassing van de AwDV vooraf aan te tonen dat op enig moment in het aanbestedingsproces of de uitvoering van de opdracht gerubriceerde gegevens met de gekozen inschrijver gedeeld zullen moeten worden.

In de Nederlandse context valt uit het *Besluit Bijzondere informatie 2013* te begrijpen dat het voor de Rijksoverheid om rubricering van zogenoemde ‘bijzondere informatie’ gaat. Daaronder wordt verstaan: “informatie waar kennisname door niet geautoriseerden nadelige gevolgen kan hebben voor de belangen van de Staat, van zijn bondgenoten of van één of meer ministeries”.⁵¹ Voorts zijn er vier niveaus van rubricering: *Staatsgeheim Zeer Geheim*, *Staatsgeheim Geheim*, *Staatsgeheim Confidentieel* en *Departementaal Vertrouwelijk*.⁵² Voor de beveiliging van deze gegevens kunnen dan extra strenge eisen worden gesteld op grond van Artikel 2.68 AwDV. In uitzonderlijke gevallen kan het grondslag bieden om bepaalde inschrijvers uit te sluiten op grond van Artikel 2.77 AwDV (zoals verder zal worden besproken in Paragraaf 4.4.).

Naast dat er sprake moet zijn van een rubricering - bijvoorbeeld op basis van een bestuursrechtelijk besluit zoals het *Besluit Bijzondere Informatie 2013* - stelt de wet ook de eis dat deze is vastgesteld “in het belang van de nationale veiligheid”. Hiervan is enkel sprake bij de drie verschillende vormen van *Staatsgeheim* (*Staatsgeheim Zeer Geheim*, *Staatsgeheim Geheim*, *Staatsgeheim Confidentieel*), daar in dat geval “kennisname door niet geautoriseerden schade kan toebrengen aan een van de vitale belangen van de staat of zijn bondgenoten”. Van *Departementaal Vertrouwelijk* is er sprake in geval van schade aan de belangen van één of meerdere ministeries. Alhoewel dit volgens het Besluit wel een rubricering betreft, is daar volgens de AwDV dus geen sprake van omdat een ‘belang van een ministerie’ niet altijd een belang van nationale veiligheid is.

De AwDV stelt ook de eis dat de opdracht in kwestie is “bestemd voor veiligheidsdoeleinden”. Dit is een extra criterium naast het voorgaande dat er sprake moet zijn van gerubriceerde gegevens. Dit zijn cumulatieve vereisten, wat betekent dat een overheidsopdracht aan beide criteria moet voldoen om te kunnen worden aangemerkt als gevoelige opdracht.

Zoals al vastgesteld is er pas sprake van ‘gerubriceerde gegevens’ in de zin van de AwDV wanneer deze gegevens gerubriceerd zijn in het belang van de nationale veiligheid. Zodoende lijkt een dergelijke overheidsopdracht al gauw in relatie te staan tot een ‘veiligheidsdoeleinde’ wanneer kan worden aangetoond dat de informatie gerubriceerd is in het belang van de nationale veiligheid.

⁵¹ Zie: Staatscourant Nr. 15497, *Besluit van de Minister-President van 1 juni 2013, nr. 3124134, houdende voorschrift informatiebeveiliging Rijksdienst –bijzondere informatie 2013*.

⁵² Degene die de inhoud van de informatie vaststelt, stelt tevens de rubricering vast.

Uiteindelijk geldt voor alle criteria, zoals opgemerkt door de Nederlandse wetgever in de Memorie van Toelichting bij de AwDV, dat bij het vaststellen of er sprake is van een ‘gevoelige opdracht’ vooral rekening gehouden dient te worden met “doel en strekking van de richtlijn”.⁵³ Dit betekent dat met name die overheidsopdrachten hiertoe moeten worden gerekend waarvoor vanwege veiligheidsbelangen de ‘reguliere’ aanbestedingsregels niet geschikt zijn.

3.2. Rubricering binnen de Politie

Op grond van het *Beveiligingsvoorschrift Politie* 2018 is de Korpschef verantwoordelijk voor “de integrale beveiliging van de Politie en voor de opzet, bestaan en werking van de organisatie van de beveiliging van de politie”.⁵⁴ Meer specifiek bepaalt de *Regeling Informatiebeveiliging politie* in Artikel 2(2) dat dit ook de informatiebeveiliging omvat “hetgeen een onderdeel van de kwaliteitszorg voor bedrijfsprocessen en de ondersteunende informatiesystemen vormt”. Deze brede interne veiligheidsverantwoordelijkheid van de Korpschef - zoals besloten in de genoemde beleidsregels - vloeit voort uit Artikel 27 Politiewet waarin is vastgelegd dat de Korpschef “is belast met de leiding en het beheer van de politie” en in dat kader verantwoording aflegt aan de Minister van Veiligheid en Justitie.

De *Regeling Informatiebeveiliging* vergt onder meer in Artikel 4 dat voor elk informatiesysteem en elke gemeenschappelijke IT-dienst een “afhankelijkheidsanalyse” wordt uitgevoerd en de relevante bedreigingen worden geïdentificeerd en geanalyseerd. Vervolgens kunnen op basis van een dergelijke analyse de nodige betrouwbaarheidseisen worden gesteld en een informatiebeveiligingsplan worden vastgesteld.

Om het informatiebeveiligingsbeleid te concretiseren zijn in de *Rubriceringsregeling Politie* 2015 de richtlijnen vastgesteld op basis waarvan specifieke informatie voorzien kan worden van een rubricering. Net als in het *Besluit Bijzondere Informatie* 2013 staat een rubricering bij de Politie in verband met de:

“te verwachten nadelige gevolgen voor de belangen van de Staat, van zijn bondgenoten of van één of meer ministeries, de Politie of één of meerdere ketenpartners als (een deel van) deze informatie bekend wordt bij niet geautoriseerden”.⁵⁵

De rubriceringsniveaus zijn ook hetzelfde als in het *Besluit Bijzondere Informatie* 2013, behalve dat er in de plaats van *Staatsgeheim* als eerste verwezen wordt naar de Politie (dat wil zeggen: *Politie ZEER GEHEIM* enz.). Analoog aan het *Besluit Bijzondere Informatie* 2013 geldt dat om binnen de kaders van de AwDV te vallen er op zijn minst sprake zal moeten zijn van *Politie Confidentieel*, nu er voor *Politie Intern* geen link met de ‘nationale veiligheid’ gelegd kan worden.

⁵³ Kamerstukken II 2010/11, 32 768, nr. 3, Memorie van Toelichting: *Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG*, p. 22.

⁵⁴ Staatscourant 2018 nr. 42144, *Beveiligingsvoorschrift Politie* 2018, Artikel 2.

⁵⁵ *Rubriceringsregeling Politie* 2015, Artikel 1(i).

Concrete betekenis rubricering voor aanbestedingen

De concrete betekenis van een rubricering voor een daarmee samenhangende aanbesteding is eenvoudig. Wanneer gerubriceerde informatie buiten de Politie wordt gebracht, dan “blijven de eisen aan de beveiliging en het toezicht daarop onverkort van kracht”.⁵⁶ Het beschermingsniveau van gerubriceerde informatie die met een opdrachtnemer gedeeld wordt moet dus vergelijkbaar zijn met het beschermingsniveau binnen de Politie zelf. Het bepalen welke maatregelen er ter beveiliging en toezicht daarop genomen moeten worden in de praktijk is complexer, nu dit gebeurt op basis van risicomangement.⁵⁷ Dit betekent dat afwegingen worden gemaakt aan de hand van een waardering van de dreiging en de kans dat deze zich verwezenlijkt.

Hier moet wel worden opgemerkt dat de soorten dreigingen die in de Bijlage 1 van de Rubriceringsregeling 2018 worden genoemd niet noodzakelijkerwijs betrekking hebben op de ‘nationale veiligheid’, zoals de AwDV vereist. Hier worden bijvoorbeeld imago schade, privacy en financiële schade genoemd. Om te bepalen of er wel een link is met de nationale veiligheid, zoals de AwDV vereist, zal gekeken moeten worden naar de aard van het veiligheidsbelang (zoals in Deel I uiteengezet), en niet naar de aard van de ‘impact’ zoals dat in de Rubriceringsregeling wordt gedaan. Hierbij moet vooropgesteld worden dat het goede functioneren van de Politie op zichzelf al een belang van nationale veiligheid betreft, aangezien het een onderdeel is van de vitale infrastructuur. Vaak zal dus beargumenteerd kunnen worden dat rubricering betrekking heeft op een belang van nationale veiligheid.

Kortom, naast het vaststellen dat er sprake is van ‘gerubriceerde informatie’ (rubricering van Politie Confidentieel of hoger) zal dus voor toepassing van de AwDV moeten worden vastgesteld en gemotiveerd dat het risico waar de rubricering voor is vastgesteld betrekking heeft op de nationale veiligheid. Het enkele feit dat er sprake is van een rubricering op grond van de *Rubriceringsregeling Politie 2015* volstaat dus niet om vast te stellen dat er sprake is van ‘gerubriceerde informatie’ in de zin van de AwDV.

Wat betekent dit toegepast op de casusvoorbeelden?

In de besproken casusvoorbeelden lijkt het geen probleem te zijn om de link met de nationale veiligheid aan te tonen.

In de Casus Beeldspraak is het duidelijk dat het om een ICT systeem gaat waar het functioneren van de Politie zich (althans gedeeltelijk) afhankelijk van zal stellen.

In de casus Huisvesting MIT heeft geheimhouding van de gerubriceerde informatie duidelijk betrekking heeft op de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit.

In de Casus Drones wordt er apparatuur aangeschaft die op grote schaal privacygevoelige informatie van Nederlandse burgers verzamelt in het kader van de uitvoering van de politietaak. In het licht van de geopolitieke ontwikkelingen zoals geschetst door de NCTV kan er een onwenselijke

⁵⁶ *Rubriceringsregeling Politie 2015*, Artikel 7(2) en *Besluit Bijzonder Informatie*, Artikel 7(1).

⁵⁷ *Rubriceringsregeling Politie 2015*, Artikel 6(2) en *Besluit Bijzonder Informatie*, Artikel 6(2).

situatie ontstaan voor de nationale veiligheid wanneer deze informatie in handen zou vallen van een buitenlandse kwaadwillige overheid.

3.3. Screening van werknemers die toegang tot gerubriceerde informatie krijgen

Het doel van rubricering is dus om het risico dat er nadelige gevolgen optreden voor de belangen van de Staat en de Politie doordat informatie in verkeerde handen komt te beperken door de toegang tot die informatie te beperken. Werknemers die vanwege hun werkzaamheden toegang krijgen tot gerubriceerde informatie dienen daarom aan een hoge betrouwbaarheidsstandaard te voldoen. Dit geldt evengoed voor werknemers van marktdeelnemers die een overheidsopdracht voor de Politie uitvoeren, nu er bij uitbesteding van dienstverlening een zelfde beveiligingsniveau gerealiseerd moet worden als bij interne dienstverlening.⁵⁸ Voor zover er bij de uitvoering van een overheidsopdracht voor de Politie toegang wordt verstrekt tot gerubriceerde informatie zullen werknemers van de uitvoerende marktdeelnemer dus gescreend moeten worden.

Er zijn grofweg twee gradaties van screening mogelijk voor personen, afhankelijk van de intensiteit van het betrokken veiligheidsrisico.

Lichte screening: de BGO

Voor toegang tot informatie met de rubricering *Politie Intern* en *Politie Confidentieel* is vereist dat deze personen een positief advies is verstrekt conform het *Protocol betrouwbaarheids- en geschiktheidsonderzoek politie 2018* (verder: BGO 2018). Een BGO betreft een betrouwbaarheidsonderzoek op basis van in elk geval politiegegevens, justitiële en strafvorderlijke gegevens, vrij toegankelijke informatiebronnen en een recent overzicht van het Bureau Krediet Registratie. In aanvulling kan nog navraag gedaan worden bij referenten en een gesprek met de betrokkene worden gevoerd.⁵⁹ Het uitvoeren van een BGO is een relatief lichte vorm van screening die enkel betrekking heeft op individuele werknemers. Bij een overheidsopdracht kan zodoende worden bedongen dat enkel werknemers bij de uitvoering van de opdracht betrokken worden waarvoor een positief advies is gegeven op grond van de BGO 2018. Dit kan daardoor ook bedongen worden bij een overheidsopdracht die binnen de kaders van de ‘reguliere’ Aanbestedingswet en Richtlijn 2014/24/EU aanbesteed wordt, zoals bijvoorbeeld het geval was bij de aanbesteding van de drones door de Politie in 2019 en 2020.⁶⁰

Wanneer alleen deze vorm van screening wordt ingezet, is gebruik van de AwDV dus niet noodzakelijk.

Zwaardere screening: AIVD onderzoek

Voor toegang tot gerubriceerde informatie met het niveau *Politie Geheim* en *Politie Zeer Geheim* geldt dat een BGO niet volstaat om de betrouwbaarheid van de betrokken personen te waarborgen. In dat geval zullen er bij de betreffende onderneming waarschijnlijk *vertrouwensfuncties*

⁵⁸ *Rubriceringsregeling Politie 2015*, p. 22.

⁵⁹ *Protocol betrouwbaarheids- en geschiktheidsonderzoek politie 2018*, Artikel 3(2) en 3(3).

⁶⁰Zie: Europese aanbesteding levering inclusief onderhoud Onbemande Luchtvaartuigen, Inschrijvingsleidraad, 7 december 2020, p. 12.

aangewezen worden, die volgens de Wet Veiligheidsonderzoeken functies omvatten “die de mogelijkheid bieden de nationale veiligheid te schaden” en als zodanig door de betrokken minister zijn aangewezen.⁶¹ Vervolgens zal de AIVD een veiligheidsonderzoek instellen op basis van de Wet Veiligheidsonderzoeken. In het geval dat er uit het oogpunt van de nationale veiligheid geen bezwaar bestaat tegen de vervulling van de vertrouwensfunctie door de betrokken persoon dan zal er een positieve verklaring worden gegeven.⁶² In principe kan volgens de Wet een dergelijke positieve verklaring ook worden afgegeven aan een persoon die niet de Nederlandse nationaliteit bezit.

In de context van overheidsaanbestedingen heeft het nut van de screening van werknemers die geen bestuurders / directeuren / of die een andere centrale functie binnen de onderneming hebben twee beperkingen.

Allereerst heeft zulke screening niet noodzakelijkerwijs invloed op de gunningsbeslissing. In het geval dat een bepaalde werknemer van een inschrijver geen positief advies op basis van een BGO of het veiligheidsonderzoek door de AIVD krijgt, dan is het niet gauw gerechtvaardigd om deze inschrijver uit te sluiten.⁶³ De inschrijver kan immers de betreffende werknemer buiten de uitvoering van de opdracht houden.

Ten tweede hebben de verklaringen die uit deze vorm van screening voortkomen enkel betrekking op de betrouwbaarheid van individuele personen die bij de uitvoering van de overheidsopdracht betrokken zullen zijn; dus niet op de betrouwbaarheid van de betrokken onderneming als geheel. De betrokken werknemers kunnen alleszins betrouwbaar zijn, maar zullen niet de verantwoordelijkheid dragen over de grotere bedrijfsmatige beslissingen die wel van invloed kunnen zijn op de nationale veiligheid. Deze twee beperkingen kunnen beiden opgelost worden door de screening (ook) te richten op de inschrijver als geheel.

3.4. Screening van de integriteit van inschrijvers: GVA en BIBOB onderzoek

Nog los van de mogelijkheden tot screening van inschrijvers in het kader van de nationale veiligheid, zijn er screeningsmogelijkheden op grond van de Gedragsverklaring Aanbesteden en de Wet Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob).

De Gedragsverklaring is de meest lichte vorm van screening en is in beginsel gericht op het aantonen door de inschrijver dat geen van de verplichte uitsluitingsgronden – zoals bepaald in Artikel 2.87 Aw en Artikel 2.76 AwDV – van toepassing is.⁶⁴ De verplichte uitsluitingsgronden zien voornamelijk op strafrechtelijke en bestuursrechtelijke veroordelingen die de betrouwbaarheid van een inschrijver aantasten, zoals een veroordeling voor deelname aan een criminele organisatie.

⁶¹ Wet veiligheidsonderzoeken 2015, Artikel 1(1)a en Artikel 3(1).

⁶² Wet veiligheidsonderzoeken 2015, Artikel 1(1)b en Artikel 8.

⁶³ Dit is wellicht anders wanneer het onderzoek betrekking heeft op een hooggeplaatste functionaris.

⁶⁴ Dit geldt tevens voor de facultatieve uitsluitingsgronden van ernstige beroepsfout en kartelvorming, zie: Artikel 2.89(2) Aw en Artikel 2.79(2) AwDV.

Wanneer een meer diepgravend onderzoek nodig wordt geacht naar de integriteit van de inschrijver - in de vermoedenssfeer - om te voorkomen dat de overheid criminaliteit faciliteert, dan kan er een advies worden gevraagd op grond van de Wet Bibob. Voor een dergelijk advies zal ook onderzocht worden of de inschrijver of onderaannemer wordt “gefinancierd met uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen” en de “mate van gevaar dat een gegadigde, indien de overheidsopdracht aan hem zou worden gegund, of de onderaannemer bij de uitvoering van die opdracht strafbare feiten zal plegen”.⁶⁵

Beide screeningsmogelijkheden kunnen nuttig zijn voor de Politie om de betrouwbaarheid van inschrijvers te controleren, en zo het risico voor de nationale veiligheid bij een overheidsopdracht te verkleinen.

In de Huisvesting casus blijkt bijvoorbeeld duidelijk dat het noodzakelijk is dat de aannemer die de opdracht zal gaan uitvoeren geen banden heeft met criminele organisaties die gebaat zouden kunnen zijn bij het verkrijgen van vertrouwelijke informatie over de huisvesting en de fysieke beveiliging daarvan. Deze twee screeningsinstrumenten, de GVA en een BIBOB onderzoek, zijn echter ontworpen om de integriteit van inschrijvers en onderaannemers te waarborgen; dus niet specifiek om belangen van nationale veiligheid te beschermen. In de praktijk is de BIBOB ook nog weinig en slechts in bepaalde sectoren gebruikt bij overheidsopdrachten. Omdat er een grote overlap lijkt te bestaan tussen de feiten en omstandigheden die in een BIBOB onderzoek naar voren kunnen komen en de veiligheidsrisico's bij de aankopen van de Politie is het nuttig deze mogelijkheid in de toekomst verder te verkennen.

Wel moet opgemerkt worden dat deze instrumenten doorgaans al kunnen worden toegepast binnen de kaders van de ‘reguliere’ Aanbestedingswet, nu dat de integriteit van ondernemers die overheidsopdrachten gaan uitvoeren een belang is dat altijd zal moeten worden beschermd. Binnen een procedure op grond van de AwDV is het mogelijk wel makkelijker om bij een negatief Bibob advies de ondernemer ook daadwerkelijk uit te sluiten, nu deze wet een ruimere uitsluitingsgrond lijkt te bevatten voor ‘onbetrouwbare ondernemers’ (zie verder Paragraaf 4.4.).

Zoals verder zal worden toegelicht in Paragraaf 4.1. is voor verdergaande bescherming van veiligheidsbelangen bij aanbestedingen de toepassing van de AwDV noodzakelijk. Wanneer er voor een overheidsopdracht verdergaande bescherming nodig is, dan zal dit meestal ook samenhangen met de gevoeligheid van de informatie die met de inschrijver gedeeld zal moeten worden. Logischerwijs is er dan ook een hoog niveau van rubricering van toepassing op die informatie, waardoor de opdracht binnen de reikwijdte van de AwDV valt.

⁶⁵ Wet Bibob, Artikel 9(2) c en d.

3.5. Screening door de AIVD van inschrijvers die in een positie kunnen komen waarin zij de nationale veiligheid kunnen schaden

Naast het verrichten van veiligheidsonderzoeken, zoals beschreven in Paragraaf 3.2., heeft de AIVD volgens Artikel 8(2)a Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) de wettelijk taak tot:

“het verrichten van onderzoek met betrekking tot organisaties en personen die door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat”.

Dergelijk onderzoek verricht de AIVD op eigen initiatief. In het verlengde van dit onderzoek heeft de AIVD ook de taak, op grond van Artikel 8(2)f Wiv 2017, om op verzoek van een daartoe bevoegd persoon of instantie een mededeling te doen “omtrent door de dienst verwerkte gegevens omtrent personen of instanties in bij die regeling aangewezen gevallen”. De uitvoering van zo een verzoek wordt aangeduid als een *naslag* en is door de Ministers van Algemene Zaken, Binnenlandse Zaken en Defensie verder geregeld in de *Regeling Naslag Wiv 2017*. Een naslag bekent in beginsel dat de AIVD zijn eigen systemen *naslaat* om te controleren of er gegevens beschikbaar zijn op basis waarvan geconcludeerd kan worden dat de betreffende persoon of organisatie een bedreiging zou kunnen vormen voor de nationale veiligheid.⁶⁶

Voor de Politie betekent dit dat het bij een aanbesteding een dergelijk verzoek zou kunnen indienen bij de AIVD om meer informatie te krijgen over de betrouwbaarheid van een inschrijver.

3.6. Tussenconclusie

De vraag in hoeverre overheidsopdrachten van de Politie als ‘gevoelige’ opdrachten in de zin van de AwDV kunnen worden aangemerkt en welke mogelijkheden de Politie heeft tot screening van inschrijvers en de werknemers daarvan hangen sterk met elkaar samen.

Het begrip ‘gevoelige opdrachten’ is een Europeesrechtelijk begrip dat volgens de EU wetgever ziet op opdrachten “voor veiligheidsdoeleinden die betrekking hebben op gerubriceerde gegevens of die gerubriceerde gegevens noodzakelijk maken en/of bevatten”.⁶⁷ Er dient dus aan twee voorwaarden te worden voldaan voor toepassing daarvan.

Het eerste vereiste van een veiligheidsdoeleinde zal snel vervuld zijn wanneer een overheidsopdracht van de Politie op enige wijze betrekking heeft op de wettelijke taak van de Politie (daadwerkelijke rechtshandhaving).

De tweede voorwaarde van ‘gerubriceerde informatie’ is volgens de EU wetgever enkel aanwezig indien de informatie gegevens of materiaal betreft waaraan:

⁶⁶ Voor meer informatie zie: <https://www.aivd.nl/onderwerpen/naslag-op-verzoek-van-anderen>.

⁶⁷ Richtlijn 2009/81/EG, Artikel 1.

- i) “een bepaald niveau van veiligheidsclassificatie of een beveiligingsniveau is toegekend
- ii) en die in het belang van de nationale veiligheid
- iii) en overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in de lidstaat in kwestie gelden,
- iv) bescherming vereisen tegen ontvreemding, vernietiging, verwijdering, onthulling, verlies of toegang ertoe door een onbevoegd persoon, of tegen enige andere vorm van compromittering”.

Voor de aankopen van de Politie heeft dit drie consequenties:

- Bij het vaststellen of er sprake is van een ‘gevoelige opdracht’ moet rekening gehouden worden met “doel en strekking van de richtlijn”.⁶⁸ Dit betekent dat van een ‘gevoelige opdracht’ kan worden gesproken enkel wanneer de bijzondere veiligheidsmaatregelen die wel binnen de AwDV mogelijk zijn en niet binnen de ‘reguliere’ Aanbestedingswet noodzakelijk zijn om de bijzondere veiligheidsbelangen van de Politie te beschermen (zoals hierna besproken in Deel IV). Dit brengt mee dat in geval de Politie (of andere aanbestedende dienst) het uitvoeren van een bijzondere screening niet noodzakelijk acht en ook niet uitvoert een beroep op het gevoelige karakter van een opdracht niet zal opgaan. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer er enkel gebruik wordt gemaakt van BGO screening.
- De AwDV kan enkel worden toegepast voor opdrachten die betrekking hebben op gerubriceerde gegevens met ten minste het beveiligingsniveau *Politie Confidentieel* (dus niet het niveau *Politie Intern*), anders is er immers geen sprake van een ‘belang van nationale veiligheid’.
- Wanneer opdrachtnemers toegang zal moeten worden verstrekt tot dergelijke gerubriceerde gegevens dan zal dit, in lijn met de eigen *Rubriceringsregeling Politie 2015*,⁶⁹ samen moeten gaan met passende screening van de inschrijver en/of diens werknemers.

⁶⁸ Kamerstukken II 2010/11, 32 768, nr. 3, Memorie van Toelichting: *Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG*, p. 22.

⁶⁹ Dit beleid vergt immers dat wanneer gerubriceerde informatie buiten de Politie wordt gebracht dezelfde beveiligingseisen gelden als het verstrekken van toegang tot die informatie binnen de organisatie van de Politie, zie: *Rubriceringsregeling Politie 2015*, Toelichting bij Artikel 2(1), p. 10.

DEEL IV

Beschermen van veiligheidsbelangen op basis van Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied

Wanneer er sprake is van een ‘gevoelige opdracht’, dan zal aan de hand van het te beschermen veiligheidsbelang bepaald moeten worden of deze opdracht op grond van de AwDV aanbesteed moet worden of dat deze daarvan kan worden uitgezonderd. Om dit te bepalen zal allereerst dus de vraag gesteld moeten worden of de mogelijkheden waarin de AwDV voorziet om veiligheidsbelangen te waarborgen voldoende in staat zijn om het betrokken veiligheidsbelang te beschermen.⁷⁰

Net als bij de ‘reguliere’ Aanbestedingswet is de AwDV - als implementatie van EU interne markt wetgeving - gegrondvest op het fundamentele beginsel van non discriminatie (naar nationaliteit) en van gelijke behandeling (art. 1.4 AwDV);⁷¹ het transparantiebeginsel dat de eis van een passende mate van openbaarheid inhoudt (art. 1.5 AwDV) en het proportionaliteitsbeginsel (Artikel 1.6. AwDV).

Alhoewel deze beginselen leidend blijven bij een aanbestedingsprocedure op grond van deze wet, is het vraag hoe ze zich verhouden tot de nationale veiligheid, nu de (effectievere) bescherming daarvan binnen aanbestedingsprocedures – zodat lidstaten minder gebruikmaken van uitzonderingsgronden – de gedachte achter het tot stand brengen van de Europese richtlijn is. Deze speciale wetgeving is immers aan het Europees aanbestedingsrechtelijk systeem toegevoegd omdat de mogelijkheden tot bescherming van nationale veiligheid binnen de ‘reguliere’ Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2014/24/EU) niet voldoende werden geacht (met name bij militaire opdrachten). Zoals reeds besproken in Paragraaf 2.1. zijn het doel van een regeling en het systeem waar deze deel van uitmaakt bepalend voor de interpretatie van specifieke regels.

Hieronder zullen we enkele van de mogelijkheden bespreken die door de wetgever in de AwDV zijn vastgesteld om aanbestedende diensten beter in staat te stellen – ten opzichte van de Aw – om veiligheidsbelangen te beschermen binnen een aanbesteding.

4.1. Geen verplichting tot openbare procedure en soepelere procedurele eisen anders dan onder de klassieke Aanbestedingswet

In tegenstelling tot de Aw ontbreekt de openbare procedure in het geheel als optie binnen de kaders van de AwDV. Artikel 2.18 AwDV bepaalt dat het gebruik van de niet-openbare procedure of de onderhandelingsprocedure met aankondiging het uitgangspunt voor de aanbestedende dienst is.

⁷⁰ De analyse in Deel IV is deels afgeleid van: Meershoek 2021, *supra* noot 31, p. 24-36.

⁷¹ Zie: Artikel 1.4. AwDV. Het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit is als een van de belangrijkste beginselen van EU recht vastgesteld in Artikel 18 VWEU. Zie voor meer informatie over het gelijkheidsbeginsel in relatie tot het beginsel van non discriminatie in het aanbestedingsrecht: E.R. Manunza, ‘Alle aanbestedingen zijn interstatelijk’ in: E.R. Manunza & L.A.J. Senden, *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 71-91.

In het geval van “bijzonder complexe” opdrachten kan op grond van Artikel 2.20 AwDV gebruik worden gemaakt van de concurrentiegerichte dialoog. Het verloop van deze procedures is grotendeels gelijk aan dat op grond van de Aw. Evengoed geldt op grond van Artikel 2.90(2) AwDV dat het beperken van het aantal gegadigden die tot inschrijving worden uitgenodigd op grond van objectieve en niet-discriminerende criteria dient plaats te vinden. Er is wel een ruimer scala aan criteria die hiervoor gebruikt kunnen worden, zoals de criteria over gegevensbeveiliging en bevoorradingszekerheid.

In tegenstelling tot de Aw bedraagt het minimum aantal gegadigden die tot inschrijving uitgenodigd worden op grond van Artikel 2.91(2) AwDV drie in plaats van vijf, onder de voorwaarde dat het aantal uitgenodigde gegadigden een ‘daadwerkelijke mededinging’ waarborgt. Dit kan een voordeel zijn wanneer het nodig wordt geacht om alle gegadigden preventief te onderzoeken op risico’s voor de nationale veiligheid op grond van de *Regeling Naslag Wiv 2017*. In dat geval hoeft dit enkel voor drie ondernemers te gebeuren, in plaats van vijf.

4.2. Strengere eisen informatiebeveiliging

Bij de overheidsopdrachten van de Politie die binnen de reikwijdte van de AwDV vallen zal veelal sprake zijn van gerubriceerde gegevens die extra beveiliging behoeven op grond van de nationale veiligheid.⁷² In het licht daarvan kan een aanbestedende dienst op grond van Artikel 2.68 AwDV eisen stellen aan de inschrijvers om de beveiliging van deze gegevens te garanderen. De vraag zal echter wel telkens zijn of het stellen van deze eisen de veiligheidsrisico’s van het delen van geheime informatie voldoende verkleint. Op grond van Artikel 346(1)a VWEU kan een lidstaat namelijk niet verplicht worden “inlichtingen te verstrekken waarvan de verbreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid”.

De EU wetgever heeft dit onderstreept door dit ook als specifieke uitzonderingsgrond in de Defensie richtlijn op te nemen.⁷³ Doch blijft de regeling voor toepassingsproblemen zorgen omdat er (nog) geen EU harmonisatie wetgeving bestaat over het rubriceren van gegevens.

Wel erkent de Richtlijn dat de lidstaten eisen mogen stellen opdat inschrijvingen in overeenstemming zijn met de nationale wetgeving omtrent veiligheidsonderzoeken.⁷⁴ Aanbestedende diensten kunnen daarom verschillende eisen stellen aan inschrijvers omtrent gegevensbeveiliging zoals:

- het nemen van “passende maatregelen” op grond van Artikel 2.68(2)a AwDV ter bescherming van de vertrouwelijkheid van alle gerubriceerde gegevens die in hun bezit zijn of tijdens de uitvoering van de opdracht in hun bezit komen;

⁷² Dit is immers het onderscheidende kenmerk van de ‘gevoelige opdrachten’, terwijl ook bij militair materieel vaak rubricering van gegevens zal plaatsvinden.

⁷³ Richtlijn 2009/81/EG, Artikel 13(a) en Artikel 2.16(a) AwDV.

⁷⁴ Richtlijn 2009/81/EG, Artikel 22.

- het verschaffen van informatie over de onderaannemers die ingeschakeld zullen worden om vast te stellen dat ze over de bekwaamheid beschikken om de vertrouwelijkheid van gerubriceerde gegevens te beschermen op grond van Artikel 2.68(2)b AwDV;
- een vereisen van een verklaring van een veiligheidsinstantie op grond van Artikel 2.68(3) AwDV, waarbij geldt dat hoewel het mogelijk is om een verklaring van een buitenlandse instantie te erkennen, de mogelijkheid tot eigen onderzoek wordt open gehouden;
- en het vereisen van een positieve verklaring op grond van de Wet Veiligheidsonderzoeken voor de werknemers die een inschrijver voornemens is te belasten met vertrouwensfuncties tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht (Artikel 2.68(4) AwDV).

Het waarborgen van informatiebeveiliging binnen de kaders van de AwDV wordt pas problematisch wanneer er op voorhand discriminerende eisen worden gesteld op grond van nationaliteit. Dit is bijvoorbeeld het geval bij bepaalde overheidsopdrachten van het Ministerie van Defensie waar op grond van de *Algemene Beveiligingseisen Defensieopdrachten 2019* (ABDO) in bepaalde gevallen de Nederlandse nationaliteit wordt vereist voor de uitoefening van bepaalde vertrouwensfuncties. Enkel voor het laagste niveau van rubricering (Te Beschermen Belang 4 – Departementaal vertrouwelijk), waarbij geen staatsgeheime informatie wordt gedeeld, kan de gecertificeerde ondernemer binnen de ABDO een andere nationaliteit hebben dan de Nederlandse (dat wil zeggen niet naar Nederlands recht te zijn opgericht) en mogen ook anderen dan medewerkers met de Nederlandse nationaliteit in vertrouwensfuncties geplaatst te worden.⁷⁵

Zulke vereisten vormen een inbreuk op de interne markt en het beginsel van non-discriminatie wanneer ze niet op grond van een van de uitzonderingsgronden uit de EU Verdragen gerechtvaardigd kunnen worden. Toepassing van de AwDV wordt dan bemoeilijkt omdat deze wet een uitvloeisel is van het interne markt recht. Zo lang het niet noodzakelijk is om het vestigingsvereiste voor de ondernemer en een nationaliteitsvereiste voor werknemers op voorhand te stellen dan kan de opdracht in beginsel binnen de juridische grenzen van de AwDV worden aanbesteed.

Van belang voor de optimale benutting van de ruimte die de AwDV biedt om eisen te stellen aan informatiebeveiliging is om als aanbestedende dienst duidelijk kenbaar te maken dat zich het recht wordt voorbehouden om de verschillende vormen van screening toe te passen op de inschrijver, werknemers en mogelijke onderaannemers en daar consequenties aan te verbinden. Dit kan bijvoorbeeld een vereiste zijn binnen de uitvoeringsvoorwaarden met het gevolg dat bij het vervuld zijn daarvan een contract mogelijk eenvoudiger kan worden ontbonden. Het kan ook gebruikt worden om de uitsluitingsgrond voor onbetrouwbare inschrijvers toe te passen (zie hieronder in Paragraaf 4.4.).

⁷⁵ Ministerie van Defensie, *Algemene Beveiligingseisen voor Defensieopdrachten 2019*, versie 1.1. (februari 2020), p. 12.

4.3. Toegang inschrijvers en producten uit derde landen?

Vanwege de ruime veiligheidsuitzonderingsgrond in de *Government Procurement Agreement*, heeft de EU wetgever het aan de lidstaten gelaten om te bepalen in hoeverre zij toegang wensen te geven aan inschrijvers uit derde landen.⁷⁶ De Nederlandse wetgever heeft in Artikel 1.7. AwDV die keuze voor het wel of niet toelaten van inschrijvers uit derde landen bij de aanbestedende dienst gelegd (behoudens specifieke verdragsrechtelijke verplichtingen). De mogelijkheid tot uitsluiten van een inschrijver uit een derde land is juridisch dus niet ingewikkeld. In de praktijk doen zich echter vaker situaties voor waarin de inschrijver zelf binnen de EU gevestigd is, maar de zeggenschap over deze inschrijver erbuiten ligt. In dit specifieke geval kan Artikel 1.7 AwDV niet worden ingeroepen. Om hetzelfde doel te bereiken, wanneer de betrouwbaarheid van de inschrijver in het geding is, kan dan gebruik worden gemaakt van de uitsluitingsgronden zoals hieronder in Paragraaf 4.4. besproken

Ook lijkt de sectorspecifieke regulering van de nutssectoren een mogelijkheid te bieden. Artikel 85 Richtlijn 2014/25/EU bepaalt voor deze sectoren dat inschrijvingen mogen worden afgewezen wanneer meer dan 50% van de waarde van de opdracht betrekking heeft op goederen uit derde landen. Deze bepaling is geïmplementeerd in Artikel 3.76 Aw. In de casus van de drones van de Chinese producent DJI zou deze bepaling indien aanwezig ook voor de reguliere sectoren uitkomst hebben geboden.⁷⁷ In het bijzonder zou de bepaling uitkomst kunnen bieden in het kader van de veiligheidsmaatregelen die getroffen kunnen worden binnen de AwDV. De handelspolitieke belangen om bij overheidsopdrachten op het gebied van defensie- en veiligheid een voorkeursbehandeling te geven aan goederen met een Europese oorsprong zijn immers - ten minste - even groot⁷⁸ en de benodigde veiligheidswaarborgen zijn hier van nature groter. Vraag is dus in hoeverre beargumenteerd zou kunnen worden dat het nemen van een dergelijke maatregel ook verenigbaar is met het doel van de AwDV. Door het ontbreken van een dergelijke bepaling in de Richtlijn voor defensie- en veiligheid en de AwDV blijft de juridische zuiverheid van toepassing daarvan in de veiligheidscontext onzeker.

4.4. Bescherming van veiligheidsbelangen door het uitsluiten van onbetrouwbare inschrijvers op grond van de AwDV

Alhoewel het merendeel van de uitsluitingsgronden die zijn opgenomen in Artikel 2.76-2.77 AwDV en Artikel 39 Defensierichtlijn overeenkomen met die in de reguliere Aanbestedingswet, heeft de EU wetgever de mogelijkheden tot uitsluiting voor defensie- en veiligheidsopdrachten aanzienlijk verruimd. Deze verruiming is te vinden in Artikel 2.77(1)f AwDV die bepaalt dat een inschrijver of gegadigde kan worden uitgesloten wanneer “is vastgesteld dat hij niet over de betrouwbaarheid beschikt die nodig is om risico’s voor de nationale veiligheid uit te sluiten”. Uit de Richtlijn blijkt tevens dat deze vaststelling kan plaatsvinden “op basis van welk bewijsmiddel dan ook, inclusief

⁷⁶ Derde landen in deze context betekent landen van buiten de EU.

⁷⁷ Voor deze sectoren gelden in beginsel wel de beperkingen van multilaterale en bilaterale verdragen die de EU gesloten heeft zoals de *Government Procurement Agreement*. De bepaling is daardoor met name relevant voor producten uit landen waar de EU geen afspraken op het gebied van overheidsopdrachten heeft.

⁷⁸ Dit blijkt ook uit een vergelijking van de Preamble van Richtlijn 2014/25/EU nutssectoren en Richtlijn 2009/81/EG Defensie- en Veiligheid. Laatstgenoemde is (nog) sterker gericht op de totstandbrenging van een Europese mondiaal concurrerende industrie dan eerstgenoemde.

beschermde gegevensbronnen”.⁷⁹ Daarnaast blijkt uit de preambule van de Richtlijn dat indien aanbestedende diensten dergelijke informatie zouden hebben dat ze in welke fase dan ook van het aanbestedingsproces tot uitsluiting kunnen besluiten.⁸⁰

De screeningsmogelijkheden besproken in Deel III kunnen een cruciale rol vervullen bij de toepassing van deze uitsluitingsgrond. Zoals hiervoor besproken in Paragraaf 4.2. kunnen in het kader van de strengere eisen voor gegevensbeveiliging al specifieke personen door de AIVD gescreend laten worden die een inschrijver in een vertrouwensfunctie wil plaatsen op grond van de Wet Veiligheidsonderzoeken. Wanneer een bepaalde werknemer echter geen dergelijke verklaring zou kunnen krijgen, dan zou de inschrijver een andere werknemer voor die positie kunnen voorstellen. De uitsluitingsgrond onderscheidt zich in dat opzicht van de andere mogelijkheden in de AwDV doordat op grond hiervan de onbetrouwbaarheid van de inschrijver direct kan leiden tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure. In deze context kunnen zowel de screening van werknemers en bestuurders (Wet Veiligheidsonderzoeken) alsmede screening van de inschrijver (*Regeling Naslag Wiv 2017*) een basis bieden voor uitsluiting. Bij de screening van de inschrijver door de AIVD zal doorgaans ook de aandeelhoudersstructuur worden meegewogen. Alle omstandigheden die betrekking hebben op de inschrijver en een veiligheidsrisico opleveren zoals besproken in Deel I kunnen in deze context leiden tot uitsluiting van de inschrijver.

Volgens de preambule kunnen dergelijke veiligheidsrisico's in het bijzonder het gevolg zijn van “bepaalde kenmerken van de producten die door de gegadigde worden geleverd of van de aandeelhoudersstructuur van de gegadigde”.⁸¹ Als we deze overweging bijvoorbeeld meewegen bij de Drones Casus dan is het duidelijk dat deze uitsluitingsgrond de mogelijkheid biedt om veiligheidsrisico's die ontstaan in de context van de geopolitieke ontwikkelingen (zoals door de NCTV opgemerkt) te voorkomen. Als ‘bepaalde kenmerken’ van een product kan bijvoorbeeld de afhankelijkheid van Chinese software bij de drones worden gezien. Als risico's die voortkomen uit de aandeelhoudersstructuur van de inschrijver zou bijvoorbeeld de situatie kunnen worden gezien waarin de meerderheid van de aandelen van de een inschrijver in handen zijn van een partij gevestigd in een land waarmee Nederland niet dezelfde geopolitieke belangen deelt, ondanks dat de inschrijver zelf bijvoorbeeld wel in een EU lidstaat is gevestigd.

De uitsluitingsgrond resulteert in een ongeëvenaarde beslissingsruimte voor aanbestedende diensten en prangende vragen over rechtsbescherming. Zelfs nadat een inschrijver heeft aangetoond dat deze voldoet aan de (mogelijk strenge) eisen omtrent gegevensbeveiliging en bevoorradingszekerheid, kan de aanbestedende dienst alsnog een extra onderzoek naar de betrouwbaarheid laten uitvoeren door een inlichtingendienst. Uit de wetgeving blijkt voorts niet in hoeverre de uitsluiting vervolgens verder gemotiveerd moet worden dan enkel de constatering dat de inschrijver niet betrouwbaar is volgens een inlichtingendienst. Er bestaat in elk geval geen verplichting om de uitsluiting te baseren op bronnen die (in het geheel) met de betrokkene gedeeld

⁷⁹ Richtlijn 2009/81/EG, Artikel 39(2)(e).

⁸⁰ Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 67.

⁸¹ Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 65.

dienen te worden, nu de Richtlijn ook “beschermd gegevensbronnen” als basis voor uitsluiting noemt. De enige waarborg om misbruik - in de vorm van willekeur of discriminatie op grond van nationaliteit - van deze bepaling te voorkomen kan wellicht voortvloeien uit het beginsel van gelijke behandeling.⁸² Op grond van dit beginsel kan een uitgesloten inschrijver bij de rechter eventueel beargumenteren dat toepassing van deze uitsluitingsgrond vergt dat de betrouwbaarheid van alle inschrijvers op soortgelijke wijze wordt onderzocht.

Voor de gevoelige opdrachten van de Politie biedt de uitsluitingsgrond duidelijk extra mogelijkheden ter bescherming van veiligheidsbelangen. Wel is het noodzakelijk voor de Politie om zich bij het gebruik van de uitsluitingsgrond te baseren op betrouwbaarheidsonderzoek uitgevoerd door een daarvoor geschikte instantie. Alle screeningsvormen zoals besproken in Deel III zijn, afhankelijk van het specifieke veiligheidsbelang, mogelijk geschikt om een basis te bieden voor het toepassen van de uitsluitingsgrond. Zo kan bijvoorbeeld bij opdrachten die specifiek zien op de bestrijding van de georganiseerde misdaad (zoals de Casus Huisvesting MIT) ook gebruik worden gemaakt van een screening op grond van de Wet BIBOB, naast de mogelijkheid van onderzoek door de AIVD. Alhoewel BIBOB screening ook al mogelijk is binnen de reguliere Aanbestedingswet, lijkt de uitsluitingsgrond van Artikel 2.77(1)f AwDV wel meer ruimte te creëren voor aanbestedende diensten om onbetrouwbare ondernemers uit te sluiten wanneer niet voldaan wordt aan de vereisten voor het toepassen van de uitsluitingsgrond die betrekking heeft op de ernstige beroepsfout zoals vastgelegd in Artikel 2.77(1)c AwDV en Artikel 2.87(1)c Aw.

Doordat er nog geen jurisprudentie van het EU Hof van Justitie is over het toepassen van deze uitsluitingsgrond bestaat er veel onzekerheid over de mate waarin inschrijvers een dergelijke uitsluiting bij de rechter zouden kunnen aanvechten. In het bijzonder is dit onzeker in gevallen waar uitsluiting in het geheel gebaseerd is op beschermde bronnen. Om meer inzicht te krijgen in de juridische waarborgen waar een dergelijke uitsluiting aan zou moeten voldoen om stand te houden bij de nationale en Europese rechter is meer diepgravend juridisch onderzoek nodig naar deze uitsluitingsgrond dan in dit ‘verkennende’ onderzoek mogelijk is. In het bijzonder zal zulk onderzoek deze uitsluitingsgrond dienen te doorgronden in het licht van de eisen die het beginsel van effectieve rechtsbescherming stelt zoals vastgelegd in internationaal- Europees en nationaal recht.

4.5. Tussenconclusie: daadwerkelijke informatiebeveiliging binnen de kaders van de AwDV?

De AwDV biedt diverse mogelijkheden om de veiligheidsbelangen van de Politie, zoals in Deel I omschreven, bij gevoelige opdrachten te beschermen. Doordat er geen verplichting is om de openbare procedure toe te passen en er slechts drie inschrijvers moeten worden uitgenodigd tot inschrijving kan de kring van gegadigden (waarmee mogelijk al gevoelige informatie gedeeld moet worden) op voorhand al klein gehouden worden. Met name bij gevallen waar de overheidsopdracht *als zodanig* al gevoelig is, kan de verplichting tot openbaarmaking problematisch zijn. In zulke

⁸² Voor het risico op willekeur, zie ook: M. Trybus, *Buying Defence and Security in Europe*, Cambridge University Press 2014, p. 387.

gevallen zal de opdracht geheim moeten worden verklaard en op grond van Art. 2.16a AwDV worden uitgezonderd van de AwDV en tevens van andere EU aanbestedingsrechtelijke verplichtingen worden uitgezonderd op grond van Artikel 346(1)a VWEU (zie hierover verder in Deel V).⁸³

Bij de overige overheidsopdrachten van de Politie zullen de mogelijkheden van de AwDV vaak voldoende zijn om de veiligheidsbelangen te waarborgen. Met name de uitsluitingsgrond in Artikel 2.77(1)f AwDV creëert een ruime beoordelingsmarge voor aanbestedende diensten om risico's voor de nationale veiligheid mee te wegen in aanbestedingsprocedures. Er bestaat nog wel onduidelijkheid over hoe ver de bewijslast en motiveringsplicht van aanbestedende diensten bij het toepassen van deze uitsluitingsgrond reiken. Afhankelijk daarvan zou de AwDV in bepaalde gevallen toch minder geschikt kunnen zijn.

⁸³ De aanbestedingsuitzondering van Artikel 2.16a AwDV is overgenomen van Artikel 346(1)a VWEU die in algemene zin geldt als uitzondering op Europeesrechtelijke verplichtingen van de lidstaten.

DEEL V

Beschermen van veiligheidsbelangen op basis van de Verdragsrechtelijke uitzonderingsgronden en de resterende nationaalrechtelijke verplichtingen⁸⁴

Inleiding

De EU interne markt is gegrond op het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal. Om deze interne markt te laten functioneren moeten handelsbelemmeringen tussen de verschillende lidstaten zoveel als mogelijk worden weggenomen. Deze handelsbelemmeringen kunnen bestaan uit wetgeving, beleid of maatregelen die de interstatelijke handel bemoeilijken, bijvoorbeeld doordat buitenlandse ondernemingen geen gelijke kans wordt gegeven een overheidsopdracht gegund te krijgen. Het interne markt recht kent een zeer ruime reikwijdte, daar het van toepassing is bij iedere grensoverschrijdende ‘economische activiteit’. Dit betreft alle activiteiten waarbij goederen of diensten op de markt worden aangeboden.⁸⁵

Van belang is nu te herinneren dat de EU interne markt met zijn vrijheden - het vrije vestigingsrecht en het vrij verkeer van diensten, goederen, personen en kapitaal tussen de lidstaten - als een fundament van de naoorlogse Europese integratie dient te worden gezien (*supra* Paragraaf 2.2). Economische eenwording was cruciaal voor vrede en welvaart, en vormt nog steeds de basis voor de EU als (economisch) machtsblok in de wereld. Dit vrij verkeer kreeg in de Europese Verdragen sinds het Verdrag van Rome gestalte in bepalingen waarin genoemde vrijheden als ‘verbod’ op handelsbelemmeringen tussen de lidstaten vorm is gegeven.

Deze verboden mislukten in de liberalisering van een interne aanbestedingsmarkt. Overheden bleven eigen nationale marktdeelnemers bevoordelen boven die afkomstig uit andere lidstaten. Uiteindelijk werd daarom in de jaren zeventig besloten om secundaire regelgeving in de vorm van aanbestedings- liberalisatie en harmonisatierichtlijnen tot stand te brengen.⁸⁶ De voltooiing van een interne markt van overheidsopdrachten zou worden gerealiseerd door de ‘verboden’ op handelsbelemmeringen (negatieve integratie) te versterken door lidstaten ‘te gebieden’ handelsbelemmeringen actief uit de weg te ruimen (positieve integratie). Deze geboden zijn vervat in de richtlijnen overheidsopdrachten die als een uitkristallisering moeten worden gezien van de vrijheden die met de verboden werden gegarandeerd⁸⁷.

Hieronder zullen we eerst uiteenzetten hoe in algemene zin maatregelen die een belemmering vormen voor het vrij verkeer alsnog kunnen worden gerechtvaardigd. Vervolgens zullen we in concrete zin bespreken hoe er door het EU Hof van Justitie vorm is gegeven aan de begrippen ‘openbare orde’, ‘openbare veiligheid’ en ‘nationale veiligheid’ als grondslag voor een dergelijke rechtvaardiging; hoe er getoetst dient te worden of uitzondering in een concreet geval daadwerkelijk

⁸⁴ De inleiding en de daaropvolgende paragraaf zijn deels overgenomen uit: Manunza, Meershoek & Senden 2020 *supra* noot 34, p. 23-24.

⁸⁵ Zie HvJEG 16 juni 1987, Zaak 118/85, *Commissie tegen Italië*, r.o. 7.

⁸⁶ Richtlijn 71/305/EEG voor werken en Richtlijn 77/62/EEG voor goederen.

⁸⁷ Zie bijvoorbeeld: E.R. Manunza, ‘De kunst van het kiezen’, *Ars Aequi* 2019, p. 962-964.

gerechtvaardigd kan worden in het licht van de proportionaliteitseis en ten slotte welke juridische eisen er nog gelden wanneer er succesvol een uitzonderingsgrond kan worden ingeroepen.

5.1. Hoe kunnen nationale maatregelen die een belemmering vormen voor het vrij verkeer, alsnog worden gerechtvaardigd?

De EU Verdragen voorzien zelf in diverse uitzonderingen op de neergelegde vrijheden om het interne markt rechtssysteem geen absoluut karakter te geven. Dit interne markt recht, gevormd door de negatieve en positieve maatregelen, is ten slotte (zoals uiteengezet in Deel II) enkel een ‘middel’ om het doel van de EU om de vrede, de waarborging van waarden en het welzijn van de volkeren van Europa te bevorderen zoals verankerd in Artikel 3(1) VEU. Duidelijk is dat er bepaalde uitzonderingen zijn op het verbod van handelsbelemmerende maatregelen of beperkingen van het vrije verkeer van goederen, diensten en personen voor situaties waarin de (openbare orde en) de openbare veiligheid op het spel staat, zoals de huidige artikelen 36, 51, 52, 62, 65, 346 en 347 VWEU. Tal van bevoegdheden op het gebied van openbare veiligheid (zo ook openbare orde en volksgezondheid) bevinden zich namelijk nog nagenoeg in het geheel op het niveau van de lidstaat. In het licht van deze bevoegdheidsverdeling kan vrije interstatelijke handel nooit onbegrensd zijn wanneer dit aan de effectieve uitoefening van zulke kerntaken van de staat in de weg zou staan.

De meest verstrekkende uitzondering is te vinden in Artikel 51 en 62 VWEU die “werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag” uitzonderen van de werking van het vrij verkeer van vestiging en diensten, en daarmee ook de EU aanbestedingsregels voor diensten. Het Hof heeft in verschillende uitspraken verduidelijkt dat openbaar gezag enkel betrekking heeft op “Rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag”.⁸⁸

Het moge duidelijk zijn dat de uitvoering van de politietaak in algemene zin de uitoefening van openbaar gezag betreft, doch dat deze taak normaal gesproken door politiefunctionarissen met een handhavende taak – in dienst van de staat - wordt uitgevoerd waardoor het binnen de ‘overheidsdienst’ uitzondering op het vrij verkeer van werknemers valt van Artikel 45(4) VWEU. In gevallen zoals de casusvoorbeelden die we bespraken in Deel I zullen de betrokken ondernemers slechts indirect bij de uitoefening van openbaar gezag betrokken zijn. Deze uitzonderingsgrond die in zeer specifieke gevallen nog relevant kan zijn, zal daarom verder buiten beschouwing worden gelaten in dit onderzoek.⁸⁹

De andere verdragsrechtelijke uitzonderingen moeten restrictief worden uitgelegd en toegepast. Dat wil zeggen dat er geen ‘algemeen voorbehoud’ is voor vanuit de openbare orde en veiligheid genomen maatregelen.⁹⁰ Het uitgangspunt van het EU recht is daarbij dat aan de mogelijkheid om

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld: HvJEG 29 oktober 1998, Zaak C-114/97, *Commissie tegen Spanje*, r.o. 35.

⁸⁹ Te meer nu het Hof ook heeft geoordeeld dat er geen sprake is van “rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag” wanneer het slechts gaat om “ondersteunende of voorbereidende taken bij de uitoefening van het openbaar gezag [...] die geen uitoefening van autonome beslissingsbevoegdheden inhouden en die worden vervuld binnen het kader van een rechtstreeks staatstoezicht”, zie bijvoorbeeld: HvJEU 23 december 2015, Zaak C-293/14, *Hiebler*, r.o. 34.

⁹⁰ HvJEG 15 mei 1986, Zaak 222/84, *Marguerite Johnston tegen Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, r.o. 26.

een beroep op de uitzonderingsgronden uit het Verdrag te rechtvaardigen een einde komt als de materie in EU secundaire regelgeving is geregeld. Dan is in beginsel een beroep op deze uitzonderingsclausules - de artikelen 36, 52 en 62 VWEU - niet meer mogelijk. Bepalend hierbij is de vraag in hoeverre de regeling de desbetreffende materie *uitputtend* regelt.⁹¹ Als de bedoeling om de materie uitputtend te regelen niet afgeleid kan worden uit de *tekst* en het *doel* van een richtlijn, moeten de lidstaten geacht worden een beroep te kunnen doen op de ontsnappingsbepalingen zoals neergelegd in de artikelen 36, 52 en 62 WVEU.

Dat de aanbestedingsrichtlijnen beslissings- en bevoegdheidsruimte aan de lidstaten laten omdat ze geen uitputtende Unierechtelijke regeling behelzen, blijkt uit de volgende rechtsoverweging van het Hof van Justitie in het *Beentjes*-arrest:

“(…) Er zij nog aan herinnerd, dat de Richtlijn […] *geen eenvormige en uitputtende* communautaire regeling behelst, doch dat de lidstaten binnen het kader van de gemeenschappelijke regels die zij bevat, vrij blijven om materiële en procedurele regels inzake aanbesteding […] te handhaven of vast te stellen, mits zij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten.”⁹²

Specifieker ten aanzien van de Richtlijn voor defensie- en veiligheid, die in 2009 werd aangenomen na jaren van onderhandelingen tussen de lidstaten en de instanties van de EU, bepaalt Artikel 2 d) dat gevoelige opdrachten onder de werkingssfeer van deze richtlijn vallen omdat ze een specifiek veiligheidsdoeleinde dienen. De richtlijn heeft echter niet elk beroep op de uitzonderingsgronden volstrekt onmogelijk willen maken, nu in Artikel 2 uitdrukkelijk staat dat de richtlijn van toepassing is “onverminderd de artikelen 30, 45, 46, 55 en 296 van het Verdrag” (huidige artikelen 36, 51, 52, 62 en 346 VWEU).⁹³

5.2. Openbare orde, openbare veiligheid en nationale veiligheid als grondslag voor uitzondering van het EU recht

De uitzonderingsgronden voor de relevante belangen van dit onderzoek zijn die van openbare orde, openbare veiligheid (te vinden in Artikel 36, 52, 62 VWEU) en nationale veiligheid (Artikel 346(1)a VWEU). Het onderscheid tussen deze gronden kan worden gedefinieerd van algemeen naar

⁹¹ Indien Europese regelingen voorhanden zijn die het terrein bestrijken waarvoor ook een nationale regeling bestaat, dient het karakter van de richtlijn in eerste instantie te worden onderzocht. Het is van groot belang om ten eerste te kunnen vaststellen of er sprake is van minimum-, partiële of optionele harmonisatie [*i*] of van totale harmonisatie [*ii*]. Ad [*i*]: in deze gevallen dient te worden bestudeerd wat voor implementatiemogelijkheden de richtlijn aan de lidstaten overlaat. Er moet bijvoorbeeld worden onderzocht of de lidstaten voor wat betreft de bescherming van de openbare orde en veiligheid eisen mogen stellen die niet in de Europese regeling voorkomen. Ad [*ii*]: indien er sprake is van totale harmonisatie mogen de lidstaten bij implementatie van de Europese regeling niet afwijken van de bepalingen van de richtlijn. Het systeem en de bewoordingen van de richtlijn zijn bepalend voor de harmonisatienorm.

⁹² HvJEG 20 september 1988, Zaak 31/87, *Gebroeders Beentjes BV tegen Nederland* (Jur. 1988), p. 4635.

⁹³ Dit blijkt tevens uit de preambule van de Richtlijn zoals besproken in het inleidende stuk bij Deel II.

specifiek. Openbare orde is de meeste brede uitzonderingsgrond, nu het betrekking heeft op ‘fundamentele belangen van de samenleving’, waarvan openbare veiligheid een specificering is. Nationale veiligheid is vervolgens weer een specificering van openbare veiligheid.

Het inroepen van deze uitzonderingsgronden door de lidstaten om beperkingen van de vier vrijheden te rechtvaardigen heeft tot een grote verscheidenheid aan rechtszaken bij het EU Hof van Justitie geleid. Deze rechtspraak is van groot belang voor de beantwoording van de centrale vraagstelling in dit onderzoek omdat het inzicht geeft in de juridische toets die doorstaan zal moeten worden om van de aanbestedingsregels uit de AwDV af te wijken en hoe de verschillende uitzonderingsgronden van elkaar onderscheiden moeten worden. De begrippen openbare orde, openbare veiligheid en nationale veiligheid worden immers in de EU-Verdragen niet nader omschreven.

In algemene zin heeft het Hof meermaals bepaald dat de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken bij het bepalen welke belangen onder de begrippen vallen en dat deze begrippen van nature afhankelijk zijn van plaats en tijd. Zo overwoog het Hof in het arrest *Van Duyn* dat:

“de specifieke omstandigheden die een beroep op het begrip openbare orde kunnen rechtvaardigen, *naar land en tijd kunnen verschillen* en dat mitsdien ten deze aan de bevoegde nationale autoriteiten een beoordelingsmarge [...] moet worden toegekend”.⁹⁴

Dat het bij de begrippen openbare veiligheid en openbare orde volgens het Hof om een verzamelterm gaat voor essentiële nationale belangen, komt uit zijn jurisprudentie wel duidelijk naar voren.⁹⁵ Zodoende vallen deze begrippen in conceptuele zin alle drie binnen de “essentiële staatsfuncties” zoals omschreven in Artikel 4(2) VEU (*supra* Paragraaf 2.3.).

i) Openbare orde als bescherming van fundamentele belangen van de samenleving

De algemene maatstaf die moet worden gehanteerd wanneer een lidstaat zich wil beroepen op deze uitzonderingsgrond om een handelsbelemmering te rechtvaardigen is dat er sprake is van een verstoring van de maatschappelijke orde die betrekking heeft op “een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die het fundamenteel belang van de samenleving aantast”.⁹⁶ Dit laat zien dat alhoewel niet zomaar elk publiek belang betrekking heeft op de openbare orde, dit in reikwijdte de

⁹⁴ HvJEG, 4 december 1974, Zaak 41/74, *Van Duyn tegen Home Office* (Jur. 1974), p. 1350-1351. Zie voor deze beschouwing ook: Manunza, Meershoek & Senden 2020, *supra* noot 34, p. 24.

⁹⁵ De beslissingen van het Hof in de zaak *Johnston* (222/84), en - in het kort - van de zaken *Sirdar* (C-273/97), *Kreil/ Bondsrepubliek Duitsland* (C-285/98) en *Leifer* (C-83/94) zijn voor deze analyse cruciaal: HvJEG 15 mei 1986, Zaak 222/84, *Marguerite Johnston tegen Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (Jur. 1986), p. 1651-1694; HvJEG 26 oktober 1999, Zaak C-273/97, *Angela Maria Sirdar tegen The Army Board en Secretary of State of Defence* (Jur. 1999), p. I-7403; HvJEG 11 januari 2000, Zaak C-285/98, *T. Kreil tegen Bondsrepubliek Duitsland*; HvJEG 17 oktober 1995, Zaak C-83/94, *Landgericht Darmstadt Duitsland tegen Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf en Otto Holzer*, Jur. 1995, I-3231.

⁹⁶ HvJEG 27 oktober 1977, Zaak 30/77, *Regina tegen P. Bouchereau* (Jur. 1997), p. I-1999.

breedst mogelijke uitzonderingsgrond is van de drie. Zowel openbare veiligheid en nationale veiligheid kunnen immers als meer specifieke fundamentele belangen van de samenleving gezien worden.⁹⁷

De rechtspraak waarin lidstaten een beroep deden op de openbare orde uitzondering kwam veelal tot stand in de context van geschillen met betrekking tot het vrij verkeer van personen, specifiek op migratierechten van personen die op grond van hun persoonlijk gedrag de toegang tot een lidstaat worden geweigerd. De ‘restricties’ die de lidstaten op basis van de openbare orde poogden te rechtvaardigen waren vaak uitzettingen (van niet eigen onderdanen). Zeker in die gevallen moet het begrip ‘openbare orde’ als rechtvaardigingsgrond strikt worden opgevat, vanwege de intensiteit waarmee de betrokken maatregel de rechten van individuen inperkt.⁹⁸

In meer algemene zin geldt echter al dat uitzonderingsgronden strikt moeten worden opgevat, nu dat het *uitzonderingsgronden* betreffen. Als dit niet het geval zou zijn dan zou dit tot een situatie leiden waarin de toepassing van een uitzonderingsgrond “eenzijdig door de lidstaten zonder controle van gemeenschapsinstellingen (EU instellingen) kan worden bepaald”.⁹⁹ Vanuit een Europeesrechtelijk perspectief zou dit desastreus zijn. Wanneer lidstaten op willekeurige basis uitzonderingsgronden zouden kunnen invoeren om van de interne markt verplichtingen af te wijken, dan zou dit immers de ‘nuttige werking’ (*effet utile*) van het EU recht in het geheel aantasten en daarmee in strijd komen met het Europeesrechtelijke effectiviteitsbeginsel (*supra* Paragraaf 2.1.).

In *Josemans* (2010) lijkt het Hof van Justitie de openbare orde-exceptie ruimer uit te leggen.¹⁰⁰ De zaak betrof een algemene plaatselijke verordening (APV) van de gemeente Maastricht om alleen in Nederland woonachtige burgers toegang tot coffeeshops te verlenen om drugstoerisme tegen te gaan. Het Hof oordeelde allereerst dat een coffeeshophouder zich voor de verkoop van cannabis niet kan beroepen op een van de vrijheden van de interne markt omdat deze stoffen vanwege hun aard onder een invoer- en verhandelingsverbod in alle lidstaten vallen. Toch diende de APV alsnog als inbreuk op die vrijheden worden aangemerkt omdat de verkoop van eten en drinken – die ook in de coffeeshop verkocht werden – wel binnen de reikwijdte van het vrije verkeer vielen en er sprake was van een discriminerende regeling.¹⁰¹

Het Hof bepaalde vervolgens dat het “tegenaan van het drugstoerisme en de daarmee gepaard gaande overlast een onderdeel is van de drugsbestrijding” en aldus verband houdt met “de handhaving van de openbare orde alsook met de bescherming van de gezondheid van de burgers,

⁹⁷ Evenals de volksgezondheid, die een van de overige uitzonderingsgronden in Artikel 36, 52 en 62 VWEU betreft.

⁹⁸ HvJEG 4 december 1974, Zaak 41/74, *Van Duyn tegen Home Office* (Jur. 1974), p. 1350-1351.

⁹⁹ *Ibid*, r.o. 18

¹⁰⁰ Deze beschouwing van de *Josemans* zaak is ontleend aan: E.R. Manunza, S. De Vries, W.A. Janssen & A. Van der Veer, ‘Het juridische loterijenstelsel in Nederland: EU-proof? Een onderzoek naar de conformiteit van de regulering van loterijen in Nederland met het Europees recht’, *Utrecht University Centre for Public Procurement & RENFORCE* 2021.

¹⁰¹ HvJEU 16 december 2010, C-137/09, *Marc Michel Josemans tegen Burgemeester van Maastricht*, r.o. 41. Zie Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel (PB 2004, L 335, blz. 8), artikel 1.

zowel op het niveau van de lidstaten als op dat van de Unie”.¹⁰² Zodoende kon dit een grondslag voor rechtvaardiging vormen. Het Hof lijkt te suggereren dat de openbare orde-exceptie in bepaalde gevallen ruimer kan worden uitgelegd, alhoewel het niet duidelijk is of het in dit geval ging om de toepassing van de openbare orde-exceptie binnen de Verdragsexceptie van Artikel 36, 52 en 62 VWEU (zoals relevant in dit onderzoeksrapport) of met een dwingende eis van algemeen belang, de zogenaamde ‘rule of reason-exceptie’.

ii) Openbare veiligheid in het geval van reële, concrete en ernstige risico’s

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat ook voor het invoeren van de openbare veiligheid uitzonderingsgrond de maatstaf geldt dat er sprake moet zijn van een “werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast”.¹⁰³ In verschillende uitspraken heeft het Hof deze maatstaf verder geconcretiseerd in de context van de openbare veiligheid. Een grote verscheidenheid aan veiligheidsbelangen, zoals bijvoorbeeld de bestrijding van georganiseerde drugscriminaliteit,¹⁰⁴ kan hieronder vallen.

In *Alfredo Abore* (2000) had Italië de verkoop van onroerend goed in ‘gebieden van militair belang’ aan buitenlandse onderdanen (in dit geval Duitsers) verboden zonder voorafgaande goedkeuring door de prefect. Italiaanse staatsburgers waren van deze verplichting uitgezonderd. Het Hof kreeg de vraag of deze discriminerende maatregel in strijd was met de Europeesrechtelijke vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal. Het Hof oordeelde dat de Italiaanse regering zich, om deze direct discriminerende maatregel te rechtvaardigen, enkel op de uitzonderingsgrond openbare veiligheid zou kunnen beroepen indien er bij een niet-discriminerende behandeling van buitenlandse onderdanen “reële, concrete en ernstige risico’s” zouden bestaan.¹⁰⁵ In die context is, volgens het Hof, een enkel beroep op een concreet fundamenteel belang van de samenleving, zoals in die zaak het door Italië aangevoerde belang van de ‘landsverdediging’, niet voldoende.¹⁰⁶

In eerdere rechtspraak had het Hof al verduidelijkt dat het invoeren van de openbare veiligheid om een discriminerende maatregel te rechtvaardigen ook vergt dat wordt aangetoond dat de specifieke maatregel daadwerkelijk bijdraagt aan de bescherming van het betrokken belang. Net als bij de openbare orde zou de afwezigheid van deze bewijslast ook de nuttige werking van het EU recht in het geheel kunnen aantasten.

In *Campus Oil* (1984) overwoog het Hof in dat verband al dat een beroep op de openbare veiligheid gebaseerd moet zijn op “objectieve redenen die beantwoorden aan de eisen van de openbare veiligheid”.¹⁰⁷ Interessante toevoeging van het Hof in deze zaak is dat economische deelbelangen

¹⁰² HvJEU 16 december 2010, C-137/09, *Josemans*, r.o. 65.

¹⁰³ HvJEG 4 juni 2002, Zaak C-503/99, *Commissie tegen België*, r.o. 47.

¹⁰⁴ HvJEU 23 november 2010, Zaak C-145/09, *Land Baden-Württemberg tegen Panagiotis Tsakouridis*.

¹⁰⁵ HvJEG 13 juli 2000, Zaak C-423/98, *Alfredo Abore* (Jur. 2000), r.o. 22.

¹⁰⁶ Te meer nu er voor noodmaatregelen tijdens concrete oorlogs- en crisissituaties er een specifieke uitzonderingsgrondslag in de EU Verdragen in Artikel 347 VWEU is vastgelegd Zie bijvoorbeeld ook: HvJEG 13 juli 2000, Zaak C-423/98, *Alfredo Abore*, r.o. 21.

¹⁰⁷ HvJEG 10 juli 1984, Zaak 72/83, *Campus Oil* (Jur. 1984), r.o. 36.

ook kunnen worden nagestreefd zolang deze ondergeschikt zijn aan de hoofdoelstelling van de openbare veiligheid.¹⁰⁸ Dit laat zien dat economische voordelen voor een lidstaat niet direct in de weg staan aan het invoeren van de uitzonderingsgrond.¹⁰⁹

In *Marguerite Johnston* (1986) oordeelde het Hof van Justitie over de openbare veiligheid in de context van politiewerkzaamheden en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.¹¹⁰ Tijdens de *troubles* werden in Noord-Ierland - in tegenstelling tot de rest van het Verenigd Koninkrijk - politieagenten standaard met vuurwapens uitgerust. Dit gold echter alleen voor mannelijke agenten. Vrouwen werden hiervan uitgesloten om “te voorkomen dat zij het doelwit worden van moordaanslagen”¹¹¹ Dit beleid had tot gevolg dat de contracten van vrouwen niet meer werden verlengd en vrouwen dus effectief werden uitgesloten van het beoefenen van normale politiewerkzaamheden. Centraal in de uitspraak stond of deze discriminatie kon worden gerechtvaardigd met een beroep op openbare veiligheid. Het Hof oordeelde dat dat openbare veiligheid niet zomaar kan worden gebruikt om vrouwen te ontzien van de normale beroepsrisico's die voor iedere politieagent gelden.¹¹² De bescherming van openbare veiligheid dient dus wel betrekking te hebben op uitzonderlijke belangen en dreigingen.

iii) Nationale veiligheid als de fundamentele structuren van een land

Artikel 4(2) VEU bepaalt – zoals eerder besproken in Deel II - dat met name nationale veiligheid de “uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat” blijft. Meer specifiek bepaalt Artikel 346 VWEU dat uitzondering van het EU recht mogelijk is wanneer lidstaten anders verplicht zouden worden:

- a) “inlichtingen te verstrekken waarvan de verbreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid” of
- b) wanneer een lidstaat dit “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”.

Voor de uitzondering onder b) geldt dat deze enkel betrekking heeft op goederen met een uitsluitend militair doeleinde en zodoende niet relevant is voor de Politie. De uitzondering onder a) is tevens overgenomen in Richtlijn 2009/81/EG en de implementatie daarvan in Artikel 2.16a AwDV. Naast dat er sprake moet zijn van vertrouwelijke gerubriceerde informatie geldt er volgens de rechtspraak

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Zie in dat verband ook HvJEU 28 maart 1995, Zaak C-324/93 *Evans Medical* zoals besproken in: Manunza, De Vries, Janssen & Van der Veer 2021, *supra* noot 100. Hier wordt vastgesteld door de auteurs dat het erom gaat dat de economische overwegingen ondergeschikt zijn aan de publieke doelstellingen, oftewel dat “wanneer economische overwegingen cruciaal zijn voor het realiseren van publieke doelstellingen, de beperkende maatregelen gerechtvaardigd zijn”.

¹¹⁰ HvJEG 15 mei 1986, Zaak 222/84, *Marguerite Johnston tegen Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (Jur. 1986), p. 1651-1694 .

¹¹¹ *Ibid.*, p. 1672.

¹¹² *Ibid.*, r.o. 45.

van het Hof een streng vereiste van proportionaliteit, dat verder hieronder in Paragraaf 5.3. besproken zal worden.

Door het gebrek aan conceptuele invulling van het begrip nationale veiligheid in de EU Verdragen - dat is immers de bevoegdheid van de lidstaten - is er een belangrijke rol weggelegd voor de jurisprudentie om te zien wat hieronder kan vallen. Het beeld dat hieruit naar voren komt is dat uitzonderen op basis van nationale veiligheid blijk geeft van de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten. Nationale veiligheid is - zoals gezegd - specifiekier dan openbare veiligheid. Van oudsher werd met het begrip nationale veiligheid vooral militaire veiligheid in de zin van territoriale integriteit bedoeld, terwijl tegenwoordig dit begrip vaak ruimer – en meer dynamisch - begrepen wordt, zodat bijvoorbeeld ook de bescherming van fundamentele politieke en economische belangen en mensenrechten eronder valt. Dit is ook terug te zien in de uitspraak van het Hof in *La Quadrature* (2020) waar het oordeelde dat maatregelen ter bescherming van de nationale veiligheid zien op het:

“bestrijden van activiteiten die de fundamentele constitutionele, politieke, economische of sociale structuren van een land ernstig kunnen destabiliseren en, met name, een rechtstreekse bedreiging kunnen vormen voor de samenleving, de bevolking of de staat als zodanig” inhoudt.¹¹³

Het Hof beslist verder dat de belangen die worden beschermd onder nationale veiligheid een grote zwaarte hebben die

“overstijgt [...] met name de doelstellingen van bestrijding van – zelfs ernstige – criminaliteit in het algemeen, en van bescherming van de openbare veiligheid”.¹¹⁴

In zekere zin bestaat er dus een soort rangorde tussen de uitzonderingsgronden nationale veiligheid en openbare veiligheid. Over de maatregelen die op basis van de nationale veiligheid kunnen worden genomen oordeelde het Hof dat:

“de bescherming van nationale veiligheid derhalve maatregelen [kan] rechtvaardigen die ernstigere inmengingen in de grondrechten met zich brengen dan die welke door andere doelstellingen zouden kunnen worden gerechtvaardigd”.¹¹⁵

Europeesrechtelijke verschil openbare veiligheid en nationale veiligheid

Wat hieruit blijkt is dat de uitzonderingsgronden van openbare veiligheid en nationale veiligheid niet zomaar of willekeurig gebruikt kunnen worden. Voor uitzondering op basis van nationale veiligheid zal er een groter gevaar moeten zijn dan bij openbare veiligheid. Een ander verschil met openbare veiligheid is de waarschijnlijkheid dat dit gevaar zich daadwerkelijk verwezenlijkt. Bij

¹¹³ HvJEU 6 oktober 2020, Zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18, *La Quadrature du Net e.a.*, r.o. 135.

¹¹⁴ *Ibid.*, r.o. 136.

¹¹⁵ *Ibid.*, r.o. 136.

openbare veiligheid zal er sprake moeten zijn van “reële, concrete en ernstige risico’s”, terwijl dit in het geval van nationale veiligheid niet als zodanig genoemd wordt. Het Hof oordeelde wel dat de dreiging “werkelijk en actueel of voorzienbaar” moet zijn.¹¹⁶ Nationale veiligheid vereist dus een groter gevaar, maar een relatief lager risico op de verwezenlijking daarvan.

5.3. Proportionaliteitseis vergt coherent beleidskader, consistente toepassing en objectieve veiligheidsmaatregelen zoals screening

Zoals in Deel II besproken, is het de uitsluitende bevoegdheid van de daartoe bevoegde instanties van de lidstaten om hun wezenlijke veiligheidsbelangen te definiëren. De vraag of deze belangen in een concreet geval een uitzondering op de fundamentele vrijheden kunnen rechtvaardigen is echter een Europeesrechtelijke kwestie.¹¹⁷ Het uitgangspunt in de rechtspraak van het Hof van Justitie is (*supra* Paragraaf 5.2.) dat uitzonderingen op de fundamentele vrijheden restrictief moet worden uitgelegd om de nuttige werking van het EU recht als geheel te waarborgen.¹¹⁸ Naast dat een specifieke maatregel daadwerkelijk in staat moet zijn om het betrokken veiligheidsbelang te beschermen (*supra* Paragraaf 5.2.), moet deze zich daar ook proportioneel toe verhouden. In het bijzonder moet het specifieke veiligheidsbelang passen binnen een meer algemeen nationaal veiligheidsbeleid.

In deze paragraaf wordt getracht de relevante overwegingen van het Hof van Justitie in kaart te brengen over het vereiste van proportionaliteit om verder inzichtelijk te maken in hoeverre en onder welke omstandigheden de genoemde uitzonderingsgronden voor de Politie relevant kunnen zijn. In tegenstelling tot het vorige paragraaf, waar de nadruk lag op jurisprudentie over de maatstaf voor het betrokken veiligheidsbelang, zal de focus hierbij liggen op de aanbestedingsrechtspraak van het Hof, omdat deze rechtspraak specifiek laat zien hoe uitzondering van aanbestedingsverplichtingen kan worden gerechtvaardigd.

Meer algemeen geldt al wel dat het Hof in *Marguerite Johnston* (1986) bepaalde dat de veiligheidsuitzonderingen in de verdragen “nauwkeurig omschreven uitzonderingen” betreffen, waaruit zodoende geen “algemeen voorbehoud voor elke uit hoofde van de openbare veiligheid genomen maatregel” kan worden afgeleid.¹¹⁹ Voor de aanbestedingspraktijk betekent dit dat het niet mogelijk is om bepaalde goederen of diensten categorisch uit te zonderen van aanbestedingsverplichting (bijvoorbeeld door dat zo vast te leggen in het inkoopbeleid) zonder uitzondering in concrete gevallen te toetsen aan de proportionaliteitseis. Uitzondering zal altijd moeten plaatsvinden op basis van de specifieke omstandigheden van het geval. Doch kan het wel nuttig zijn om bepaalde richtlijnen voor het uitzonderen van opdrachten in het inkoopbeleid vast te leggen vanwege het grote belang dat het Hof hecht aan de coherentie en consistentie bij het rechtvaardigen van uitzondering, zoals hieronder zal worden toegelicht.

¹¹⁶ *Ibid.* r.o. 137.

¹¹⁷ Zie bijvoorbeeld: M. Trybus, ‘Case C-337/05, Commission v. Italy (Agusta and Agusta Bell Helicopters), judgment of the Court (Grand Chamber) of 8 April 2008, and Case C-157/06’, *Common Market Law Review* 2009.

¹¹⁸ Zie bijvoorbeeld: HvJEU 7 juni 2012, C-615/10, *Insinöörityömisto InsTiimi*, r.o. 35.

¹¹⁹ HvJEG 15 mei 1986, Zaak 222/84, *Marguerite Johnston*, r.o. 26.

Als startpunt nemen we de uitspraak van het Hof in *Commissie tegen België* (2003).¹²⁰ De Europese Commissie startte een inbreukprocedure tegen België voor het gunnen van een opdracht zonder bekendmaking en aankondiging zoals Richtlijn 92/50/EEG verplichtte. De opdracht betrof luchtfotografie van de Belgische kust. De kustfotografie gaf de opdrachtnemer informatie over de locatie van geheime nationale- en NAVO installaties; gerubriceerde informatie met een strategisch veiligheidsbelang in het kader van terrorisme, sabotage en spionage.¹²¹ Volgens Artikel 4(2) van Richtlijn 92/50/EEG moest uitzonderen van de verplichting tot een openbare aanbestedingsprocedure gepaard gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen volgens de in de lidstaat geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen.¹²² Aanvullend bevatte deze bepaling de mogelijkheid om opdrachten uit te zonderen die geheim zijn verklaard of “wanneer de bescherming van de fundamentele belangen van die Staat zulks vereist”, wat in wezen een concretisering van Artikel 346(1)a VWEU betreft zoals ook is overgenomen in het huidige Artikel 2.16a AwDV.

In *casu* had de Belgische overheid een militair veiligheidscertificaat geëist, wat een volledige controle van de onderneming én zorgvuldige screening van het personeel inhield.¹²³ Daarnaast moest gerubriceerde informatie door de opdrachtnemer in een beveiligde bunker worden geplaatst.¹²⁴ Ten slotte bleef de opdrachtnemer onderhevig aan contractuele verplichtingen om het verspreiden van vertrouwelijke informatie te voorkomen.¹²⁵ Aan de hand van deze bijzondere veiligheidsmaatregelen kon de Belgische regering aantonen dat het uitzonderen op grond van artikel 4 lid 2 van Richtlijn 92/50 gerechtvaardigd was. De veiligheidsmaatregelen waren volgens het Hof blijkbaar niet mogelijk binnen een openbare aanbesteding zoals die in Richtlijn 92/50EEG omschreven.¹²⁶

De feiten in deze casus vertonen enige gelijkenis met die in de Drones casus wat betreft het soort veiligheidsbelang, namelijk toegang tot een grote hoeveelheid luchtbeelden waaronder gevoelige informatie.¹²⁷ De betreffende opdracht voor de Drones is door de Politie echter op zeer verschillende wijze op de markt gezet. In de Drones casus werd niet uitgezonderd van aanbestedingsverplichtingen, maar werd juist de reguliere Aanbestedingswet op grond van de Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU toegepast. Bovendien waren er in de Drones casus geen bijzondere veiligheidsmaatregelen zoals screening toegepast.

Daarbij komt dat in *Commissie tegen België* (2003) het risico op verstoring van NAVO-relaties bij inadequate bescherming een concreet veiligheidsrisico vormde. Verstoring van dergelijke externe

¹²⁰ HvJEG 16 oktober 2003, Zaak C-252/01, *Commissie tegen België* (*Belgische Kustfotografie*).

¹²¹ *Ibid*, r.o. 26.

¹²² *Ibid*, r.o. 29.

¹²³ Over de screening, zie deel 3 van dit onderzoek. Een dergelijk militair veiligheidscertificaat lijkt vergelijkbaar met het vereisen van een ABDO verklaring.

¹²⁴ HvJEG 16 oktober 2003, Zaak C-252/01, *Commissie tegen België* (*Belgische Kustfotografie*), r.o. 32.

¹²⁵ *Ibid*, r.o. 33.

¹²⁶ *Ibid*, r.o. 35-36.

¹²⁷ Zie 1.1 Casus I van dit onderzoek.

betrekkingen zijn relevant voor overwegingen van veiligheidsbeleid.¹²⁸ In de Drones casus lijken dergelijke externe betrekkingen niet direct een relevante factor te zijn. In het licht van de door de NCTV geschetste geopolitieke ontwikkelingen en de invloed daarvan op de nationale veiligheid kan het echter niet uitgesloten worden dat het in de toekomst nodig zal zijn om apparatuur afkomstig uit landen die een ander geopolitiek belang dan Nederland hebben, zoals bijvoorbeeld China, in het geheel te weren bij de uitvoering van veiligheidstaken. Bij een nadere vergelijking van de Belgische zaak met de Drones casus valt ook op dat de wijze waarop het vertrouwen in de betreffende ondernemer werd vastgesteld zeer verschillend is. In de Drones casus was het met name de ervaring op basis van een eerdere pilot-fase dat de drones als veilig werden gezien en dus een meer subjectief gevoel van vertrouwen. In *Commissie tegen België* (2003) ging het om objectieve veiligheidsmaatregelen op basis van publiekrechtelijke screening. Zonder de aanwezigheid van deze objectieve veiligheidsmaatregelen is het onwaarschijnlijk dat het Hof de uitzondering van België had toegestaan.

In *Agusta* (2008) besprak het Hof het Italiaanse algemene beleid om opdrachten voor de aanschaf van helikopters van het merk Agusta onderhands te gunnen, zowel voor militaire als civiele doeleinden.¹²⁹ Italië beargumenteerde dat er op grond van Artikel 296(1)b EC¹³⁰ en Artikel 3 van Richtlijn 93/36/EC¹³¹ uitgezonderd kon worden van Europeesrechtelijke aanbestedingsverplichtingen. De Italiaanse regering beargumenteerde dat deze helikopters als militair materieel in de zin van Artikel 346 VWEU moesten worden gezien, dat tevens de vertrouwelijke aard van de gegevens onderhandse gunning rechtvaardigde en ten slotte dat dit ook gerechtvaardigd werd vanwege het vereiste van interoperabiliteit van de vloot, op basis van technische eigenschappen van de helikopters.¹³² Alle argumenten van Italië werden afgewezen. Allereerst ging het Hof niet mee in de classificatie van de helikopter als *militair* materieel omdat “het gebruik voor militaire doeleinden weinig zeker” was, waardoor het huidige Artikel 346(1)a VWEU niet kon worden ingeroepen.¹³³ Ten aanzien van het uitzonderen op basis van de vertrouwelijke aard van de informatie op grond van Artikel 2(1)b van Richtlijn 93/36/EC bepaalde het Hof dat Italië niet naar voren had gebracht waarom de vertrouwelijkheid van de informatie “minder goed gegarandeerd zou zijn bij andere bedrijven”.¹³⁴ Onderhandse gunning was daarom volgens het Hof een disproportioneel middel om te kunnen uitzonderen op grond van Artikel 2(1)b

¹²⁸ Zie in dit kader: HvJEG 4 oktober 1991, Zaak C-367/89, *Aimé Richardt*, r.o. 22 en HvJEG 17 oktober 1995, Zaak C-83/94, *Landgericht Darmstadt Duitsland tegen Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf en Otto Holzer*, r.o. 27.

¹²⁹ HvJEG 8 april 2008, Zaak C-337/05, *Commissie tegen Italiaanse Republiek (Agusta)*. Alhoewel deze casus voornamelijk op het militaire component van Artikel 346 VWEU betrekking had, en als zodanig niet relevant is voor de Politie, is het toch nuttig om de juridische argumentatie van het Hof aangaande het proportionaliteitsvereiste in de beschouwing mee te wegen.

¹³⁰ Gelijk aan het huidige artikel 346 lid 1 onder a VWEU.

¹³¹ Inmiddels opgevolgd door Richtlijn 2004/18/EC en Richtlijn 2014/24/EU.

¹³² HvJEG 8 april 2008, Zaak C-337/05, *Commissie tegen Italiaanse Republiek*, r.o. 47: “[D]at voor de aankoop van materieel waarvan het gebruik voor militaire doeleinden *weinig zeker is*, noodzakelijkerwijs de regels voor plaatsing van overheidsopdrachten moeten worden gevolgd. De levering van helikopters aan militaire korpsen met het oog op civiel gebruik moet aan dezelfde regels voldoen”.

¹³³ *Ibid.*, r.o. 47.

¹³⁴ *Ibid.*, r.o. 51-53.

van Richtlijn 93/36/EC. Ook het beroep op de technische eigenschappen van de helikopters werd door het Hof afgewezen.

Het belangrijkste arrest met betrekking tot het proportionaliteitsvereiste wees het Hof in *Commissie tegen Oostenrijk* (2018).¹³⁵ De overheidsopdracht betrof het printen van paspoorten en andere identiteitspapieren, waar volgens de Oostenrijkse staat belangen van nationale veiligheid, openbare orde en de institutionele werking van de staat een belangrijke rol spelen door de vereisten van echtheid en juistheid waaraan dit soort documenten moeten voldoen.¹³⁶ De betrokken opdracht was onderhands gegund aan Ös (de recent geprivatiseerde staatsdrukkerij).

Advocaat Generaal Kokott was uiterst kritisch op het argument van Oostenrijk dat de “vertrouwensband” met een “historische” dienstverlener als Ös onderhandse gunning rechtvaardigde, terwijl de betrouwbaarheid van alle andere ondernemingen bij voorbaat in twijfel werd getrokken. Dit gaat volgens Kokott in tegen de grondgedachte van de Europese interne markt.¹³⁷ Een dergelijke vertrouwensband is namelijk uitsluitend subjectief, omdat het niet is gebaseerd op objectieve veiligheidswaarborgen (zoals screeningsvereisten). Artikel 36 VWEU bepaalt in het bijzonder dat een uitzondering van de interne markt regels op grond van een publiek belang, zoals de openbare veiligheid, nooit een “middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten” mogen vormen. Een veiligheidsmaatregel is, in die context, pas geschikt voor het verwezenlijken van het veiligheidsbelang indien deze “daadwerkelijk ertoe strekt die doelstelling op coherente en stelselmatige wijze te bereiken”.¹³⁸ Kokott erkende wel dat het beperken van de kring van kandidaten voor de gunning een veiligheidsbelang kan dienen, maar dat aanbestedende diensten binnen Richtlijn 2009/81/EG (lees AwDV) in algemene zin al voldoende maatregelen kunnen treffen om de betrouwbaarheid van inschrijvers te garanderen.¹³⁹ Ze illustreerde dit door te benoemen dat inschrijvers uit het buitenland, en met name inschrijvers uit derde landen - waarmee bepaalde veiligheidsrisico’s worden geassocieerd - kunnen worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure (*supra* Paragraaf 4.4.).¹⁴⁰

Het Hof volgde het advies van Advocaat Generaal Kokott en oordeelde dus dat de Oostenrijkse uitzondering van Richtlijnen 92/50/EEG en 2004/18/EG¹⁴¹ in dit geval niet proportioneel was. Het Hof is dus terughoudend in het toestaan van een uitzondering op grond van Artikel 346(1)a VWEU,

¹³⁵ HvJEU 20 maart 2018, Zaak C-187/16, *Commissie tegen Oostenrijk*.

¹³⁶ *Ibid*, r.o. 58 en 62.

¹³⁷ Conclusie van Advocaat Generaal Kokott, 20 december 2017 in Zaak C-187/16, r.o. 66.

¹³⁸ *Ibid*, par 71. Zie ook: HvJEG 10 maart 2009, Zaak C-169/07, *Hartlauer*, r.o. 55; HvJEU 17 november 2009, Zaak C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, r.o. 42; HvJEU 13 juli 2016, Zaak C-187/15, *Pöpperl*, r.o. 33; Conclusie van Advocaat Generaal Kokott, 30 maart 2017 in Zaak C-112/16, r.o. 66.

¹³⁹ Conclusie van Advocaat Generaal Kokott, 20 december 2017 in Zaak C-187/16, r.o. 68. Binnen de AwDV hoeft immers sowieso al niet de openbare procedure te worden toegepast.

¹⁴⁰ *Ibid*, r.o. 69.

¹⁴¹ De voorgangers van de huidige ‘reguliere’ Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU, geïmplementeerd in de ‘reguliere’ Aanbestedingswet.

met name in het geval van een onderhandse gunning waarvan de getroffen veiligheidsmaatregelen evengoed hadden kunnen worden toegepast op een ander bedrijf.

Zeer nuttig is hoe het Hof uitlegt waarom aan het proportionaliteitsvereiste niet werd voldaan. Immers andere alternatieve lichtere maatregelen kunnen ook bijdragen aan het waarborgen van de veiligheid zoals: gecentraliseerde uitvoering van het contract,¹⁴² het opzetten van effectief toezicht op de uitvoerder,¹⁴³ contractuele leveringsgaranties en screening.¹⁴⁴

Alleen wanneer een onderhandse gunning voortbouwt op zeer strenge veiligheidsmaatregelen - welke coherent en consistent zijn met een grote dreiging - kan deze mogelijk worden gerechtvaardigd op grond van de extra veiligheid die het extra beperken van de kring van kandidaten (van drie naar 1) nog oplevert. Dat laatste is met name het geval bij overheidsopdrachten die vanwege een veiligheidsbelang geheim zijn verklaard.

5.4. Welke eisen kunnen alsnog van toepassing zijn op een opdracht in geval de AwDV en de Richtlijn 2009/81/EG buiten toepassing is gesteld?

Verplichtingen die voortvloeien uit de civiele eisen van redelijkheid en billijkheid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Wanneer overheidsopdrachten op grond van de Verdragsrechtelijke uitzonderingsgronden zowel de Richtlijn 2009/81/EG als de AwDV buiten werking stellen, dan zijn er verder ook geen bepalingen uit de ‘reguliere’ Aanbestedingswet 2012 (AW) die hierop van toepassing zijn.¹⁴⁵ Dit wordt bevestigd door Artikel 2.3 AwDV welke, in de context van de drempelbedragen, bepaalt dat “ongeacht de geraamde waarde van een opdracht als bedoeld in Artikel 2.1. [...] de hoofdstukken 1.2 tot en met 1.4 van de Aw daarop niet van toepassing” zijn. Deze laatste hoofdstukken bevatten eenvoudige regels voor de toepassing van aanbestedingsrechtelijke beginselen en uitgangspunten op aanbestedingen die niet onder de werkingssfeer van het EU-recht vallen maar wel onder deze nationale bepalingen.

In het bijzonder vereisen deze bepalingen van aanbestedende diensten dat de keuze voor de procedure op basis waarvan een overheidsopdracht wordt gegund en de keuze voor het toelaten van ondernemers tot deze procedure bepaald worden op basis van objectieve criteria en desgewenst achteraf gemotiveerd worden (Artikel 1.4. lid 1 Aw). Ook wordt hier bepaald dat overheidsopdrachten niet onnodig worden samengevoegd (Artikel 1.5. Aw) en de uitgangspunten van gelijke behandeling van ondernemers en transparantie (Artikel 1.12 Aw), en proportionaliteit (Artikel 1.13. Aw) in acht worden genomen.

Al deze bepalingen zijn aldus niet van toepassing. Wanneer een overheidsopdracht al binnen de werkingssfeer ligt van de AwDV vanwege het gevoelige karakter ervan, dan kan deze dus niet meer onder het regime van de Aanbestedingswet 2012 vallen. Er is dus geen Nederlandse

¹⁴² HvJEU 20 maart 2018, Zaak C-187/16, *Commissie tegen Oostenrijk*, r.o. 81-83.

¹⁴³ *Ibid.*, r.o. 84-86.

¹⁴⁴ *Ibid.*, r.o. 88-94.

¹⁴⁵ Deze paragraaf is ontleend aan Manunza, Meershoek & Senden 2020 *supra* noot 34, Deel IV.

aanbestedingswetgeving die de toepassing van een specifieke aanbestedingsprocedure vereist wanneer er het toepassen van een uitzonderingsgrond gerechtvaardigd kan worden.

Uit de nationale rechtspraak blijkt wel dat bij privaatrechtelijk handelen van bestuursorganen, zoals dat bij het inkoopproces het geval is, altijd nog de beginselen van redelijkheid en billijkheid in het licht van de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. In 1992 oordeelde de Hoge Raad al dat in dat verband voor rechterlijke controle op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals deels ook vastgelegd in de Algemene wet Bestuursrecht niet voldaan kan worden met “slechts marginale toetsing”.¹⁴⁶ Zo dienen bestuursorganen zich bij de voorbereiding van het kiezen van contractpartijen te houden aan het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel (ook wel beginsel van opgewekt vertrouwen). Vaak betekent dit ook dat er een motiveringsplicht is.

In het kader van het sluiten van een contract tussen een gemeente en een marktpartij (voor verkoop van grond)¹⁴⁷ bepaalde het Gerechtshof 's-Gravenhage in 2010 dat ook bij selectie van partijen die tot een procedure voor onderhandse aanbesteding worden toegelaten de beginselen van gelijke behandeling¹⁴⁸, objectiviteit en transparantie gelden.¹⁴⁹ Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt echter niet dat er een verplichting tot het opzetten van een competitieve procedure¹⁵⁰ bestaat wanneer de keuze voor (of afwijzing van) een bepaalde contractpartij deugdelijk gemotiveerd kan worden.¹⁵¹ Zoals reeds in het vorige Paragraaf besproken zal met name het beginsel van objectiviteit een rol spelen, bijvoorbeeld in de vorm van objectieve veiligheidsmaatregelen zoals screening.

¹⁴⁶ Hoge Raad 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0852, *Provincie Zeeland*.

¹⁴⁷ Procedures voor de verkoop van overheidseigendom zijn in Nederland niet gereguleerd. Eisen worden volgens de rechtspraak door de beginselen gesteld en het EU-recht. Zie over de relevantie van hun bespreking in relatie tot het aanbestedingsrecht bijvoorbeeld: E. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit*, Dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam, reeks Europese Monografieën, deel 68, Kluwer, Deventer, april 2001 (pp. 382). E. Manunza, ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’, p. 49-123 in J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvis voor de Vereniging van Bouwrecht (p. 153).

¹⁴⁸ Recentelijk oordeelde de Hoge Raad dat het beginsel van gelijke kansen ook van toepassing is bij verkoop van grond door de overheid indien er meerdere gegadigden zijn of verwacht kan worden dat dit het geval is. Zie: Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *Becedo Vastgoed tegen Gemeente Montferland* (‘Didam arrest’), r.o. 3.1.4.

¹⁴⁹ Gerechtshof 's-Gravenhage 26 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080, *Gemeente Noordwijk*.

¹⁵⁰ Hieronder wordt bedoeld een niet door de wet uitgeschreven procedure, zie: E.R. Manunza & W.J. Berends, ‘Social services of General Interest and the Public Procurement Rules’, in U. Neergaard, M. Krajewski, E.M. Szyzszak en Gronden, J.W. van de (eds.), *The Role of SSGIs in EU Law: New Challenges and Tensions*, T.M.C. Asser, The Hague, The Netherlands, p. 347-384.

¹⁵¹ Over gemeentelijke erfpachtovereenkomsten, zie: Hof Arnhem 26 april 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ3090 en over overheidsopdrachten buiten de werkingssfeer (want onder de drempelbedragen) van de EU Aanbestedingsrichtlijnen, zie bijvoorbeeld: Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 september 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX7223, r.o. 4.6.

In meer algemene zin gelden vanuit het Nederlandse verbintenissenrecht de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad bepaalde in 2002 - maar het betrof een competitieve procedure geïnitieerd door een private partij en niet door een aanbestedende overheid - dat wanneer er voor een dergelijke competitieve procedure wordt gekozen, deze keuze de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling en transparantie met zich brengt. Deze beginselen vereisen dat selectie- en gunningscriteria en de omvang van de opdracht duidelijk zijn en vooraf bekend worden gemaakt.¹⁵² Dit hangt samen met “de verwachtingen die de (potentiële) aanbieders op basis daarvan redelijkerwijs mochten hebben”.¹⁵³ Vanuit de redelijkheid en billijkheid zijn dus de verwachtingen die gewekt worden naar marktdeelnemers met betrekking tot wat voor procedure gevolgd zal worden leidend om toekomstige contractpartijen te selecteren of via competitieve procedure een specifiek contract te gunnen. Dit vloeit voort uit het privaatrechtelijke beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen die niet alleen door overheden maar door alle rechtspersonen dient te worden nageleefd. Omdat de beginselen van behoorlijk bestuur strengere eisen stellen aan overheden dan die van redelijkheid en billijkheid (privaatrechtelijk overheidsoptreden dient immers niet alleen redelijk en billijk, maar ook behoorlijk zijn), zal de focus hieronder daarop liggen.

Zoals *supra* opgemerkt verwijst de civiele rechter doorgaans naar deze beginselen als de ‘aanbestedingsbeginselen’, zowel wanneer de juridische grondslag ligt bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als wanneer dit bij de redelijkheid en billijkheid ligt. Wat uit deze nationale jurisprudentie niet helemaal valt vast te stellen is of deze beginselen eisen opleggen (i) wanneer de opdrachtgever zelf voor een competitieve procedure heeft gekozen maar vervolgens niet in conformiteit met de beginselen heeft gehandeld of (ii) dat een potentiële marktdeelnemer - die bijvoorbeeld niet is uitgenodigd om een offerte in te dienen - in rechte kan afdwingen dat een dergelijke competitieve procedure door de opdrachtgever wel wordt gehouden. Wel blijkt uit de uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage uit 2010 dat wanneer een marktdeelnemer zelf tijdig interesse toont om tot een selectieprocedure of competitieve procedure te worden toegelaten, en het bestuursorgaan deze partij zonder deugdelijke motivering geen kans geeft, dit een schending van de beginselen van behoorlijk bestuur kan opleveren. Ook hiervoor geldt dat de uitgebreidheid van motivering beperkt kan worden op basis van de

5.5. Tussenconclusie

Op grond van de besproken jurisprudentie kan worden vastgesteld dat de nationale soevereiniteit van de lidstaten vooral is terug te vinden in het *definiëren* van veiligheidsbelangen door de daartoe bevoegde instantie, wat tot de uitsluitende bevoegdheden van de lidstaten behoort.¹⁵⁴ Uit de uitspraak van het Hof in *Commissie tegen België* (2001) wordt duidelijk dat uitzonderen samen moet gaan met objectieve veiligheidsmaatregelen. In verdere jurisprudentie heeft het Hof het belang van proportionaliteit van uitzonderen benadrukt, waarbij de vraag centraal staat of minder

¹⁵² Hoge Raad 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, *RZG*, r.o. 3.4.4 en 3.5.2.

¹⁵³ Hoge Raad 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, *KLM*, r.o. 3.7.

¹⁵⁴ Zie bijvoorbeeld: HvJEU 20 maart 2018 Zaak C-187/16, *Commissie tegen Oostenrijk*, r.o. 75.

vergaande middelen, zoals de keuze voor bepaalde aanbestedingsprocedures en/of aanbestedingstechnieken waarmee (bepaalde vormen van) veiligheid kunnen worden gewaarborgd, evengoed het veiligheidsbelang hadden kunnen waarborgen.

Door de totstandkoming van Richtlijn 2009/81/EG en de implementatie daarvan in de AwDV is een tussencategorie ontstaan, waarbinnen speciale veiligheidsmaatregelen kunnen worden genomen bij aanbestedingen. Hierdoor zal de Politie alvorens een opdracht van de AwDV uit te zonderen, goed moeten kijken naar de mogelijkheden die de AwDV biedt om de veiligheid te waarborgen. Vervolgens moet de Politie kunnen aantonen dat deze mogelijkheden ontoereikend zijn om het veiligheidsbelang daadwerkelijk te waarborgen.

Het Hof benadrukt dat gerubriceerde gegevens zeker niet zomaar uitzondering kunnen rechtvaardigen, omdat de aanbestedingsregels (zoals vastgelegd in Richtlijn 2009/81/EG en de AwDV) ruimte bieden om de betrouwbaarheid van inschrijvers ten aanzien van informatiebeveiliging te waarborgen. AG Kokott erkent dat het verkleinen van de kring van kandidaten (in het uiterste geval tot één) gunstig kan zijn vanuit veiligheidsoogpunt, maar wederom volgt uit de systematiek dat allereerst objectieve veiligheidsmaatregelen genomen moeten worden om de betrouwbaarheid van inschrijvers te waarborgen.

Om aan het proportionaliteitsvereiste te voldoen, dienen veiligheidsmaatregelen op coherente en stelselmatige wijze te worden vastgesteld. Deze maatregelen kunnen niet in het algemeen worden genomen maar dienen telkens ad hoc te worden getoetst per geval en ze dienen logisch te volgen uit de intensiteit en de aard van het veiligheidsbelang.

Om het inkoopbeleid van de Politie in lijn te brengen met deze jurisprudentie zal dus op een coherente en stelselmatige wijze moeten worden vastgesteld welke veiligheidsmaatregelen geschikt zijn voor welke veiligheidsbelangen. Gezien de eisen die het proportionaliteitsvereiste met zich brengt, moet hier een logische opbouw inzitten waarbij de verschillende mate van rubricering vanuit de *Rubriceringsregeling Politie 2015* een verschillende set aan veiligheidsmaatregelen zou dienen te vereisen.¹⁵⁵

Een gebrek aan passende veiligheidsmaatregelen kan in het uiterste geval leiden tot kort-geding procedures voor de nationale rechter of inbreukprocedures van de Europese Commissie wanneer er alsnog wordt gekozen om een opdracht uit te zonderen en die buiten het toepassingsgebied van de AwDV te houden.

Terzijde kan worden opgemerkt dat de afwezigheid van veiligheidsmaatregelen in objectieve zin samen met een onevenredig gebruik van een subjectieve vertrouwensband de veiligheidsrisico's vergroot.

¹⁵⁵ Zie: Staatscourant Nr. 15497, *Besluit van de Minister-President van 1 juni 2013, nr. 3124134, houdende voorschrift informatiebeveiliging Rijksdienst –bijzondere informatie 2013.*

Op grond van de besproken jurisprudentie kunnen de volgende concluderende opmerkingen worden geformuleerd.

- Uit de jurisprudentie van de Europese rechter wordt duidelijk dat om gebruik te kunnen maken van de verdragsuitzonderingen een consistent en coherent beleidskader nodig is. Aan de hand hiervan kan een aanbestedende dienst bewijzen dat de mogelijkheden onder de AwDV onvoldoende zijn om de veiligheidsbelangen te waarborgen indien een uitzondering nodig wordt geacht.
- In Deel IV van dit verkennend onderzoeksrapport is al vastgesteld dat de AwDV in algemene zin ruime mogelijkheden bevat om de betrouwbaarheid van inschrijvers te waarborgen. Dit betekent dat de relevantie van de verdragsrechtelijke uitzonderingsgronden voor de Politie beperkt is tot de volgende zeer specifieke gevallen:
 - opdrachten die geheim verklaard zijn; op grond van het betrokken veiligheidsbelang - wat immers de grondslag is voor de geheimverklaring kunnen deze opdrachten immers worden uitgezonderd op grond van Artikel 2.16a AwDV en Artikel 346(1)a VWEU;
 - bij overige gevallen zal eerst de vraag gesteld moeten worden of een beperking van de kring van kandidaten tot 3 inschrijvers (dat al mogelijk is binnen de AwDV waar enkel 3 inschrijvers op basis van de selectiefase tot de gunning behoeven te worden toegelaten) voldoende kan zijn voor het waarborgen van het veiligheidsbelang met het gevolg dat het buiten toepassing stellen van de wet niet nodig is.

Let wel op dat - zoals in Deel IV al geconcludeerd - de specifieke veiligheidsbelangen uit de aan ons voorgelegde casussen goed binnen de kaders van de AwDV beschermd kunnen worden, in het bijzonder door een goed gebruik van de uitsluitingsgrond van Artikel 2.77(1)f AwDV wanneer de inschrijver onbetrouwbaar zou blijken. De beoordelingsmarge voor de aanbesteder bij het inroepen van deze grond oogt ruim maar - zoals in Deel IV ook besproken – is veel nog onzeker.¹⁵⁶ Meer diepgravend onderzoek naar de betreffende uitsluitingsgrond kan zodoende ook bijdragen aan een beter begrip van wanneer de verdragsrechtelijke uitzonderingsgronden van toepassing kunnen zijn.

¹⁵⁶ Met name zo lang er geen rechtspraak is van het EU Hof van Justitie hierover.

CONCLUDERENDE OPMERKINGEN EN SAMENVATTING

In dit verkennend onderzoek zijn op hoofdlijnen de factoren die van belang zijn voor de toepassing van de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied (AwDV) en de verdragsrechtelijke uitzonderingsgronden op de aankopen van de Politie besproken.

De belangrijkste observaties zijn de volgende:

- dat de AwDV in algemene zin kan worden toegepast op opdrachten die:
 - a. (direct of indirect) betrekking hebben of de wettelijke taak van de Politie (het veiligheidsdoeleinde) en
 - b. waarbij gerubriceerde gegevens (met ten minste *Politie Confidentieel*) gedeeld moeten worden met de uitvoerder en
 - c. waarbij bijzondere veiligheidsmaatregelen noodzakelijk zijn die verder gaan dan bijvoorbeeld de gebruikelijke BGO screening;
- dat deze wet tevens in algemene zin voldoende mogelijkheden verschaft om de verschillende veiligheidsbelangen van de Politie te waarborgen zolang er geen sprake is van opdrachten die geheim behoeven te worden verklaard;
- dat daardoor de relevantie van de uitzonderingsgronden voor niet-geheim te verklaren opdrachten – op basis van de aangedragen casusvoorbeelden – beperkt is.
- dat voor zowel het toepassen van de AwDV en te meer voor de toepassing van de uitzonderingsgronden er objectieve veiligheidsmaatregelen dienen te worden getroffen, zoals screening door een daarvoor geschikte instantie

Van belang is te benadrukken dat het hier om observaties gaat op basis van een verkennend onderzoek. Zo kunnen vooral de laatste twee observaties anders komen te liggen wanneer zou blijken dat de beoordelingsmarge van de aanbesteder om ‘onbetrouwbare inschrijvers’ te weren op grond van Artikel 2.77(1)f AwDV te eng zou zijn om alle veiligheidsbelangen goed te kunnen waarborgen. Daarom achten wij nadere en diepgaandere onderzoek naar deze uitsluitingsgrond sowieso noodzakelijk.

Samenvatting van de bevindingen

Het doel van dit onderzoek was om de factoren uiteen te zetten die bepalend zijn om de vraag te beantwoorden welke regelgeving – de AwDV of de Aw – en welke uitzonderingsgronden van toepassing kunnen zijn op de aankopen van de politie.

Hierna sommen we die factoren samenvattend nogmaals op. We formuleren ook een aantal algemene en concrete aanbevelingen om het inkoopbeleid van de Nationale Politie beter bestemd te doen zijn om de nationale veiligheid te kunnen waarborgen.

Toepassing van de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied bij ‘gevoelige opdrachten’

- De Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied is van toepassing op ‘gevoelige opdrachten’. Dit is een Europeesrechtelijk begrip dat gedefinieerd is in Artikel 1 van Richtlijn 2009/81/EG als “materiaal, werken en diensten voor **veiligheidsdoeleinden** die betrekking hebben op **gerubriceerde gegevens** of die gerubriceerde gegevens noodzakelijk maken en/of bevatten”.
- Het begrip ‘gerubriceerde gegevens’ is vervolgens gedefinieerd als:
 - i) “gegevens of materiaal, ongeacht de vorm, aard of transmissiemethode ervan, waaraan een bepaald niveau van veiligheidsclassificatie of een beveiligingsniveau is toegekend
 - ii) en die in het belang van de nationale veiligheid
 - iii) en overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in de lidstaat in kwestie gelden,
 - iv) bescherming vereisen tegen ontvreemding, vernietiging, verwijdering, onthulling, verlies of toegang ertoe door een onbevoegd persoon, of tegen enige andere vorm van compromittering”.

Hoe te bepalen of er sprake is van een gevoelige opdracht?

- Om te bepalen of er sprake is van een gevoelige opdracht zijn dus twee eisen relevant.
 - i) De opdracht dient een **veiligheidsdoeleinde**; in algemene zin geldt dit voor al die aankopen van de Politie die (direct of indirect) bijdragen aan de uitoefening van de veiligheidstaak die de Politie door de wetgever is toebedeeld. Dat is de meerderheid; enkel voor opdrachten die hier ver vandaan staan (bijvoorbeeld catering en schoonmaak op openbaar toegankelijke locaties) kan gesteld worden dat hier geen sprake van is.
 - ii) Er is sprake van **‘gerubriceerde gegevens’**; dit vereiste van is meer relevant voor de Politie om te bepalen of er sprake is van een gevoelige opdracht omdat er indien er sprake is van ‘gerubriceerde gegevens’ dit doorgaans betrekking zal hebben op een veiligheidsdoeleinde (daarom zijn opdrachten voor catering op openbaar toegankelijke locaties immers ook niet gerubriceerd). Voor dit vereiste geldt dat de gegevens op enig moment in de aanbestedingsprocedure zelf of bij de uitvoering van de opdracht met de betrokken ondernemer(s) gedeeld moeten worden. Enkel gegevens die ten minste met het veiligheidsniveau *Politie Confidentieel* zijn gerubriceerd (volgens de *Rubriceringsregeling Politie 2015*) kunnen gezien worden als gegevens die gerubriceerd zijn ‘in het belang van de nationale veiligheid’ zoals de AwDV vereist.

De noodzaak van objectieve veiligheidsmaatregelen zoals screening doorslaggevend voor juridische beoordeling

Belangrijker dan deze juridische definitie op zichzelf is dat (zoals uiteengezet in de *Tussenconclusie* bij Deel III) wanneer opdrachtnemers toegang wordt verstrekt tot dergelijke gerubriceerde gegevens dit samen gaat met passende screening van de inschrijver en/of diens werknemers. Dit is ook voor de juridische beoordeling doorslaggevend. Bij het vaststellen of er sprake is van een ‘gevoelige opdracht’ moet namelijk vooral rekening gehouden worden met het “doel en strekking van de richtlijn”¹⁵⁷ om een speciaal juridisch kader creëren voor overheidsopdrachten waarbij bijzondere veiligheidsmaatregelen moeten worden getroffen die niet – of minder goed - binnen de ‘reguliere’ Aanbestedingswet mogelijk zijn. Als het uitvoeren van bijzondere screening – dus screening die verder gaat dan de gebruikelijke BGO - in het geheel niet noodzakelijk wordt geacht dan is het twijfelachtig of er überhaupt sprake kan zijn van een ‘gevoelige opdracht’.

Toepassing van de verdragsrechtelijke uitzonderingsgronden wanneer mogelijkheden onder de AwDV onvoldoende zijn

Uit de jurisprudentie met betrekking tot de uitzonderingsgronden volgt met name het vereiste dat uitzondering gebaseerd moet zijn op een consistent en coherent beleidskader. Enkel aan de hand hiervan kan een aanbestedende dienst bewijzen dat de mogelijkheden onder de AwDV onvoldoende zijn om de veiligheidsbelangen te waarborgen indien een uitzondering nodig wordt geacht.

Zoals uiteengezet In Deel IV van dit rapport bevat de AwDV in algemene zin ruime mogelijkheden om de betrouwbaarheid van inschrijvers te waarborgen. Dit betekent dat de relevantie van de verdragsrechtelijke uitzonderingsgronden voor de Politie beperkt is tot zeer specifieke gevallen van:

- i) opdrachten die als zodanig geheim verklaard zijn, nu die dan op grond van het betrokken veiligheidsbelang - wat immers de grondslag is voor de geheimverklaring- kunnen worden uitgezonderd op grond van Artikel 2.16a AwDV en Artikel 346(1)a VWEU
- ii) en mogelijke overige gevallen waarin het verder beperken van de kring van kandidaten dan al mogelijk is binnen de AwDV (waar enkel 3 inschrijvers op basis van de selectiefase tot de gunning behoeven te worden toegelaten) nog iets toevoegt aan de bescherming van het veiligheidsbelang.

¹⁵⁷ Kamerstukken II 2010/11, 32 768, nr. 3, Memorie van Toelichting: *Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG*, p. 22.

AANBEVELINGEN

Eén van de redenen voor dit onderzoek was het creëren van een basis voor het ontwikkelen van denkrichtingen om in de toekomst de mogelijkheden van de AwDV en de uitzonderingsgronden optimaal te kunnen benutten. Gezien het verkennende karakter van dit onderzoek zijn er nog veel juridische vragen - over bijvoorbeeld de beoordelingsmarge bij het toepassen van de uitsluitingsgrond in Art. 2.77(f) AwDV – die nader onderzoek vergen.

Toch kunnen al op basis van de kennis die is opgedaan in dit verkennend onderzoek enkele aanbevelingen worden geformuleerd om het inkoopbeleid meer bestendig te maken tegen veiligheidsrisico's.

Verbeteren van objectieve screening opdrachtnemers: juridisch doorslaggevend, cruciaal voor een betere bescherming van de veiligheidsbelangen van de Politie

De belangrijkste en meest algemene aanbeveling is om de mechanismen voor screening van opdrachtnemers te versterken. Zoals in Deel III van dit onderzoek beschreven zijn er afhankelijk van het te beschermen belang verschillende mogelijkheden om de betrouwbaarheid van de inschrijver, opdrachtnemer of de werknemers daarvan te waarborgen. In Deel IV en Deel V van het onderzoek, alsmede de conclusie, is reeds uiteengezet waarom objectieve veiligheidsmaatregelen zoals screening doorslaggevend zijn voor de juridische vragen of er gebruik kan worden gemaakt van de AwDV of een uitzonderingsgrond. Alhoewel de zogenoemde 'geheime opdrachten' buiten beschouwing zijn gelaten in dit onderzoek, geldt het vereiste van objectieve veiligheidsmaatregelen daar evengoed.

Wellicht belangrijker nog dan voor de juridische zuiverheid van de aankoopprocedures van de Politie draagt screening bij aan de daadwerkelijke bescherming van de veiligheidsbelangen. Wanneer er gebruik zou worden gemaakt van de AwDV of een uitzonderingsgrond zonder passende screening dan is het moeilijk - of zelfs onmogelijk - te beargumenteren dat de veiligheidsbelangen beter beschermd worden dan bij toepassing van de reguliere Aanbestedingswet.

In dit onderzoek zijn de veiligheidsbelangen die een rol spelen bij de aankopen van de Politie aan de hand van enkele casusvoorbeelden en het algemene veiligheidsbeleid van de NCTV geanalyseerd. Dit betreft – zoals eerder beschreven – dus geen systematische analyse van de aankopen van de Politie, noch zijn de specifieke casusvoorbeelden in detail onderzocht. Toch laten de casusvoorbeelden in het licht van het algemene inkoopbeleid en de vragen die aanleiding voor dit onderzoek gaven wel zien dat het versterken van de screeningsmechanismen wenselijk en noodzakelijk is. Een voorbeeld zou kunnen worden genomen aan het Ministerie van Defensie waar voor militaire opdrachtnemers een specifiek regime van certificering (en dus van screening) geldt (de ABDO), alhoewel dit specifieke militaire regime niet één op één zou kunnen worden overgenomen door de Politie. Om de noodzaak voor het versterken van de screeningsmechanismen te verwezenlijken bevelen wij daarom aan om de mogelijkheden voor een specifiek

screeningsregime voor de aankopen van de Politie, mogelijk soortgelijk aan de ABDO, in de toekomst verder te onderzoeken.

Aanbevelingen voor het verduidelijken van welke regelgeving van toepassing is in welke gevallen

In het huidige inkoopbeleid van de Politie¹⁵⁸ wordt onder *Juridische uitgangspunten* slechts in zeer beperkte mate een afbakening gemaakt tussen de situaties waarin de verschillende regelgevende kaders van toepassing zijn. Er wordt niet gespecificeerd wanneer de ‘reguliere’ Aanbestedingswet dan wel de AwDV van toepassing is.

In het licht van de Europeesrechtelijke vereisten van coherentie en consistentie – in het bijzonder bij het toepassen van uitzonderingsgronden – zou dit verduidelijkt kunnen worden door de volgende overwegingen als uitgangspunten te nemen:

- dat de AwDV wordt toegepast bij ‘gevoelige opdrachten’ en dat in die gevallen extra veiligheidsmaatregelen waaronder screening genomen zullen/kunnen worden om de betrouwbaarheid van inschrijver te waarborgen in het licht van het betrokken veiligheidsbelang;
- dat deze maatregelen mogelijk tot uitsluiting van inschrijvers kan leiden die niet over de benodigde betrouwbaarheid beschikken overeenkomstig de AwDV;
- dat er sprake is van een ‘gevoelige opdracht’ als deze betrekking heeft op gegevens die binnen de Politie zijn gerubriceerd in het belang van de nationale veiligheid;
- en dat wanneer de speciale veiligheidsmaatregelen die mogelijk zijn binnen de juridische kaders van de AwDV niet voldoende in staat zijn om de veiligheidsbelangen van de Politie bij een specifieke overheidsopdracht te waarborgen, bijvoorbeeld in het geval van een geheim verklaarde opdracht, deze van de toepassing van die wet zal worden uitgezonderd.

Aanbevelingen voor het verduidelijken van welke regels gelden voor opdrachten onder de drempelwaarden en opdrachten die worden uitgezonderd

Bij de *Juridische Uitgangspunten* wordt verwezen naar uitgezonderde opdrachten waarop deel 2 van de Aanbestedingswet niet van toepassing is. Dit geldt onder andere voor overheidsopdrachten genoemd in Artikel 2.23 en 2.24 Aanbestedingswet. Voor ‘gevoelige opdrachten’ die onder de werkingssfeer van de AwDV vallen geldt echter dat ook de uitgangspunten van deel 1 van de Aanbestedingswet niet van toepassing zijn op het moment dat er sprake is van een uitzondering of dat een opdracht onder de drempelwaarden van de AwDV liggen (*supra* Paragraaf 5.4.). Daarnaast

¹⁵⁸ Inkoopbeleid Politie 2020, Versie 1.8 (31 juli 2020)
<https://www.politie.nl/binaries/content/assets/politie/onderwerpen/inkoop-en-aanbesteding/20200729-inkoopbeleid-2020-v1.8-extern.pdf>

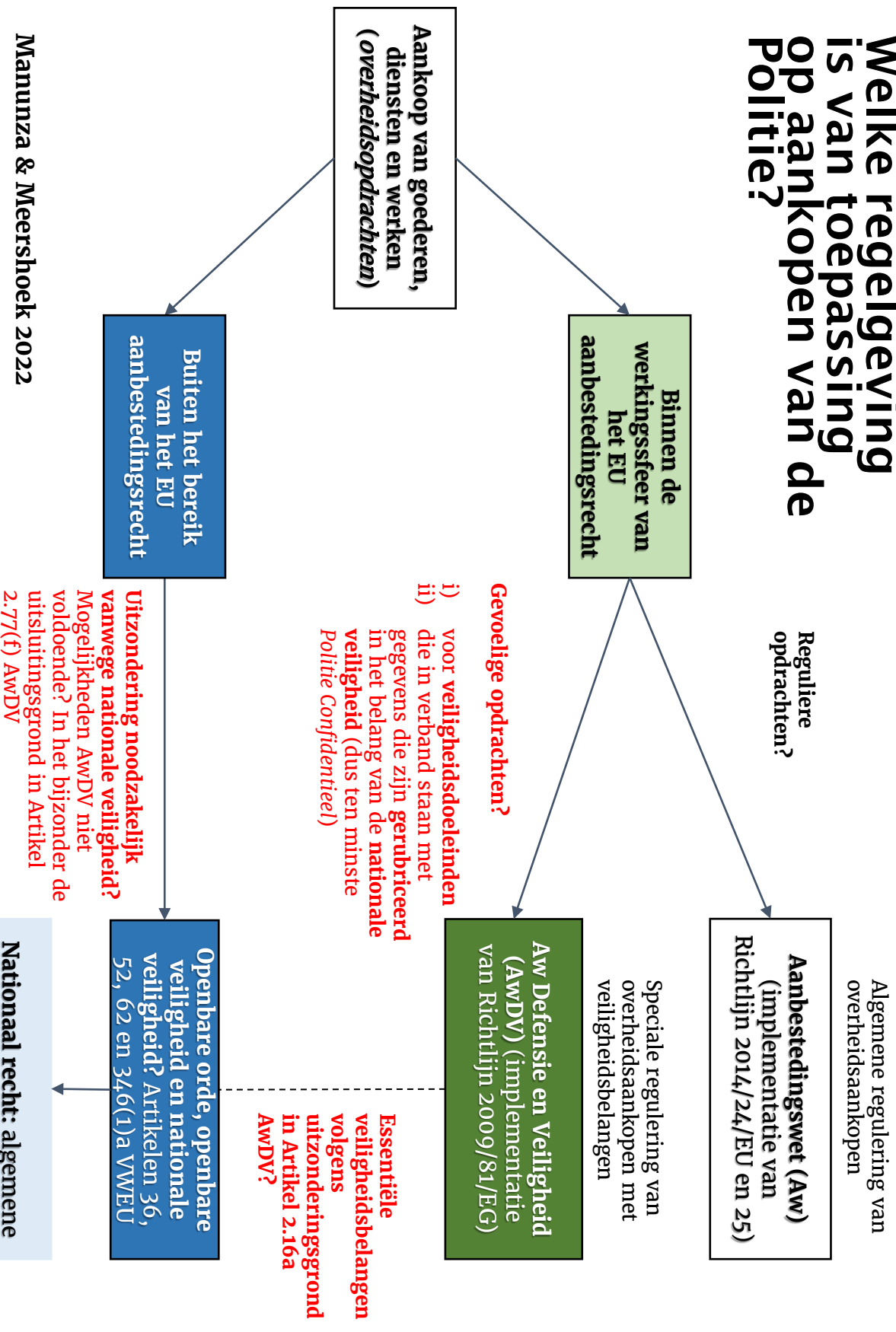
wordt bij het ‘Afwegingskader keuze aanbestedingsprocedure’ uitgegaan van de drempelwaarden die gelden voor opdrachten die onder de reguliere Aanbestedingswet vallen, terwijl voor ‘gevoelige opdrachten’ een dubbel zo hoge drempelwaarde geldt waarboven Europees aanbesteed moet worden. In dat verband kunnen de volgende overwegingen¹⁵⁹ als uitgangspunt worden genomen:

- dat voor ‘gevoelige opdrachten’ andere drempelwaarden gelden dan voor reguliere opdrachten en dat daarom ‘gevoelige opdrachten’ als een extra categorie onder ‘Afwegingskader keuze aanbestedingsprocedure’ hoort (bijvoorbeeld bovenaan gezien die relevantie);
- dat voor ‘gevoelige opdrachten’ geldt dat, wanneer die binnen de AwDV vallen alsmede wanneer die daarvan uitgezonderd kunnen worden, de Aanbestedingswet in het geheel niet van toepassing is;
- dat dit ook het geval is voor ‘gevoelige opdrachten’ met een waarde onder de drempelwaarden van de AwDV;
- en dat de wetgeving in het geval van uitzondering als zodanig geen Europese aanbestedingsprocedure vereist, maar dat wel de beginselen van redelijkheid en billijkheid, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het geval van een opdracht onder de drempelwaarden mogelijk ook de algemene beginselen van het EU interne markt recht gelden.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Er dient hier wel opgemerkt te worden dat het van groot belang is voor het vergroten van de coherentie en consistentie van het inkoopbeleid en de aankooppraktijk dat deze overwegingen op juiste wijze gestructureerd worden.

¹⁶⁰ Hierdoor kunnen alsnog verplichtingen gelden tot bijvoorbeeld gelijke behandeling waardoor mogelijk alsnog een competitieve aankoopprocedure vereist is (zie Paragraaf 5.4.)

Welke regelgeving is van toepassing op aankopen van de Politie?



Manunza & Meershoek 2022



Universiteit Utrecht

CENTRE FOR
PUBLIC PROCUREMENT