

Advies 681 | Samenvatting

De klacht ziet op een opdracht die onderhands is verstrekt, omdat aanbesteder de opdracht geheim heeft verklaard als bedoeld in artikel 2.23 lid 1 onderdeel e Aw 2012.

Klacht

Ondernemer klaagt dat aanbesteder ten onrechte een beroep heeft gedaan op geheimhouding van een opdracht.

Oordeel Commissie

De Commissie oordeelt dat aanbesteder niet heeft gemotiveerd waarom zowel de *inhoud* van de opdracht, als de *verstrekking* van de opdracht geheim moeten blijven. Daarmee heeft aanbesteder zijn motiveringsplicht geschonden. De Commissie verklaart de klacht **gegrond**.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 681

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 11 januari 2022 onderhands een inkoopopdracht verstrekt aan een leverancier. Het gaat om de inkoop van een [middel] dat gericht is op [bedrijfsproces]. Aanbesteder meent dat hij niet verplicht is tot het organiseren van een Europese aanbesteding omdat hem een beroep toekomt op artikel 2.23 lid 1 onderdeel e Aw 2012.
- 1.2. Ondernemer heeft op 11 april 2022 een WOB-verzoek ingediend bij aanbesteder om inzicht te krijgen in de opdrachtverstrekking, welk verzoek op 25 april 2022 is afgewezen vanwege de geheime verwerving.
- 1.3. Op 8 juni 2022 heeft ondernemer een klacht ingediend bij aanbesteder. Naar aanleiding hiervan heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen partijen op 22 juli 2022. Nadien heeft ondernemer een schriftelijke reactie ontvangen op 29 juli 2022.
- 1.4. Ondernemer heeft aanbesteder verzocht de argumentatie voor de geheimverklaring te verstrekken. Aanbesteder stelt dat ook de inhoudelijke argumentatie onder de geheimhouding valt en dat deze argumentatie daarom niet wordt gedeeld. Volgens ondernemer heeft aanbesteder mondeling kenbaar gemaakt dat de inhoud van de opdracht gerubriceerde en/of vertrouwelijke informatie bevat.
- 1.5. Op 12 september 2022 verzoekt ondernemer aanbesteder om geen uitvoering te geven aan de gesloten overeenkomst en om alsnog over te gaan tot een Europese (niet-)openbare aanbestedingsprocedure. Aanbesteder geeft aan dit verzoek geen gevolg.
- 1.6. Ondernemer dient op 5 oktober 2022 een klacht in bij de Commissie (zie paragraaf 2 hierna).
- 1.7. Aanbesteder heeft op 25 oktober 2022 een reactie ingediend bij de Commissie (zie paragraaf 3 hierna).

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klacht

- 2.1.1. Ondernemer klaagt dat aanbesteder ten onrechte een beroep heeft gedaan op geheimverklaring van een overheidsopdracht op grond van artikel 2.23 lid 1 onderdeel e Aw 2012. Aanbesteder heeft deze opdracht onderhands verstrekt, terwijl hij een Europese aanbesteding had moeten doorlopen. Aanbesteder handelt hiermee in strijd met de geldende aanbestedingswet- en regelgeving en daarmee onrechtmatig tegenover ondernemer.
- 2.1.2. In ieder geval had de opdracht ook met minder ingrijpende maatregelen kunnen worden gegund volgens ondernemer, bijvoorbeeld door het volgen van een niet-openbare procedure met geheimhoudingsverklaring voor geselecteerde partijen. Aanbesteder had hoge eisen kunnen stellen aan potentiële gegadigden en/of contractuele vertrouwelijkheids- en veiligheidsmaatregelen in de aanbestedingsstukken kunnen opnemen.

3. Reactie aanbesteder

3.1. Klacht

- 3.1.1. Aanbesteder stelt de opdracht onder de werking van artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012 te hebben uitgevoerd, zodat de inhoud van de opdracht bij zo weinig mogelijk partijen bekend zou raken. Openbaarmaking van de te kiezen oplossing en de specificaties daarvan, brengt volgens aanbesteder een reëel gevaar voor de (nationale) veiligheid met zich mee en kan schade toebrengen aan [geheim bedrijfsproces]. Aanbesteder meent dat de verwerving en het gebruik van [middelen] afgeschermd dienen te blijven, om te voorkomen dat kennis van samenstelling en aanpak van [bedrijfsproces] in verkeerde handen vallen.
- 3.1.2. Het opnemen van contractuele vertrouwelijkheids- en veiligheidsmaatregelen in de aanbestedingsstukken of het stellen van hoge eisen aan de bekwaamheid en betrouwbaarheid van geïnteresseerde marktpartijen geven aanbesteder, naar zijn mening, te weinig waarborg. Kennis van het voornemen van de opdracht en de inhoudelijke specificaties dienen beperkt te worden tot zo weinig mogelijk en bij voorkeur slechts één leverancier.
- 3.2. Ook de overwegingen om te komen tot opdrachtverstrekking zijn geheim. In de overwegingen is informatie opgenomen waaruit valt af te leiden op welke manier aanbesteder zijn huidige [bedrijfsproces] heeft ingericht en de daarbij behorende voor- en nadelen. Openbaarmaking van dergelijke informatie kan er toe leiden dat aanbesteder de voor hem beschikbare middelen minder effectief kan inzetten. De informatie kan namelijk gebruikt worden door derden om de inzet van de beschikbare middelen te belemmeren dan wel te verhinderen.
- 3.2.1. Aanbesteder heeft naar eigen zeggen op de juiste gronden de opdracht onder de werking van artikel 2.23 lid 1 sub e Aw2012 geplaatst en er is daarmee dus geen sprake van onrechtmatigheid. Bovendien heeft aanbesteder naar eigen zeggen de geheimverklaring tijdig gedaan conform zijn eigen interne toetsingsproces.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 11 januari 2022 onderhands een overheidsopdracht met een geraamde waarde boven het Europese drempelbedrag heeft verstrekt aan een leverancier. Aanbesteder stelt dat sprake is van een 'geheimverklaring conform het interne toetsingsproces' en doet daarbij een beroep op artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012.
- 4.2. Klacht
- 4.3. Ondernemer klaagt dat aanbesteder ten onrechte een beroep heeft gedaan op artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012 bij onderhandse gunning van een opdracht.

Beknopt oordeel

- 4.4. De Commissie oordeelt dat aanbesteder niet heeft gemotiveerd waarom zowel de *inhoud* van de opdracht, als de *verstrekking* van de opdracht geheim moeten blijven. Daarmee heeft aanbesteder zijn motiveringsplicht geschonden. De Commissie verklaart de klacht **gegrond**.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.5. Deel 2 van de Aw 2012 is niet van toepassing 'op opdrachten die geheim zijn verklaard (...) dan wel indien de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland zulks vereist en deze niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden gewaarborgd' op grond van artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012.
- 4.5.1. Het artikel bevat daarmee drie verschillende mogelijkheden voor het niet van toepassing verklaren van deel 2 van de Aw 2012. Een beroep op artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012 is mogelijk voor (i) opdrachten die geheim zijn verklaard, (ii) opdrachten waarvan de uitvoering overeenkomstig de geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan of (iii) indien de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland zulks vereist.
- 4.5.2. Aanbesteder heeft geen geheimverklaring verstrekt en ook niet verwezen naar het bestaan van een geheimverklaring – hij heeft enkel gesteld dat geheimverklaring conform zijn interne toetsingsproces heeft plaatsgevonden en dat de verstrekking van de opdracht heeft plaatsgevonden 'onder de werking van artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012'. De Commissie heeft daarom bij de behandeling van de klacht tot uitgangspunt genomen dat geen sprake is van een (bekendgemaakte) geheimverklaring die door de Commissie bij de behandeling van de klacht kon worden getoetst, maar dat aanbesteder de opdracht onderhands heeft verstrekt met een beroep op de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland.

Motivering keuze procedure en ondernemer

- 4.6. Blijkens de tekst van het eerste lid is deel 1 van de Aw 2012 nog wel van toepassing op de opdrachtverstrekking bij een geslaagd beroep op artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012.
- 4.6.1. Op grond van artikel 1.4 Aw 2012 (onderdeel van deel 1) moet een aanbestedende dienst de keuze voor de procedure en de ondernemer(s) op objectieve gronden maken en op schriftelijk verzoek van een ondernemer de motivering van deze keuzes verstrekken. Van belang is dat *iedere wijze waarop een aanbestedende dienst een opdracht in de markt zet* moet worden beschouwd als een procedure (zie nader Adviezen 661 en 664, overweging 4.2.1 en 4.2.2). In artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 is bepaald dat de aanbestedende dienst een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van diens keuzes verstrekt.
- 4.6.2. De Commissie overweegt dat aanbestedende diensten, ook bij een geslaagd beroep op artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012, aan het bepaalde in artikel 1.4 Aw 2012 moeten voldoen. Dat betekent dat een aanbestedende dienst in beginsel een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering moet verstrekken voor zijn keuzes tot geheimhouding van de inhoud van de opdracht en de verstrekking van de opdracht. Uit die motivering moet blijken dat de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden gewaarborgd.
- 4.6.3. Samengevat moet voor een geslaagd beroep op artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012 aan de volgende voorwaarden zijn voldaan: het beroep moet betrekking hebben op de bescherming van wezenlijke belangen van Nederland en de bescherming kan niet met minder ingrijpende maatregelen worden gewaarborgd.

Voorwaarden voor beroep op wezenlijke belangen onder de richtlijn

- 4.7. In het arrest Commissie/Oostenrijk (HvJEU 20 maart 2018, zaak C-187/16, Oostenrijkse Staatsdrukkerij, ECLI:EU:C:2018:194, r.o. 76 t/m 79) oordeelde het

Europese Hof over het afzien van een Europese aanbesteding met een beroep op de bescherming van wezenlijke nationale veiligheidsbelangen. Het Hof overwoog dat dergelijke uitzonderingen restrictief moeten worden uitgelegd. Aan lidstaten komt weliswaar een beoordelingsmarge toe 'om te beslissen welke maatregelen noodzakelijk zijn voor de bescherming van de wezenlijke belangen van hun veiligheid, maar die bepalingen kunnen niet aldus worden uitgelegd dat de lidstaten daaraan – alleen omdat zij zich op die belangen beroepen – de bevoegdheid ontleenen om af te wijken van de bepalingen van het VWEU', r.o. 78. Het Hof concludeert dat 'de lidstaat die zich op die uitzonderingen beroept, [moet] aantonen dat in de behoefte aan de bescherming van die belangen niet had kunnen worden voorzien in het kader van een oproep tot mededinging' (r.o. 79).

- 4.7.1. In zijn conclusie van 2 maart 2023 bij zaak C-601/21 (Commissie/Polen) heeft AG Emiliou de voorwaarden samengevat op grond waarvan lidstaten een beroep kunnen doen op de afwijkingen waarin artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24 voorziet (door de AG de 'litigieuze afwijkingen' genoemd; artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012 is daarvan de implementatie):

'De litigieuze afwijkingen bieden elke lidstaat in wezen de mogelijkheid om aanbesteding van bepaalde diensten uit te sluiten van de procedures van richtlijn 2014/24 wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan: i) de beschermde openbare belangen hebben betrekking op de „veiligheidsbelangen” van die lidstaat, ii) die belangen kunnen als „essentieel” worden beschouwd, iii) de toepassing van de betrokken richtlijn zou volgens die lidstaat *afbreuk* kunnen doen aan de bescherming van die belangen, en iv) de bescherming van die belangen kan niet door *minder ingrijpende maatregelen* worden gewaarborgd.' (randnummer 43)

Convergent toetsingskader Aw 2012 en richtlijn

- 4.8. De Commissie overweegt dat in deze zaak de aanbestedende dienst (zowel op grond van artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012 in combinatie met artikel 1.4 Aw 2012, als op grond van een interpretatie analoog aan bovenstaande overwegingen van het Europese Hof en de AG), gehouden is te motiveren dat de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden gewaarborgd dan door geheimhouding van de inhoud en de verstrekking van de opdracht. Aangezien de geheimhouding zowel betrekking heeft op de inhoud van de opdracht als op de verstrekking van de opdracht, moet de aanbestedende dienst voor beide aspecten motiveren dat de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden gewaarborgd.

Beoordeling klacht

- 4.9. Tussen partijen staat kennelijk niet ter discussie dat de opdracht raakt aan de wezenlijke veiligheidsbelangen van Nederland.
- 4.10. Aanbesteder stelt dat aan zijn belangen onvoldoende tegemoet kan worden gekomen bij een niet-openbare procedure, zoals door het stellen van hoge eisen aan de bekwaamheid en betrouwbaarheid van geïnteresseerde marktpartijen. Ook zouden contractuele geheimhoudings- en veiligheidsmaatregelen naar de mening van aanbesteder onvoldoende waarborg bieden.
- 4.11. De Commissie begrijpt dat contractuele maatregelen doorgaans achteraf effect zullen sorteren en daarom minder effectief zijn in het voorkomen van, bijvoorbeeld, het lekken van gegevens dan een algehele uitsluiting van alle marktpartijen – alhoewel van boetes ook vooraf een zekere afschrikwekkende werking kan uitgaan. Niettemin heeft aanbesteder ervoor gekozen de opdracht te verstrekken aan een

(in het buitenland gevestigde) marktpartij en niet de opdracht bij zichzelf of een ander overheidslichaam te laten. Aanbesteder vertrouwt kennelijk op de door hem gehanteerde contractuele maatregelen die de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland moeten waarborgen. Ervan uitgaande dat aanbesteder op objectieve criteria tot de keuze voor de op 11 januari 2022 gecontracteerde partij is gekomen (waartoe artikel 1.4 Aw 2012 immers verplicht), lijkt het mogelijk dat aanbesteder motiveert *waarom* hij alleen die partij vertrouwt en andere partijen niet kan vertrouwen. Ook lijkt mogelijk dat aanbesteder, desnoods in algemenere bewoordingen waardoor de inhoud van de opdracht geheim blijft, had gemotiveerd waarom de opdracht dermate geheim was dat ook de verstrekking van de opdracht geheim moest blijven.

Conclusie

- 4.12. De Commissie concludeert dat aanbesteder niet heeft gemotiveerd waarom de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland niet met minder ingrijpende maatregelen kon worden gewaarborgd dan door geheimhouding van zowel inhoud als verstrekking van de opdracht. Naar het zich laat aanzien had aanbesteder kunnen motiveren waarom niet alleen de inhoud, maar ook de verstrekking van de opdracht geheim moest blijven. Aanbesteder heeft daarmee de motiveringsplicht van artikel 1.4 Aw 2012 geschonden. De Commissie verklaart de klacht daarom **gegrond**.

5. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 22 maart 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Mr. M.C. Pinto

Voorzitter

Vice-voorzitter