Beheersing van nationale veiligheidsrisico's bij overheidsaankopen

Hoe de uitsluitingsgrond ex art. 39 lid 2 sub e) Richtlijn 2009/81 − omgezet in Nederlands recht in art. 2.77 lid 1 sub f van de AwDV − ingezet kan worden ter bescherming van de nationale veiligheid

Mr. MA. MSc. Niels Wittenberg

Promotoren
Prof. Mr. Dr. Elisabetta Manunza
Prof. Mr. Dr. Drs Linda Senden

Dagelijks Begeleider
Mr. Dr. Nathan Meershoek

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave 2

Inleiding 5

1.1 Overheidsopdrachten als instrument bij strategische concurrentie en hybride conflictvoering 5

1.2 Toenemende roep om radicale veranderingen binnen de Europese Unie 7

1.3 Economische Veiligheid en overheidsopdrachten in Nederland 8

1.4 Het doel van het onderzoek en de onderzoeksopzet 10

1.5 Het gebruik van de interpretatiemethode van het HvJ en de EU conforme interpretatie van nationaal recht als basis voor de beantwoording van de onderzoeksvragen 13

Hoofdstuk I 16

De uitsluitingsgrond in het licht van de totstandkoming van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied en de Guidance Notes van de Europese Commissie 16

1.1 De totstandkoming van de 'supranationale' interne markt en het 'intergouvernementele' defensie- en veiligheidsbeleid 16

1.2 Het ontstaan van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied: rechtsgrondslag, en relatie tot de uitzonderingen in het EUWV 18

1.3 Een beschouwing van de richtlijn in het licht van de overkoepelende EU-doelstellingen en gemeenschappelijke waarden 22

1.4 De relevantie van de Guidance Note (soft law) van de Europese Commissie bij de interpretatie van de richtlijn defensie en veiligheid 23

1.5 Welke opdrachten vallen onder de reikwijdte van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied? 24

1.5.1. Eerste toepassingsvoorwaarde: Gevoelige opdrachten en gerubriceerde gegevens 25

1.5.2 Tweede toepassingsvoorwaarde: veiligheidsdoeleinde 26

1.5.3. Tussenconclusie: Nederland heeft aanzienlijk invloed op de werkingssfeer van de richtlijn en kan de toepassing daarvan vergoten of kleiner houden 26

Observaties Hoofdstuk I 28

Hoofdstuk II 29

Hoe dient het begrip betrouwbaarheid uit art. 39 lid 2 sub e geïnterpreteerd te worden? 29

2.1 De interpretatie van open normen 29

2.2 Bevoorradingszekerheid en gegevensbeveiliging als primaire interpretatie-indicatoren van het begrip betrouwbaarheid uit art. 39 lid 2 sub e richtlijn 2009/81 30

2.3 De aandeelhoudersstructuur en kenmerken van het product als interpretatie-indicatoren van het begrip betrouwbaarheid uit art. 39 lid 2 sub e richtlijn 2009/81 31

2.4 Is uitsluiting mogelijk indien het ontbreken van betrouwbaarheid potentiële veiligheidsrisico's heeft voor een andere lidstaat dan Nederland? 32

2.5 De implementatie van de uitsluitingsgrond in het Nederlands recht 33

Observaties Hoofdstuk II.....36

Hoofdstuk III 37

De ruimte die de Lidstaten hebben bij de interpretatie, implementatie en toepassing van de uitsluitingsgrond 37

3.1 Het instrument richtlijn en de verschillende vormen van harmonisatie.....37

3.1.1. De eigenschappen van een richtlijn.....37

3.1.2. De verschillende vormen van harmonisatie: totale, optionele en minimum harmonisatie.....38

3.1.3. In zijn geheel vormt de richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied minimum harmonisatie ..40

3.1.4. Art. 39 lid 2 sub e) van de richtlijn bevat minimum harmonisatie 40

3.2 De ontwikkelende jurisprudentie van het HvJ over de discretionaire bevoegdheid van lidstaten bij de implementatie van uitsluitingsgronden: van discretionaire ruimte voor lidstaten naar discretionaire ruimte voor aanbesteders.....41

3.3. De nieuwe interpretatie van het HvJ van de discretionaire bevoegdheid van lidstaten bij de implementatie van de uitsluitingsgronden.....43

3.4 De gevolgen van de uitspraken van het HvJ voor de discretionaire bevoegdheid van lidstaten bij de implementatie van art. 39 lid 2 sub e) van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied 45

3.5 De materiele ruimte die lidstaten krijgen bij de invulling van de uitsluitingsgrond 46

3.6 De procedurele ruimte die lidstaten krijgen bij de invulling van de uitsluitingsgrond 48

3.7 De begrenzingen van de procedurele en materiele ruimte voor lidstaten.....50

Observaties Hoofdstuk III 52

Hoofdstuk IV.....54

De beleidsvrijheid die de Aanbestedende Diensten toekomt bij de toepassing van de uitsluitingsgrond.....54

4.1 De beoordelingsvrijheid van de aanbestedende dienst bij de toepassing van de uitsluitingsgrond 55

4.2 Flexibiliteit voor de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van een inschrijver.....55

4.2.1. Eisen aan de betrouwbaarheid van de inschrijver.....55

4.2.2. De verschillende mogelijkheden wat betreft het bewijs 56

4.2.3. De invloed van de aanbestedende dienst op de uitvoerende onderaannemer 57
4.2.4. De hantering van een zelfreinigingssysteem 57

4.3 De verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van een inschrijver 58
Observaties Hoofdstuk IV 60

Hoofdstuk V 61

Aanbevelingen op basis van de resultaten van het onderzoek 61

5.1 Direct Uitvoerbare Aanbevelingen 62

5.2 Aanbevelingen voor toekomstige wetswijzigingen 64

Literatuur 67

Inleiding

1.1 Overheidsopdrachten als instrument bij strategische concurrentie en hybride conflictvoering

De aandacht voor het beschermen van veiligheidsbelangen bij overheidsaankopen is in de laatste jaren exponentieel gegroeid. Uit de 'Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden' voor 2023-2029 blijkt dat de kans relatief groot is dat er in de komende zes jaar gebeurtenissen optreden die de nationale veiligheid in gevaar brengen.[1] De toegenomen geopolitieke spanning tussen de VS en China, de inval van Rusland in Oekraïne en de escalatie van de situatie in het Midden-Oosten, leiden tot een verscherping van de strategische concurrentie.[2]

Bij strategische concurrentie zetten staten niet-militaire instrumenten in om geopolitieke invloed uit te breiden. Van strategische concurrentie wordt gesproken wanneer in ieder geval één van de betrokken staten gebruik maakt van kennisdiefstal, economische mededinging, spionage, cyberoorlog, uitbuiting van strategische afhankelijkheid en de controle over belangrijke technologisch, economische maatregelen of tal van andere instrumenten terwijl er (nog) geen sprake is van totale oorlogsvoering tussen staten.[3] Door middel van strategische concurrentie kunnen staten aanzienlijke schade toebrengen aan geopolitieke rivalen, terwijl het veel moeilijker is om de agressor als schuldige aan te wijzen, omdat de bovengenoemde instrumenten heimelijk of indirect kunnen worden ingezet in tegenstelling tot bijvoorbeeld de inzet van instrumenten gedurende reguliere oorlogsvoering.[4] Door middel van strategische concurrentie kunnen statelijke actoren invloed uitoefenen zonder conventionele instrumenten te gebruiken die tot een open oorlog zouden leiden. Wanneer strategische concurrentie wordt gecombineerd met conventionele oorlogsmethoden spreekt men van hybride conflictvoering.[5]

Op 24 april 2024 verklaarde Pieter-Jaap Aalbersberg, de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV) in een toespraak op het Ministerie van Veiligheid en Justitie dat Nederland en

[1] Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden (April 2023), p. 13
[2] Webber, M. (2023). NATO and strategic competition: Time for allies to step up. In NATO Defense Colledge. https://www.ndc.nato.int/news/news.php?icode=1816 p. 2
[3] Van de Velde, J. (2024). What is 'strategic competition' and are we still in it? The SAIS Review of International Affairs, p. 1. and Meershoek, N., Manunza, E., Senden, L., Geraedts, J., & Scholte, D. (2022). Naar een betere bescherming van veiligheidsbelangen bij de aankopen van de Nationale Politie: Een eerste verkenning van enkele aanbestedingsrechtelijke vraagstukken, p. 14.
[4] Fabian, S. (2019). The Russian hybrid warfare strategy–neither Russian nor strategy. Defense & Security Analysis, 35(3), 310-311.
[5] Wither, J. K. (2023). Hybrid Warfare Revisited: A Battle of 'Buzzwords'. Connections (18121098), 22(1), p. 8.

de EU momenteel dagelijks te maken hebben met de gevolgen van strategische concurrentie en dat dit leidt tot een strijd op vele fronten met landen als China en Rusland.[6] Een zorgelijk voorbeeld is de rol die Chinese bedrijven spelen in de Europese energietransitie. De EU is in toenemende mate afhankelijk van China als het gaat om producten en technologieën die noodzakelijk zijn voor een succesvolle energietransitie.[7] Recent heeft de Europese Commissie een onderzoek ingesteld naar concurrentievervalsing van Chinese leveranciers bij de levering van windturbines aan windparken in Spanje, Griekenland, Frankrijk, Roemenië en Bulgarije.[8] De vermeende inbreuk heeft niet alleen negatieve gevolgen voor het 'level playing field' binnen de Europese energiemarkt, maar vormt ook een dreiging voor de vitale infrastructuur en energiezekerheid van de EU en zijn lidstaten. Deze strategische afhankelijkheid zorgt voor een verhoging van nationale veiligheidsrisico's.[9]

Een ander voorbeeld van verhoogd risico voor de Europese veiligheid als gevolg van overheidsopdrachten is het marktaandeel dat het bedrijf Nuctech in de afgelopen jaren verwierf. Nuctech is producent van onder andere x-ray scantechnologie en detectieapparatuur die wordt ingezet bij grens- en douanecontroles in verschillende EU-lidstaten. Dit terwijl de Verenigde Staten Nuctech al jaren weren vanwege de verhoogde nationale veiligheidsrisico's als gevolg van de nauwe banden van het bedrijf met de Chinese overheid en de Chinese legertop.[10] Op 24 april 2024 deed de Europese Commissie invallen bij de lokale vestigingen van het bedrijf in Nederland en Polen.[11] De invallen beoogden bewijs te verzamelen voor vermeende subsidies die Nuctech ontvangt van de Chinese overheid die de Europese marktwerking zouden verstoren.[12] De Chinese staatssteun zou het bedrijf bij publieke Europese aanbestedingen een oneerlijke concurrentiepositie geven ten opzichte van Europese bedrijven.[13] Staatssteun is - anders dan in landen als China - binnen de EU in beginsel niet toegestaan.[14] De inval wordt gezien als een mijlpaal in de inzet van de Europese Commissie om nieuwe, verbeterde instrumenten toe te voegen aan de 'toolbox' van de EU.[15] Het was de eerste keer dat de Europese Commissie een inval deed op basis van de Foreign Subsidies Regulation, die in 2023

[6] Pieter-Jaap Aalbersberg, 24 april 2024
[7] Chadly, A., Moawad, K., Salah, K., Omar, M., & Mayyas, A. (2024). State of global solar energy market: Overview, China's role, Challenges, and Opportunities. Sustainable Horizons, 11, p. 101
[8] https://www.reuters.com/business/energy/eu-investigate-chinese-turbine-suppliers-wind-parks-2024-04-09/
[9] https://www.uu.nl/nieuws/overheidsaanbestedingen-laveren-tussen-vrije-marktwerking-en-het-waarborgen-van-democratie
[10] Sieff, K., & Miroff, N. (2022b, oktober 21). U.S. urges Mexico not to buy Chinese scanners for the border. Washington Post. https://www.washingtonpost.com/world/2022/10/21/mexico-border-china-technology/
[11] https://www.volkskrant.nl/buitenland/ongekende-eu-invallen-bij-chinese-scannergigant-nuctech~b2d13c78/
[12] Lau, S., Gijs, C., & Verhelst, K. (2024, 26 april). EU pulls its gun on China. POLITICO. https://www.politico.eu/article/eu-china-trade-war-nuctech-xi-jinping-von-der-leyen-ev/
[13] Van de Wiel, C. (2024, 24 april). Brussel voert druk op tegen vermeende oneerlijke Chinese concurrentie. NRC. https://www.nrc.nl/nieuws/2024/04/24/brussel-voert-strijd-tegen-vermeende-oneerlijke-chinese-concurrentie-a4197090
[14] Art. 107 VWEU.
[15] Meershoek, N. (2023). Reciprocity as Security: Reconsidering Third Country Access to European Critical Infrastructure Procurement. *European Foreign Affairs Review*, *28*, p. 75-94.

aan de 'toolbox' was toegevoegd.[16] Ondanks herhaaldelijke waarschuwingen voor de negatieve impact die het huidige marktaandeel van het bedrijf heeft op de Europese veiligheid en de recente inval van de Europese Commissie, slaagt het bedrijf er momenteel nog steeds in om Europese aanbestedingen naar zich toe te trekken.[17]

De Europese afhankelijkheid van Chinese bedrijven in de energietransitie en de Nuctech-affaire illustreren dat openbare aanbestedingen gevoelig zijn voor de gevolgen van strategische concurrentie. Door de staatssteun die bedrijven ontvangen van China kan de concurrentie met Europese bedrijven bij Europese overheidsopdrachten succesvol worden aangegaan. Het verstevigde marktaandeel vormt een strategisch instrument voor de Chinese overheid dat ingezet kan worden om nog meer afhankelijkheid te creëren of om kennis en technische expertise voor het eigen land te vergaren.[18]

1.2 Toenemende roep om radicale veranderingen binnen de Europese Unie

Onlangs kaartte Mario Draghi, de voorlaatste premier van Italië en voormalig president van de Europese Centrale Bank, in een toespraak aan dat radicale veranderingen noodzakelijk zijn om de Europese Unie weerbaarder te maken tegen deze toenemende dreiging.[19] Die urgentie wordt ook onderschreven in het rapport 'More Than a Market' van Enrico Letta, een andere oud-premier van Italië. Het rapport van Letta werd onlangs aan de Europese Commissie gepresenteerd. Het rapport stelt dat de nieuwe realiteit vraagt om een nieuwe interne markt en dat er radicale verandering noodzakelijk is om de interne markt weerbaar te maken tegen de toenemende geopolitieke dreiging. Daartoe moet volgens Letta toegewerkt worden naar een 'gemeenschappelijke markt voor de defensie-industrie',[20] o.a. door het huidige gefragmenteerde beleid omtrent veiligheidsnormen te harmoniseren.[21] De voorstellen van Letta krijgen bijval van Emmanuel Macron. De President van Frankrijk schrijft dat een nieuw veiligheidsparadigma noodzakelijk is voor het voortbestaan van

[16] Foreign Subsidies Regulation art. 14.
[17] Vleugers, A. (2024). Douane overweegt opnieuw grote order Chinese scanners van omstreden Nuctech. FD.nl. https://fd.nl/samenleving/1517780/omstreden-chinese-bedrijf-nuctech-opnieuw-in-de-race-voor-levering-douane-scanners en Cerulus, L. (2023, 24 maart). EU to capitals: Security trumps price in tenders involving Chinese scanners. POLITICO. https://www.politico.eu/article/eu-commission-capitals-security-price-tenders-china-scanners/en
[18] https://fd.nl/samenleving/1514958/nuctech-van-europas-favoriete-beveiliger-naar-potentieel-marktverstoorder
[19] https://geopolitique.eu/en/2024/04/16/radical-change-is-what-is-needed/
[20] Letta, E., 2024. *Much More Than a Market - Speed, Security, Solidarity: Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, Institut Jacques Delors. France. Retrieved, p. 70.
[21] Letta, E., 2024. *Much More Than a Market - Speed, Security, Solidarity: Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, Institut Jacques Delors. France. Retrieved, p. 59.

Europa.[22] Onderdeel van dit veiligheidsparadigma is het streven naar een gemeenschappelijk veiligheids- en defensiekader.[23]

Met de oproep om tot radicale veranderingen over te gaan luiden Draghi, Letta en Macron de noodklok. De recente ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat economische veiligheid in de afgelopen jaren een prominentere positie op de agenda heeft gekregen binnen de EU en zijn lidstaten.[24] Hybride dreiging vraagt immers om hybride weerstand. In juni 2023 kondigde de Europese Commissie de Europese Economische Veiligheidsstrategie aan. In lijn met de Veiligheidsstrategie keurde de Europese Commissie begin 2024 een pakket met vijf initiatieven goed die de Europese economische veiligheid dienen te versterken.[25] Het eerste initiatief is een wetgevingsvoorstel voor de herziening van de EU Foreign Direct Investment Screening Verordening om de effectiviteit en efficiëntie ervan te verbeteren. Het tweede initiatief is de publicatie van een White Paper over het in kaart brengen van potentiële veiligheidsrisico's in verband met EU-investeringen in derde landen. Het derde initiatief is de publicatie van een White paper over de EU-controles op de export van goederen voor civiel en militair gebruik (ook wel bekend als dual-use goods) en hoe deze controles doeltreffender kunnen worden gemaakt. Een ondersteunende White Paper werd gepubliceerd over de financiering van onderzoek en ontwikkeling op het gebied van technologieën voor dual-use goods. Tot slot werd een voorstel gedaan voor een aanbeveling van de Raad betreffende het verhogen van de onderzoeksveiligheid.[26]

1.3 Economische veiligheid en overheidsopdrachten in Nederland

Ook op het niveau van de lidstaat staat economische veiligheid hoog in het vaandel. Nederland vormt een interessant doelwit voor landen met aan Nederland tegengestelde geopolitieke belangen. Nederland loopt een verhoogd risico op oneigenlijke inmenging van statelijke actoren door de aanwezigheid van hoogwaardige technologische kennis, militaire knooppunten, trans-Atlantische datakabels en belangrijke internationale organisaties zoals bijvoorbeeld het Internationaal Gerechtshof, het Internationaal Strafhof, het Europees Geneesmiddelen Agentschap, Eurojust en de Organisatie voor het Verbod op Chemische Wapens. De toenemende dreiging werd andermaal bevestigd in het in april 2024 gepubliceerde Jaarverslag van de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD).[27]

[22] Macron, E., 2024: Europe—It Can Die. A New Paradigm at The Sorbonne, Groupe d'etudes géopolitiques
[23] Macron, E., 2024: Europe—It Can Die. A New Paradigm at The Sorbonne, Groupe d'etudes géopolitiques
[24] CSIS, 2024 https://www.csis.org/analysis/european-unions-economic-security-strategy-update
[25] zie voor verdere duiding European Commission (Januari 2024)
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_363
[26] De initiatieven zijn overgenomen van: European Commission (Januari 2024)
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_363
[27] MIVD (2024), Openbaar Jaarverslag 2023, p. 26-28.

Nederlandse overheidsopdrachten zijn vatbaar voor de dreigingen als gevolg van hybride conflictvoering. Gevreesd wordt dat statelijke actoren - uit landen als China en Rusland - schade zullen aanrichten aan de Nederlandse democratie en de vitale infrastructuur door, via het verkrijgen van overheidsopdrachten, te infiltreren in belangrijke overheidsdiensten en nutssectoren.[28] Daarnaast kunnen overheidsopdrachten misbruikt worden om de strategische autonomie van Nederland te schaden of leiden tot diefstal/weglekken van hoogwaardige kennis en technische expertise.[29] De Ministers van Economische Zaken en Klimaat en voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking onderkennen, in een brief aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 3 juli 2023, de aanwezigheid van deze dreiging en wijzen op de noodzaak om maatregelen te treffen. Deze maatregelen dienen het doel te hebben om de bijkomende risico's van het misbruiken van overheidsopdrachten door statelijke actoren zo goed mogelijk te beheersen.[30]

Een van de maatregelen behelst de transitie van de Algemene Beveiligingseisen voor Defensieopdrachten (ABDO) naar een Rijksbrede aanpak, de Algemene Beveiligingseisen voor Rijksoverheidsopdrachten (ABRO).[31] Om in aanmerking te komen voor de gunning van gerubriceerde of vitale defensieopdrachten moeten externe bedrijven voldoen aan de veiligheidseisen van de ABDO. De MIVD screent bij bedrijven die in aanmerking komen voor een overheidsopdracht van het Ministerie van Defensie of ze voldoen aan de eisen die zijn opgesteld in de ABDO. Ook gedurende de looptijd van de overheidsopdracht ziet de MIVD erop toe dat het uitvoerende bedrijf blijft voldoen aan de veiligheidseisen.[32] Dergelijke veiligheidseisen gelden niet voor gerubriceerde overheidsopdrachten afkomstig van andere ministeries. Om de nationale veiligheidsrisico's als gevolg van overheidsopdrachten verder te beheersen worden, onder de naam ABRO, veiligheidseisen opgesteld waaraan externe bedrijven moeten voldoen om in aanmerking te komen voor gevoelige overheidsopdrachten[33] van de overige ministeries van de Rijksoverheid en van de Nationale Politie.[34]

Het is van belang dat de overheid inziet dat bij de gunning van een overheidsopdracht niet enkel de aanbestedende dienst en enkele inschrijvers betrokken zijn, maar dat de maatschappij de primaire belanghebbende is bij overheidsopdrachten.[35] Het is de taak van de overheid om ervoor te waken dat

[28] Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden (April 2023), p. 15 en MIVD, Openbaar Jaarverslag 2023 (April 2024), p. 26-28.
[29] NCTV: Economische Veiligheid: de balans tussen nationale veiligheid en open economie, 2021.
[30] Brief van de Ministers van Economische zaken en Klimaat en voor buitenlandse handel en Ontwikkelingssamenwerking, 26485 Nr. 426 3 Juli, 2023.
[31] Brief van de Staatssecretaris van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties, 30821 Nr. 1007, 17 April 2023.
[32] MIVD, Openbaar Jaarverslag 2023 (April 2024), p. 26-28.
[33] Gevoelige overheidsopdrachten zijn verder toegelicht in paragraaf: 1.5 van hoofdstuk 1
[34] Brief van de Staatssecretaris van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties, 30821 Nr. 1007, 17 April 2023. en MIVD, Openbaar Jaarverslag 2023 (April 2024), p. 26-28.
[35] Manunza, E. (2023). Public procurement Law as an Expression of the Rule of Law: On how the Legislator and the Courts Create a Layered legal System Based on Legal Principles. Public Procurement Law Review, (5), 319-321 en Manunza, E (2024). Bescherming van aarde en vrijheid vergt radicale mentaliteitsverandering

de Nederlandse burger niet uiteindelijk de verborgen kosten voor zijn rekening krijgt. Deze kosten zijn niet altijd financieel van aard. Bij economische veiligheid zijn deze kosten bijvoorbeeld terug te vinden in verhoogde nationale veiligheidsrisico's, als gevolg van onzorgvuldige keuzes met betrekking tot de betrouwbaarheid van inschrijvers.

1.4 Het doel van het onderzoek en de onderzoeksopzet

Uit het omschreven dreigingsbeeld volgt de noodzaak het aanbestedingsrecht weerbaar te maken en de risico's van de toenemende strategische concurrentie het hoofd te bieden. De beteugeling van het dreigingsniveau kan op de lange termijn gerealiseerd worden door nieuwe instrumenten toe te voegen bij een toekomstige herziening van het Europese aanbestedingsrecht. Eventuele hervormingen, en zeker ingrijpende veranderingen zoals voorgesteld door Draghi, Letta en Macron, zullen echter niet op korte termijn uitkomst bieden. Het is daarom voor Nederland van groot belang effectief gebruik te maken van de handvatten die het huidige Europese aanbestedingsrecht biedt om het dreigingsniveau te beheersen. Alleen door de ruimte die het Europese aanbestedingsrecht biedt optimaal te benutten kunnen de risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van ongewenste inmenging van statelijke actoren bij de gunning van overheidsopdrachten op korte termijn adequaat beheerst worden.

Dit onderzoek heeft tot doel de ruimte te verkennen die art. 39 lid 2 sub e) van de EU Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied (Richtlijn 2009/81)[36] biedt om inschrijvers uit te sluiten die een potentieel gevaar vormen voor de nationale veiligheid. De richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied is een lex specialis ten opzichte van de reguliere aanbestedingsrichtlijnen (richtlijnen 2014/23 EU, 2014/24 EU en 2014/25 EU).[37] De richtlijn heeft tot doel lidstaten instrumenten te geven om de wezenlijke veiligheidsbelangen te beschermen die komen kijken bij militaire en gevoelige opdrachten. Zoals uit de geopolitieke ontwikkelingen blijkt zijn het namelijk zeker niet alleen overheidsopdrachten die betrekking hebben tot militaire werken, diensten en goederen die nationale veiligheidsrisico's met zich meebrengen. Strategische concurrentie en hybride conflictvoering maken het voor lidstaten even noodzakelijk om de nationale veiligheid te waarborgen bij niet-militaire als bij militaire overheidsopdrachten. In dit onderzoek is getracht bijzondere aandacht te geven aan een adequate beheersing van nationale veiligheidsrisico's bij 'gevoelige opdrachten'. In paragraaf 1.5 van

in aanbestedingsbeleid: over nieuwe verplichtingen en oude verantwoordelijkheden in Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun, pagina's ontbreken; graag toevoegen.

[36] In de Nederlandse wetgeving omgezet in art. 2.77 lid 1 sub f Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied (AwDV)

[37] Meershoek, N., Manunza, E., Senden, L., Geraedts, J., & Scholte, D. (2022). Naar een betere bescherming van veiligheidsbelangen bij de aankopen van de Nationale Politie: Een eerste verkenning van enkele aanbestedingsrechtelijke vraagstukken. en Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied art. 2.76 en 2.87, p. 17

hoofdstuk I wordt uiteengezet wanneer sprake is van een 'gevoelige opdracht' in de zin van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied.

Een van de belangrijkste instrumenten ter beheersing van nationale veiligheidsrisico's bij niet-militaire opdrachten is art. 39 lid 2 sub e) van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied. Artikel 39 bevat een limitatief opgestelde lijst met uitsluitingsgronden. Aanbestedende diensten mogen alleen deze gronden inzetten ter uitsluiting van inschrijvers. De gronden in art. 39 komen overeen met de gronden die in de oude Richtlijn 2004/18/EG waren opgesomd, met uitzondering van sub e die aan de lijst uit richtlijn 2009/81/EG is toegevoegd om specifiek aan de behoeften van inkopen in de defensie en veiligheidssector tegemoet te komen. Sub e bevat een uitsluitingsgrond die aanbestedende diensten in staat stelt, in bepaalde gevallen, inschrijvers uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure indien '*is vastgesteld, op basis van welk bewijsmiddel ook, inclusief beschermde gegevensbronnen, dat hij niet de betrouwbaarheid vertoont die nodig is om risico's voor de veiligheid van de lidstaat uit te sluiten'*.[38] In navolging van de implementatie van de uitsluitingsgrond uit de richtlijn in de AwDV kunnen aanbestedende diensten inschrijvers uitsluiten indien: *'jegens de gegadigde of inschrijver is vastgesteld dat hij niet over de betrouwbaarheid beschikt die nodig is om risico's voor de nationale veiligheid uit te sluiten'*.[39] Uitsluiting op basis van deze grond is enkel mogelijk als de AwDV van toepassing is aangezien, zelfs na de herziening van richtlijn 2004/18/EG met de invoering van de richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, geen nieuwe vergelijkbare grond is opgenomen in de drie nieuwe aanbestedingsrichtlijnen in de andere sectoren en bijgevolg ook niet in de Aanbestedingswet 2012.

Aangenomen kan worden dat met het toevoegen van deze specifieke uitsluitingsgrond in de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied de EU-wetgevers de aanbestedende diensten een effectief instrument hebben willen geven om de nationale veiligheidsrisico's bij publieke aanbestedingen te beheersen. Het opnemen van de uitsluitingsgrond in de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied geeft aanbestedende diensten de mogelijkheid om bij de gunning van 'gevoelige overheidsopdrachten' te waarborgen dat er aan een betrouwbare inschrijver wordt gegund.

Momenteel maken aanbestedende diensten in Nederland echter weinig tot geen gebruik van de extra toegevoegde uitsluitingsgrond. Dit zou het gevolg kunnen zijn van een 'zero-error' cultuur bij aanbestedende diensten.[40] De uitsluitingsgrond bevat namelijk open normen als 'betrouwbaarheid' en 'veiligheid'. Daarnaast is het vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ) dat uitsluitingsgronden - net zoals uitzonderingen - strikt en eng dienen te worden toegepast.[41] De

[38] Richtlijn 2009/81/EG, art 39(2) sub e)
[39] Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied, art. 2.77 lid 1 sub f
[40] Patil, K., & Bhaduri, S. (2020). 'Zero-error'versus 'good-enough': towards a 'frugality narrative for defence procurement policy'. Mind & Society, 19(1), p. 46.
[41] Een voorbeeld is de strikte toepassing van art. 346 VWEU, Judgment of 7 September 2023 in Case C-601/21 European Commission vs. Poland (, par. 81 en Judgement of 20 Maart 2018 in C-187/16, par. 77.

onzekerheid over de juiste toepassing van de uitsluitingsgrond in combinatie met de 'zero-error' cultuur heeft mogelijk tot gevolg dat aanbestedende diensten het zekere voor het onzekere nemen en de uitsluitingsgrond te rigide interpreteren en toepassen. Echter, het is evident dat deze rigide interpretatie het risico met zich meebrengt dat inschrijvers die onvoldoende betrouwbaar zijn toch in aanmerking komen voor overheidsopdrachten omdat zij niet werden uitgesloten van deelname aan de overheidsopdrachten. Hierdoor worden nationale veiligheidsrisico's onvoldoende ingeperkt. Een andere reden kan wellicht worden gezien in de toepassingswerkingssfeer van de richtlijn die beperkt is door 'militaire' of 'gevoelige' opdrachten. Specifieke openbare gegevens over het aantal als 'gevoelig' gerubriceerde opdrachten zijn niet voorhanden.

Het is van cruciaal belang om aanbestedende diensten zoals de provincies, gemeenten en waterschappen meer houvast te geven bij het toepassen van de uitsluitingsgrond ex art. 2.77 lid 1 sub f AwDV.[42] Door het verschaffen van duidelijkheid over de interpretatie en toepassing van de uitsluitingsgrond worden aanbestedende diensten bijgestaan in de correcte toepassing van de 'extra' mogelijkheden die de richtlijn biedt ten opzichte van de reguliere aanbestedingsrichtlijnen.

Het doel van dit onderzoek is om enerzijds de ruimte die art. 39 lid 2 sub e) van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied biedt om nationale veiligheid te waarborgen in kaart te brengen en te onderzoeken of die ruimte benut wordt door de omzetting van de uitsluitingsgrond in het Nederlands recht ex art. 2.77 lid 1 sub f AwDV. Bestudeerd dient te worden hoe de daarin voorkomende concepten geïnterpreteerd kunnen worden, opdat deze bepaling op de meest effectieve wijze in Nederland kan worden ingezet om de nationale veiligheid te beschermen. Anderzijds streeft dit onderzoek na te bestuderen of, en zo ja, welke ruimte de Nederlandse wetgever heeft – maar ook de Nederlandse aanbestedende diensten hebben – om deze bepaling te interpreteren en toe te passen. Dit zal bijdragen aan een betere en ruimere toepassing van de uitsluitingsgrond ex art. 39 lid 2 sub e) Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied – zoals in art. 2.77 lid 1 sub f geïmplementeerd – waardoor nationale veiligheidsrisico's beter beheerst worden bij overheidsopdrachten.

De volgende vragen dienen beantwoord te worden om de beoogde ruimte in kaart te brengen:

> Welke beleidsvrijheid hebben lidstaten bij de implementatie van art. 39 lid 2 sub e) Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied en in hoeverre gebruikt de Nederlandse wetgever deze beleidsvrijheid bij de implementatie van de uitsluitingsgrond in art. 2.77 AwDV ter bescherming van de nationale veiligheid.

[42] Zoals eerder gesteld vormt art. 2.77 lid 1 sub f AWDV de implementatie van art. 39 lid 2 sub e richtlijn 2009/81 in Nederland

Om het voorgaande te kunnen bepalen dient:

i. te worden onderzocht wat de totstandkoming en de reikwijdte van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied voor invloed hebben op de toepassing van de uitsluitingsgrond.

ii. te worden bestudeerd hoe het begrip 'betrouwbaarheid' uit art. 39 lid 2 sub 2) van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied moet worden geïnterpreteerd/geconceptualiseerd en hoe de Nederlandse wetgever de uitsluitingsgrond heeft omgezet in het Nederlands recht.

iii. te worden verkend of, en zo ja, welke, materiele en procedurele ruimte de Nederlandse wetgever heeft om nationale keuzes te maken bij de implementatie. Daarnaast dient gekeken te worden waardoor deze keuzeruimte wordt begrensd.

iv. te worden vastgesteld of ook een aanbestedende dienst de beleidsvrijheid heeft bij de interpretatie en de toepassing van deze uitsluitingsgrond en waardoor deze beleidsvrijheid wordt begrensd.

1.5 Het gebruik van de interpretatiemethode van het HvJ en de EU conforme interpretatie van nationaal recht als basis voor de beantwoording van de onderzoeksvragen

Om tot een beantwoording van de onderzoeksvragen te komen en inzicht te krijgen in de beleidsruimte die lidstaten hebben bij de implementatie en toepassing van de uitsluitingsgrond is het noodzakelijk om – wegens de voorrang van het EU-recht boven het nationaal recht – begrippen van EU-oorsprong vanuit het Europees recht te analyseren. De interpretatie van EU-recht is in lijn met art. 19 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) voorbehouden aan het HvJ. In de prejudiciële procedure ex art. 267 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) wordt het HvJ verzocht uitspraak te doen over de correcte interpretatie van het EU-recht. Ook bij de inbreukprocedures ex art. 258 VWEU, waar het HvJ de rechtmatigheid van gedragingen van lidstaten en EU-instituties beoordeeld, bepaalt het hof hoe het EU-recht dient te worden geïnterpreteerd.
Rechtelijke interpretatie berust altijd op keuzes waardoor het ingewikkeld blijft om wetenschappelijk met zekerheid aan te tonen hoe het HvJ in de toekomst invulling zal geven aan deze afwegingsruimte.[43] Echter, door de interpretatiemethode waarmee het Hof van Justitie EU zich

[43] G. Beck, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 161-163 en zoals eerder beschreven in het rapport: Manunza, E., Meershoek, N. A., & Senden, L. A. J. (2020). 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, p. 14.

bedient te analyseren alsmede zijn vaste argumentaties en motiveringsaanpak te bestuderen kan dit onderzoek de correcte implementatie en toepassing van de uitsluitingsgrond trachten te benaderen.[44]

Er bestaan diverse juridische interpretatiemethoden die toegepast worden door rechters.[45] Bij de interpretatie van EU-recht gebruikt het HvJ vaak de interpretatiemethode die resulteert in een interpretatie conform de overkoepelende EU-waarden.[46] Het HvJ onderbouwt zijn uitspraken zelden op enkel de grammaticale interpretatie van bepalingen gezien het EU-recht het product is van een compromis tussen 27 lidstaten waarvan het eindresultaat wel eens betiteld wordt als 'constructive ambiguity'.[47] Daarnaast kent het EU-recht een pluriformiteit van talen wat de grammaticale interpretatiemethode extra complex maakt.[48]

Het HvJ maakt voornamelijk gebruik van de systematische en de doelgerichte (teleologische) interpretatiemethode. De doelgerichte interpretatiemethode faciliteert de uitleg van EU-recht in conformiteit met de overkoepelende EU-waarden, terwijl de toepassing van de systematische interpretatiemethode de coherente toepassing van EU-recht waarborgt.[49] Volgens de systematische interpretatiemethode dient een juridische interpretatie van een bepaling niet alleen in lijn te zijn met regelgeving waarvan de bepaling een onderdeel vormt, maar ook te passen binnen andere onderdelen van het rechtssysteem.[50]

In lijn met de systematische interpretatiemethoden zullen de bepalingen en begrippen in de uitsluitingsgrond niet enkel verkend worden vanuit het nationale en Europese aanbestedingsrecht. Omdat het HvJ bij de interpretatie van EU-recht voornamelijk gebruik maakt van de doelgerichte en systematische interpretatiemethoden is het van belang deze uitsluitingsgrond te bestuderen vanuit een

[44] Manunza, E., Meershoek, N. A., & Senden, L. A. J. (2020). 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, p. 14.
[45] Greenberg, M. 2021 "Legal Interpretation", The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Stanford Press, p. 1
[46] Petrić, D. (2023). A Reflection on the Methods of Interpretation of EU Law. ICL Journal, 17(1), 103-105.
[47] M. Jegen and F. Merand, 'Constructive Ambiguity: Comparing the EU's Energy and Defence Policies', West European Politics 2014, p.182-203 en zoals aangehaald in Manunza, E., Meershoek, N. A., & Senden, L. A. J. (2020). 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, p. 13.
[48] Manunza, E., Meershoek, N. A., & Senden, L. A. J. (2020). 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, p. 14.
[49] Manunza, E., Meershoek, N. A., & Senden, L. A. J. (2020). 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, p. 15.
[50] G. Beck, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 161-163 en zoals eerder beschreven in het rapport: Manunza, E., Meershoek, N. A., & Senden, L. A. J. (2020). 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, p. 15.

breed perspectief.[51] In dit brede perspectief dienen zowel de ontwikkelingen in het intern markt recht als de context van het Gemeenschappelijk Veiligheids- en Defensiebeleid (GVDB) van de EU als het Unierechtelijke Verdragssysteem te worden meegenomen. Daarnaast dient de uitsluitingsgrond geïnterpreteerd te worden in de context van de overkoepelende EU-waarden waar het EU-aanbestedingsrecht, de interne marktbepalingen en het Gemeenschappelijk Veiligheids- en Defensiebeleid invulling aan geven. Bijgevolg zal hoofdstuk I de brede context van de uitsluitingsrond en de mogelijke implicaties voor de implementatie en toepassing bestuderen. Deze implicaties worden vervolgens meegenomen in de beantwoording van de onderzoeksvragen in de daaropvolgende hoofdstukken.

Daar waar het in dit onderzoek nodig is om Nederlandse bepalingen te interpreteren en uit te leggen die (nog) niet uitputtend zijn geïnterpreteerd in nationale jurisprudentie zal gebruik worden gemaakt van de (EU) conforme interpretatiemethode. Het is vaste rechtspraak van het HvJ dat het EU-recht een voorrangspositie heeft ten opzichte van nationaal recht.[52] In de zaak *Dominguez* stelde het HvJ dat nationale rechters, ter invulling van deze voorrangspositie van EU-recht, allereerst moeten trachten het nationale recht uit te leggen in overeenstemming met het EU-recht.[53] Dit houdt in dat de nationale rechter de inhoud en het doel van richtlijnen zoveel mogelijk meenemen in hun uitleg van nationaal recht.[54] Om te benaderen hoe de nationale rechter de uitsluitingsgrond uit zal leggen in zijn rechtspraak is bijgevolg noodzakelijk om art. 2.77 lid 1 sub f in dit onderzoek - naast de systematische en doelgerichte methode – ook richtlijn conform te interpreteren.

[51] Manunza, E., Meershoek, N. A., & Senden, L. A. J. (2020). 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, p. 13.
[52] Dit werd voor het eerst vastgesteld in ECLI:EU:C:1964:66, Flaminio Costa vs. E.N.E.L. p. 1218.
[53] Het HvJ geeft in deze zaak aan welk stappenplan de nationale rechter moet doorlopen om de voorrangspositie van het EU-recht ten opzichte van het nationaalrecht te waarborgen; ECLI:EU:C:2012:33, Maribel Dominguez vs, Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, ro. 27 en 44
[54] ECLI:EU:C:1999:98, Carbonari vs. Università degli studi di Bologna, ro. 48 en Verhoeven, M. J. M., & Jans, J. H. (2017). Doorwerking via conforme interpretatie en rechtstreekse werking. In Inleiding tot het Europees bestuursrecht Ars Aequi Libri. p. 66.

Hoofdstuk I

De uitsluitingsgrond in het licht van de totstandkoming van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied en de Guidance Notes van de Europese Commissie

Wat zeggen de totstandkoming en de reikwijdte van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied over de toepassing van de uitsluitingsgrond?

1.1 De totstandkoming van de 'supranationale' interne markt en het 'intergouvernementele' defensie- en veiligheidsbeleid

In de jaren vlak na de Tweede Wereldoorlog werden de eerste stapjes gezet in het proces dat jaren later zou leiden tot vergaande Europese integratie. Met de invoering van het Schumanplan werd de kolen- en staalwinning van zes Europese landen geïntegreerd. De ratio achter de totstandkoming van De Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) was het voorkomen van nieuwe conflicten tussen Europa's grootste geopolitieke rivalen, Duitsland en Frankrijk.[55] Door een supranationaal orgaan in het leven te roepen die de winning van de belangrijkste grondstoffen voor de productie van wapens regelde en overzag, werd een wapenwedloop voorkomen.[56]

In diezelfde jaren waren er soortgelijke plannen om tot integratie van de legers van deze grootmachten te komen. Uiteindelijk liepen die ontwikkelingen op niets uit toen het Franse parlement de plannen voor de invoering van de Europese Defensiegemeenschap (EDG) verwierp.[57] Door het verwerpen van de (EDG) is de ontwikkeling van Europese militaire samenwerking en het streven naar een gemeenschappelijk veiligheidsbeleid altijd intergouvernementeel van aard gebleven. Deze intergouvernementele aard van militaire integratie en bescherming van de nationale veiligheid staat vooralsnog in groot contrast met de supranationale aard van de besluitvorming ten aanzien van de interne markt.

Naast kolen en staal werden in de loop der tijd ook andere sectoren geïntegreerd in de gemeenschappelijke Europese markt. De plannen voor een Europese interne markt werden in 1985

[55] Mason, H. L. (2013). *The European coal and steel community: experiment in supranationalism*. Springer en Goormahgtigh, J. (1953). European coal and steel community. *Int'l Conciliation*, *30*, 341.
[56] Alter, K. J., & Steinberg, D. (2007). The theory and reality of the European Coal and Steel Community. *Making History: European Integration and Institutional Change at Fifty,(Eds.) Meunier, Sophie, McNamara, Kathleen R*, *8*, 89-140.
[57] Meershoek, N. A. (2023). *Sovereignty and Interdependence in EU Military Procurement Regulation* (Doctoral dissertation, Utrecht University), p. 32

geïntroduceerd door Jacques Delors en breidden de bepalingen voor economische integratie van het Verdrag van Rome verder uit. In die tijd werd de voltooiing van de interne markt gezien als het kroonjuweel van de Europese integratie.[58] Het opheffen van handelsbelemmeringen en het stimuleren van inter-Europese mededinging zou niet alleen zorgen voor een gigantische groei van de Europese economie, maar het zou ook leiden tot een toename van de samenwerking en solidariteit tussen de lidstaten.[59] Door harmoniserende maatregelen, de invoering van een Europees mededingingsrecht en de invoering van het beginsel van wederzijdse erkenning werd het vrij verkeer van personen, diensten, producten en kapitaal gefaciliteerd. [60] Deze 'vier vrijheden' vormen tot op de dag van vandaag de hoekstenen van de interne markt en vormen de basis waarop het aanbestedingsrecht nader is uitgekristalliseerd. Non-discriminatie ligt aan de basis van de vier vrijheden en vormt tevens een van de belangrijkste uitgangspunten van het Europese aanbestedingsbeleid.

In de regel dienen lidstaten zich te onthouden van maatregelen die deze vier vrijheden kunnen belemmeren. Echter, in enkele uitzonderlijke gevallen kunnen lidstaten afwijken van de interne markt regels door zich te beroepen op uitzonderingsgronden die in de verdragen zijn opgenomen.[61] De uitzonderingsgronden hebben door de jaren heen verder vorm gekregen door de uitspraken van het HvJ waarin de uitzonderingsgronden worden geïnterpreteerd en uitgelegd.[62]

De intergouvernementele aard van het gezamenlijke defensie- en veiligheidsbeleid van de lidstaten staat soms op gespannen voet met de besluitvorming ten aanzien van de supranationale interne markt.[63] De productie van defensiemateriaal en andere goederen, werken en diensten die als essentieel worden gezien voor de bescherming van de nationale veiligheid van lidstaten vallen traditioneel vaak

[58] Letta, E. (2024). *Much more than a Market*, Groupe d'etudes géopolitiques, p. 3-5 en Letta, E., 2024. *Much More Than a Market - Speed, Security, Solidarity: Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, Institut Jacques Delors. France. Retrieved from https://policycommons.net/artifacts/12120389/untitled/13014142/ on 08 May 2024. CID: 20.500.12592/vmcvm07.
[59] Sangiovanni, A. (2013). Solidarity in the European union. *Oxford Journal of Legal Studies*, *33*(2), 213-241 en Letta, E., 2024. *Much More Than a Market - Speed, Security, Solidarity: Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, Institut Jacques Delors. France. Retrieved from https://policycommons.net/artifacts/12120389/untitled/13014142/ on 08 May 2024. CID: 20.500.12592/vmcvm07.
[60] Letta, E. (2024). *Much more than a Market*, Groupe d'études géopolitiques, p. 3-5
[61] De uitzonderingen op basis waarvan afgeweken kan worden op de vrijverkeers bepalingen zijn opgenomen in art. 36, 45, 51, 52, 62, 65 en 346 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.
[62] Lindeboom, J. (2020). Interpreting the EU Internal Market. *The Internal Market and the Future of European Integration: Essays in Honour of Laurence W. Gormley"(Fabian Amtenbrink, Gareth Davies, Dimitry Kochenov and Justin Lindeboom (eds.), Cambridge University Press 2019)., University of Groningen Faculty of Law Research Paper*, (36).
[63] Wagner, W. (2003). Why the EU's common foreign and security policy will remain intergovernmental: a rationalist institutional choice analysis of European crisis management policy. *Journal of European Public Policy*, *10*(4), 576-595 en Howorth, J. (2011). Decision-making in security and defence policy: towards supranational intergovernmentalism?

buiten de interne markt of rechtvaardigen een beroep op een uitsluitingsgrond. De bescherming van nationale veiligheid is immers een bevoegdheid die expliciet aan de lidstaten is toebedeeld ex art. 4(2) VEU. Het HvJ bevestigt in *La Quadrature du Net e.a.vr* andermaal dat de lidstaat de verantwoordelijkheid heeft maatregelen te treffen ter bescherming van de nationale veiligheid.[64] Wel bepaalde het HvJ jaren geleden al dat lidstaten bij de toepassing van deze bevoegdheid altijd het EU-recht in acht dienen te nemen.[65]

Tot op heden leidt de wisselwerking tussen de interne markt bevoegdheden van de EU en de bevoegdheid van de lidstaten om de nationale veiligheid te beschermen tot een spanningsveld. [66] Het spanningsveld omtrent de verdeling van bevoegdheden in het interne markt beleid en de bescherming van de nationale veiligheid is een gevoelige politieke kwestie.[67] De bescherming van de nationale veiligheid raakt het hart van de soevereiniteit van de lidstaten, maar wanneer lidstaten zich al te makkelijk beroepen op de discretionaire bevoegdheid om de nationale veiligheid te bepalen vormt dit een omvangrijk obstakel in het verwezenlijken van een interne markt en het garanderen van de verkeersvrijheden. De interne markt en het veiligheidsbeleid betreffen gebieden die constant in beweging zijn. De richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied bevindt zich precies op het raakvlak van de twee gebieden. Dit spanningsveld dient te worden meegenomen in de afwegingen die gemaakt worden bij de implementatie en toepassing van de richtlijn.

1.2 Het ontstaan van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied: rechtsgrondslag, en relatie tot de uitzonderingen in het EUWV

De Europese Commissie stelde zich op het standpunt en verduidelijkte in 2006 met de publicatie van het document 'Interpretative Communication on the application of Article 296[68] of the Treaty in the field of defense procurement' dat de vrijverkeersbepalingen (regels over de vier vrijheden uit de interne markt) bij de aanbesteding van defensiemateriaal van toepassing zijn. Hoewel, art. 346 VWEU (waar de oude verdragsbepaling uit art. 296 nu is opgenomen) slechts betrekking heeft op militaire overheidsopdrachten en derhalve een minder breed toepassingsgebied heeft dan de richtlijn

[64] Manunza, E (2024). Bescherming van aarde en vrijheid vergt radicale mentaliteitsverandering in aanbestedingsbeleid: over nieuwe verplichtingen en oude verantwoordelijkheden in Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun en HvJEU, Gevoegde zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 van 6.10.2020, r.o. 78.
[65] ECLI:EU:C:1997:273, De Commissie tegen het Koningrijk Spanje, zie o.a. ro. 32
[66] Vroege, B. (2023). Strategic Autonomy in Military Production: The EDF and the Constitutional Limits to EU Defence-Industrial Spending Power. *European Foreign Affairs Review*, *28*(4) Meershoek, N. A. (2023). *Sovereignty and Interdependence in EU Military Procurement Regulation* (Doctoral dissertation, Utrecht University), p. 32 en Manunza, E (2024). Bescherming van aarde en vrijheid vergt radicale mentaliteitsverandering in aanbestedingsbeleid: over nieuwe verplichtingen en oude verantwoordelijkheden in Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun
[67] Koutrakos, P. (2016). Public security exceptions and EU free movement law. p. 24
[68] Art. 296 is in het huidige verdrag art. 346.

op Defensie- en Veiligheidsgebied (zie paragraaf 1.5 van dit hoofdstuk) staat deze bepaling aan de basis van de uitsluitingsgronden die in de richtlijn zijn opgenomen. De ontwikkelingen van art. 364 VWEU geven daarom een goed beeld van het ontstaan van de (breder toepasbare) uitsluitingsgronden uit de richtlijn.

De publicatie van de Europese Commissie was in lijn met de uitspraak van het HvJ in de zaak Commissie tegen Spanje (1999). In dit arrest bepaalde het HvJ dat lidstaten zich wel degelijk op uitsluitingsgronden dienen te beroepen om af te kunnen wijken van de vrijverkeersbepalingen ter bescherming van de nationale veiligheid bij het aanbesteden van defensiemateriaal.[69] De uitspraak in de zaak Commissie tegen Spanje vormt de basis voor de huidige vaste rechtspraak van het HvJ dat artikel 346 VWEU nauw toegepast dient te worden.[70] Lidstaten moeten volgens het HvJ in elk apart geval beoordelen of het echt noodzakelijk is om de vrijverkeersbepalingen buiten werking te laten. Daarnaast dienen er geen minder ingrijpende maatregelen voor handen te zijn om te de nationale veiligheid effectief te kunnen beschermen.[71] Met de publicatie van de 'Interpretative Communication on the application of Article 296[72] of the Treaty in the field of defense procurement' werd de productie van defensiematerieel en andere producten en diensten die essentieel zijn voor de bescherming van de nationale veiligheid nog duidelijker binnen de supranationale regelgeving van het interne markt regime getrokken. Deze ontwikkeling bevestigde eens te meer dat de vrijverkeersbepalingen van toepassing zijn bij overheidsopdrachten op het gebied van defensie en veiligheid.[73]

Op basis van het attributie beginsel mogen de EU-wetgevers enkel secundaire regels (zoals richtlijnen en verordeningen) opstellen indien ze daar de expliciete bevoegdheid voor hebben gekregen van de lidstaten.[74] Art. 53(2), 62 en 114 VWEU vormen de rechtsgrondslag op basis waarvan de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied tot stand is gekomen.[75] Ex art. 114 VWEU hebben de EU-wetgevers de bevoegdheid de werking van de interne markt te reguleren. Zoals eerder omschreven zijn nationale veiligheid en EU Defensiebeleid echter bevoegdheden die expliciet aan de lidstaten zijn toebedeeld.[76] Door de vele raakvlakken die de richtlijn heeft met de expliciete bevoegdheden van lidstaten op het gebied van nationale veiligheid en defensie bestaat er enige twijfel

[69] Commissie tegen het Koningrijk ECLI:EU:C:1999:417
[70] Een van de eerste zaken waar het hof dit bepaald is ECLI:EU:C:1986:206, Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, zie o.a. ro. 26.
[71] SEC(2006) 1555} /* COM/2006/0779 final: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52006DC0779 par. 5
[72] Art. 296 is in het huidige verdrag art. 346.
[73] SEC(2006) 1555} /* COM/2006/0779 final: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52006DC0779
[74] Craig, P., & De Búrca, G. (2020). EU Law: Text, Cases, and Materials UK Version. Oxford University Press p. 103
[75] Trybus. Buying Defence and Security in Europe *The EU Defence and Security Procurement Directive in Context* p. 60
[76] Verdrag Betreffende de Europese Unie, art 4(2).

omtrent de rechtmatigheid van de verdragsgrondslag op basis waarvan de bepalingen uit de richtlijn over de aanschaf van militair materieel tot stand zijn gekomen.[77]

De Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied heeft tot doel belemmeringen voor het functioneren van de interne markt weg te nemen door middel van de harmonisatie van de aanbestedingsregels.[78] Voor een geslaagd harmonisatie proces is het van belang dat het hoge aantal keren dat lidstaten hun toevlucht zoeken bij de uitzonderingsgrond onder art. 346 VWEU wordt verminderd.[79] De verdragsuitzondering ex art. 346 en andere uitzonderingen op bijvoorbeeld het vrijverkeersrecht geven vorm aan de bevoegdheidsverdeling. Een lidstaat mag ex art. 364(1) sub a) afwijken van de vrijverkeersbepalingen indien hiermee voorkomen kan worden dat de lidstaat gehouden wordt 'inlichtingen te verstrekken waarvan de verbreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid'.[80] Ook mag een lidstaat op basis van art. 346(1) sub b) VWEU afwijken van verdragsbepalingen indien wezenlijke veiligheidsbelangen in het geding zijn 'die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal'.[81]

Veel lidstaten zagen echter in de bewoording van art. 346 VWEU een bevestiging dat militair materieel zoals wapens en munitie in zijn geheel buiten de interne markt vielen en dus ook buiten het toepassingsbereik van de verdragen.[82] Dit bracht met zich mee dat de vrijverkeersbepalingen niet werden toegepast terwijl lidstaten zich ook niet beriepen op de uitzonderingsgronden wanneer zij afweken van de vrijverkeersbepaling en dit had negatieve gevolgen voor de interne markt. Het in zijn geheel buiten toepassing laten van de vrijverkeersbepalingen brengt namelijk het functioneren van de interne markt in gevaar. Ook een beroep van lidstaten op de uitzonderingsgronden van de vrijverkeersbepalingen leiden doorgaans tot handelsbelemmeringen. Opmerkelijk genoeg zijn de uitzonderingsgronden ex art. 39 van de richtlijn in meer gevallen van toepassing dan de verdragsuitzondering ex art. 364 in eerste instantie was.[83] De uitzonderingsgronden onder de richtlijn zijn namelijk niet alleen van toepassing op de productie van wapenen, munitie en oorlogsmateriaal, maar ook op de levering van gevoelig materiaal en gevoelige werken en diensten.[84]

---

[77] Meershoek, N. (2022). Why the EU Internal Market is Not the Correct Legal Basis for Regulating Military-strategic Procurement—On Functional Division of Competences. European Law Review, 47(3), 353-375.
[78] Trybus. Buying Defence and Security in Europe *The EU Defence and Security Procurement Directive in Context* P. 61.
[79] Pourbaix, N. (2011). The future scope of application of Article 346 TFEU. *Public Procurement Law Review*, *1*, 3.
en Trybus. Buying Defence and Security in Europe *The EU Defence and Security Procurement Directive in Context* P. 72
[80] Verdrag Betreffende de Werking van de Europese Unie, art 346(1) sub a).
[81] Verdrag Betreffende de Werking van de Europese Unie, art 346.
[82]COM (2004) 608 final *Green Paper on Defence Procurement* 6, Koutrakos, P. (2016). Public security exceptions and EU free movement law. p.20 en Trybus. Buying Defence and Security in Europe *The EU Defence and Security Procurement Directive in Context* P 105
[83] Richtlijn 2009/81/EG, art. 39
[84] Richtlijn 2009/81/EG, art. 2.

De uitzonderingsgronden ex art. 39 van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied die van toepassing zijn op overheidsopdrachten die niet direct betrekking hebben op de productie of de handel in wapens vinden hun grondslag in art. 36, 45(3), 52(1) en 65(1)(b) VWEU.[85] In lijn met de interpretatie van het HvJ van deze rechtsgronden, mogen lidstaten op basis van deze uitsluitingsgronden in bepaalde gevallen afwijken van vrijverkeersbepalingen, onder andere ten behoeve van de openbare veiligheid.[86] Art. 347 VWEU vormt een rechtsgrondslag op basis waarvan lidstaten af kunnen wijken van de vrijverkeersbepalingen omwille van 'internationale veiligheid'. Zowel de uitzondering ex art. 346 als de vrijverkeer uitzonderingsgronden in art. 36, 45(3), 52(1) en 65(1)(b) VWEU streven naar de bescherming van de nationale/internationale veiligheid. De vrijverkeersbepalingen zien echter op openbare veiligheid, terwijl art. 346 VWEU specifiek betrekking heeft op de bescherming van nationale veiligheid.[87]

Nationale veiligheid is onderdeel van de bredere en langer toegepaste openbare veiligheidsuitzonderingsgrond.[88] Bijgevolg kent nationale veiligheid een engere interpretatie dan openbare veiligheid.[89] De EU verdragen bevatten geen definiëring van het begrip openbare veiligheid noch van het begrip nationale veiligheid. Voor duiding kan men echter kijken naar de uitspraken van het HvJ waar het de begrippen interpreteert en uitlegt.

Uit de jurisprudentie van het HvJ wordt duidelijk dat hoe openbare veiligheid dient te worden geïnterpreteerd sterk afhankelijk is van het beleidsterrein waar binnen een lid zich beroept op de uitzonderingsgrond.[90] Het HvJ stelt dat openbare veiligheid zowel een interne als externe dimensie heeft.[91] Maatregelen op basis van de openbare veiligheid uitzonderingsgrond zijn alle maatregelen die nodig zijn om de integriteit van een lidstaat te beschermen. Hieronder vallen naast nationale veiligheid ook politieke en sociale integriteit.[92] Onder nationale veiligheid vallen maatregelen ten

[85] Trybus. Buying Defence and Security in Europe *The EU Defence and Security Procurement Directive in Context* P. 62
[86] Koutrakos, P. (2016). Public security exceptions and EU free movement law en ECLI:EU:C:1968:54 en ECLI:EU:C:1968:51
[87] Trybus. Buying Defence and Security in Europe *The EU Defence and Security Procurement Directive in Context* P 72
[88] Trybus. Buying Defence and Security in Europe *The EU Defence and Security Procurement Directive in Context* P 72
[89] Trybus. Buying Defence and Security in Europe *The EU Defence and Security Procurement Directive in Context* P 73
[90] Zie bijvoorbeeld de arresten: ECLI:EU:C:1991:376, ECLI:EU:C:2001:565, ECLI:EU:C:2017:542 en ECLI:EU:C:2010:708
[91] Judgment of 23 November 2010, Land Baden-Württemberg v Panagiotis Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708
[92] Trybus. Buying Defence and Security in Europe *The EU Defence and Security Procurement Directive in Context* P 72

behoeve van strategische belangen, politieke onafhankelijkheid en territoriale integriteit.[93] Omdat openbare veiligheid een ouder begrip is in het EU-recht, is er minder verklarende jurisprudentie over de toepassing van de uitzondering op basis van nationale veiligheid dan over de uitzondering op basis van openbare veiligheid.[94] In de regel geldt dat verdragsuitzonderingsgronden op basis van veiligheid uitputtend zijn en dat ze slechts in specifieke gevallen van toepassing zijn.

De totstandkoming van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied voorziet in een verduidelijking van het gebruik van de uitzonderingsgronden ex art. 36, 45 lid 3, 52 lid 1, 65 lid 1 sub b en 72 VWEU ter bescherming van de openbare veiligheid en nationale veiligheid. De richtlijn geeft nadere invulling aan de toepassing van deze uitsluitingsgronden.[95] Doordat de richtlijn zowel raakt aan het supranationale interne marktbeleid als aan het, overwegend op intergouvernementele besluitvorming berustende, Gemeenschappelijk Veiligheids- en Defensiebeleid blijft de richtlijn een Januskop. Dit komt tot uiting bij de toepassing van de uitsluitingsgrond. Enerzijds dient, ten behoeve van het functioneren van de interne markt, eerlijke mededinging in stand te worden gehouden door het rigide toepassen van uitsluitingsgronden. Anderzijds, vragen de huidige veiligheidsdreigingen om een bredere toepassing van de uitsluitingsgronden

1.3 Een beschouwing van de richtlijn in het licht van de overkoepelende EU-doelstellingen en gemeenschappelijke waarden

De oorspronkelijke doelstellingen die ten grondslag lagen aan de totstandkoming van de richtlijn zijn allicht ingehaald door de stijgende nationale veiligheidsrisico's als gevolg van publieke aanbestedingen. Door de recente ontwikkelingen is de realisatie en verbetering van de interne markt door middel van harmonisatie mogelijk een minder dringend doel dan de beheersing van nationale veiligheidsrisico's. Om het hoofd te bieden aan de hybride dreigingen is het noodzakelijk om de richtlijn uit te leggen in het licht van de gemeenschappelijke Europese waarden en de doelstellingen die ten grondslag liggen aan het ontstaan van de EU in plaats van de richtlijn alleen te beschouwen als middel ter harmonisatie van de interne markt.[96]

Het feit dat het onderwerp van de richtlijn niet alleen raakt aan de bevoegdheidsgronden van de EU-wetgevers om de interne markt te regeluren, maar ook betrekking heeft op nationale veiligheid, maakt

[93]ECLI:EU:C:2023:629, Europese Commissie vs. Polen, ro. 79 en Koutrakos, P. (2016). Public security exceptions and EU free movement law en Trybus. Buying Defence and Security in Europe The EU Defence and Security Procurement Directive in Context P 73
[94] Trybus. Buying Defence and Security in Europe *The EU Defence and Security Procurement Directive in Context* P 72
[95] Trybus. Buying Defence and Security in Europe *The EU Defence and Security Procurement Directive in Context* p. 62
[96] Manunza, E., Meershoek, N. A., & Senden, L. A. J. (2020). 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, p.13.

een interpretatie van de regelingen uit de richtlijn mogelijk waar lidstaten een brede beleidsvrijheid toekomt ter realisatie van de overkoepelende EU-doelstellingen.[97] Een interpretatie van de richtlijn waar de lidstaat meer ruimte krijgt om nationale veiligheidsrisico's te beheersen is ook in lijn met de bevoegdheidsverdeling waarbinnen nationale veiligheidsbeleid de uitsluitende verantwoordelijkheid is van de lidstaat.[98] In de volgende onderdelen van dit onderzoek zal, door middel van de toepassing van de interpretatiemethode, worden bekeken in hoeverre de lidstaten en de aanbestedende diensten beleidsruimte toekomt bij de implementatie, interpretatie en toepassing van de uitsluitingsgrond ex art. 39 lid 2 sub e) van de richtlijn. Het is mogelijk dat deze ruimte onvoldoende benut wordt in de nationale regelgeving die de implementatie vormt van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheids-gebied.

1.4 De relevantie van de Guidance Note (soft law) van de Europese Commissie bij de interpretatie van de richtlijn defensie en veiligheid

In 2016 heeft het Directoraat-generaal Interne Markt en Diensten van de Europese Commissie acht Guidance Notes gepubliceerd. Deze Guidance Notes omvatten verschillende thema's: Defense-specific Exclusions; Field of Application; Exclusions; Research and Development; Security of Supply; Security of Information; Subcontracting; and Offsets.[99] De Guidance Notes dienen bestempeld te worden als 'post-law' soft law.[100] Deze vorm van soft law geeft informatie over de invulling en aanvulling van richtlijnen en verordeningen.

Met de publicatie van de Guidance Notes informeert de Europese Commissie lidstaten over de naar haar inzicht juiste interpretatie van wetgeving. Waarbij geldt dat alleen het EU Hof van Justitie de bevoegdheid heeft om EU-recht te interpreteren. De Guidance Notes zijn bedoeld als ondersteuning en geven sturing aan de lidstaten bij de implementatie van de richtlijn. Tegelijkertijd geven de Guidance Notes een indicatie van het toekomstige handhavingsbeleid van de Europese Commissie. Tot slot kan het instrument ook dienen om, waar nodig, bij te sturen ter voorkoming van een gebrek aan uniforme toepassing na de implementatie van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied.[101]

---

[97] Manunza, E., Meershoek, N. A., & Senden, L. A. J. (2020). 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, p. 20.

[98] Gevoegde zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 van 6.10.2020, r.o. 135 en Manunza, E (2024). Bescherming van aarde en vrijheid vergt radicale mentaliteitsverandering in aanbestedingsbeleid: over nieuwe verplichtingen en oude verantwoordelijkheden in Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun

[99] https://defence-industry-space.ec.europa.eu/eu-defence-industry/defence-procurement_en

[100] Senden, L. (2004). *Soft law in European Community law* (Vol. 1). Hart publishing. P.111

[101] Senden, L. (2004). *Soft law in European Community law* (Vol. 1). Hart publishing. P.111

Als 'hoeder van de verdragen' kan de Europese Commissie een inbreukprocedure instellen indien zij van mening is dat een lidstaat de EU-regels niet of onjuist toepast.[102] De Guidance Notes geven de lidstaten handvatten om een eventuele inbreukprocedure te voorkomen over de implementatie of toepassing van de richtlijn. De Guidance Notes vormen immers een belangrijke bron van informatie over hoe de Europese Commissie de richtlijn geïmplementeerd en toegepast wil zien. Zo bevatten de Guidance Notes specifieke aanwijzingen voor de correcte interpretatie en toepassing de uitsluitingsgrond ex art. 39(2) sub e) van de richtlijn.

Hoewel de Guidance Notes direct afkomstig zijn van de Europese Commissie – door haar initiatiefrecht medewetgever in de EU – dient benadrukt te worden dat de Guidance Notes op zichzelf niet juridisch bindend zijn. Dat roept vragen op of, en zo ja, in hoeverre zij bijvoorbeeld in rechte ingeroepen kunnen worden, welke status ze daarbij hebben en welke effecten ze teweeg kunnen brengen.

Zoals in de inleiding vermeld heeft enkel het HvJ de bevoegdheid om juridisch bindende interpretaties van het Europees recht te geven.[103] Desondanks kan soft law wel degelijk indirect juridisch effect hebben.[104] Zo kan het HvJ soft law volgen bij de historische interpretatiemethode van EU-recht. Soft law geeft namelijk een goed beeld van wat de EU-wetgevers nastreefden met de totstandkoming van een bepaalde wet. Dit geldt bij uitstek voor de Guidance Notes over de Richtlijn op Defensie en Veiligheidsgebied.

Aangezien er weinig tot geen jurisprudentie is over de toepassing van de uitsluitingsgrond ex art. 39 lid 2 sub e), noch op nationaal gebied over de toepassing van art. 2.77 lid 1 sub f, maar er wel veel onduidelijkheden bestaan over de toepassing, kunnen de Guidance Notes helpen bij de interpretatie van de uitsluitingsgrond. Door middel van de Guidance Notes kan inzicht verworven worden in wat EU-wetgevers bedoeld hebben te regelen met de adoptie van de uitsluitingsgrond. Zo kan benaderd worden hoeveel beleidsvrijheid de EU-wetgevers getracht hebben te geven aan de lidstaten en de aanbestedende diensten bij de interpretatie en toepassing van de uitsluitingsgrond ter bescherming van de nationale veiligheid.

1.5 Welke opdrachten vallen onder de reikwijdte van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied?

Zoals reeds in de inleiding besproken vormt de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied een lex specialis ten opzichte van de reguliere aanbestedingsrichtlijnen. Bijgevolg wijkt het

[102] Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie art. 258
[103] Verdrag betreffende de Europese Unie art. 19 en Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie art. 267
[104] Senden, L. (2004). *Soft law in European Community law* (Vol. 1). Hart publishing.

toepassingsgebied van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied af van die van de reguliere aanbestedingsrichtlijn (2014/24 en 2014/25). Ex art. 2 van de richtlijn is hij van toepassing op opdrachten die betrekking hebben op:

a) de levering van militair materiaal, inclusief onderdelen, componenten en/of assemblagedelen;
b) de levering van gevoelig materiaal, inclusief onderdelen, componenten en/of assemblagedelen;
c) werken, leveringen en diensten die rechtstreeks met het onder a) en b) genoemde materiaal verband houden, voor alle fasen van de levenscyclus ervan;
d) werken en diensten voor specifiek militaire doeleinden, of gevoelige werken en gevoelige diensten.

Om te toetsen of de bepalingen van de richtlijn van toepassing zijn op een overheidsopdracht dient gekeken te worden of de opdracht van militaire of gevoelige aard is ofwel direct verband houdt met materiaal dat een militaire of gevoelige aard heeft. De reikwijdte van de richtlijn is ook relevant voor het toepassingsgebied van de AwDV gezien de Nederlandse wetgever art. 2 van de richtlijn vrijwel onaangepast heeft omgezet in art. 2.1 van de AwDV.[105]

1.5.1. Eerste toepassingsvoorwaarde: Gevoelige opdrachten en gerubriceerde gegevens

Het wordt uit de bepalingen niet direct duidelijk wat precies onder het begrip 'gevoelige opdrachten' valt. In art. 1 van de richtlijn worden gevoelige opdrachten (dat wil zeggen opdrachten betreffende gevoelig materiaal, gevoelige werken en/of gevoelige diensten) gedefinieerd als: *"materiaal, werken en diensten voor veiligheidsdoeleinden die betrekking hebben op gerubriceerde gegevens of die gerubriceerde gegevens noodzakelijk maken en/of bevatten".* Om te bepalen wat onder 'gevoelige opdrachten' valt, dient zodoende gekeken te worden wat het begrip 'gerubriceerde gegeven' precies omvat.

Ook het begrip 'gerubriceerde gegevens' wordt gedefinieerd in art. 1 van de richtlijn. Gerubriceerde gegevens zijn: *'gegevens of materiaal, ongeacht de vorm, aard of transmissiemethode ervan, waaraan een bepaald niveau van veiligheidsclassificatie of een beveiligingsniveau is toegekend en die in het belang van de nationale veiligheid en overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in de lidstaat in kwestie gelden, bescherming vereisen tegen ontvreemding, vernietiging, verwijdering, onthulling, verlies of toegang ertoe door een onbevoegd persoon, of tegen enige andere vorm van compromittering'.*

[105] Zie ook de analyse in Meershoek, N., Manunza, E., Senden, L., Geraedts, J., & Scholte, D. (2022). Naar een betere bescherming van veiligheidsbelangen bij de aankopen van de Nationale Politie: Een eerste verkenning van enkele aanbestedingsrechtelijke vraagstukken. en Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied art. 2.76 en 2.87, p. 22.

Uit deze definiëring kan worden afgeleid dat de richtlijn dient te worden toegepast indien een overheidsopdracht rubricering van bepaalde gegevens noodzakelijk maakt, bevat of betrekking heeft daarop.

1.5.2 Tweede toepassingsvoorwaarde: veiligheidsdoeleind

Een tweede vereiste is dat de overheidsopdracht bestemd dient te zijn voor een veiligheidsdoeleind. Hoewel aan beide vereisten moet worden voldaan zal snel aan het tweede vereiste zijn voldaan indien een opdracht rubricering van de gegevens noodzakelijk maakt. De rubricering zelf vindt namelijk binnen de rijksoverheid doorgaans al plaats in het belang van de nationale veiligheid.[106]

1.5.3. Tussenconclusie: Nederland heeft aanzienlijk invloed op de werkingssfeer van de richtlijn en kan de toepassing daarvan vergoten of kleiner houden

Van belang is op te merken dat de lidstaten zelf invloed hebben op de reikwijdte van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied. De rubricering van gegevens is namelijk een bevoegdheid van de lidstaat zelf. Zo bepaalt art. 22 van de richtlijn dat: '*Bij gebrek aan harmonisatie op communautair niveau van de nationale systematiek voor veiligheidsonderzoeken mogen de lidstaten bepalen dat de in de tweede alinea vermelde maatregelen en vereisten moeten stroken met hun nationale bepalingen inzake veiligheidsonderzoeken'.* De rubricering van gegevens valt binnen de nationale systematiek voor veiligheidsonderzoek.[107] Bijgevolg hebben lidstaten aanzienlijke invloed op de reikwijdte van de richtlijn.

Als binnen een lidstaat nationale regelgeving de rubricering van gegevens te rigide toelaat kan dit nationale veiligheidsrisico's met zich meebrengen. De veiligheidsrisico's ontstaan doordat in die situatie aanbestedende diensten de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied niet altijd kunnen toepassen op overheidsopdrachten die in andere lidstaten wel als 'gevoelige opdrachten' zouden zijn aan te merken. Dit heeft tot gevolg dat de aanbestedende diensten niet altijd gebruik kunnen maken van de extra instrumenten ter bescherming van de nationale veiligheid die de richtlijn biedt ten opzichte van de reguliere aanbestedingsrichtlijnen.

Door gevoelige opdrachten onder het toepassingsgebied van de richtlijn te laten vallen hebben de EU-wetgevers getracht aanbestedende diensten bij niet-militaire opdrachten, die toch dezelfde of soortgelijke veiligheidsvraagstukken met zich meebrengen, extra instrumenten te geven om de

[106] Meershoek, N., Manunza, E., Senden, L., Geraedts, J., & Scholte, D. (2022). Naar een betere bescherming van veiligheidsbelangen bij de aankopen van de Nationale Politie: Een eerste verkenning van enkele aanbestedingsrechtelijke vraagstukken. en Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied art. 2.76 en 2.87, p. 23.
[107] Meershoek, N. (2021). Nationale veiligheid als natuurlijke begrenzing van EU-aanbestedingsliberalisering. Tijdschrift Aanbestedingsrecht & Staatssteun, 18(4), p. 26.

nationale veiligheid te waarborgen ten opzichte van de instrumenten die de reguliere aanbestedingsrichtlijnen bieden. Een van de doelen van de richtlijn is namelijk lidstaten in staat te stellen adequate instrumenten te bieden om hun nationale veiligheid te garanderen tijdens de gunning en uitvoering van overheidsopdrachten.[108]

[108] Meershoek, N., Manunza, E., Senden, L., Geraedts, J., & Scholte, D. (2022). Naar een betere bescherming van veiligheidsbelangen bij de aankopen van de Nationale Politie: Een eerste verkenning van enkele aanbestedingsrechtelijke vraagstukken. en Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied art. 2.76 en 2.87, p. 23.

Observaties Hoofdstuk I

→ Het interne marktbeleid is supranationaal van aard, terwijl het gezamenlijke defensie- en veiligheidsbeleid een intergouvernementele basis heeft. Een supranationaal karakter betekent dat de EU de belangrijkste bevoegdheid heeft om te reguleren, terwijl een intergouvernementeel karakter betekent dat regulering tot stand komt met instemming van de lidstaten.

→ De Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied is op basis van de interne markt bevoegdheden van de EU-wetgevers tot stand gekomen, terwijl de richtlijn ook raakt aan de bevoegdheden van de lidstaten om nationale veiligheidsrisico's te beheersen.[109] Hierdoor dient bij de interpretatie van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied rekening te worden gehouden dat enerzijds de EU bevoegd is om de interne markt te reguleren, anderzijds heeft de richtlijn betrekking op de bescherming van de nationale veiligheid waar uitsluitend de lidstaten de verantwoordelijkheid voor dragen.[110] Dit is een complex spanningsveld, waarover later in het rapport meer zal worden geschreven.

→ De vrijverkeersbepalingen uit het EU-verdrag (de artikelen 36, 45(3), 52(1), 65(1)(b) EUWV) zijn in beginsel van toepassing bij overheidsopdrachten op het gebied van defensie en veiligheid.

→Een lidstaat kan enkel afwijken van de vrijverkeersbepalingen indien de lidstaat zich kan beroepen op een van de uitzonderingsgronden. De grondslag van de uitzonderingsgronden die opgenomen zijn in de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied vinden hun grondslag in art. 36, 45(3), 52(1), 65(1)(b), 72, 346 en 347 VWEU.

→ Indien de bepalingen van de richtlijn zelf niet afdoende mogelijkheid geven om het hoofd te bieden aan de hybride dreigingen kan gekeken worden naar een uitleg van de richtlijn in het licht van de gemeenschappelijke Europese waarden en de doelstellingen die ten grondslag liggen aan het ontstaan van de EU. Een dergelijke uitleg zou meer mogelijkheden kunnen bieden dan wanneer de richtlijn slechts beschouwd wordt als middel ter harmonisatie van de interne markt.

→De Guidance Notes die gepubliceerd zijn door de Europese Commissie zijn niet juridisch bindend, maar zijn alsnog toonaangevend voor de juiste implementatie en toepassing van de richtlijn. Daardoor zijn de Guidance Notes van belang voor een zorgvuldige interpretatie van de uitsluitingsgrond in afwachting van een beslissing van het EU Hof van Justitie die vooralsnog uitblijft.

[109] art. 53 en 114 VWEU.
[110] Gevoegde zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 van 6.10.2020, r.o. 135.

Hoofdstuk II

Hoe dient het begrip betrouwbaarheid uit art. 39 lid 2 sub e geïnterpreteerd te worden?

Hoe dient het begrip 'betrouwbaarheid' uit art. 39 lid 2 sub 2) van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied te worden geïnterpreteerd/geconceptualiseerd en hoe heeft de Nederlandse wetgever de uitsluitingsgrond omgezet in het Nederlands recht?

2.1 De interpretatie van open normen

Zoals in het inleidende hoofdstuk van dit onderzoek reeds geconstateerd bevat de uitsluitingsgrond meerdere open normen. Deze open normen bieden de mogelijkheid tot nadere interpretatie door de lidstaat of door de aanbestedende dienst.[111] De uitsluitingsgrond luidt: *'Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer waarvan is vastgesteld, op basis van welk bewijsmiddel ook, inclusief beschermde gegevensbronnen, dat hij niet de betrouwbaarheid vertoont die nodig is om risico's voor de veiligheid van de lidstaat uit te sluiten'.*[112] Opgenomen begrippen als: *'betrouwbaarheid', 'vertoont', 'nodig' 'risico's voor de veiligheid'* en *'uit te sluiten'* kunnen op meerdere manieren worden geïnterpreteerd en ingevuld.

Voor het optimaal benutten van de uitsluitingsgrond is het van belang dat de aanbestedende dienst concrete handvatten heeft welke inschrijvers als betrouwbaar dienen te worden aangemerkt. De aanbestedende dienst heeft immers de taak om uiteindelijk de uitsluitingsgrond daadwerkelijk toe te passen. Ook met het oog op de uniforme toepassing van het EU-recht is het van belang goed in kaart te brengen welke aanwijzingen de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied en implementatie documenten geven over de invulling van deze begrippen.

De belangrijkste open norm uit de uitsluitingsgrond is 'betrouwbaarheid'. Wat het begrip omvat bepaalt immers welke onderneming wel en welke onderneming niet deel mag nemen aan een aanbestedingsprocedure. In de Guidance Note Security of Information stelt de Europese Commissie *'Omdat betrouwbaarheid een vaag concept is hebben aanbestedende diensten … een hoge mate van*

[111] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 13
[112] Richtlijn 2009/81/EG, art 38(2) sub e)

flexibiliteit bij de toepassing ervan'.[113] Uit deze bewoording volgt dat de Europese Commissie het begrip 'betrouwbaarheid' als onbepaald bestempeld. Wel dient voor de correcte implementatie en voor de adequate toepassing van de uitsluitingsgrond te worden vastgesteld wat het begrip 'betrouwbaarheid' omvat en wanneer aanbestedende diensten een inschrijver als betrouwbaar dienen aan te merken.

Zoals in paragraaf 1.4 van de inleiding beschreven is enkel het HvJ bevoegd om de juiste interpretatie van EU-rechtelijke bepalingen vast te stellen. Het is echter voor het doel van dit onderzoek van belang in kaart te brengen welke ruimte lidstaten en aanbestedende diensten hebben bij de implementatie en toepassing van de uitsluitingsgrond. Daarom zal in dit hoofdstuk van het onderzoek getracht worden de mogelijke invulling van 'betrouwbaarheid' te benaderen door de indicaties te bestuderen die in de eerste plaats in de richtlijn zelf en in de tweede plaats in de Guidance Notes zijn opgenomen. Door op deze manier de invulling van het begrip 'betrouwbaarheid' te benaderen kunnen elementen van het begrip worden opgesteld. Deze elementen kunnen ondersteuning bieden aan lidstaten en aanbestedende diensten bij de implementatie en toepassing van dit thans nog 'vage' begrip.[114]

2.2 Bevoorradingszekerheid en gegevensbeveiliging als primaire interpretatie-indicatoren van het begrip betrouwbaarheid uit art. 39 lid 2 sub e richtlijn 2009/81

Uit de preambule van de richtlijn blijkt dat een inschrijver met name als onbetrouwbaar dient te worden aangemerkt als hij niet in staat is te voldoen aan 'de door de aanbestedende dienst gestelde eisen inzake bevoorradingszekerheid en gegevensbeveiliging'.[115] Geconcludeerd kan worden dat een aanbestedende dienst een inschrijver als onvoldoende betrouwbaar kan aanmerken indien er een aantoonbaar verband bestaat tussen de vermeende veiligheidsrisico's voor de lidstaat en de gebreken aan de bevoorradingszekerheid en/of gegevensbeveiliging. In deze conceptualisatie van betrouwbaarheid is een directe link zichtbaar met de nationale veiligheidsrisico's die voortkomen uit hybride dreigingen.[116] Door van een inschrijver te eisen dat hij leverings- en bevoorradingszekerheid moet kunnen bieden wordt strategische afhankelijkheid voor de lidstaat voorkomen.

[113] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 13: Er is geen Nederlandse versie van de Guidance Note. De bewoording in het Engels luidt: 'Since reliability is a vague concept, contracting authorities/entities have … a considerable degree of flexibility for their assessment'. In deze paragraaf is een vertaling van de auteur opgenomen.
[114] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 13
[115] Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 67.
[116] Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden. p. 15, Fabian, S. (2019). The Russian hybrid warfare strategy–neither Russian nor strategy. *Defense & Security Analysis*, *35*(3), 308-325 en Hoffman, F. G. (2007). Conflict in the 21st century: The rise of hybrid wars (p. 51). Arlington, VA: Potomac Institute for Policy Studies, p. 23

De eis dat inschrijvers gegevensbescherming moeten kunnen garanderen hangt nauw samen met het ondervangen van het weglekken van hoogwaardige kennis. Om te kunnen voldoen aan het vereiste niveau van gegevensbeveiliging om geen gebrek aan betrouwbaarheid te vertonen dient een inschrijver zowel over fysieke als digitale weerbaarheid te beschikken. Fysieke weerbaarheid gaat bijvoorbeeld over de beveiliging van bedrijfspanden of productieplekken van de inschrijver ter voorkoming van spionage of diefstal. Digitale weerbaarheid gaat over de beveiliging van de cyberomgeving van de inschrijver.[117]

Naast fysieke en digitale dreigingen kunnen ook werknemers, onderaannemers en de bestuurders van een inschrijver de bevoorradingszekerheid en gegevensbeveiliging van binnenuit in gevaar brengen.[118] Om als betrouwbaar te worden aangemerkt dient een inschrijver aan te kunnen tonen dat de werknemers, onderaannemers en bestuursleden aan betrouwbaarheidsvereisten voldoen. Een bedrijf dient tot op zekere hoogte aannemelijk te kunnen maken dat werknemers, onderaannemers en bestuursleden de bevoorradingszekerheid en gegevensbeveiliging niet in gevaar kunnen brengen.

2.3 De aandeelhoudersstructuur en kenmerken van het product als interpretatie-indicatoren van het begrip betrouwbaarheid uit art. 39 lid 2 sub e richtlijn 2009/81

Ondanks dat de preambule aangeeft dat het gebrek aan vertrouwen kan voortvloeien uit het feit dat de inschrijver niet in staat is bevoorradingszekerheid en/of gegevensbeveiliging te garanderen, is het niet ondenkbaar dat er andere indicatoren zijn waaruit het gebrek aan betrouwbaarheid blijkt. Het is goed mogelijk dat een inschrijver wel in staat is om leveringszekerheid en de gewenste mate van gegevensbescherming te bieden terwijl, afgaande op de aandeelhoudersstructuur, een bedrijf nauwe banden heeft met geopolitieke actoren met tegengestelde belangen. Men zou zich kunnen voorstellen dat het gebrek aan betrouwbaarheid van de inschrijver voortvloeit uit het risico dat geopolitieke rivalen door middel van hun invloed over potentiële inschrijvers een mate van controle krijgen op de kwaliteit en/of over de continuïteit van de vitale infrastructuur.[119]

De preambule van de richtlijn erkent dat nationale veiligheidsrisico's ook het gevolg kunnen zijn van de aandeelhoudersstructuur van de inschrijver.[120] Ondanks dat de preambule de aandeelhouders-structuur bestempelt als mogelijke indicator voor veiligheidsrisico's, linkt de preambule dit niet expliciet aan de beslissing of een inschrijver als betrouwbaar dient te worden aangemerkt. Echter kan door teleologische en systematische interpretatie van de uitsluitingsgrond en de context van de

[117] Europease Commissie (2020), The EU's Cybersecurity Strategy for the Digital Decade. Geraadpleegd op 23 februari 2024, van https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020JC0018
[118] AIVD, MIVD en NCTV (2021), Dreigingsbeeld Statelijke Actoren, p. 26.
[119] OECD Public Governance Policy Papers 'Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure' 2023, p. 38-44.
[120] Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 65.

richtlijn gesteld worden dat de aandeelhoudersstructuur van een inschrijver ook als indicatie voor het gebrek aan betrouwbaarheid kan dienen.[121] Immers, zonder dat de aandeelhoudersstructuur een directe indicatie is van de onbetrouwbaarheid van de inschrijver zelf, kan het toch een indicatie zijn voor mogelijke ongewenste beïnvloeding door statelijke actoren van de inschrijver, waardoor de inschrijver niet kan worden aangemerkt als betrouwbaar.

Uit dezelfde preambule over de aandeelhoudersstructuur volgt dat veiligheidsrisico's voor de lidstaat ook voortkomen uit 'bepaalde kenmerken van de producten die door de gegadigde worden geleverd'.[122] Hier valt dezelfde afweging te maken. Het is zeer aannemelijk dat de kenmerken van het te leveren product ook een indicator vormen voor de betrouwbaarheid van de inschrijver, terwijl die kenmerken niet direct leiden tot een mogelijk gebrek aan bevoorradingszekerheid en/of gegevensbeveiliging. Het is enkel van belang dat het gebrek aan betrouwbaarheid van de inschrijver aantoonbare risico's voor de veiligheid van de lidstaat met zich meebrengt.[123] Bijgevolg kan het gebrek aan betrouwbaarheid voortvloeien uit zowel de eigenschappen als mede uit de kenmerken van de te leveren producten. Doordat niet alleen de inschrijver zelf, maar ook het geleverde product kan leiden tot een gebrek aan betrouwbaarheid vormt de uitsluitingsgrond een compleet instrument ter bescherming van de nationale veiligheid van een lidstaat.

Uit bestudering van de indicatoren die een gebrek aan betrouwbaarheid kunnen aantonen volgt dat veiligheidsrisico's niet altijd het gevolg dienen te zijn van de inmenging van bewust kwaadwillende statelijke actoren die de nationale veiligheid opzettelijk ondermijnen. Het kan namelijk ook zo zijn dat de onbetrouwbaarheid voortvloeit uit het onvermogen van een niet kwaadwillende inschrijver om te voldoen aan bepaalde eisen omtrent bevoorradingszekerheid en/of gegevensbeveiliging.[124] Ook kunnen de productkenmerken waaruit het gebrek aan betrouwbaarheid voortkomt het gevolg zijn van processen en producenten die zich in een eerder stadium van de productieketen bevinden waar de inschrijver zelf geen weet van had. Dat het gebrek aan betrouwbaarheid van een inschrijver ook het gevolg kan zijn van onvermogen maakt dat aanbestedende diensten de uitsluitingsgrond in meer gevallen kunnen toepassen.

2.4 Is uitsluiting mogelijk indien het ontbreken van betrouwbaarheid potentiële veiligheidsrisico's heeft voor een andere lidstaat dan Nederland?

[121] Manunza, E., Meershoek, N. A., & Senden, L. A. J. (2020). 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, p.13
[122] Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 65.
[123] Richtlijn 2009/81/EG, art. 39 lid 2 sub e) en Preambule overweging 67.
[124] Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 67.

Een duidelijk vereiste dat uit de richtlijn blijkt is dat het gebrek aan betrouwbaarheid moet leiden tot potentiële veiligheidsrisico's voor de lidstaat zelf.[125] Op basis van taalkundige of grammaticale interpretatie van de uitsluitingsgrond kan een inschrijver dus niet uitgesloten worden indien het gunnen van de overheidsopdracht leidt tot veiligheidsrisico's aan een andere lidstaat.[126] De vraag is of dit betekent dat uitsluiting ook mogelijk is indien gunning aan de inschrijver veiligheidsrisico's in een andere lidstaat met zich meebrengt. Hoewel het niet uitdrukkelijk uit de bewoordingen van de richtlijn blijkt, is het aannemelijk door een beredenering a contrario dat dit wel het geval is. Zo is uitsluiting ter bescherming van de nationale veiligheid van een andere lidstaat dan de aanbestedende lidstaat zelf in lijn met het doel van de richtlijn.[127] Ter illustratie, voor de uitvoering van een overheidsopdracht zou het noodzakelijk kunnen zijn om gegevens te delen die als 'gevoelige' zijn aangemerkt door een andere lidstaat.[128] Ook kan men stellen dat uitsluiting ter bescherming van de nationale veiligheid van een andere lidstaat in overeenstemming is met het loyaliteitsbeginsel.[129] Volgens teleologische interpretatie zou uitsluiting ter bescherming van de veiligheid in een andere lidstaat dus wel mogelijk zijn.[130]

2.5 De implementatie van de uitsluitingsgrond in het Nederlands recht

De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied te implementeren in de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied. Daarbij is de richtlijn voor grote delen letterlijk overgenomen in de nationale implementatiewetgeving.[131] Ook de uitsluitingsgrond uit art. 39(2) sub e) is vrijwel in dezelfde bewoordingen overgenomen in de art. 2.77 lid 1 sub f van de AwDV. De richtlijn bepaalt dat:

---

[125] Richtlijn 2009/81/EG, art. 39 lid 2 sub e)
[126] Groenewegen, F. T. (2007, June). De relatieve waarde van de grammaticale interpretatiemethode. In *Feteris, ET; Kloosterhuis, H.; Plug, HJ en Pontier, JA (reds.) Alles afwegende: bijdragen aan het vijfde symposium juridische argumentatie* (Vol. 22, pp. 239-244).
[127] Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overwegingen 4, 5 en 7
[128] Hypothetisch kan de situatie zich voor doen dat een lidstaat op de hoogte is van de rede dat (bijvoorbeeld) datacentra technisch falen in een andere lidstaat. Om deze gebreken in de eigen datacentra te voorkomen kan het nodig zijn om deze 'gevoelige informatie' met inschrijvers te delen.
[129] Manunza, E., Meershoek, N. A., & Senden, L. A. J. (2020). 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, p.20 en Verdrag Betreffende de Europese Unie, art. 4 lid 3 en Judgment of 26 Oktober 1999 in Case C-273/97 Sirdar vs. the Army Board en Secretary of State for Defence.
[130] 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 EUVerdragen en het nationale aanbestedings- en mededingingsrecht', Utrecht University Centre for Public Procurement & RENFORCE 2020, Deel II. en Bakker, S. (2021). Legal pragmatism om pijnlijke rechtspraak te voorkomen.
[131] Memorie van Toelichting 'Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied)' vergaderjaar 2010-2022, 32768, nr. p. 7.

'Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer: (...) waarvan is vastgesteld, op basis van welk bewijsmiddel ook, inclusief beschermde gegevensbronnen, dat hij niet de betrouwbaarheid vertoont die nodig is om risico's voor de veiligheid van de lidstaat uit te sluiten'[132]

En dit is in de volgende bewoordingen omgezet in het Nederlands recht:

'De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelneming aan een opdracht of een aanbestedingsprocedure op de volgende gronden: (...) jegens de gegadigde of inschrijver is vastgesteld dat hij niet over de betrouwbaarheid beschikt die nodig is om risico's voor de nationale veiligheid uit te sluiten.'[133]

Ten eerste valt op dat de Nederlandse wetgever in art. 2.77 lid 1 sub f voor de open norm 'betrouwbaarheid' heeft gekozen. Doordat het de bepaling het concept 'betrouwbaarheid' niet definieert en de Nederlandse bepaling geen specifiekere elementen bevat in aanvulling op de bepaling uit de richtlijn kan men ook ten aanzien van het begrip 'betrouwbaarheid' in de geïmplementeerde uitsluitingsgrond spreken van een 'vaag concept'.[134] Bij de toepassing van art. 2.77 lid 1 sub f AwDV dient een richtlijnconforme interpretatie te worden gehanteerd van het concept 'betrouwbaarheid'.[135] Bijgevolg dienen de elementen opgenomen in de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied, uitvoerig besproken in de eerdere paragrafen van dit hoofdstuk, ook als indicatoren ter interpretatie van het concept betrouwbaarheid ex art. 2.77 lid 1 sub f AwDV.

Net als in de bepaling uit de richtlijn wordt in de AwDV betrouwbaarheid gekoppeld aan nationale veiligheidsrisico's. Ook hier dient het gebrek aan betrouwbaarheid dus nationale veiligheidsrisico's met zich mee te brengen eer uitsluiting van de inschrijver of gegadigde gerechtvaardigd is.

Ondanks dat de EU-bepaling en de omzetting daarvan in het Nederlands recht in grote lijnen overeenkomen zijn er ook enkele verschillen. Ten eerste bevat de richtlijn de bewoording 'de betrouwbaarheid vertoont' terwijl in de AwDV gekozen is voor 'over de betrouwbaarheid beschikt'. Ook in de Engelstalige versie van de richtlijn wordt gebruik gemaakt van de bewoording 'possess', wat meer overeenkomt met 'beschikt' uit het AwDV dan met 'vertonen' uit de Nederlandse versie van de richtlijn. Bij het gebruik van de linguïstische interpretatiemethode zal men waarschijnlijk tot de conclusie komen dat er een taalkundig verschil bestaat tussen enerzijds 'vertonen' en anderzijds

[132] Richtlijn 2009/81/EG, art 39(2) sub e)
[133] Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied, art. 2.77 lid 1 sub f
[134] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 13
[135] ECLI:EU:C:2012:33, Maribel Dominguez vs, Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, ro. 27 en 44 en Verhoeven, M. J. M., & Jans, J. H. (2017). Doorwerking via conforme interpretatie en rechtstreekse werking. In Inleiding tot het Europees bestuursrecht Ars Aequi Libri. p. 66.

'beschikken'. Waar 'vertonen' meer afhankelijk is van het (subjectieve) oordeel van de screenende entiteit heeft 'beschikken' een objectievere connotatie. Een inschrijver die niet de benodigde betrouwbaarheid 'vertoond' zou in feiten wel over de benodigde betrouwbaarheid kunnen 'beschikken'. Terwijl een inschrijver die niet over de gewenste betrouwbaarheid beschikt daadwerkelijk een gevaar vormt voor de nationale veiligheid. Het is echter onwaarschijnlijk dat dit taalkundige verschil zal leiden tot een afwijkende toepassing van de artikelen. De nationale rechter dient immers de EU conforme interpretatiemethode te hanteren bij de interpretatie van de nationale regelgeving. Een afwijkende toepassing is te meer niet waarschijnlijk doordat de Engelstalige versie van de richtlijn wel overeenkomt met de specifieke bewoording van art. 2.77 lid 1 sub f AwDV.

Het tweede verschil is dat de richtlijn niet specifiek geadresseerd is, terwijl volgens art. 2.77 AwDV alleen een aanbestedende dienst of een speciaal sectorbedrijf de uitsluitingsgrond mag toepassen. Tot slot bepaalt de richtlijn dat uitsluiting plaats kan vinden '*op basis van welk bewijsmiddel ook, inclusief beschermde gegevensbronnen*' terwijl dit niet is overgenomen in art. 2.77 AwDV. Gezien art. 2.77 AwDV ook geen andere specifieke vereiste omtrent bewijsmiddelen bevat, is het waarschijnlijk dat ook volgens deze bepaling uitsluiting mag plaatsvinden op basis van beschermde gegevensbronnen.[136]

Op basis van de vergelijking tussen de bepaling in de richtlijn en de omzetting van de bepaling in art. 2.77 lid 1 sub f AwDV kan dus geconcludeerd worden dat er geen aanleiding is om te veronderstellen dat de Nederlandse wetgever niet beoogd heeft de toepassing van de uitsluitingsgrond nader te bepalen dan de oorspronkelijk bewoording uit art. 39 lid 2 sub e) van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied. Echter dient onderzocht te worden of de Nederlandse wetgever met de huidige omzetting van de uitsluitingsgrond wel de kansen heeft benut die de uitsluitingsgrond biedt ter bescherming van de nationale veiligheid. Bijgevolg zal in de volgende hoofdstukken van dit onderzoek (III en IV) bestudeerd worden welke beleidsvrijheid de Nederlandse wetgever, maar ook de Nederlandse aanbestedende diensten toekomt bij de interpretatie, implementatie en toepassing van de uitsluitingsgrond.

Observaties Hoofdstuk II

→ Een inschrijver dient als onbetrouwbaar te worden aangemerkt als hij niet in staat is te voldoen aan 'de door de aanbestedende dienst gestelde eisen inzake bevoorradingszekerheid en gegevens-beveiliging'.

→ De aandeelhoudersstructuur van een inschrijver is ook relevant om te bepalen of er een gebrek aan betrouwbaarheid is.

→ Kenmerken van het product kunnen aanleiding geven tot een gebrek aan betrouwbaarheid.

→ Het gebrek aan betrouwbaarheid hoeft niet alleen voort te komen uit bewuste kwaadwillende ondermijning of een entiteit die gelinkt is aan landen met tegengestelde geopolitiek belangen, maar kan ook het gevolg zijn van het onvermogen van een 'normale' inschrijver ten aanzien van de bevoorradingszekerheid en gegevensbeveiliging of aandeelhoudersstructuur. Ook het gunnen van een overheidsopdracht aan een niet kwaadwillende inschrijver kan namelijk een gevaar voor de nationale veiligheid met zich meebrengen.

→ Hoewel uit de letterlijke bewoording van de uitsluitingsgrond volgt dat enkel veiligheidsdreigingen voor de lidstaat zelf kunnen leiden tot uitsluiting kan aangenomen worden dat de uitsluitingsgrond ook van toepassing is indien de gunning van een overheidsopdracht aan een inschrijver in de ene lidstaat leidt tot toenemende veiligheidsrisico's in een andere lidstaat.

Hoofdstuk III

De ruimte die de Lidstaten hebben bij de interpretatie, implementatie en toepassing van de uitsluitingsgrond

Welke materiele en procedurele ruimte hebben lidstaten bij de implementatie van de uitsluitingsgrond en waardoor wordt deze ruimte begrensd?

Uit de analyse in hoofdstuk II is gebleken dat art. 39 lid 2 sub e) van de richtlijn de vage bewoording 'betrouwbaarheid' bevat en dat de richtlijn meerdere indicaties geeft van verschillende elementen van het begrip. Uit de vergelijking in hoofdstuk II tussen de tekst van art. 39 lid 2 sub e) van de richtlijn en art. 2.77 lid 1 sub f AwDV waarmee de uitsluitingsgrond wordt omgezet in het Nederlands recht blijkt dat bij de implementatie geen extra handvatten zijn opgenomen op basis waarvan Nederlandse aanbestedende diensten de uitsluitingsgrond kunnen toepassen. In dit hoofdstuk zal worden onderzocht in hoeverre een lidstaat als Nederland discretionaire bevoegdheid toekomt om de uitsluitingsgrond ex art. 39 lid 2 sub e) nader te specificeren in het nationaal recht. Daartoe zal eerst worden bestudeerd wat voor vorm van harmonisatie de uitsluitingsgrond betreft. Daarna zullen de relevante uitspraken van het HvJ besproken worden. Vervolgens zullen respectievelijk de materiele- en de procedurele beleidsvrijheid bestudeerd worden die lidstaten hebben bij de implementatie van de richtlijn. Tot slot zal worden onderzocht in hoeverre algemene beginselen van het Europese recht de discretionaire bevoegdheid van de lidstaten begrenzen.

3.1 Het instrument richtlijn en de verschillende vormen van harmonisatie

3.1.1. De eigenschappen van een richtlijn

De EU-wetgevers hebben gekozen om een richtlijn te gebruiken als instrument om de interne markt voor overheidsopdrachten open te stellen voor defensie- en gevoelige opdrachten zonder dat legitieme veiligheidsbelangen van de lidstaten in gevaar worden gebracht.[137] De keuze voor het gebruik van een richtlijn als instrument geeft inzicht in de intenties van de EU-wetgevers.[138] Uit het feit dat de EU-wetgevers een richtlijn hebben gebruikt in plaats van bijvoorbeeld een verordening kan worden afgeleid dat de EU-wetgevers ervoor hebben gekozen lidstaten meer ruimte te geven bij

[137] Richtlijn 2009/81/EG
[138] Prechal, S., & Van den Brink, T. (2010). Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht: onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State. P. 28

de invulling van de opgestelde regels.[139] Art. 288 VWEU bepaalt*: 'Een verordening heeft een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen*'.[140] Dit heeft tot gevolg dat een richtlijn geïmplementeerd dient te worden in de nationale wetgeving van de lidstaten, terwijl dit niet is toegestaan in het geval van een verordening.[141] De EU-wetgevers hebben kortom beoogd lidstaten beleidsvrijheid te geven bij de implementatie van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied aangezien gekozen is voor een richtlijn als instrument in plaats van voor een verordening.[142]

Een richtlijn implementeren in de nationale rechtsorde geeft de lidstaat in veel gevallen een bepaalde mate van beleidsvrijheid.[143] Met beleidsvrijheid wordt bedoeld dat lidstaten de mogelijkheid hebben om op nationaal niveau keuzes te maken over de methode, inhoud en vorm tijdens de implementatie en, in een later stadium, over de toepassing van de richtlijn.[144]

3.1.2. De verschillende vormen van harmonisatie: totale, optionele en minimum harmonisatie

Er is een groot onderscheid in de verschillende gradaties van de beleidsvrijheid die lidstaten toekomt bij de implementatie van Europese regelgeving.[145] Zo kan de beleidsvrijheid betekenen dat een lidstaat het gehele handhavingsproces van een richtlijn dient te regelen en daarmee aanzienlijke ruimte tot invulling aan de lidstaat wordt vertrouwd.[146] Maar de beleidsvrijheid kan ook zo beperkt zijn dat het de lidstaat enkel de keuze laat een bepaling wel of niet te implementeren.[147] Hoeveel beleidsvrijheid een lidstaat krijgt van de EU-wetgevers bij de implementatie van een richtlijn hangt onder andere af van de vorm van harmonisatie. De EU-wetgevers kunnen bij het opstellen van een richtlijn gebruik maken van drie verschillende vormen van harmonisatie: totale, optionele of

[139] Het Verdrag Betreffende de Werking van de Europese Unie, art. 288
[140] Craig, P., & De Búrca, G. (2020). EU Law: Text, Cases, and Materials UK Version. Oxford University Press p. 138
[141] Zie bijvoorbeeld ECLI:EU:C:1973:13, Commissie vs. Italië, p.101 en Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie art. 288
[142] https://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2007/0766/COM_COM(2007)0766_EN.pdf p. 8.
[143] Craig, P., & De Búrca, G. (2020). EU Law: Text, Cases, and Materials UK Version. Oxford University Press p. 139
[144] Prechal, S., & Van den Brink, T. (2010). Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht: onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State. P. 28
[145] Weatherill, S. (2020). The Fundamental Question of Minimum or Maximum Harmonisation. *The Internal Market*, *2*. P. 5 en Prechal, S., & Van den Brink, T. (2010). Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht: onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State. P. 28
[146] Manunza, E. (2006). Advies aan het Ministerie van Economische Zaken over de implementatie van de uitsluitingsgronden.
[147] Prechal, S., & Van den Brink, T. (2010). Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht: onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State. P. 28

minimumharmonisatie. In één richtlijn kunnen alle drie de vormen worden gehanteerd. Om de discretionaire bevoegdheid van de lidstaat bij de implementatie te bepalen dient de bewoording van een richtlijn en de specifieke bepaling goed te worden bestudeerd. De vorm van harmonisatie bepaalt de beleidsvrijheid van de lidstaat bij het implementatieproces en daarna.[148]

Lidstaten mogen bij totale harmonisatie geen andere maatregelen treffen dan de maatregelen die de EU-wetgevers in de richtlijn heeft opgenomen.[149] Het doel bij totale harmonisatie is het creëren van een 'level playing field'. Om dit doel te bereiken worden alle verschillende regels die in de lidstaten van toepassing zijn in hun geheel geharmoniseerd bij totale harmonisatie.[150] Het is immers niet mogelijk een 'level playing field' te creëren indien lidstaten de mogelijkheid hebben om strengere of minder strenge regelgeving aan te nemen dan de regelgeving opgenomen door de EU-wetgevers in de respectievelijke richtlijn.[151] Totale harmonisatie bevat uitputtende regelgeving waarbij de lidstaat geen eigen invullingsruimte heeft bij de implementatie.[152]

Bij minimum harmonisatie daarentegen geven de EU-wetgevers een drempel aan waar nationale wetgeving ten minste aan moet voldoen.[153] Het is lidstaten bij minimum harmonisatie toegestaan om strengere of preciezere regelgeving te implementeren dan voorzien in de richtlijn.[154] Met strengere wordt bedoeld dat er meer gereguleerd wordt en met preciezere wordt bedoeld dat de implementatie meer handvatten biedt die duidelijkheid geven over de correcte toepassing van de bepaling. De strengere of preciezere regelgeving moet echter wel te allen tijde in overeenstemming zijn met de verdragen, en dus ook met bijvoorbeeld de vrijverkeersregels.[155]

Om te weten of de lidstaten ruimte toekomt bij de implementatie van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied art. 39 lid 2 sub e), dient eerst te worden gekeken of de richtlijn in zijn geheel

[148] Manunza, E. (2006). Advies aan het Ministerie van Economische Zaken over de implementatie van de uitsluitingsgronden.
[149] Weatherill, S. (2020). The Fundamental Question of Minimum or Maximum Harmonisation. *The Internal Market*, *2*. P. 5
[150] Andenas, M., & Andersen, C. B. (Eds.). (2012). *Theory and practice of harmonisation*. Edward Elgar Publishing.
[151] Weatherill, S. (2020). The Fundamental Question of Minimum or Maximum Harmonisation. *The Internal Market*, *2*. P. 5
[152] Micklitz, H. W. (2016). Minimum/maximum harmonisation and the internal market clause. In *European Fair Trading Law* (pp. 27-48). Routledge p. 22-33.
[153] Weatherill, S. (2020). The Fundamental Question of Minimum or Maximum Harmonisation. *The Internal Market*, *2*. P. 6
[154] Prechal, S., & Van den Brink, T. (2010). Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht: onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State. P. 5
[155] Weatherill, S. (2020). The Fundamental Question of Minimum or Maximum Harmonisation. *The Internal Market*, *2*. P. 7

totale harmonisatie betreft. Indien dit niet het geval is, moet men daarna nagaan of het respectievelijke artikel, of het specifieke onderdeel van het artikel, totale harmonisatie betreft.[156]

3.1.3. In zijn geheel vormt de richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied minimum harmonisatie

De Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied in zijn geheel vormt geen totale harmonisatie. In de richtlijn wordt namelijk op verschillende plekken door de EU-wetgevers gekozen om ruimte te laten voor de invulling en interpretatie van regels op het niveau van de lidstaat.[157] Een voorbeeld is de hiervoor besproken ruimte die lidstaten krijgen om invulling te geven aan wat er onder 'gevoelige opdrachten' valt.[158] Een ander voorbeeld waar lidstaten de ruimte krijgen bij de implementatie van de richtlijn is artikel 27. Het eerste lid van het artikel bepaalt namelijk: *'Voor bijzonder complexe opdrachten kunnen de lidstaten bepalen dat de aanbestedende diensten […] gebruik kunnen maken van de concurrentiegerichte dialoog overeenkomstig dit artikel.'* Uit de bewoording 'kunnen' kan men afleiden dat er invullingsruimte is voor lidstaten bij de implementatie van het artikel. Naast de drie voorbeelden zijn er nog talloze andere artikelen die illustreren dat de richtlijn als geheel niet kan worden gezien als totale harmonisatie, maar dient gezien te worden als minimum harmonisatie.

3.1.4. Art. 39 lid 2 sub e) van de richtlijn bevat minimum harmonisatie

Naast het soort harmonisatie van de hele richtlijn, dient de harmonisatievorm ook per bepaling te worden geanalyseerd. Zo kan een richtlijn die minimum harmonisatie betreft een bepaling bevatten die totaal is geharmoniseerd of juist een optionele vorm van harmonisatie bevat ("of dit of dat") of een grote marge van interpretatievrijheid laten. Art. 39 en specifieker art. 39 lid 2 sub e) bevatten geen totale harmonisatie. Het einde van lid 2 bepaalt: '*De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid'*.[159] Hieruit volgt duidelijk dat lidstaten zelf invulling kunnen geven aan de toepassing van de uitsluitingsgronden. Daarnaast zijn er in het artikel open normen opgenomen, zoals 'betrouwbaarheid', die een grote marge van interpretatievrijheid laten aan de lidstaten. De eigen invulling dient echter, logischerwijs, nooit in te druisen tegen andere EU-rechtelijke bepalingen.

[156] Manunza, E. (2006). Advies aan het Ministerie van Economische Zaken over de implementatie van de uitsluitingsgronden.
[157] Trybus. Buying Defence and Security in Europe *The EU Defence and Security Procurement Directive in Context*
[158] Memorie van Toelichting 'Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied)' vergaderjaar 2010-2022, 32768, nr. p. 9.
[159] Richtlijn 2009/81/EG, art 39(2)

3.2 De ontwikkelende jurisprudentie van het HvJ over de discretionaire bevoegdheid van lidstaten bij de implementatie van uitsluitingsgronden: van discretionaire ruimte voor lidstaten naar discretionaire ruimte voor aanbesteders

Het is nu de vraag hoe de *discretionaire bevoegdheid* ex 39 lid 2 ('kan worden uitgesloten') dient te worden gehanteerd. Het gaat hier om een bevoegdheid die door een lidstaat al dan niet volledig kan worden benut, een methode die past in het systeem van de richtlijn, zoals blijkt uit de opzet van de richtlijn en uit de rechtspraak van het Hof van Justitie daarover.

In de zaak *La Cascina*[1] van 9 februari 2006 die vragen over de uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' in art. 29 van de richtlijn diensten 92/50/EG betrof – een andere sector dan defensie en veiligheid –, oordeelde het Hof van Justitie:

'in deze context van coördinatie voorziet artikel 29 van de richtlijn in zeven gronden voor uitsluiting van de gegadigden van deelneming aan een opdracht, die betrekking hebben op hun professionele integriteit, kredietwaardigheid of betrouwbaarheid. Deze bepaling laat de toepassing van al die gevallen van uitsluiting ter beoordeling van de lidstaten, zoals blijkt uit de uitdrukking „[v]an deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten [...]", die voorkomt in de aanhef van deze bepaling, […]'[160]

Het Hof maakte duidelijk dat de wijze waarop het systeem van de uitsluitingsgronden op nationaal niveau diende te worden toegepast, ter *beoordeling van de lidsta*ten staat en niet van de aanbestedende diensten. Het is dus al lange tijd vaste rechtspraak van het HvJ dat lidstaten niet verplicht zijn de facultatieve uitsluitingsgronden uit de richtlijnen te implementeren. Het HvJ EU bepaalde verder in La Cascina over de facultatieve uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' uit de inmiddels ingetrokken aanbestedingsrichtlijn 92/50/EEG (thans richtlijn 2014/24/EU):

"Derhalve voorziet artikel 29 van de richtlijn ter zake niet in een uniforme toepassing van de daarin genoemde uitsluitingsgronden op communautair niveau, aangezien de lidstaten over de bevoegdheid beschikken om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen, door te kiezen voor een zo ruim mogelijke deelneming aan de procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten, of om deze op te nemen in de nationale regeling met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau doorslaggevende juridische,

[160] ECLI:EU:C:2006:94, La Cascina, ro. 21. Zie ook het advies van E.R. Manunza aan het ministerie van Economische Zaken van februari 2006 in reactie op het negatieve advies van de Raad van State over de toenmalige voorgenomen invoering door EZ van een regeling waarmee aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zouden worden *verplicht* om een integriteitsverklaring aanbesteden van de ondernemer te verlangen die door het Centraal Orgaan Verklaringen omtrent het Gedrag (COVOG) wordt afgegeven.

economische of sociale overwegingen. In dit kader kunnen de lidstaten de in artikel 29 van de richtlijn opgestelde criteria verlichten of versoepelen."[161]

In deze overweging bepaalt het Hof dat het een bevoegdheid van de lidstaten is om ten eerste, de uitsluitingsgronden wel of niet in de eigen nationale regeling over te nemen, ten tweede, om te bepalen hoe ver ze daarmee willen gaan ('strengere of minder strenge toepassing').[162] Het Hof verduidelijkt in dezelfde zaak verder dat de betrokken bepaling '*zoals de Commissie van de Europese Gemeenschappen terecht opmerkt, zelf enkel de grenzen van de bevoegdheid van de lidstaten vaststelt, in die zin dat deze geen andere uitsluitingsgronden mogen vaststellen dan hierin zijn genoemd."*[163] Hieruit volgt dat, hoewel de lijst met uitsluitingsgronden 'limitatief' door de Europese wetgever is opgesteld, lidstaten bij de omzetting daarvan in het nationaal recht toch een grote marge van discretionaire bevoegdheid toekomt.

Eenzelfde overweging volgde het Hof een paar jaar gelden over de discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de uitsluitingsgronden in de huidige richtlijn 2014/24/EU in de zaak Vivendi vs. Consip SpA. Volgens het HvJ heeft de Europese wetgever niet bedoeld de toepassing van de uitsluitingsgronden volledig te harmoniseren en wordt uniforme toepassing van de uitsluitingsgronden niet nagestreefd.[164] Ook recenter, in 2021, bepaalde het HvJ dat lidstaten een grote mate van discretie toekomt bij de implementatie van de facultatieve uitsluitingsgronden uit richtlijn 2014/24 en 2014/25 in de zaak Rad Service Srl Unipersonale vs. Del Debbio SpA. Het HvJ verwoorde het uitermate helder: "De lidstaten hebben echter een bepaalde beoordelingsbevoegdheid bij het vaststellen van de toepassingsvoorwaarden voor de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24. (...) Volgens artikel 57, leden 4 en 7, van richtlijn 2014/24 beschikken de lidstaten immers over de mogelijkheid om de daarin genoemde facultatieve uitsluitingsgronden niet toe te passen of om deze in de nationale regeling op te nemen met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau heersende juridische, economische of sociale overwegingen".

Ook recenter, in 2021, bepaalde het HvJ dat lidstaten een grote mate van discretie toekomt bij de implementatie van de facultatieve uitsluitingsgronden uit richtlijn 2014/24 en 2014/25 in de zaak Rad Service Srl Unipersonale vs. Del Debbio SpA. Het HvJ verwoorde het uitermate helder: "*De lidstaten hebben echter een bepaalde beoordelingsbevoegdheid bij het vaststellen van de toepassingsvoorwaarden voor de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24. (...) Volgens artikel 57, leden 4 en 7, van richtlijn 2014/24 beschikken de lidstaten immers over de mogelijkheid om de daarin genoemde facultatieve uitsluitingsgronden niet toe te passen of*

[161] ECLI:EU:C:2006:94, La Cascina, ro. 23.
[162] Manunza, E. (2006). Advies aan het Ministerie van Economische Zaken over de implementatie van de uitsluitingsgronden.
[163] ECLI:EU:C:2006:94, La Cascina, ro. 22.
[164] ECLI:EU:C:2020:58, Vivendi vs. Consip SpA, ro. 34.

om deze in de nationale regeling op te nemen met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau heersende juridische, economische of sociale overwegingen".[165]

Dit is opmerkelijk in twee opzichten. Enerzijds omdat de bewoordingen van de richtlijn 2014/24/EU in art. 57 over de uitsluitingsgronden zich – anders dan bij de oude richtlijnen 1992/50/EG en 2004/18/EG niet alleen richtten tot de 'lidstaat' maar tot de 'aanbestedende diensten'. Art. 57 lid 4 van de richtlijn 2014/24/EU luidt namelijk: "*De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden …".* Anderzijds omdat normaliter richtlijnen instrumenten zijn die zich uitsluitend tot de lidstaten richten. Zo is lid 7 van de bepaling wel direct gericht tot de lidstaat: "*De lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel …"*

Tot zover was het duidelijk dat lidstaten een bepaalde mate van vrijheid toekomt om de strengheid van de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgrond uit de reguliere aanbestedingsrichtlijnen te regelen in de zin dat ze strenger of minder strenger konden optreden. Hoewel de uitspraken van het hof in *La Cascina* en in *Rad Service Srl Unipersonale* niet de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden uit de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied betreffen maar gaan over de facultatieve uitsluitingsgronden onder de reguliere aanbestedingsrichtlijnen uit respectievelijk 1992 en 2014, kan worden aangenomen dat er geen onderscheid is in de discretie die de lidstaten toekomt bij de implementatie en toepassing. Dit volgt eens te meer uit het feit dat één van de lidstaten er zelfs voor heeft gekozen om art. 39 lid 2 sub e) van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied in zijn geheel niet op te nemen in zijn nationaal recht.[166]

3.3. De nieuwe interpretatie van het HvJ van de discretionaire bevoegdheid van lidstaten bij de implementatie van de uitsluitingsgronden

In de recente (21 december 2023) uitspraak van het HvJ in de zaak *Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA vs. Toscca – Equipamentos em Madeira Lda* komt het HvJ echter tot een geheel ander oordeel over de discretionaire bevoegdheid van de lidstaten bij de implementatie van de uitsluitingsgronden.[167] Omdat het HvJ lijkt te breken met de hierboven besproken

[165] ECLI:EU:C:2021:445, Rad Service Srl Unipersonale vs. Del Debbio SpA, ro. 28. Het HvJ verwijst in de zelfde paragraaf naar eerdere uitspraken met dezelfde strekking ("zie in die zin arresten van 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 36; 28 maart 2019, Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, punt 45, en 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 34").
[166] Er wordt niet vermeld om welke lidstaat het gaat: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52016SC0407
[167] ECLI:EU:C:2023:1016, Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA vs. Toscca – Equipamentos em Madeira Lda

jurisprudentie is er veel gepubliceerd over de impact van de uitspraak.[168] De uitspraak lijkt ook grote gevolgen te hebben voor beleidsvrijheid die lidstaten hebben bij de implementatie van art. 39 lid 2 sub e van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied. Het HvJ bespreekt in de uitspraak eerst de eerdere jurisprudentie over de discretionaire bevoegdheid van lidstaten bij de implementatie van de uitsluitingsgronden maar bepaalt dan dat: *'Uit een analyse van de bewoordingen van artikel 57, lid 4, eerste alinea, van richtlijn 2014/24, de context van deze bepaling en de doelstelling die met deze bepaling wordt nagestreefd in het kader van die richtlijn, blijkt echter dat de lidstaten – anders dan uit die arresten volgt – verplicht zijn om die bepaling om te zetten in hun nationale recht.'*[169]

Als voornaamste reden motiveert het HvJ dat de verplichting tot omzetting van de uitsluitingsgronden voor lidstaten volgt uit de bewoordingen van de bepaling. Art. 57 lid 4 vangt aan met de bewoording: '*De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan …*'. Het hof bepaalt dat bijgevolg de lidstaat de aanbestedende dienst in ieder geval de mogelijkheid dient te geven om de daarna opgesomde gronden tot uitsluiting toe te passen. Volgens het HvJ heeft dus de aanbestedende dienst en niet de lidstaat de discretionaire bevoegdheid om te bepalen of een bepaalde grond uit art.57 lid 4 richtlijn 2014/24 dient te leiden tot uitsluiting.[170]

Het HvJ geeft lidstaten echter wel de uitdrukkelijke discretionaire bevoegdheid om facultatieve uitsluitingsgronden uit richtlijn 2014/24 te implementeren als verplichte uitsluitingsgronden.[171] Vanzelfsprekend zou de omzetting in nationaal recht van een facultatieve uitsluitingsgrond naar een verplichte uitsluitingsgrond de keuzevrijheid van de aanbestedende dienst beperken. Het HvJ maakt niet duidelijk of lidstaten de facultatieve uitsluitingsgronden ook nader mogen uitleggen in nationaal recht door strengere of specifiekere bewoordingen te gebruiken. Het lijkt er echter op dat lidstaten wel de ruimte hebben om voor strengere of specifieke bewoordingen te kiezen bij de implementatie. Ten eerste, de keuze voor strengere of specifiekere bewoordingen bij de omzetting heeft niet tot

[168] Zie bijvoorbeeld: Dankert, T. (2024, 26 juni). Aanbestedende dienst moet altijd motiveren bij wel of niet uitsluiting. TRIP Advocaten Notarissen. https://trip.nl/blogs/aanbestedende-dienst-moet-altijd-motiveren-bij-wel-of-niet-uitsluiting/ , Sanchez-Graells, A. (2024, 26 februari). Op-Ed: "Transposing Directives no longer so discretionary! The Court of Justice forces transposition of discretionary exclusion grounds and hints at 'intra-State' vertical direct effect (C-66/22)" by Albert Sanchez-Graells. EU Law Live. https://eulawlive.com/op-ed-transposing-directives-no-longer-so-discretionary-the-court-of-justice-forces-transposition-of-discretionary-exclusion-grounds-and-hints-at-intra-state-vertical-dire/ en Vilaca, C. (z.d.). Judgment of the Court of Justice in case C-66/22, Infraestruturas de Portugal and Futrifer Indústrias Ferroviárias. Cruz Vilaça Advogados - Law Firm. https://www.cruzvilaca.eu/en/news/Judgment-of-the-Court-of-Justice-in-case-C-6622-Infraestruturas-de-Portugal-and-Futrifer-Industrias/284/
[169] ECLI:EU:C:2023:1016, Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA vs. Toscca – Equipamentos em Madeira Lda, ro. 49
[170] ECLI:EU:C:2023:1016, Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA vs. Toscca – Equipamentos em Madeira Lda, ro. 55
[171] ECLI:EU:C:2023:1016, Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA vs. Toscca – Equipamentos em Madeira Lda, ro. 51

gevolg dat de mogelijkheid van de aanbestedende dienst om de uitsluitingsgrond wel of niet toe te passen in zijn geheel wegvalt. Ten tweede is het de jure effect vergelijkbaar met het opnemen van een facultatieve uitsluitingsgrond als verplichte uitsluitingsgrond in nationaal recht.

3.4 De gevolgen van de uitspraken van het HvJ voor de discretionaire bevoegdheid van lidstaten bij de implementatie van art. 39 lid 2 sub e) van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied

In de uitspraak van het HvJ in *Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA vs. Toscca – Equipamentos em Madeira Lda* wordt echter niet bepaald of de verplichting van lidstaten om de uitsluitingsgronden te implementeren ook geldt voor de facultatieve uitsluitingsgronden ex art. 39 lid 2 van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied. In tegenstelling met art. 57 lid 4 richtlijn 2014/24/EU is de bewoording van art. 39 lid 2 van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied namelijk veel algemener en niet gericht tot de aanbestedende dienst. Dit kan het geval zijn omdat de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied uit 2009 komt en dus nog berust op het systeem van de oudere aanbestedingsrichtlijnen terwijl richtlijn 2014/24/EU uit 2014 komt en een nieuw systeem kent. Dientengevolge is de motivering van het HvJ in *Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA vs. Toscca – Equipamentos em Madeira Lda* niet een-op-een over te nemen en blijft in het midden of de uitspraak ook van toepassing is op de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied.

Onduidelijk is of de lidstaat de vrijheid heeft om te kiezen art. 39 lid 2 sub e) in zijn geheel strenger of minder streng of helemaal niet om te zetten in nationaal recht. Men kan wel concluderen dat de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied een grote mate van beleidsvrijheid geeft om zelf invulling te geven aan hoe strikt de uitsluitingsgrond dient te worden toegepast.[172] Echter is het de vraag waar en in hoeverre die beleidsvrijheid de lidstaat zelf toekomt en waar en in hoeverre de EU-wetgevers hebben beoogd die beleidsvrijheid bij de aanbestedende dienst neer te leggen. De beleidsvrijheid is uiteraard niet onbegrensd. Zo dient de invulling van beleidsvrijheid te allen tijde conform de EU verdragen te zijn.[173] Daarnaast mag het gebruiken van beleidsvrijheid nooit in druisen tegen de vereisten die volgen uit het algemene beginsel van gemeenschapstrouw.[174] Tot slot kan beleidsvrijheid ook beperkt worden door de publicatie van nadere uitvoeringsmaatregelen of door de publicatie van nieuwe, striktere, Guidance Notes.[175] In hoeverre de gepubliceerde Guidance Notes de

[172] Prechal, S., & Van den Brink, T. (2010). Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht: onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State. P.
[173] Prechal, S., & Van den Brink, T. (2010). Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht: onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State. P. 28
[174] Prechal, S., & Van den Brink, T. (2010). Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht: onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State. P. 28
[175] Prechal, S., & Van den Brink, T. (2010). Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht: onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State. P. 28

beleidsvrijheid van de lidstaten beperken zal worden bestudeerd in volgende secties van dit onderzoek.

3.5 De materiele ruimte die lidstaten krijgen bij de invulling van de uitsluitingsgrond

Materieel recht behelst de regels die betrekking hebben op de inhoud van de rechten en plichten van rechtspersonen.[176] Met de invoering van art. 39 lid 2 sub e) van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied hebben de EU-wetgevers een materiele rechtsregel ingevoerd. Volgens het HvJ vormt het EU-aanbestedingsrecht een gesloten systeem van zowel verplichte als facultatieve uitsluitingsgronden.[177] Dit geldt ook voor de uitsluitingsgronden die zijn opgenomen in de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied. Dat de uitsluitingsgronden een gesloten systeem vormen betekent dat inschrijvers enkel op basis van de expliciet opgenomen uitsluitingsgronden uitgesloten kunnen worden.[178] Het is lidstaten niet toegestaan om uitsluitingsgronden vast te stellen in hun nationale recht die niet voorzien zijn door de EU-wetgevers. Alleen de EU-wetgevers hebben de bevoegdheid om op nieuwe uitsluitingsgronden aan het bestaande gesloten systeem toe te voegen.[179]

Het gesloten systeem van uitsluitingsgronden betekent echter niet dat de precieze invulling uitputtend is voorgeschreven. In veel gevallen geven de Europese wetgevers lidstaten en/of de aanbestedende dienst een bepaalde mate van beleidsvrijheid om de exacte invulling van uitsluitingsgronden vorm te geven.[180] Daaruit volgt dat het gesloten systeem niet noodzakelijk leidt tot een enge uitleg van de bestaande uitsluitingsgronden. Het kiezen voor bredere in plaats van voor engere omzetting van begrippen in de uitsluitingsgrond zal, de facto, resulteren in een ruimere mogelijkheid tot toepassing. Er wordt immers de jure geen nieuwe uitsluitingsgrond toegevoegd aan het bestaand gesloten systeem. Het gesloten systeem van uitsluitingsgrond staat nadere invulling van bestaande uitsluitingsgronden door lidstaten dus niet in de weg zolang de EU-wetgevers de lidstaten daar de materiele ruimte voor bieden.

---

[176] Van der Roest, O. A. P., & Barents, R. (2015). *Basisboek recht*. Noordhoff Uitgevers.
[177] Judgment of 16 December 2008 in Case C-213/07 Michaniki AE, par 43 maar ook in ECLI:EU:C:2006:94, La Cascina, ro. 22.
[178] Judgment of 16 December 2008 in Case C-213/07 Michaniki AE, par 43 maar ook in ECLI:EU:C:2006:94, La Cascina, ro. 22.
[179] Judgment of 16 December 2008 in Case C-213/07 Michaniki AE, par 43.
[180] Memorie van Toelichting 'Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied)' vergaderjaar 2010-2022, 32768, nr. p. 9. en Bouwman, G. (2017). Spanning tussen het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheids-en transparantiebeginsel bij het uitsluiten van ondernemingen in het aanbestedingsrecht. *Nederlands Tijdschrift voor Europees recht*, *2017*(3), 53-61.

Zoals beschreven in paragraaf 3.1 van dit hoofdstuk is deze materiële ruimte geboden aan de lidstaten in de vorm van de open normen uit de richtlijn. Door nadere invulling te geven aan de materiele rechtsregel uit de richtlijn bij de implementatie ervan door middel van preciezere bewoordingen of de toevoeging van ondersteunende kaders kunnen lidstaten de inhoud van de bepaling beïnvloeden. Dit dient te allen tijde binnen de door de EU-wetgevers gestelde kader te blijven. Zoals uit de laatste paragraaf van het vorige hoofdstuk is gebleken heeft de Nederlandse wetgever de open norm 'betrouwbaarheid' in de bewoording van de uitsluitingsgrond niet verder gespecificeerd bij de omzetting van de richtlijn in het Nederlandse recht. Ook vragen termen als 'beschikt', 'nodig' 'risico's voor de nationale veiligheid' en 'uit te sluiten' om nadere invulling voordat zij kunnen worden toegepast. Door geen nadere invulling te geven bij de implementatie van de bepaling heeft de Nederlandse wetgever geen gebruik gemaakt van de discretionaire bevoegdheid tot nadere interpretatie van de open begrippen.

De Nederlandse wetgever of betrokken bestuursorganen kunnen ook na de implementatie van de richtlijn nadere invulling geven aan deze begrippen. Deze verduidelijking van de uitsluitingsgrond kan in de vorm van een wet in formele zin, maar ook met een wet in materiele zin. Zo zou de verduidelijking kunnen worden opgenomen in een herziening van de AwDV of door het opstellen van beleidsregels, richtlijnen of in een vorm die vergelijkbaar is met de Gids Proportionaliteit'.[181] Zo staat het een lidstaat bijvoorbeeld ook vrij om zelf nadere regels op te stellen om te voorkomen dat gerubriceerde gegevens als gevolg van een overheidsopdracht in handen komen van ongewenste partijen.[182]

Met de invulling van de materiele ruimte kan de lidstaat de toepassing van de uitsluitingsgrond door aanbestedende diensten beïnvloeden en een uniformere toepassing ondersteunen. De invulling en toepassing van sommige van deze open begrippen is door de EU-wetgevers voor alsnog overgelaten aan de individuele lidstaten, maar als deze die ruimte niet benutten gaat de discretionaire bevoegdheid tot invulling over naar de toepassende aanbestedende diensten.

Een voorbeeld van de mogelijkheden die een lidstaat heeft om nadere invulling te geven aan begrippen uit de bepaling is het bepalen van eisen waar een ondernemer aan dient te voldoen om in aanmerking te komen voor een betrouwbaarheidsverklaring om het risico op breuken in de gegevensbeveiliging te beperken.[183] Zo zou door een lidstaat geregeld kunnen worden dat deze betrouwbaarheidsverklaringen afgegeven worden na een screening van de ondernemer door de nationale veiligheidsdienst.[184] De betrouwbaarheidsverklaringen vallen niet onder het beginsel van wederzijdse erkenning, wat illustreert dat het begrip '*betrouwbaarheid'* afwijkend kan worden

[181] Algemene Wet Bestuursrecht, art. 1:3 en 4:81, Gids Proportionaliteit 2020, Aanwijzingen voor de regelgeving 2022
[182]Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 43.
[183] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 11.
[184] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 11.

geïnterpreteerd door verschillende lidstaten.[185] Het staat lidstaten alsnog vrij om bilaterale overeenkomsten te sluiten over wederzijdse erkenning van de betrouwbaarheidsverklaringen van nationale autoriteiten.[186] Niets staat een lidstaat in de weg, indien er geen bilaterale overeenkomst is gesloten, om nadere eisen te stellen aan de betrouwbaarheidsverklaring van een autoriteit van een andere lidstaat.[187] Zo kunnen lidstaten voorkomen dat inschrijvers die niet aan de nationale eisen voor gegevensveiligheid of leveringszekerheid voldoen door middel van een betrouwbaarheidsverklaring afgegeven door een andere lidstaat, waar geen of minder strenge eisen gelden, toch als betrouwbaar dienen te worden aangemerkt.

De ruimte van de lidstaten om nationale regels op te stellen met de eisen voor een betrouwbaarheidsverklaring illustreert dat lidstaten dus ruimte toekomt om invulling te geven aan de open norm '*betrouwbaarheid'*. Bijgevolg kunnen lidstaten ook invloed uitoefenen op de materiele toepassing van de uitsluitingsgrond ex art. 39 lid 2 sub e) van de richtlijn door, net als bij de invoering van een betrouwbaarheid verklaring, door middel van nationale regelgeving in vulling te geven aan de open normen. In het geval dat de lidstaat niets heeft geregeld komt de keuze over het wel of niet erkennen van de betrouwbaarheidsverklaring van een autoriteit uit een andere lidstaat toe aan de aanbestedende dienst.[188]

3.6 De procedurele ruimte die lidstaten krijgen bij de invulling van de uitsluitingsgrond

Volgens de Guidance Note Security of Supply hebben lidstaten de ruimte om procedurele invulling te geven aan de uitsluitingsgronden uit artikel 39 van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied.[189] Zo kunnen lidstaten regels opstellen die het mogelijk maken inschrijvers die in het verleden door een aanbestedende dienst als niet betrouwbaar zijn aangemerkt uit te sluiten van deelname aan andere openbare aanbestedingsprocedures.[190] Wanneer de uitsluitingsgrond ex art. 39 lid 2 sub e) uit de richtlijn toegepast kan worden door een aanbestedende dienst gebaseerd op de bevindingen uit een screening door een andere aanbestedende dienst tijdens een eerdere aanbestedingsprocedure kan worden voorkomen dat het wiel twee keer dient te worden uitgevonden. Daarnaast kan de invoering van een 'zwarte lijst', met daarop inschrijvers die niet over de gewenste betrouwbaarheid beschikken, voorkomen dat aanbestedende diensten met minder screeningscapaciteiten een inschrijver onterecht als betrouwbaar zouden aanmerken.[191] De lidstaat

[185] Roth, W. H. (2017). Mutual recognition. In *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market* (pp. 427-459). Edward Elgar Publishing en Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 43 en art 22 sub d
[186] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 13.
[187] Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 43
[188] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 13.
[189] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Supply (2016). par 21
[190] Het HvJ keurde het gebruik van een zwarte lijst goed in ECLI:EU:C:2023:48, HSC Baltic vs. Vilius.
[191] Het idee van een zwart lijst voor inschrijvers die eerder werden uitgesloten is afkomstig van Prof. Manunza. Zie E.Manunza, Is een zwarte lijst van bouwbedrijven verenigbaar met het Europees recht; in Bouwrecht Nr. 9 september 2003 p. 747

heeft dus de mogelijkheid tot het invoeren van nadere regels omtrent de instelling van de 'zwarte lijst' terwijl het tot de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst behoort om van geval tot geval te besluiten of een bepaalde ondernemer daadwerkelijk toegevoegd dient te worden tot deze 'zwarte lijst'.

De procedurele ruimte die lidstaten hebben met betrekking tot het opstellen en invullen van een nationaal zelfreinigingssysteem wordt bevestigd door art. 73 lid 3 van de richtlijn.[192] Dit artikel geeft blijk van de intentie van de EU-wetgevers om in de toekomst harmonisatiewetgeving in te voeren waardoor de procedurele vrijheid van lidstaten beperkt wordt en het zelfreinigingssysteem op EU-niveau geregeld wordt. Zolang deze harmonisatiewetgeving nog niet wordt ingevoerd komt de invulling van deze procedurele ruimte toe aan de lidstaten zelf.[193]

De procedurele ruimte benoemt in de Guidance Note Security of Supply wordt begrensd door algemene beginselen van het EU-recht. Zo dient de invoering van een 'zwarte lijst' wel te voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel.[194] Dit betekent dat ondernemers die op de 'zwarte lijst' staan in ieder geval de mogelijkheid dienen te krijgen om aan te tonen dat ze wel degelijk voldoen aan de vereisten en als betrouwbaar dienen te worden aangemerkt.[195] Als een ondernemer alsnog voldoet aan de betrouwbaarheidsvereisten komt hij alsnog in aanmerking voor de gunning van de overheidsopdracht. Het is dus in geen geval mogelijk om een ondernemer automatisch uit te sluiten van deelname aan een aanbestedingsprocedure enkel omdat hij op de 'zwarte lijst' staat.[196]

Dat een inschrijver in het verleden als niet betrouwbaar kon worden aangemerkt maar voor een 'nieuwe' overheidsopdracht wel aan de betrouwbaarheidsvereisten voldoet is heel goed denkbaar.[197] De inschrijver kan bijvoorbeeld de benodigde maatregelen hebben genomen om te voldoen aan de betrouwbaarheidsvereisten of omdat de ingestelde termijn van plaatsing op de zwarte lijst verlopen is. Daarnaast kan de aard van de overheidsopdrachten verschillen van de opdracht waar de inschrijver eerder niet de benodigde betrouwbaarheid voor vertoonde waardoor een ander niveau van betrouwbaarheid vereist is. Ook kan een inschrijver beogen een andere afdeling te betrekken bij de uitvoering van de 'nieuwe' overheidsopdracht. De invoering van een 'zwarte lijst' zou in lijn met het proportionaliteitsbeginsel naar alle waarschijnlijkheid dus gepaard moeten gaan met een 'herstelsysteem'.[198]

[192] Richtlijn 2009/81/EG, art 73(3)
[193] Prechal, S., & Van den Brink, T. (2010). Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht: onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State.
[194] ECLI:EU:C:2023:48, HSC Baltic vs. Vilius. Ro 38.
[195] ECLI:EU:C:2023:48, HSC Baltic vs. Vilius. Ro 46-50.
[196] ECLI:EU:C:2012:801, Forposta vs. Poczta Polska Ro. 34-36.
[197] Peters, M. (2024, 23 april). Hof van Justitie laat zich uit over zwarte lijst voor wanpresterende inschrijvers. Legal And Tax. https://www.holla.nl/nieuws/hof-van-justitie-laat-zich-uit-over-zwarte-lijst-voor-wanpresterende-inschrijvers#_ftn1
[198] ECLI:EU:C:2023:48, HSC Baltic vs. Vilius. Ro 40, 42 en 50.

3.7 De begrenzingen van de procedurele en materiele ruimte voor lidstaten

De procedurele en materiele ruimte die lidstaten hebben bij de invulling van de uitsluitingsgrond kent ook begrenzingen. Uit de bewoording van art. 39(2) sub e) blijkt dat uitsluiting op basis van de uitsluitingsgrond te allen tijde gelinkt dient te zijn aan een specifieke veiligheidsdreiging voor de respectievelijke lidstaat.[199] Hoewel, zoals hierboven besproken, de lidstaat ruimte toekomst bij het conceptualiseren van het begrip betrouwbaarheid, vormt de noodzakelijke link met de nationale veiligheid een duidelijke begrenzing.[200] Er kan alleen over worden gegaan tot uitsluiting op basis van art. 39(2) sub e) indien het gebrek aan betrouwbaarheid van de inschrijver leidt tot nationale veiligheidsrisico's. Nationale regels, die nader invullen op welke criteria aanbestedende diensten de betrouwbaarheid van een inschrijver kunnen toetsen, dienen dus een evidente link met mogelijke nationale veiligheidsrisico's te hebben. Dit vormt een duidelijke begrenzing van de beleidsvrijheid van de lidstaat. Echter, volgens vaste rechtspraak van het HvJ 'behoort het tot de bevoegdheid van de lidstaten om hun essentiële veiligheidsbelangen te definiëren'.[201] Daarbij dient de lidstaat wel aan te tonen dat 'de door hem nagestreefde doelstellingen niet hadden kunnen worden bereikt in het kader van een oproep tot mededinging'.[202]

Verder zal nadere materiele invulling op het niveau van de lidstaat in lijn moeten zijn met de algemeen beginselen van het EU-recht en met de beginselen van het EU-aanbestedingsrecht.[203] Deze kaders in het Europese aanbestedingsrecht worden gevormd door onder andere het proportionaliteitsbeginsel, het transparantiebeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel.[204] De beginselen dienen te worden gewogen met het belang van de lidstaten om effectief om te kunnen gaan met de veiligheidsdreigingen en adequate maatregelen te nemen om de nationale veiligheid te waarborgen. Dit vormt een delicate belangenafweging die per geval gemaakt dient te worden door de lidstaten bij de totstandkoming van nationale regels en door aanbestedende diensten bij de toepassing van de uitsluitingsgrond.

De EU-wetgevers en de lidstaten dienen de aanbestedende diensten te ondersteunen bij die belangenafweging door duidelijke en toepasbare handvatten mee te geven om de betrouwbaarheid van een inschrijver te screenen om willekeur en gebrek aan uniforme toepassing van het Europees

[199] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Supply (2016). par. 20:
[200] ECLI:EU:C:2000:401, Alfredo Albore.
[201] ECLI:EU:C:2023:629, Europese Commissie vs. Polen, ro. 76
[202] ECLI:EU:C:2023:629, Europese Commissie vs. Polen, ro. 83
[203] Craig, P., & De Búrca, G. (2020). *EU Law: Text, Cases, and Materials UK Version*. Oxford University Press, USA.
[204] Essers, M. (2008). Het Europese aanbestedingsmodel. *Aanbesteden en mededinging in de gezondheidszorg: De betekenis van het recht inzake aanbesteding, mededinging en marktordening voor de gezondheidszorg*, P. 29-39.

aanbestedingsrecht te voorkomen. Immers, indien de lidstaat de beleidsvrijheid niet gebruikt en geen nadere invulling geeft aan de open normen, komen de keuzes aangaande de invulling en interpretatie van die open normen voor rekening van de aanbestedende diensten. In dat geval is het risico dat verschillende aanbestedende diensten de open normen afwijkend van elkaar interpreteren, wat leidt tot een ongelijkmatige toepassing van de uitsluitingsgrond.

Uit de Europese Economische Veiligheidsstrategie wordt duidelijk dat de veiligheidsvraagstukken in toenemende mate een belangrijke rol spelen in de consolidatie van de interne markt.[205] Hieruit volgt dat het nationale veiligheidsaspect een prominente plaats dient in te nemen in de belangenafweging. Door de materiele ruimte te benutten bij de invulling van de uitsluitingsgrond kunnen lidstaten de aanbestedende diensten de juiste richting wijzen bij de bescherming van de nationale veiligheid en kan een eventueel conflict met algemene EU-beginselen worden voorkomen. In het geval dat de lidstaat nationale regels opstelt om aanbestedende diensten een duidelijk handvat te bieden voor de toepassing van de uitsluitingsgrond ex art. 39(2) sub e) zullen die door de nationale rechter zoveel mogelijk richtlijnconform geïnterpreteerd worden om de effectieve werking van het EU-recht te waarborgen.[206] Bij EU-conforme interpretatie past de rechter de interpretatiemethode toe die leidt tot een uitleg van het nationaal recht die het minst conflicteert met het EU-recht.

[205] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_3358 en https://www.csis.org/analysis/european-unions-economic-security-strategy-update
[206] Verhoeven, M. J. M., & Jans, J. H. (2017). Doorwerking via conforme interpretatie en rechtstreekse werking. In Inleiding tot het Europees bestuursrecht (pp. 63-122). Ars Aequi Libri, p. 64-66.

Observaties Hoofdstuk III

→ Artikel. 39 lid 2 sub e) van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied vormt geen totale maar minimum harmonisatie. Dit houdt in dat de lidstaten een bepaalde mate van beleidsvrijheid toekomt bij de implementatie en toepassing van de uitsluitingsgrond.

→ De procedurele ruimte die lidstaten toekomt bij de implementatie en toepassing van de uitsluitingsgrond maakt de invoering van een 'zwarte lijst' mogelijk waarop ondernemers staan die bij eerdere overheidsopdrachten niet de gewenste betrouwbaarheid vertoonden. Het plaatsen van ondernemers op de lijst kan binnen de bevoegdheid van de aanbestedende dienst ondergebracht worden.

→ Indien een lidstaat een 'zwarte lijst' systeem reguleert dienen inschrijvers de mogelijkheid te krijgen om hun betrouwbaarheid alsnog aan te tonen. Een dergelijk 'herstelsysteem' is noodzakelijk om aan het proportionaliteitsbeginsel te voldoen.

→ Het gesloten systeem van uitsluitingsgrond staat nadere invulling van bestaande uitsluitingsgronden door lidstaten niet in de weg zolang de EU-wetgevers de lidstaten daar de materiele ruimte voor bieden.

→ De open normen 'betrouwbaarheid' en 'nationale veiligheid' uit art. 39 lid 2 sub e) bieden de lidstaten materiele ruimte. Het invullen van deze open normen valt onder de discretionaire bevoegdheid die lidstaten toekomt in het systeem van de uitsluitingsgrond ex art. 39, lid 2 sub 2. Nederland kan bijvoorbeeld kiezen om vereisten op te stellen voor een betrouwbaarheidsverklaring.

→ De betrouwbaarheidsvereisten die een lidstaat opstelt door de invulling van de open normen van de uitsluitingsgrond dienen een evidente link te hebben met nationale veiligheidsrisico's.

→ Nadere materiele invulling van de uitsluitingsgrond door de lidstaten dient in lijn te zijn met algemene beginselen van de EU, het Europese aanbestedingsrecht en overig EU-recht. De beginselen dienen te worden gewogen met het belang van de lidstaten om effectief om te kunnen gaan met de veiligheidsdreigingen.

→ De EU-wetgevers en de lidstaten kunnen de aanbestedende diensten ondersteunen bij die belangenafweging door duidelijke en toepasbare handvatten mee te geven om de betrouwbaarheid van een inschrijver te screenen.

→ Indien de lidstaat de beleidsvrijheid niet gebruikt en geen nadere invulling geeft aan de open normen van de richtlijn komt deze verantwoordelijkheid bij de aanbestedende dienst te liggen. De aanbestedende dienst kan in dat geval zelf kiezen hoe de open normen dienen te worden ingevuld.

Doch dit systeem is af te raden. Het uitoefenen van deze bevoegdheid op het niveau van de nationale wetgever als methode van implementatie valt te prefereren boven de mogelijkheid om de discretionaire bevoegdheid bij de aanbestedende diensten neer te leggen. Immers, met implementatie op nationaal niveau wordt de uniforme toepassing van het EU-recht beter gediend. Daarnaast bevordert het de rechtszekerheid van inschrijvers. De effectiviteit van het nagestreefde doel, namelijk het waarborgen van de nationale veiligheid, is ook gebaat bij uniforme toepassing op centraal niveau.[207] Meer discretionaire bevoegdheid voor aanbestedende diensten zou met zich meebrengen dat het Europees recht in één en dezelfde lidstaat op verschillende wijzen geïnterpreteerd en toegepast kan worden, terwijl de omstandigheden wel vergelijkbaar zijn. Dit gebrek aan uniformiteit verhoogt het risico op willekeur.

[207] Manunza, E (2024). Bescherming van aarde en vrijheid vergt radicale mentaliteitsverandering in aanbestedingsbeleid: over nieuwe verplichtingen en oude verantwoordelijkheden in Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun

Hoofdstuk IV

De beleidsvrijheid die de Aanbestedende Diensten toekomt bij de toepassing van de uitsluitingsgrond

Wat is de beleidsvrijheid van een aanbestedende dienst bij de interpretatie en de toepassing van de uitsluitingsgrond en waardoor wordt de beleidsvrijheid begrensd?

De mate van beleidsvrijheid voor aanbestedende diensten verschilt per uitsluitingsgrond. De verplichte uitsluitingsgronden die zijn opgenomen in de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied dwingen aanbestedende diensten inschrijvers uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure indien zij zich hebben schuldig gemaakt aan deelname aan een criminele organisatie, terroristische misdrijven, witwassen of omkoping.[208] Bij de toepassing van de verplichte uitsluitingsgronden komt de aanbestedende dienst minder beleidsvrijheid toe dan bij de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden.[209] De aanbestedende dienst is verplicht een inschrijver uit te sluiten indien hij in het verleden strafrechtelijk en/of bestuursrechtelijk veroordeeld is en wanneer de veroordeling de betrouwbaarheid van de inschrijver aantast.[210]

Bij de facultatieve uitsluitingsgronden ex art. 39(2) van de richtlijn heeft de aanbestedende dienst de keuze om specifieke uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren in de betreffende aanbestedingsprocedure. De beslissing om uit te sluiten op basis van een facultatieve uitsluitingsgrond is altijd de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst.[211] Een aanbestedende dienst kan zich laten adviseren door een veiligheidsdienst of advies- of screeningsorganisatie, maar de uiteindelijke beslissing blijft de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst zelf. In Nederland kunnen de veiligheidsdiensten, bijvoorbeeld in de vorm van het Landelijk Bureau Bibob, worden ingeroepen door de aanbestedende dienst via de Wet bevordering integriteitsbeoordeling door het openbaar bestuur (Wet Bibob).[212] Ook als een aanbestedende dienst ondersteuning vraagt in lijn met de Wet Bibob blijft de beslissing om tot uitsluiting over te gaan de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst. De bevoegdheid om de uiteindelijke beslissing te nemen om een inschrijver uit

[208] Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied art. 2.76
[209] Essers, M. (2010). Het Europese aanbestedingsmodel. Vakmedianet, Deventer. p. 229-238
[210] Meershoek, N., Manunza, E., Senden, L., Geraedts, J., & Scholte, D. (2022). Naar een betere bescherming van veiligheidsbelangen bij de aankopen van de Nationale Politie: Een eerste verkenning van enkele aanbestedingsrechtelijke vraagstukken. en Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied art. 2.76 en 2.87
[211] Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied art. 2.77
[212] Wet Bibob art. 9.

te sluiten maakt dat de aanbestedende dienst een kardinale rol is toebedeeld in het beschermen van de nationale veiligheid binnen het aanbestedingsproces.

4.1 De beoordelingsvrijheid van de aanbestedende dienst bij de toepassing van de uitsluitingsgrond

Uit de analyse in hoofdstuk II komt naar voren dat de Europese en Nederlandse regelgeving over de uitsluitingsgrond ex art. 39(2) sub e) van de richtlijn een hoge mate van beoordelingsvrijheid laat aan de aanbestedende diensten. Zoals uit de resultaten van hoofdstuk III blijkt, leidt de onbepaaldheid van het begrip 'betrouwbaarheid', zoals benadrukt door de Europese Commissie, tot discretionaire bevoegdheden voor de aanbestedende dienst. Deze discretionaire bevoegdheid geldt in ieder geval tot zover het begrip niet door de lidstaat in het nationale recht nader is gespecificeerd.[213]

Vanzelfsprekend is deze beleidsruimte niet grenzeloos. De Europese Commissie veronderstelt dat waar de aanbestedende dienst een '*considerable degree of flexibility'* toekomt door de onbepaaldheid van het begrip betrouwbaarheid, deze ruimte gepaard gaat met *'a special responsibility to handle it with care'*.[214] Zo worden ook hier de randvoorwaarden opgetrokken door de algemene Europese beginselen die aan de basis staan van het aanbestedingsrecht. De Europese Commissie geeft expliciet aan dat de open norm 'betrouwbaarheid' een grote mate van flexibiliteit met zich meebrengt voor de aanbestedende dienst. De verantwoordelijkheid die de andere kant van de medaille vormt bij deze toepassingsvrijheid, vergt dat de aanbestedende dienst moet zorgen voor een consequente en zorgvuldige toepassing. De verplichting voor consequente en zorgvuldige toepassing die rust op de aanbestedende dienst volgt uit het gelijkheidsbeginsel.[215]

In het vervolg van dit deel van het onderzoek zal kort uiteen worden gezet waar de flexibiliteit van de aanbestedende diensten bij de toepassing van de uitsluitingsgrond naar voren komt. Daarna wordt besproken welke extra verantwoordelijkheden een aanbestedende dienst heeft bij de invulling van de toepassingsvrijheid.

4.2 Flexibiliteit voor de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van een inschrijver

4.2.1. Eisen aan de betrouwbaarheid van de inschrijver

De aanbestedende dienst heeft de discretionaire bevoegdheid zelf de elementen die tot betrouwbaarheid leiden op te stellen, in zo ver de lidstaten deze eisen niet al zelf uitputtend heeft opgesteld bij de implementatie van de uitsluitingsgrond. Het HvJ bepaalde hierover in de Europese

[213] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 13
[214] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 13
[215] Swennen, F. (2016). De rol van het gelijkheidsbeginsel bij overheidsopdrachten en PPS-projecten.

Commissie vs. Polen *"Het staat de aanbestedende dienst namelijk geheel vrij om bijzonder hoge eisen te stellen aan de bekwaamheid en de betrouwbaarheid van de inschrijvers".*[216]Ook hier geldt dat de eisen wel een verband dienen te hebben met de bescherming van de nationale veiligheid van de lidstaat.[217]

4.2.2. De verschillende mogelijkheden wat betreft het bewijs

De aanbestedende dienst kan van inschrijvers verlangen zelf informatie aan te dragen ter bevestiging van de betrouwbaarheid van de inschrijver.[218] Het niet meewerken aan een verzoek door de inschrijver, al dan niet opzettelijk, staat deelname aan het aanbestedingsproces in de weg. Er zijn verschillende vormen van informatie die de aanbestedende dienst kan opvragen. Zo heeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid om een gedragsverklaring van de rechtspersoon of zijn bestuurders in de zin van art. 28 Wet Justitiële - en Strafvorderlijke Gegevens te verlangen.[219] Ook is het voor de aanbestedende dienst mogelijk informatie op te vragen over zaken als de aandeelhoudersstructuur van de inschrijver. Daarnaast dient de inschrijver desgevraagd inzicht te geven in de financieringsstromen en de toeleveringsketens indien de aanbestedende dienst dit verzoekt.[220] Al deze vormen van informatie kunnen de kwaliteit van de screening van inschrijvers bevorderen. De aanbestedende dienst kan de informatie indien nodig delen met veiligheidsinstantie in het geval er gekozen wordt voor uitbesteding van het screeningsproces.[221]

Het is goed denkbaar dat de noodzakelijke screening van de inschrijver op betrouwbaarheid de capaciteiten van de aanbestedende dienst overschrijdt. In dergelijke gevallen kunnen de aanbestedende diensten de ondersteuning van nationale veiligheidsautoriteiten aanvragen.[222] De betrokkenheid van nationale veiligheidsautoriteiten bij de screening van inschrijvers kan op nationaal niveau geregeld worden. Vooralsnog is het in Nederland aan de aanbestedende dienst om te bepalen of de veiligheidsautoriteit betrokken wordt bij de screening van een inschrijver. Indien de nationale veiligheidsautoriteit gevraagd wordt ondersteuning te bieden bij de screening zal die echter nooit de keuze tot wel of niet uitsluiten voor de aanbestedende dienst maken. Die keuze blijft de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst zelf.[223]

---

[216] ECLI:EU:C:2023:629, Europese Commissie vs. Polen, ro. 92.
[217] Richtlijn 2009/81/EG, art. 39 lid 2 sub e).
[218] Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 65.
[219] Memorie van Toelichting 'Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied)' vergaderjaar 2010-2022, 32768, nr. p. 13.
[220] Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 65.
[221] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 13
[222] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 13
[223] Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied art. 2.77

De aanbestedende dienst heeft de ruimte om veel verschillende vormen van informatie als bron te nemen waarmee de onbetrouwbaarheid van een inschrijver wordt aangetoond.[224] Uit de bewoording ex art. 39 lid 2 sub e) Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied volgt namelijk dat de aanbestedende dienst het gebrek aan betrouwbaarheid van een inschrijver kan aan tonen 'op basis van welk bewijsmiddel ook'. Hierdoor kan de aanbestedende dienst zich zelfs beroepen op beschermde gegevensbronnen om te motiveren dat een inschrijver niet over het gewenste niveau van betrouwbaarheid beschikt.[225] Bijgevolg kan in potentie de situatie ontstaan dat de inschrijver zelf niet wordt geïnformeerd wat de achterliggende reden is van zijn uitsluiting aan het aanbestedingsproces. De vele mogelijkheden wat betreft de vorm van de bewijsmiddelen bieden de aanbestedende dienst aanzienlijke flexibiliteit om het gebrek aan betrouwbaarheid van een inschrijver aan te tonen.

4.2.3. De invloed van de aanbestedende dienst op de uitvoerende onderaannemer

Daarnaast heeft de aanbestedende dienst invloed op de keuze voor onderaannemers bij de uitvoering van overheidsopdrachten.[226] Er is sprake van een verantwoordelijkheidsketen waar onderaannemers dezelfde mate van betrouwbaarheid dienen te hebben als de inschrijver zelf om veiligheidsrisico's te beheersen. Om de verantwoordelijkheidsketen sluitend te houden dient gescreend te worden of de onderaannemer over dezelfde mate van betrouwbaarheid voldoet als de inschrijver.[227] Echter wordt uit de tekst van de richtlijn niet duidelijk hoe daar invulling aan gegeven dient te worden. Wel stelt de Europese Commissie in de Guidance Note Security of Information dat aanbestedende diensten van inschrijvers gegevens mogen opvragen die de betrouwbaarheid van de onderaannemer aan tonen.[228] Daarbij kan de aanbestedende dient bijvoorbeeld een betrouwbaarheidsverklaring eisen die is afgegeven door de nationale veiligheidsautoriteiten van de onderaannemer.[229] Daarnaast mag de aanbestedende dienst van de inschrijver eisen dat er enkel onderaannemers worden gebruikt afkomstig uit geallieerde landen.[230] In alle gevallen dienen dergelijke eisen proportioneel en noodzakelijk te zijn. Over de beoordeling van deze gegevens behoudt de aanbestedende dienst ook discretionaire bevoegdheid zolang die niet begrensd is door optreden van de lidstaat met regulering en/of helder beleid.

4.2.4. De hantering van een zelfreinigingssysteem

[224] Richtlijn 2009/81/EG, art. 39 lid 2 sub e)
[225] Richtlijn 2009/81/EG, art. 39 lid 2 sub e)
[226] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Supply (2016). Par. 38
[227] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 14
[228] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 18
[229] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Information (2016). par 18
[230] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Supply (2016). par 38

Zoals hierboven besproken kent de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied geen zelfreinigingssysteem. In de nieuwe generatie aanbestedingsrichtlijnen (richtlijn 2014/23/EU, richtlijn 2014/24/EU en richtlijn 2014/25/EU) zijn wel artikelen over een zelfreinigingssysteem opgenomen. Het is onduidelijk waarom de EU-wetgevers ervoor hebben gekozen in de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied geen zelfreinigingssysteem op te nemen. Omdat de systemen ook niet waren opgenomen in EU-regelgeving voor de totstandkoming van de nieuwe generatie richtlijnen kan het ontbreken van een zelfreinigingssysteem worden verklaard vanuit het oogpunt dat de richtlijn simpelweg achterloopt op de nieuwere richtlijnen. Bij een eventuele herziening van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied is het in dat geval waarschijnlijk dat deze ook wordt 'geüpdatet' met een zelfreinigingssysteem. Het zou echter ook kunnen dat de EU-wetgevers de zelfreinigingsregels bewust niet willen harmoniseren als het gaat om uitsluiting ten behoeve van de nationale veiligheid.

Elke lidstaat heeft de bevoegdheid om zelf wetgeving omtrent een zelfreinigingssysteem aan te nemen dat van toepassing is op de uitsluitingsgronden die geïmplementeerd zijn uit de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied. Indien de lidstaat het EU-herstelsysteem uit de reguliere aanbestedingsrichtlijnen volgt en ook van toepassing verklaard in het geval van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied is het waarschijnlijk dat dit in lijn is met de procedurele vrijheid die lidstaten toekomt bij het opstellen en invullen van het uitbuitingssysteem. Als de lidstaat zelf geen nadere bepalingen omtrent een zelfreinigingssysteem implementeert heeft de aanbestedende dienst meer beleidsvrijheid ten opzichte van de nieuwe generatie aanbestedingsrichtlijnen.[231] Het is in dat geval namelijk de aanbestedende dienst zelf die kan bepalen of een inschrijvers de kans krijgt om eventuele gebreken die ten grondslag liggen aan de veronderstelde onbetrouwbaarheid te herstellen.[232]

4.3 De verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van een inschrijver

De aanbestedende dienst dient ervoor te waken dat de keuze voor een inschrijver geen disproportionele nationale veiligheidsrisico's met zich meebrengt. Tegelijkertijd heeft de aanbestedende dienst de verantwoordelijkheid om te voorkomen dat de invulling van de onbepaalde term 'betrouwbaarheid' niet tot willekeur leidt of indruist tegen algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het HvJ bepaalde in Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA vs. Toscca – Equipamentos em Madeira Lda: "*In herinnering dient evenwel te worden gebracht dat de aanbestedende dienst zich ook moet houden aan het algemene Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur, dat vereisten met zich meebrengt waaraan de lidstaten moeten voldoen wanneer zij het Unierecht uitvoeren. De verplichting van nationale autoriteiten om hun besluiten te motiveren*

[231] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Supply (2016). par 21
[232] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Supply (2016). par 21

neemt onder die vereisten een bijzonder belangrijke positie (…) Die verplichting geldt met name voor besluiten waarbij de aanbestedende dienst een inschrijver uitsluit met toepassing van in het bijzonder een facultatieve uitsluitingsgrond".[233] Bijgevolg is het de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst om bij de toepassing van de uitsluitingsgrond een goede balans te vinden tussen de belangen van een eerlijk aanbestedingsproces aan de ene kant en het beheersen van veiligheidsrisico's aan de andere kant.

Uit de voorgaande paragraaf blijkt dat de richtlijn de aanbestedende dienst veel ruimte laat om verschillende vormen van bewijs te gebruiken om het gebrek aan betrouwbaarheid van een inschrijver aan te tonen. Echter geeft de Europese Commissie aan dat er wel degelijk bepaalde vereisten zij waar het gebruikte bewijs aan moet voldoen. Zo blijkt uit Guidance Note Security of Supply dat een aanbestedende dienst objectieve en verifieerbare redenen moet kunnen laten zien voor het veronderstelde gebrek aan betrouwbaarheid aan de kant van de inschrijver.[234] Omdat een aanbestedende dienst zich volgens de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied mag beroepen op 'beschermde gegevensbronnen' is het niet aannemelijk dat de aanbestedende dienst te allen tijde de inschrijver in kennis dient te stellen van de volledige onderbouwing van zijn beslissing. Indien de uitsluiting wordt aangevochten bij de nationale rechter dient de aanbestedende dienst wel de genomen beslissing tot uitsluiting wegens veronderstelde onbetrouwbaarheid te onderbouwen met verifieerbare en objectieve argumentatie.[235] Deze verantwoordelijkheid die op de respectievelijke aanbestedende dienst rust, dient willekeur en arbitraire beslissingen als gevolg van de hoge mate van flexibiliteit te voorkomen.

Zoals besproken kan de lidstaat reguleren dat inschrijvers die in het verleden als onbetrouwbaar zijn aangemerkt op een zwarte lijst worden geplaatst. Dit geeft aanbestedende diensten de mogelijkheid om inschrijvers die op een lijst staan te screenen en te bepalen of ze ook een veiligheidsrisico's vormen voor de nog aan te besteden overheidsopdracht. Wanneer vervolgens besloten wordt om tot uitsluiting van de inschrijver over te gaan is dit daarom niet op basis van de zwarte lijst maar op basis van de toetsing en screening van de respectievelijke aanbestedende dienst in het concrete geval. Automatische uitsluiting op basis van een zware lijst voldoet nooit aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. De uitsluiting moet te allen tijde proportioneel zijn.[236] Daarnaast dient de aanbestedende dienst te onderbouwen waarom uitsluiting in dat specifieke geval noodzakelijk is om de nationale veiligheid van de lidstaat te waarborgen.[237]

[233] ECLI:EU:C:2023:1016, Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA vs. Toscca – Equipamentos em Madeira Lda, ro. 87.
[234] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Supply (2016). par 20.
[235] Guidance Note Directive 2009/81 Security of Supply (2016). par 9 en 20.
[236] Hamer, C. R. (2022). The Principle of Proportionality: A Balance of Aims in Public Contracts. *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.*, *17*, 190
[237] ECLI:EU:C:2023:48, HSC Baltic vs. Vilius. Ro 40, 42 en 50.

Observaties Hoofdstuk IV

→ De aanbestedende dienst heeft een kardinale rol bij het beschermen van de nationale veiligheid via het uitsluiten van inschrijvers. Des te groter de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst, des te belangrijkere de rol van de aanbestedende dienst bij de bescherming van de nationale veiligheid van de lidstaat.

→ Zolang het begrip 'betrouwbaarheid' niet ingevuld wordt door de wetgever, blijft de aanbestedende dienst bij de invulling van de open norm beleidsvrijheid behouden. De aanbestedende dienst komt derhalve meer directionele bevoegdheid toe dan noodzakelijk.

→ De Europese Commissie veronderstelt dat de aanbestedende dienst bij de interpretatie en toepassing van de uitsluitingsgrond: '*… een hoge mate van flexibiliteit toekomt'*.

→ Aanbestedende diensten kunnen zelf bepalen welke eisen gesteld dienen te worden aan de betrouwbaarheid van de inschrijver. Dit dient wel in overeenstemming te zijn met eventuele verdere invulling van het begrip betrouwbaarheid door de implementerende lidstaat.

→ Om de kwaliteit van de screening te bevorderen kan de aanbestedende dienst van de inschrijver verlangen informatie te delen omtrent bijvoorbeeld de aandeelhoudersstructuur, financieringsstromen en de toeleveringsketen.

→ De aanbestedende dienst kan de nationale veiligheidsautoriteiten (of andere autoriteiten/entiteiten) vragen ondersteuning te bieden bij de screening van de inschrijver. In Nederland kan de aanbestedende dienst zelf bepalen wanneer gebruik gemaakt wordt van de ondersteuning van de nationale veiligheidsautoriteiten.

→ De beslissing van de aanbestedende dienst dat een inschrijver niet de gewenste betrouwbaarheid vertoont kan gemaakt worden 'op basis van welk bewijsmiddel ook'. Wel dient de aanbestedende dienst objectieve en verifieerbare redenen te hebben voor het veronderstelde gebrek aan betrouwbaarheid aan de kant van de inschrijver.

→ Door de aanwezigheid van een verantwoordelijkheidsketen dienen eventuele onderaannemers over dezelfde mate van betrouwbaarheid te beschikken als de inschrijver zelf.

→ Het is de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst om bij de toepassing van de uitsluitingsgrond een goede balans te vinden tussen de belangen van een eerlijk aanbestedingsproces aan de ene kant en het beheersen van veiligheidsrisico's aan de andere kant. Dit betekent concreet dat er nooit automatisch mag worden uitgesloten. Het belang om uit te sluiten dient per geval bekeken en gewogen te worden door de aanbestedende dienst zelf.

Hoofdstuk V

Aanbevelingen op basis van de resultaten van het onderzoek

Nederland heeft de Richtlijn op defensie- en veiligheidsgebied voor grote delen vrijwel letterlijk overgenomen bij de implementatie van de richtlijn.[238] Uit dit onderzoek wordt duidelijk dat Nederland hiermee de beleidsvrijheid die de Europese wetgevers haar toereikte onvoldoende heeft benut om een effectieve toepassing van de uitsluitingsgrond te bevorderen. Door de huidige implementatie is de beleidsvrijheid doorgeschoven naar de aanbestedende diensten. Daarnaast leidt de onduidelijkheid over de correcte toepassing van de uitsluitingsgrond ertoe dat deze niet of nauwelijks gebruikt wordt.

De uitsluitingsgrond ex art. 2.77 lid 1 sub f Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied is de afgelopen jaren niet tot nauwelijks door Nederlandse aanbestedende diensten gebruikt om 'onbetrouwbare' inschrijvers uit te sluiten van deelname aan een aanbestedingsprocedure. Uit dit onderzoek wordt duidelijk dat de EU-wetgevers met de adoptie van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied aanbestedende diensten een krachtig instrument hebben willen bieden ter bescherming van de nationale veiligheid. Bijgevolg hoeft de uitsluitingsgrond niet eng te worden geïnterpreteerd. Aanbestedende diensten hebben een kardinale rol in het effectief toepassen van dit belangrijke instrument. Wanneer aanbestedende diensten deze ruimte beter benutten en de uitsluitingsgrond vaker en breder toepassen worden nationale veiligheidsrisico's beter beheerst. Daarnaast is aannemelijk dat bij een bredere toepassing van de uitsluitingsgrond nationale rechters, het HvJ en/of de EU-wetgevers meer duidelijkheid gaan verschaffen over de correcte toepassing ervan.

Gezien de recente ontwikkelingen en de toenemende hybride dreiging in combinatie met de toepassingspraktijk van de uitsluitingsgrond, is het zeer dringend en onontbeerlijk dat Nederland de aanbestedende diensten meer sturing geeft ter beheersing van de nationale veiligheidsrisico's. Uit de bevindingen van dit onderzoek volgt een aantal aanbevelingen ter bevordering van de bescherming van de nationale veiligheid bij de gunning van overheidsopdrachten. De aanbevelingen bevatten

[238] Memorie van Toelichting 'Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied)' vergaderjaar 2010-2022, 32768, nr. p. 7.

onder andere proposities waar en hoe Nederland de aanbestedende diensten meer kan sturen bij de toepassing van de uitsluitingsgrond. Ook bevatten de aanbevelingen advies aan de aanbestedende diensten over de toepassing van de uitsluitingsgrond.

De aanbevelingen zijn onderverdeeld in direct uitvoerbare suggesties en de aanbevelingen waar een wetswijziging aan vooraf dient te gaan. Daarnaast is per aanbeveling ook opgenomen welke entiteit de maatregelen dient te treffen.

5.1 Direct Uitvoerbare Aanbevelingen

→ De Nederlandse overheid dient ervoor te zorgen dat het toepassingsbereik van de richtlijn zo breed mogelijk is

Tot de uitsluitingsgrond ook wordt opgenomen in richtlijn 2014/24/EU, is het van belang om het toepassingsbereik van de richtlijn zo breed mogelijk te maken voor de overheidsopdrachten met veiligheidsrisico's. Door zorgvuldiger en meer te rubriceren kan de reikwijdte van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied geoptimaliseerd worden. Nederland dient de invloed die het kan uitoefenen over het toepassingsbereik te gebruiken om aanbestedende diensten in meer gevallen de mogelijkheid te bieden om inschrijvers uit te sluiten op basis van art. 2.77 lid 1 sub f Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied. Dit zou de beheersing van nationale veiligheidsrisico's in het aanbestedingsrecht aanzienlijk vergemakkelijken.

→De Aanbestedende dienst en de veiligheidsautoriteiten dienen ook de kenmerken van de te leveren producten, diensten of werken te screenen

De Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied vermeldt in de preambule expliciet dat onbetrouwbaarheid niet alleen het gevolg is van de eigenschappen van de inschrijver, ook de kenmerken van het te leveren product, dienst of werk kunnen nationale veiligheidsrisico's met zich meebrengen.[239] Bijgevolg is de veronderstelling dat de betrouwbaarheid van een inschrijver enkel kan afhangen van de eigenschappen van de inschrijver (of onderaannemers) onjuist. Door in de risicoanalyse naast de betrouwbaarheid van de inschrijver ook de betrouwbaarheid van de te gebruiken producten te wegen kunnen veiligheidsrisico's optimaal worden beheerst. Op basis van die risicoanalyse kunnen aanbestedende diensten ex art. 2.77 lid 1 sub f Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied inschrijvers uitsluiten die producten, diensten of werken leveren die niet de over de gewenste betrouwbaarheid beschikken.

[239] Richtlijn 2009/81/EG, Preambule overweging 65.

→ De Nederlandse overheid dient een verplicht protocol op te stellen in welk geval de screening door een veiligheidsdienst (of andere autoriteiten/entiteiten) dient te worden uitgevoerd

Niet alle aanbestedende diensten hebben de capaciteit en de middelen om afdoende te beoordelen of de hulp van veiligheidsautoriteiten noodzakelijk is bij de screening van inschrijvers. Bijgevolg is het noodzakelijk om duidelijke kaders op te stellen. De kaders dienen aanbestedende diensten te ondersteunen bij de beslissing of in een respectievelijk geval veiligheidsautoriteiten moeten worden betrokken bij de screening van inschrijvers. Met een vooropgezet stappenplan kan het risico beperkt worden dat aanbestedende diensten de aanwezigheid van veiligheidsrisico's verkeerd inschatten waardoor zij geen beroep doen op de ondersteuning van de veiligheidsautoriteiten bij de screening van een inschrijver. Doordat een duidelijke regeling kan voorkomen dat aanbestedende diensten geen gebruik maken van de ondersteuning van veiligheidsautoriteiten in gevallen waar dat wel wenselijk is worden de nationale veiligheidsrisico's beheerst.

→ De Europese Commissie dient duidelijk te communiceren dat de uitsluitingsgronden in de richtlijn breder toegepast kunnen worden

De richtlijn is een middel om de interne markt verder te integreren. De interne markt is op zijn beurt slechts een middel ter bevordering van de fundamentele waarden van de EU. De fundamentele waarden van de EU, die opgenomen zijn in art. 2 VEU, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtstaat en eerbiediging van de mensenrechten. Gelet op de huidige ontwikkelingen is het noodzakelijk dat de toepassing van de richtlijn niet slechts dient ter ondersteuning van de interne markt maar ook ter bevordering van de fundamentele waarden.

Als hoeder van de verdragen dient de Europese Commissie sturing te geven aan de lidstaten en aanbestedende diensten over de correcte toepassing van de uitsluitingsgrond ex art. 39 lid 2 sub e) van de richtlijn. De Europese Commissie dient door middel van nieuwe Guidance Notes of door middel van een ander instrument duidelijk te maken aan lidstaten en aanbestedende diensten dat het gebruik van de uitsluitingsgronden ter bescherming van de nationale veiligheid breder kan worden toegepast. Ter illustratie, door middel van het publiceren van een nieuwe Guidance Note kan de Europese Commissie meer duiding geven over de brede toepassing van de bepaling.

Verduidelijking over de toepassing van de uitsluitingsgrond zal naar verwachting ook het risico op het buiten toepassing laten van de uitsluitingsgrond als gevolg van de 'zero error' cultuur bij aanbestedende diensten verlagen. Door duidelijk te communiceren kan de Europese Commissie de angst voor een inbreukprocedure bij een te brede toepassing van de uitsluitingsgrond wegnemen.

5.2 Aanbevelingen voor wetswijzigingen

→ De Nederlandse overheid dient de aanbestedende diensten meer handvatten te bieden bij de invulling van de open normen die de uitsluitingsgrond bevat

Op dit moment wordt de beleidsvrijheid die lidstaten toekomt bij de implementatie en interpretatie van de richtlijn in Nederland onvoldoende benut. Daarmee schuift de beleidsvrijheid door naar de aanbestedende diensten. Dit leidt tot gedifferentieerde toepassing van de uitsluitingsgrond en het risico dat het instrument niet effectief wordt toegepast. De Nederlandse overheid dient de aanbestedende dienst meer handvatten te bieden bij de toepassing van de uitsluitingsgrond. Door een kader op te stellen op basis waarvan een aanbestedende dienst een inschrijver als niet betrouwbaar kan worden aanmerken wordt er meer sturing gegeven aan de aanbestedende diensten.

Een dergelijk kader dient haar grondslag te vinden in de elementen die de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied bevat en een indicatie geven over wat een gebrek aan 'betrouwbaarheid' inhoud. Deze criteria op basis waarvan de screening plaats dient te vinden duiden aan in hoeverre een ondernemer in staat is leveringszekerheid, gegevensbescherming, een onafhankelijke aandeelhoudersstructuur en deugdelijke kenmerken van het te leveren product te garanderen.

Er zijn meerdere juridische vorm denkbaar waarin de Nederlandse overheid deze handvatten opneemt. Zo kan bijvoorbeeld de overheid meer sturing geven door bij de implementatie van de ABRO duidelijke criteria/indicaties op te nemen die de aanbestedende dienst ondersteunen bij de toepassing van de uitsluitingsgrond. Het is in theorie zelfs mogelijk om deze handvatten te bieden aan aanbestedende diensten zonder dat een wetswijziging noodzakelijk is.

→ Neem de uitsluitingsgrond uit de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied artikel 39 lid 2 sub e ook op in Richtlijn 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU

Momenteel kan een aanbestedende dienst een inschrijver pas op basis van onbetrouwbaarheid uitsluiten indien een overheidsopdracht binnen de reikwijdte van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied valt. Het dient te gaan om een 'gevoelige opdracht'. Een 'gevoelige opdracht' is een opdracht die betrekking heeft op gerubriceerde gegevens of een opdracht tot levering van militair materiaal of werken en diensten voor militaire doeleinden. Andere overheidsopdrachten vallen hier niet onder terwijl zulke opdrachten in potentie wel nationale veiligheidsrisico's met zich mee kunnen brengen. Gezien de aanbestedende dienst objectief en verifieerbaar moet kunnen aantonen dat het gunnen van een opdracht aan de vermeend 'onbetrouwbare inschrijver' nationale veiligheidsrisico's met zich meebrengt, is het denkbaar dat het problematisch is om het toepassingsgebied van de uitsluitingsgrond enkel toe te spitsen op gevoelige en militaire opdrachten. Het doet er immers niet toe wat de aard van de opdracht is als uitsluiting de nationale veiligheid ten goede komt. Bijgevolg

zou het, bij de toepassing van de uitsluitingsgrond, moeten volstaan dat kan worden aangetoond dat de gunning van een bepaalde opdracht aan een specifieke inschrijver tot nationale veiligheidsrisico's leidt.

Als – zoals dit onderzoek betoogt – de uitsluitingsgrond ex art. 39 lid 2 sub e) van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied inderdaad de grootste toevoeging is die de richtlijn aan het aanbestedingsrecht biedt om veiligheidsrisico's te beheersen is het wel de vraag wat voor toegevoegde waarde de Richtlijn op Defensie- en veiligheidsgebied en de AwDV nog hebben indien de toepassing van de uitsluitingsgrond ook mogelijk is via de reguliere aanbestedingsrichtlijnen en de Aanbestedingswet.

→ Neem art. 2.77 lid 1 sub f AwDV op als verplichte uitsluitingsgrond in plaats van als facultatieve uitsluitingsgrond

Het HvJ heeft expliciet bepaald dat lidstaten de beleidsvrijheid hebben om een facultatieve uitsluitingsgrond als verplichte uitsluitingsgrond om te zetten in het nationaal recht.[240] Nederland dient deze beleidsvrijheid die het toekomt bij de implementatie van de Richtlijn op Defensie- en Veiligheidsgebied te gebruiken en art. 2.77 lid 1 sub f Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied op te nemen als verplichte uitsluitingsgrond in plaats van als facultatieve uitsluitingsgrond. Hiertoe dient Nederland de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied te herzien. Door de uitsluitingsgrond als verplichte uitsluitingsgrond op te nemen wordt de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst om te bepalen of een inschrijver wel of niet dient te worden uitgesloten ingeperkt.

Door de uitsluitingsgrond als facultatief te implementeren is Nederland afhankelijk van de wil en capaciteit van alle aanbestedende diensten om gebruik te maken van de uitsluitingsgrond. Gezien de recente geopolitieke ontwikkelingen is het meer dan ooit in het belang van de lidstaat om ondernemers die niet over de gewenste betrouwbaarheid beschikken uit te sluiten van deelname aan het aanbestedingsproces. Door de uitsluitingsgrond verplicht te stellen kunnen aanbestedende diensten er niet meer voor kiezen de uitsluitingsgrond buiten toepassing te laten. Omdat, ex art. 2.77 lid 1 sub f AwDV, de toepassing van de uitsluitingsgrond enkel is toegestaan indien het nationale veiligheidsrisico's beheerst is er geen zwaarder wegende reden denkbaar die het buiten toepassing laten van de uitsluitingsgrond rechtvaardigt. Daarom zal het implementeren van art. 39 lid 2 sub e) van de richtlijn als verplichte uitsluitingsgrond, in plaats van de huidige facultatieve uitsluitingsgrond ex art. 2.77 lid 1 sub f Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied, de nationale veiligheid ten goede komen.

[240] Dit blijkt uit art. ECLI:EU:C:2023:1016, Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA vs. Toscca – Equipamentos em Madeira Lda. Naar alle waarschijnlijkheid geldt deze beleidsvrijheid niet alleen voor de uitsluitingsgronden ex richtlijn 2014/24 maar ook voor die uit de richtlijn op Defensie en Veiligheidsgebied.

Literatuur

Alter, K. J., & Steinberg, D. (2007). The theory and reality of the European Coal and Steel Community. *Making History: European Integration and Institutional Change at Fifty, (Eds.) Meunier, Sophie, McNamara, Kathleen R*, *8*, 89-140.

Andenas, M., & Andersen, C. B. (Eds.). (2012). *Theory and practice of harmonisation*. Edward Elgar Publishing.

Bakker, S. (2021). Legal pragmatism om pijnlijke rechtspraak te voorkomen.

Beck G. (2012). The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU, Hart Publishing, Oxford

Benson, E., Steinberg, F., & Alvarez-Aragones, P. (2024, 26 januari). The European Union's Economic Security Strategy Update. CSIS. Geraadpleegd op 23 februari 2024, van https://www.csis.org/analysis/european-unions-economic-security-strategy-update

Bouwman, G. (2017). Spanning tussen het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheids-en transparantiebeginsel bij het uitsluiten van ondernemingen in het aanbestedingsrecht. *Nederlands Tijdschrift voor Europees recht*, *2017*(3), 53-61.

Craig, P., & De Búrca, G. (2020). EU Law: Text, Cases, and Materials UK Version. Oxford University Press

CSIS (2024) The European Union's Economic Security Strategy Update: https://www.csis.org/analysis/european-unions-economic-security-strategy-update

Dankert, T. (2024, 26 juni). Aanbestedende dienst moet altijd motiveren bij wel of niet uitsluiting. TRIP Advocaten Notarissen. https://trip.nl/blogs/aanbestedende-dienst-moet-altijd-motiveren-bij-wel-of-niet-uitsluiting/ ,

Essers, M. (2010). Het Europese aanbestedingsmodel. Vakmedianet, Deventer.

European Commission. (2007). Proposal on the coordination of procedures for the award of certain public works contracts, public supply contracts and public service contracts in the fields of defence and security. Europarl. Europa. Geraadpleegd op 23 februari 2024, van https://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2007/0766/COM_COM(2007)0766_EN.pdf

European Commission. (2016). Evaluation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security. Geraadpleegd op 23 februari 2024, van https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52016SC0407

Europease Commissie (2020), The EU's Cybersecurity Strategy for the Digital Decade. Geraadpleegd op 23 februari 2024, van https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020JC0018

European Commission. (2023a). Press Corner: An EU Approach To Enhance Economic Security. Geraadpleegd op 23 februari 2024, van https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_3358

European Commission. (2023b). Need for more effective implementation of EU defence procurement rules. European Commission: Defence Industry And Space. Geraadpleegd op 23 februari 2024, van https://defence-industry-space.ec.europa.eu/eu-defence-industry/defence-procurement_

European Commission (2024) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_363

Fabian, S. (2019). The Russian hybrid warfare strategy–neither Russian nor strategy. Defense & Security Analysis, 35(3), 308-325. en Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden. P. 15

Greenberg, M. 2021 "Legal Interpretation", The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Stanford Press

Groenewegen, F. T. (2007, June). De relatieve waarde van de grammaticale interpretatiemethode. In *Feteris, ET; Kloosterhuis, H.; Plug, HJ en Pontier, JA (reds.) Alles afwegende: bijdragen aan het vijfde symposium juridische argumentatie* (Vol. 22, pp. 239-244).

Hamer, C. R. (2022). The Principle of Proportionality: A Balance of Aims in Public Contracts. *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.*, *17*, 190

Hoffman, F. G. (2007). Conflict in the 21st century: The rise of hybrid wars (p. 51). Arlington, VA: Potomac Institute for Policy Studies, p. 23

Howorth, J. (2011). Decision-making in security and defence policy: towards supranational intergovernmentalism?

Jegen, M. and Merand, F. (2014) 'Constructive Ambiguity: Comparing the EU's Energy and Defence Policies', West European Politics, p.182-203.

Koutrakos, P. (2016). Public security exceptions and EU free movement law en Trybus. Buying Defence and Security in Europe The EU Defence and Security Procurement Directive in Context

Letta, E., 2024. *Much More Than a Market - Speed, Security, Solidarity: Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, Institut Jacques Delors. France. Retrieved, p. 70.

Letta, E. (2024). *Much more than a Market*, Groupe d'etudes géopolitiques

Liégeois, V. (2022). De'voorzichtig en redelijk persoon'in het nieuw Burgerlijk Wetboek. *Tijdschrift voor Wetgeving*, *23*(2), p. 76-86.

Lindeboom, J. (2020). Interpreting the EU Internal Market. *The Internal Market and the Future of European Integration: Essays in Honour of Laurence W. Gormley"(Fabian Amtenbrink, Gareth Davies, Dimitry Kochenov and Justin Lindeboom (eds.), Cambridge University Press 2019)., University of Groningen Faculty of Law Research Paper*, (36).

Macron, E., 2024: Europe—It Can Die. A New Paradigm at The Sorbonne, Groupe d'etudes géopolitiques

Manunza, E. (2003) Is een zwarte lijst van bouwbedrijven verenigbaar met het Europees recht; in Bouwrecht Nr. 9 september 2003

Manunza, E., Meershoek, N. A., & Senden, L. A. J. (2020). 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

Manunza, E. (2023). Public procurement Law as an Expression of the Rule of Law: On how the Legislator and the Courts Create a Layered legal System Based on Legal Principles. Public Procurement Law Review, (5), 319-344.

Manunza, E (2024). Bescherming van aarde en vrijheid vergt radicale mentaliteitsverandering in aanbestedingsbeleid: over nieuwe verplichtingen en oude verantwoordelijkheden in Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun

Mason, H. L. (2013). The European coal and steel community: experiment in supranationalism. Springer en Goormahgtigh, J. (1953). European coal and steel community. Int'l Conciliation, 30, 341.

Meershoek, N., Manunza, E., Senden, L., Geraedts, J., & Scholte, D. (2022). Naar een betere bescherming van veiligheidsbelangen bij de aankopen van de Nationale Politie: Een eerste verkenning van enkele aanbestedingsrechtelijke vraagstukken. en Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied art. 2.76 en 2.87.

Meershoek, N., Manunza, E., & Senden, L. (2023). Ensuring Military-logistic Capabilities through Discriminatory Public Procurement? Legal Routes to Overcome a Personnel Shortage. Public Procurement Law Review, 32(3), 141-156.

Meershoek, N. (2023). Reciprocity as Security: Reconsidering Third Country Access to European Critical Infrastructure Procurement. *European Foreign Affairs Review*, *28*.

Meershoek, N. A. (2023). *Sovereignty and Interdependence in EU Military Procurement Regulation* (Doctoral dissertation, Utrecht University).

Micklitz, H. W. (2016). Minimum/maximum harmonisation and the internal market clause. In *European Fair Trading Law* (pp. 27-48). Routledge p. 22-33.

MIVD (2024), Openbaar Jaarverslag 2023

NCTV (2021) Economische Veiligheid: de balans tussen nationale veiligheid en open economie.

OECD (2023), Public Governance Policy Papers 'Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure'.

Patil, K., & Bhaduri, S. (2020). 'Zero-error'versus 'good-enough': towards a 'frugality'narrative for defence procurement policy. Mind & Society, 19(1), 43-59.

Petrić, D. (2023). A Reflection on the Methods of Interpretation of EU Law. ICL Journal, 17(1), 83-105.

Pourbaix, N. (2011). The future scope of application of Article 346 TFEU. Public Procurement Law Review, 1, 3.

Prechal, S., & Van den Brink, T. (2010). Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht: onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State.

Roth, W. H. (2017). Mutual recognition. In Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market (pp. 427-459). Edward Elgar Publishing

Sanchez-Graells, A. (2024, 26 februari). Op-Ed: "Transposing Directives no longer so discretionary! The Court of Justice forces transposition of discretionary exclusion grounds and hints at 'intra-State' vertical direct effect (C-66/22)" EU Law Live. https://eulawlive.com/op-ed-transposing-directives-no-longer-so-discretionary-the-court-of-justice-forces-transposition-of-discretionary-exclusion-grounds-and-hints-at-intra-state-vertical-dire/ en

Sangiovanni, A. (2013). Solidarity in the European union. *Oxford Journal of Legal Studies*, *33*(2), 213-241

Senden, L. (2004). *Soft law in European Community law* (Vol. 1). Hart publishing.

Swennen, F. (2016). De rol van het gelijkheidsbeginsel bij overheidsopdrachten en PPS-projecten

Trippl, M., Soete, L., Kivimaa, P., Schwaag Serger, S., Koundouri, P., & Pontikakis, D. (2024). *Addressing the regional dimension of open strategic autonomy and European green industrial policy* (No. JRC136428). Joint Research Centre.

Trybus, M. (2014). Buying Defence and Security in Europe: The EU Defence and Security Procurement Directive in Context. https://research.birmingham.ac.uk/en/publications/buying-defence-and-security-in-europe-the-eu-defence-and-security

Van der Roest, O. A. P., & Barents, R. (2015). Basisboek recht. Noordhoff Uitgevers.

Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden (April 2023)

Verhoeven, M. J. M., & Jans, J. H. (2017). Doorwerking via conforme interpretatie en rechtstreekse werking. In Inleiding tot het Europees bestuursrecht Ars Aequi Libri, p. 63-122.

Vilaca, C. (2024.). Judgment of the Court of Justice in case C-66/22, Infraestruturas de Portugal and Futrifer Indústrias Ferroviárias. Cruz Vilaça Advogados - Law Firm. https://www.cruzvilaca.eu/en/news/Judgment-of-the-Court-of-Justice-in-case-C-6622-Infraestruturas-de-Portugal-and-Futrifer-Industrias/284/

Vroege, B. (2023). Strategic Autonomy in Military Production: The EDF and the Constitutional Limits to EU Defence-Industrial Spending Power. *European Foreign Affairs Review*, *28*(4)

Wagner, W. (2003). Why the EU's common foreign and security policy will remain intergovernmental: a rationalist institutional choice analysis of European crisis management policy. *Journal of European Public Policy*, *10*(4), 576-595

Weatherill, S. (2020). The Fundamental Question of Minimum or Maximum Harmonisation. *The Internal Market*, *2*.