



Inkoop en aanbesteding in vitale infrastructuur

Najaarsvergadering NVvA 26 november 2020

Anne Fischer-Braams

Nationale veiligheid en handelsbelangen



- Nieuwe Zijderoute: sinds 2013 geopolitiek megaproject ter stimulering handel China en rest van de wereld; ontwikkeling verkeersinfrastructuur en elektriciteitscentrales; veel deelnemende landen, samen 65% wereldbevolking en 40% mondiale bbp (o.m. Portugal, Griekenland, Italië, Luxemburg, Afrikaanse landen), Paard van Troje, leningenvalkuil?
- Universiteiten werken veel meer samen met China ondanks veiligheidsrisico's
- Rotterdamse haven: Cosco 35% Euromax Terminal
- Haven van Piraeus: Cosco 51% aandelen
- Van EC mag Huawei buiten gevoelige kern van 5G worden geweerd; uit vrees voor spionage complete blokkade Huawei door VS, Zweden, Australië, Nieuw-Zeeland en Japan

Nationale veiligheid en handelsbelangen



Mei 2018: kabinet besluit uit voorzorg gebruik antivirussoftware Kaspersky Lab uit te faseren bij Rijksoverheid en adviseert de vitale sector en ABDO-bedrijven hetzelfde te doen en handhaaft beslissing in 2019

Reden risico spionage en sabotage:

- antivirussoftware zit diep in systemen, misbruik groot veiligheidsrisico
- Russische wetgeving verplicht bedrijven als Kaspersky tot samenwerking met Russische overheid
- Rusland heeft een actief en offensief cyberprogramma

Vitale infrastructuur



- Bepaalde processen zijn zo essentieel voor de Nederlandse samenleving dat uitval of verstoring tot ernstige maatschappelijke ontwrichting leidt en een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid.
- Deze processen vormen de Nederlandse vitale infrastructuur.
- Voorbeelden: landelijk transport en distributie elektriciteit, idem gas en gasproductie, olievoorziening (cat. A), drinkwatervoorziening (cat. A), internettoegang en dataverkeer (cat. B), inzet van politie en defensie (cat. B), betalings- en effectenverkeer (cat. B), communicatie 112 en C2000 (cat. B).
- Zie voor een overzicht de website van de NCTV. De indeling in categorieën geeft de gevolgen van uitval en de prioritering van maatregelen weer.

Nationale veiligheidsbelangen

- Continuïteit van de vitale infrastructuur
- Strategische onafhankelijkheid van partijen en landen met wie Nederland niet dezelfde geopolitieke belangen deelt (denk aan China, Rusland, Iran)
- Integriteit en exclusiviteit van hoogwaardige kennis en vertrouwelijke informatie (weglekken gevoelige technologische kennis, persoonsgegevens, staatsgeheimen)
- Bij sectoren binnen de vitale infrastructuur treden eerder risico's voor de nationale veiligheid op.

Opdrachtgevers binnen de vitale infrastructuur

- Rijksoverheid (aanbestedende diensten)
- Speciale sectorbedrijven (water- en energievoorziening en vervoer)
- Bedrijven in andere sectoren zonder (Europese) aanbestedingsplicht (bijv. telecom, (petro)chemie, kernenergie, betalings- en effectenverkeer)

Rolverdeling

- De opdrachtgever (de behoeftestellende partij) is verantwoordelijk voor de beoordeling óf er sprake is van risico's voor de nationale veiligheid
- De inkoper is verantwoordelijk voor het verkleinen (mitigeren) van de risico's

Handleidingen Quickscan en Risicoanalyse

De Quickscan bevat een vragenlijst waarmee snel kan worden bepaald óf er mogelijke risico's zijn voor de nationale veiligheid bij een te gunnen opdracht.

Bron: Quickscan nationale veiligheid bij inkoop en aanbesteden, Zo houdt u rekening met nationale veiligheidsrisico's, uitgave van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in samenwerking met de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, november 2018 | 117631 (op website PIANOo).

Als uit de Quickscan blijkt dat er risico's zijn, of dat er aanvullend onderzoek nodig is, wordt geadviseerd om vervolgens een Risicoanalyse uit te voeren. Daarin wordt precies vastgesteld welke risico's er zijn en hoe er kan worden gehandeld om deze risico's te mitigeren.

Bron: Risicoanalyse nationale veiligheid bij inkoop en aanbesteden, Zo houdt u rekening met nationale veiligheidsrisico's, uitgave van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in samenwerking met de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, april 2019 | 120576 (op website PIANOo).

Opdrachten met nationale veiligheidsrisico's?

| | Kans Laag | Kans Middel | Kans Hoog |
|---------------|------------------|---------------|------------------|
| Impact Laag | Risico zeer laag | Risico laag | Risico middel |
| Impact Middel | Risico laag | Risico middel | Risico hoog |
| Impact Hoog | Risico middel | Risico hoog | Risico zeer hoog |

- Relatief grote opdrachten voor levering en/of beheer en onderhoud van netwerk-, informatie- of communicatiesystemen
- Opdrachten voor W/L/D waarvan netwerk-, informatie- of communicatiesystemen een onderdeel vormen
- Opdrachten van geheel andere aard, en afhankelijk van de bestemmingen, kunnen ook nationale veiligheidsrisico's meebrengen (bijv. beveiligings- en bewakingsdiensten, schoonmaak, catering)

Risico's op welk gebied?

- Bestuur en organisatie opdrachtnemer
- Personeel opdrachtnemer
- Fysieke beveiliging organisatie opdrachtnemer
- Digitale beveiliging organisatie opdrachtnemer (cybersecurity)
- Idem in toeleveringsketen (onderaannemers, leveranciers, producenten)

Welke vragen vooraf beantwoorden?

Er moet bij de voorgenomen opdracht een specifiek, wezenlijk nationaal veiligheidsbelang zijn geïdentificeerd. Quicksan en Risicoanalyse moeten hebben uitgewezen dat (al of niet) binnen een vitaal proces een risico is voor de nationale veiligheid.

De volgende vragen moeten vooraf zijn beantwoord:

- Om welk wezenlijk veiligheidsbelang gaat het?
- Wat is het verband tussen dit veiligheidsbelang en de specifieke inkoopbeslissing?
- Waarom is de beoogde maatregel of uitzondering in dit speciale geval noodzakelijk voor de bescherming van dit wezenlijke veiligheidsbelang?
- Is de voorgenomen maatregel of uitzondering geschikt en evenredig om dit wezenlijke veiligheidsbelang te beschermen?

Hoe risico's te verkleinen?

- Bepalen juridisch kader (Richtlijn 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2014/23/EU, Aw 2012, Richtlijn 2009/81/EG, ADV, ABDO 2019, art. 346/36 WVEU)
- Welke procedure
- Welke maatregelen (uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria, contractvoorwaarden)

Juridisch kader

Uit evaluatie Europese Commissie van Richtlijn 2009/81/EG:

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

Commission Staff Working Document, Evaluation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security, Brussels, 30.11.2016, SWD (2016)407 final

Juridisch kader

- ADV: speciaal bedoeld voor opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied. ADV heeft voorrang op Aw 2012 en moet worden toegepast als het opdrachten betreft, die vallen onder toepassingsbereik ADV (*lex specialis*)
- O.a. bij levering gevoelig materiaal, realisatie gevoelige werken of verrichten gevoelige diensten
- ADV: geen nationaal toegevoegd beleid; hoofdstukken 1.2 – 1.4 zijn niet van toepassing

Juridisch kader

- ADV: heeft meer mogelijkheden voor risicomitigerende maatregelen dan Aw 2012
- ADV kan/moet worden toegepast door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven
- Dat is veel breder dan Ministerie van Defensie; ook Politie en AIVD (vgl. brief Staatssecretaris EZK aan Tweede Kamer van 7 februari 2018 over stand van zaken ADV, TK 2017-2018, 32768, nr. 11).

ADV: procedures

- Tot nu toe is Defensie 'exclusieve' gebruiker ADV
- Defensie past i.h.a. niet-openbare procedure of concurrentiegerichte dialoog toe
- ADV laat vrije keuze uit niet-openbare en onderhandelingsprocedure met aankondiging
- ADV kent niet de procedure innovatiepartnerschap

Voorbeelden aanbesteding Defensie onder ADV

- Europese niet-openbare aanbesteding 'hoist simulation' training (ECLI:NLRBDHA:2016:9125)
- Concurrentiegerichte dialoog verwerving geconditioneerde containers (ECLI:NL:RBDHA:2017:5033)
- Europese niet-openbare aanbesteding levering en installatie systemen op Walrus onderzeeboten (ECLI:NL:RBDHA:2017:10598)
- Europese niet-openbare aanbesteding aanschaf 12,7 mm munitie (ECLI:NL:RBDHA:2017:11108)
- Concurrentiegerichte dialoog aanschaf en onderhoud container(sub)systemen (ECLI:NL:RBDHA:2018:9597)

Voorbeelden aanbesteding Aw 2012

Opdracht technische informatiebeveiliging Politie

- Openbare Europese procedure gevolgd op basis van Aw 2012
- Zaak ging over Zweedse equivalent VOG
<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2018:9287>

In verleden is vergelijkbare materie soms wel, soms niet aanbesteed:

- Reisdocumenten en halffabricaten rijbewijskaarten: Europese aanbesteding
- Vernieuwde reis- en identiteitsdocumenten, waarbij op een chip biometrische gegevens kunnen worden geplaatst: geheimverklaring zonder publicatie
- Rijkspas: geheimverklaring zonder publicatie
- Soms geheimverklaring met publicatie in Staatscourant en vervaltermijn à la 2.127 Aw 2012 voor rechtsbescherming

Aandachtspunt ADV



- Gevoelig materiaal/werk/dienst: materiaal/werk/dienst bestemd voor veiligheidsdoeleinden dat op **gerubriceerde** gegevens betrekking heeft, dat **gerubriceerde** gegevens noodzakelijk maakt, of dat zelf **gerubriceerde** gegevens bevat.
- Rubricering gevoelige informatie vereist wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag of bindende aanwijzingen Rijk. Voor vitale aanbieders in de speciale sectoren en voor private vitale aanbieders ontbreekt die grondslag tot nu toe in veel gevallen.

Grondslagen rubricering gevoelige informatie

- Rijksdienst: Besluit Voorschrift Informatiebeveiliging Rijk Bijzondere Informatie, 'VIRBI 2013'. Op grond van artikel 2 lid 2 van het VIRBI 2013 gelden de bepalingen daarvan in aanvulling op Besluit Voorschrift informatiebeveiliging rijksdienst (VIR 2007) en Besluit Beveiligingsvoorschriften Rijk (BVR 2013).
- Speciale sectoren: grondslag ontbreekt.
- Voor private vitale aanbieders: wettelijke grondslag voor rubricering aanwezig in twee gevallen:
 - Geheimhoudingsbesluit Kernenergiewet en daarop gebaseerde besluit Toepassing Geheimhoudingsbesluit Kernenergiewet
 - Artikel 11a.1, vierde, vijfde en zesde lid, Telecommunicatiewet

Rubricering gegevens

- Rubricering en indeling in risicocategorieën van gegevens moet steeds plaatsvinden op basis van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of bindende aanwijzingen Rijk én in het belang van de nationale veiligheid.
- Belang privacy, dataprotectie of economische belangen geen grond voor rubricering (vgl. definitie in artikel 1.1 ADV en p. 7 van Guidance note Field of application, Ref. Ares (2016)764791-12/02/2016).

ADV: uitsluitingsmogelijkheid

- Artikel 1.7 ADV luidt:

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

- Ondernemers uit EER-landen (Liechtenstein, IJsland, Noorwegen) kunnen op grond van art. 1.7 ADV niet worden uitgesloten
- Ondernemers uit GPA-landen (geen EER of afzonderlijk associatieverdrag) kunnen wél worden uitgesloten. GPA is in kader ADV niet van toepassing.
- Ondernemers uit niet-GPA-landen kunnen (zowel onder ADV als onder Aw 2012) wél worden uitgesloten.

ADV: uitsluitingsmogelijkheid

- Artikel 2.69 lid 2 sub g ADV: bij inschrijving kan een verklaring van inschrijver worden verlangd "dat hij de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf tijdig kennis zal geven van iedere verandering in zijn organisatie, bevoorradingsketen of bedrijfsstrategie die van invloed kan zijn op zijn verplichtingen jegens de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf."
- Artikel 2.77 lid 1 sub f ADV: een gegadigde of inschrijver kan worden uitgesloten als jegens hem is vastgesteld "dat hij niet over de betrouwbaarheid beschikt die nodig is om risico's voor de nationale veiligheid uit te sluiten."
- N.B. in artikel 39 lid 2 van Richtlijn 2009/81/EG luidt de tekst: waarvan is vastgesteld, op basis van welk bewijsmiddel dan ook, inclusief beschermde gegevensbronnen, dat hij niet de betrouwbaarheid vertoont die nodig is om risico's voor de veiligheid van de lidstaat uit te sluiten;"
- Zie ook Guidance note Security of Information, DG MARKT, Ref. Ares (2016) 765061 – 12/02/2016, waarin wordt verwezen naar ov. 65 en 67 van de considerans van Richtlijn 2009/81/EG.

ADV: uitsluitingsmogelijkheid

- Buitenlandse overheidsbemoeienis met en/of zeggenschap van buitenlandse aandeelhouders over een gegadigde voor een nationale veiligheidsopdracht kan risico's opleveren voor de betrouwbaarheid van de (gerubriceerde) informatie en voor de continuïteit van de dienstverlening.
- Zie met name ov. 65 considerans Richtlijn 2009/81/EG:
'Het moet ook mogelijk zijn ondernemers uit te sluiten, als de aanbestedende dienst informatie heeft, die eventueel afkomstig is van beschermde bronnen, waardoor vaststaat dat deze spelers niet voldoende betrouwbaar zijn om risico's voor de veiligheid van de lidstaat uit te sluiten. Deze risico's kunnen het gevolg zijn van bepaalde kenmerken van de producten die door de gegadigde worden geleverd of van de aandeelhoudersstructuur van de gegadigde.'

Geheimverklaring als uiterste middel

- Geheimverklaring is een uiterste middel (*ultimum remedium*).
- Onderscheid: met/zonder publicatie en met/zonder mogelijkheid rechtsbescherming via vrijwillige transparantie vooraf.
- Geheimverklaring is toegestaan als nationale veiligheidsrisico's niet met minder ingrijpende maatregelen kunnen worden voorkomen c.q. wezenlijke belangen van nationale veiligheid niet met minder ingrijpende maatregelen dan met geheimverklaring kunnen worden gewaarborgd. Vereisten van noodzakelijkheid en evenredigheid.
- Er zijn inmiddels vele voorbeelden van geheimverklaring. Zie recent Besluit Minister voor Rechtsbescherming 22 april 2020, Stcrt. 24466, met vervaltermijn kort geding.
- Het is de vraag of al deze besluiten naar huidig inzicht de door het Hof van Justitie in zijn arrest van 20 maart 2018 (zaak C-187/16, Oostenrijkse Staatsdrukkerij) bevestigde *noodzakelijkheids- en evenredigheidstoets* zouden kunnen doorstaan.

Maatregelen risicomitigatie

- Via keuze procedure, stellen procedurele voorwaarden, toepassen uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria en contractuele uitvoeringsvoorwaarden kan wel in belangrijke mate worden bijgedragen aan beheersing en vermindering risico's nationale veiligheid
- Volledige eliminatie risico's: illusie.

Vragen?

