

# Jurisprudentie Alarm

Geheimverklaring vanwege  
veiligheidsbelang toegestaan.

# De zaak

De Nationale Politie ('Politie') besluit om haar internet Research Network ('iRN') te vervangen. Dit betreft een softwaresysteem dat gebruik maakt van Open Source Intelligence ('OSINT'). De Politie doorloopt geen aanbestedingsprocedure. Op basis van een aantal stappen heeft zij de mogelijke leveranciers van het systeem in beeld gebracht, en daaruit vervolgens een keuze gemaakt. De mogelijke leveranciers, waaronder Digitale Opsporing B.V. ('DO'), worden niet op de hoogte gebracht van de uiteindelijke onderhandse gunning.

DO is het niet eens met deze onderhandse gunning en vindt dat de Politie de opdracht had moeten aanbesteden. De Politie beroept zich op een uitzondering op de aanbestedingsplicht, te weten de uitzondering zoals neergelegd in artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012 waarbij de opdracht geheim is verklaard. DO neemt hier geen genoegen mee en stapt naar de rechter. De richtlijn waarop artikel 2.23 lid 1 sub e Aw is gebaseerd, vereist volgens DO dat eerst wordt onderzocht of minder ingrijpende maatregelen volstaan dan, in dit geval, onderhandse gunning van de opdracht vanwege de geheimverklaring daarvan. Omdat de vereiste bescherming van geheime informatie ook anders kan worden gewaarborgd, meent DO dat de Politie ten onrechte een beroep doet op de uitzonderingsbepaling. Tot slot had de Politie de opdracht kunnen splitsen, zodat een voor een deel van de opdracht geheimverklaring niet aan de orde zou zijn.

In het tussenvonnis van december 2024 oordeelt de rechter dat hij nog niet kan beoordelen of een beroep op artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012 door Politie toegestaan was. Wel stelt de rechter dat dit artikel restrictief moet worden toegepast en dat het aan de aanbestedende dienst is om te stellen en – bij betwisting – te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking op de aanbestedingsplicht rechtvaardigt, ook daadwerkelijk bestaan. Ook moet worden nagegaan of de vereiste bescherming niet met minder ingrijpende maatregelen hadden kunnen worden bereikt dan, in dit geval, onderhandse gunning. Bijvoorbeeld door middel van geheimhouding of een niet-openbare aanbesteding. Dit volgt uit de richtlijnconforme uitleg van artikel 2.23 lid 1 onder e Aw 2012, ondanks dat de Nederlandse wettekst dit niet voorschrijft.

De rechter oordeelt in het eindvonnis dat de Politie terecht een beroep heeft gedaan op de uitzonderingsgrond. Zo wordt aangetoond dat, voorafgaand aan de onderhandse gunning, alle interne inkoopprocessen en reviews zijn doorlopen die door de Politie zijn ingericht voor het geheim verklaren van inkoopopdrachten. Daarnaast is de rechter van oordeel dat de interne processen bij de Politie ervoor hebben gezorgd dat er in iedere fase een afweging is geweest van de belangen bij geheimhouding, inclusief de mogelijkheden voor minder ingrijpende maatregelen. DO draagt ter zitting aan dat de Politie had kunnen kiezen voor een niet-openbare procedure of een beperkte(re) vorm van informatiedeling door middel van het laten ondertekenen van een geheimhoudingsverklaring. De rechter kan zich evenwel vinden in de stelling van de Politie dat dit onvoldoende waarborg biedt. Bij een aanbestedingsprocedure, ook in niet-openbare of beperkte vorm, zullen meerdere partijen kennis moeten nemen van gevoelige informatie. Daarbij kan de situatie ontstaan dat een minder betrouwbare .

partij of een partij bij wie de veiligheid van de informatie niet goed is verzekerd, toegang moet krijgen tot de betreffende informatie. Het risico op verspreiding van die informatie is hierdoor groter dan wanneer de informatie met een enkele partij wordt gedeeld. De Politie heeft voldoende onderbouwd dat er een veiligheidsbelang bestaat om dit zoveel als mogelijk te voorkomen. Hoewel van boetes, dwangsommen en/of uitsluiting van een deelnemer gedurende of na de aanbestedingsprocedure een (preventieve) werking kan uitgaan, bieden deze maatregelen geen absolute waarborg op het niet verspreid raken van informatie. Geheimverklaring en onderhandse gunning bieden die waarborg wel.

Ten slotte had de Politie de inkoop van een systeem voor OSINT-onderzoeken niet hoeven splitsen. De rechter oordeelt dat het weliswaar niet bewezen is dat er geen twee systemen naast elkaar zouden kunnen bestaan, maar dat het gezien de onderbouwing van de Politie niet wenselijk is en niet bijdraagt aan de gestelde doelen waar de systemen voor worden ingekocht. De vorderingen worden verworpen.

## Juridisch kader

- Een overheidsopdracht boven de wettelijke financiële drempelbedragen moet in beginsel worden aanbesteed. De aanbestedingsplicht kan worden omzeild door een beroep op de wettelijke uitzonderingen, waaronder de geheimverklaring.
- In Artikel 15 van de Europese Richtlijn 2014/24/EU is (onder meer) vastgelegd dat:

De Richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten en prijsvragen die (...) voor zover de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen, bijvoorbeeld door eisen te stellen ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie die de aanbestedende dienst in een aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn beschikbaar stelt.

Wanneer de aanbesteding en de uitvoering van de overheidsopdracht of prijsvraag geheim zijn verklaard of overeenkomstig de in een lidstaat geldende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen gepaard moeten gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen, is deze richtlijn niet van toepassing, indien die lidstaat heeft besloten dat de essentiële belangen niet kunnen worden gewaarborgd met minder ingrijpende maatregelen.

- Artikel 2.23 lid 1 onder e AW 2012 bepaalt dat het aankondigen van een overheidsopdracht niet van toepassing is op opdrachten die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering overeenkomstig de geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan dan wel indien de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland zulks vereist en deze niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden gewaarborgd.

# Rechters aan het woord

- Het Europees Hof van Justitie oordeelde in 2023 dat de Poolse overheid de op haar rustende verplichting niet was nagekomen bij de onderbouwing of een overheidsopdracht voor het leveren van blanco overheidsdocumenten geheim mocht worden verklaard. De Poolse overheid had moeten aantonen dat in de behoefte aan de bescherming van haar veiligheidsbelangen niet had kunnen worden voorzien door middel van een aanbesteding zoals voorgeschreven in de Richtlijn 2014/24/EU. In deze zaak werd verder geconcludeerd dat voor een aantal overheidsdocumenten geheimhouding noodzakelijk zou kunnen zijn, maar niet voor alle door de Poolse overheid in scope verklaarde documenten.
- De Commissie van Aanbestedingsexperts concludeerde dat een rechtmatig beroep op artikel 2.23 lid 1 onder e Aw 2012 in de betreffende casus mogelijk is. Al moet de aanbestedende dienst wel aantonen dat zij dit beroep doet op basis van objectieve gronden. De Commissie begrijpt dat contractuele maatregelen doorgaans achteraf effect zullen sorteren en daarom minder effectief zijn in het voorkomen van, bijvoorbeeld, het lekken van gegevens dan een algehele uitsluiting van alle marktpartijen. Bij het gebruikmaken van de uitzonderingsgrond van artikel 2.23 Aw ligt het op de weg van de aanbestedende dienst om te onderbouwen waarom de partij aan wie gegund is te vertrouwen is en andere partijen niet. Daarbij moet de aanbestedende dienst ook (in algemene bewoordingen) motiveren waarom de opdracht geheim verklaard is.

## Tips voor de praktijk



Voor een rechtmatig beroep op geheimverklaring is een zorgvuldige onderbouwing vereist. Hierbij moet bijvoorbeeld worden aangetoond dat geheimverklaring van de volledige opdracht noodzakelijk is en dat minder ingrijpende alternatieven ontoereikend zijn om het beoogde doel te bereiken. Deze uitspraak illustreert dat beschikbare alternatieven in bepaalde situaties het veiligheidsrisico niet adequaat kunnen wegnemen.



Zorg als aanbestedende dienst voor een goed intern kader en controlemechanisme om weloverwogen beslissingen te nemen bij uitzonderingen op de aanbestedingsplicht, met name bij een beroep op geheimhouding. Een effectieve aanpak omvat bijvoorbeeld het opstellen van standaard beleid voor geheimverklaring en het laten toetsen van beslissingen door meerdere inkoopspecialisten.



# MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne Advies](#)  
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

**epsa**<sup>™</sup>  
PROCUREMENT

Van Doorne