

De Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied. De eerste ervaringen van het inkoopcentrum van de Koninklijke Luchtmacht.

DOOR MAJ MR. C. BUSCHGENS¹

I. Inleiding

Voor elke vorm van bedrijfsvoering, maar zeker voor militaire operaties, zijn het beste materiaal, de beste diensten en de beste infrastructuur, voor een acceptabele prijs, een absoluut vereiste. Om overheidsinstellingen hieraan te kunnen laten voldoen en om een gezonde vorm van concurrentie (binnen de Europese Unie) te garanderen bestaat aanbestedingsregelgeving. Gelet op het feit dat er zich de afgelopen periode behoorlijke aanbestedingsrechtelijke ontwikkelingen hebben voorgedaan, die zeker ook van belang zijn voor de (inzetbaarheid van de) krijgsmacht, informeer ik u hierbij over deze ontwikkelingen vanuit een Luchtmacht-perspectief.

Na een langdurige parlementaire behandeling, waarvoor nauwelijks aandacht lijkt te zijn geweest, heeft de Eerste kamer op 22 januari 2013 ingestemd² met het wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied (hierna: ADV). Deze wet betreft de 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. Op 16 februari 2013 is de wet in werking getreden.³ Aangezien de ADV een afgebakend bereik heeft en daarmee slechts een beperkte doelgroep, was de aandacht van het merendeel van de aanbestedingsexperts gericht op het wetsvoorstel Aanbestedingswet 2012 (hierna: AW2012) dat gelijktijdig bij de Staten-Generaal in behandeling was en op 1 april 2013 in werking is getreden. Dat intussen ook die andere aanbestedingswet (ADV) in werking was getreden, vernamen velen in de praktijk dus pas achteraf. Dit maakt dat niet was geanticipeerd op de toepasselijkheid van de ADV en dat bij de implementatie achter de feiten aan werd gelopen. Hierdoor kwamen – in ieder geval bij het Logistiek Centrum Woensdrecht (hierna: LCW) – aanbestedingsdossiers in de vertraging en ontstonden de eerste aanbestedingsdossiers binnen de reikwijdte van de ADV vooral door middel van *trial and error*. Bovendien werd voorafgaand aan de inwerkingtreding van de AW2012 uitsluitend aan Tendered⁴ gewerkt voor aanbestedingen

¹ Camiel Buschgens is als juridisch adviseur geplaatst bij het Inkoop Centrum van het Commando Luchtstrijdkrachten. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

² *Handelingen EK* 22 januari 2013, p. 14-6-8.

³ *Staatsblad* 2013, p. 44.

⁴ Tendered is het elektronisch systeem voor aanbestedingen onder beheer van het Ministerie van Economische Zaken, bedoeld in artikel 4.13 van de AW2012 en is voorgeschreven als publicatieforum voor zowel aanbestedingen op basis van die wet, als voor aanbestedingen op basis van de ADV. Zie: <http://www.tendered.nl>.

die binnen de reikwijdte van deze wet vallen. Tendered is overigens voor beide wetten als verplicht publicatieforum aangewezen, terwijl Tendered zelfs op dit moment nog niet beschikbaar is voor aanbestedingen op basis van de ADV. Ook de Rijksbrede modeldocumenten, zoals de model eigen verklaringen, zijn uitsluitend voor de AW2012 ontwikkeld. Het aantal praktische “hobbels” dat als gevolg hiervan bij de implementatie van de ADV moest worden genomen was aanzienlijk.

Maar wat is er nou eigenlijk inhoudelijk veranderd door inwerkingtreding van de ADV? Door middel van dit artikel informeer ik u over dit mijns inziens nieuwe aspect binnen het domein van het militaire recht. Hiervoor kijk ik eerst terug op de wijze waarop (militaire) verwerving⁵ voorheen plaatsvond. Vervolgens licht ik de ADV kort toe en wil ik inzicht geven in de juridische en praktische gevolgen van de inwerkingtreding van de ADV. Hierbij besteed ik in het bijzonder aandacht aan de theoretische verschillen ten opzichte van de civiele aanbestedingsregelgeving. Daarna benoem ik de verschillen ten opzichte van de wijze waarop militaire overheidsopdrachten (leveringen en diensten) voorheen werden verworven. Ook beschrijf ik de ervaringen die de Koninklijke Luchtmacht in ruim een jaar tijd heeft opgedaan met aanbestedingen binnen de reikwijdte van de ADV bij de instandhouding van wapensystemen door Programma Management van het LCW. Dit artikel wordt afgesloten met enkele concluderende beschouwingen.

2. Historie

Hoe vond verwerving voor inwerkingtreding van de ADV plaats? Aangezien het LCW verantwoordelijk is voor de instandhouding van de wapen- en ondersteunende systemen van vooral de Koninklijke Luchtmacht heeft het merendeel van de verwervingsbehoeftes bij het LCW een militair karakter. Sinds de totstandkoming van de (voorlopers van de) Europese Unie zijn militaire zaken zoveel mogelijk van de werking van de verdragen uitgesloten en behielden ze een nationaal karakter. Dit gold ook voor verwervingszaken. In 1958 heeft de Raad van de EEG een lijst⁶ opgesteld waarin is bepaald op welke wapens, munitie en oorlogsmaterieel art. 296, lid 1, punt b, van het EG-Verdrag van toepassing is. Dit artikel is inmiddels als art. 346 opgenomen in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en bepaalt dat elke lidstaat de maatregelen kan nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal, zolang die maatregelen de mededingingsverhoudingen op de interne markt niet wijzigen voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden. Lidstaten beriepen zich bij dergelijke overheidsopdrachten met grote regelmaat op deze uitzondering, zo ook het LCW. Naarmate de tijd verstreek is in Europees verband steeds meer de discussie ontstaan over de rechtmatigheid van deze uitzondering en is op aandringen van de Europese Commissie door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) bepaald dat als goederen zowel civiel als militair konden worden gebruikt (*dual use*), zij in beginsel volgens de civiele aanbestedingsregels moesten worden verworven en dat een beroep op de uitzondering niet was toegestaan. Echter, voor goederen die binnen de reikwijdte van de ruim geformuleerde lijst uit 1958 vielen en die wa-

⁵ Aanwijzing SG A/987, Handboek Verwerving Defensie, d.d. 10 december 2012 spreekt over “verwerving” in plaats van over inkoop. Als gevolg hiervan neem ik deze terminologie over in dit artikel.

⁶ Deze lijst is nooit officieel gepubliceerd.

ren bestemd voor specifiek militaire doeleinden gold dat deze wel onder de uitzondering konden blijven vallen.⁷ Overigens is een en ander later nog verder beperkt door het Hof.⁸

3. Nieuwe wet(ten)

Intussen is voornoemde richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 vastgesteld. Nederland heeft deze richtlijn uiteindelijk pas begin 2013 geïmplementeerd door middel van de ADV. De afronding van deze implementatie vond vrijwel gelijktijdig plaats met de totstandkoming van de AW2012 en heeft bovendien een vergelijkbare opbouw. De Raad van State heeft de regering ten aanzien van beide wetsvoorstellen dan ook geadviseerd om beide wetten (te zijner tijd) samen te voegen.⁹ In verband met de vertraging die dit met zich zou brengen heeft deze samenvoeging niet plaatsgevonden en is het de vraag of dat later alsnog zal geschieden. Om inzicht te geven in de ADV acht ik het eenvoudiger en duidelijker om eerst naar de civiele aanbestedingsregelgeving te kijken. Bovendien is de AW2012 voor het Ministerie van Defensie natuurlijk ook van belang voor de vele andere (civiele) producten en diensten die worden verworven.¹⁰ Gelet hierop geef ik eerst een toelichting op de AW2012. De ADV zou als *lex specialis* kunnen worden beschouwd ten opzichte van de AW2012. In art. 2.2 ADV is immers bepaald dat, wanneer een opdracht voor een deel binnen het toepassingsgebied van de AW2012 en voor een deel binnen dat van de ADV valt, de ADV op deze opdracht van toepassing is, indien de gunning ervan als een geheel om objectieve redenen gerechtvaardigd is.

3.1 Aanbestedingswet 2012

De civiele aanbestedingsregelgeving betreft de implementatie van richtlijnen nr. 2004/18/EG en 2004/19/EG.¹¹ Beide richtlijnen zijn in 2005 geïmplementeerd door middel van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, gevolgd door het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (hierna: Bass). Door middel van de AW2012 zijn beide richtlijnen opnieuw geïmplementeerd en is voornoemde wet- en regelgeving ingetrokken. Doordat de richtlijnen tussentijds vrijwel niet zijn gewijzigd, zijn de systematiek en aanbestedingsprocedures nog grotendeels gelijk aan die van het Bao en Bass. Toch kan het verschil tussen het oude en nieuwe civiele aanbestedingsrecht wel als een “wezenlijke wijziging” worden beschouwd. De impact van de wijzigingen is immers ook aanzienlijk voor deze aanbestedingspraktijk.

De AW2012 bestaat uit vier delen. In het eerste deel zijn algemene bepalingen opgenomen, die voor de gehele wet gelden. Het tweede deel betreft overheidsopdrachten, prijsvragen voor over-

⁷ HJEG 08-04-2008, C-337/05 (Commissie-Italië; Agusta/Agusta Bell) en HJEG 02-08-2008, C-157/06 (Commissie-Italië; Agusta/Agusta Bell).

⁸ HJEG 07-06-2012, C-615/10 (Insinöörtoimisto InsTiimi Oy). Zie voor een nadere toelichting de bijdrage van Mr. Drs. R.E. van Essen, *De Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied en de grenzen van de Europese interne markt*, in het Tijdschrift *Aanbestedingsrecht*, 19 februari 2014.

⁹ *Kamerstukken II 2010-2011*, 32768, nr. 4, Advies Raad van State.

¹⁰ Aanschaf van reguliere producten of diensten die niet direct verband houden met wapensystemen vallen binnen het toepassingsgebied van de AW2012. Denk hierbij aan civiele voertuigen, kantoorbenodigdheden, schoonmaak en alle andere externe benodigdheden die een bedrijf of overheidsinstantie nodig heeft voor diens bestaan en taakvervulling.

¹¹ Deze richtlijnen zijn overigens op 18 april 2014 ingetrokken en vervangen door twee nieuwe richtlijnen, te weten 2014/24/EU en 2014/28/EU.

heidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor openbare werken. Het derde deel regelt de speciale-sectoropdrachten en prijsvragen voor speciale-sectoropdrachten. Het vierde deel rondt de wet af met overige bepalingen, onder andere bestaande uit rechtsbescherming en klachtenbehandeling.

Deel I bevat zoals vermeld de algemene bepalingen. Een belangrijke toevoeging aan de Nederlandse aanbestedingsregelgeving door inwerkingtreding van de AW2012 is dat de hele wet, naast de bestaande algemene aanbestedingsbeginselen, zoals gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en objectiviteit, is doordrongen van het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel is voor deze wet nader uitgewerkt in het richtsnoer Gids Proportionaliteit¹², dat gedurende de parlementaire behandeling en op basis van de wet overigens tot regelgeving is verheven.¹³ In de Gids Proportionaliteit is voor een groot aantal artikelen en onderwerpen vrij gedetailleerd bepaald wat wel en wat niet proportioneel is. Afwijken van hetgeen is bepaald in de gids is weliswaar toegestaan, maar dan moet de aanbestedende dienst nadrukkelijk (vooraf!) motiveren waarom betreffende afwijking in dat concrete geval wel proportioneel is. Hoewel een van de doelen van de AW2012 het verminderen van bureaucratie is, levert voornoemde motiveringsplicht voor aanbestedende diensten een hoop extra werk op en levert dit daarnaast voor gegadigden en inschrijvers extra mogelijkheden op om mogelijke fouten van aanbestedende diensten aan de kaak te stellen. Daarnaast zijn er vele berichten te vinden waaruit juist blijkt dat de bureaucratie na inwerkingtreding van de AW2012 alleen maar groter is geworden en ook overige doelen van deze wet, zoals meer opdrachten naar het midden- en kleinbedrijf (MKB), niet zouden worden gerealiseerd.¹⁴

Het tweede deel van de AW2012 regelt de aanbestedingsprocedures voor onder andere reguliere overheidsopdrachten vanaf de geldende drempelbedragen. Voor de Rijksoverheid bedraagt het drempelbedrag voor (reguliere) diensten en leveringen thans 134.000 euro, exclusief btw.¹⁵ Dergelijke overheidsopdrachten moeten op basis van de AW2012 in beginsel volgens de openbare¹⁶ of de niet-openbare procedure¹⁷ worden aanbesteed. Uitgangspunt van deze procedures is dat alle ondernemingen in de Europese Unie (vooraf) kennis kunnen nemen van alle overheidsopdrachten die volgens deze procedures worden aanbesteed en dat zij hieraan onder gelijke voorwaarden kunnen deelnemen. In alle procedures wordt een nadrukkelijk (chronologisch) onderscheid gemaakt tussen eisen die aan de ondernemer worden gesteld, bestaande uit uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectie-eisen, en criteria die voor de opdracht zelf gelden. Volgtijdelijk moet dus

¹² *Staatscourant*, 2013, nr. 3075.

¹³ Art. 10 Aanbestedingsbesluit.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld: Nico van Wijk, *Aanbestedingswet leidt tot meer bureaucratie*, 18 februari 2014, <http://www.gemeente.nu>; Freek Blankena, *Aanbestedingswet levert alleen maar meer werk op*, 24 februari 2014, <http://www.binnenlandsbestuur.nl> en Adviescollege toetsing regeldruk Actal, *Aanbestedingswet leidt tot onnodige regeldruk*, 1 augustus 2014, <http://www.actal.nl>.

¹⁵ Vastgesteld door de Europese Commissie bij Verordening, nr. 1336/2013, van 13 december 2013.

¹⁶ De Engelse versie van richtlijn nr. 2004/18/EG spreekt van "open procedure". In de Nederlandse versie en in Nederlandse wetgeving is dit vertaald en opgenomen als "openbare procedure".

¹⁷ De Engelse versie van richtlijn nr. 2004/18/EG spreekt van "restricted procedure". In de Nederlandse versie en in Nederlandse wetgeving is dit vertaald en opgenomen als "niet-openbare procedure". Dit betekent echter niet dat bijbehorende overheidsopdrachten niet of minder openbaar moeten worden gemaakt, maar slechts dat de procedure uit twee afzonderlijke onderdelen bestaat. Pas nadat de selectiefase is afgerond, worden (uitsluitend) geselecteerde ondernemers uitgenodigd om een aanbieding te doen.

eerst naar de ondernemer (aanbieder) worden gekeken en pas als deze aan alle (vooraf) gestelde eisen voldoet, kan de inhoud van de aanbieding in ogenschouw worden genomen. Het belangrijkste verschil tussen de openbare en de niet-openbare procedure is dat volgens de eerste procedure alle ondernemingen direct een volledige inschrijving kunnen en moeten doen, terwijl volgens de niet-openbare procedure ondernemingen zich eerst als gegadigde moeten aanmelden en vervolgens uitsluitend geselecteerde ondernemingen de gelegenheid krijgen om daadwerkelijk een inschrijving (aanbieding) te doen. Onder omstandigheden kan worden afgeweken van de twee standaard procedures. De aanbestedende dienst kan, indien aan strikte voorwaarden wordt voldaan, een van de uitzonderingsprocedures toepassen. Dit zijn de concurrentiegerichte dialoog¹⁸, de onderhandelingsprocedures met¹⁹ en zonder²⁰ aankondiging en de procedure voor B-diensten²¹. Ook zijn er nog enkele bijzondere procedures.²²

In het derde deel van de AW2012 worden de te volgen procedures voor speciale sectoren voorgeschreven. Hierbij kan vooral worden gedacht aan (semi-) overheidsinstanties op het gebied van nuts-sectoren. Hoewel de ADV een relatief grote overlap heeft met de voorgeschreven aanbestedingsprocedures voor speciale-sectorbedrijven behandel ik dit deel van de wet niet verder omdat het toepassingsbereik niet aansluit bij het Ministerie van Defensie. Overige overheidsopdrachten die het Ministerie van Defensie aanbesteedt, vallen immers uitsluitend binnen het tweede deel van de AW2012, waardoor binnen het Ministerie van Defensie geen ervaring is met de (toepassing van) wet- en regelgeving voor speciale sectoren.

Het vierde deel van de AW2012 bevat onder andere regels over rechtsbescherming en klachtenbehandeling. Van belang hierbij is dat een gesloten overeenkomst in rechte vernietigbaar is indien de betreffende aanbestedende dienst in strijd met de wet heeft gehandeld. De consequenties voor niet-naleving van de geldende aanbestedingsregels kunnen daarmee groot zijn. Daarnaast is in art. 4.27 AW2012 opgenomen dat de minister van Economische Zaken de instelling van een klachtencommissie bevordert om aanbestedende diensten van onafhankelijk advies te voorzien over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures. Door middel van het Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts²³ heeft de minister van Economische Zaken hier uitvoering aan gegeven. De commissie heeft in het eerste jaar 70 klachten ontvangen en tientallen klachten afgehandeld.²⁴ De adviezen zijn van grote toegevoegde waarde voor de vorming van het Nederlandse aanbestedingsrecht.²⁵

¹⁸ Art. 2.28 en 2.29 AW2012.

¹⁹ Art. 2.30 en 2.31 AW2012.

²⁰ Art. 2.32 t/m 2.37 AW2012.

²¹ Art. 2.38 en 2.39 AW2012.

²² Art. 2.40 t/m 2.51 AW2012.

²³ Besluit van de Minister van Economische Zaken van 4 maart 2013, nr. WJZ / 3008668, tot instelling van de Commissie van Aanbestedingsexperts (Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts), *Staatscourant* 2013, 6182.

²⁴ Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts, d.d. 28 maart 2014, <http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/periodieke-rapportages>.

²⁵ Blijkende o.a. uit het feit dat adviezen worden gepubliceerd in Jurisprudentie Aanbestedingsrecht (JAAN) en uit mr. M.G.J. van der Velden en mr. K.H.M. van der Wvoerd, *De Commissie van Aanbestedingsexperts: draagt zij bij aan de rechtsontwikkeling of doen haar adviezen afbreuk aan de rechtseenheid?*, in het Tijdschrift Aanbestedingsrecht, 4 augustus 2014.

3.2 Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied

Ook de ADV bestaat uit verschillende delen, te weten algemene bepalingen (deel 1), opdrachten (deel 2) en overige bepalingen (deel 3). In deze wet worden logischerwijs geen afzonderlijke delen gewijd aan reguliere overheidsopdrachten en overheidsopdrachten voor speciale sectoren.

De algemene bepalingen zoals opgenomen in deel 1 zijn veel beperkter dan die van de AWW2012. Ze bevatten vooral de algemene beginselen die voor aanbestedingen gelden, zoals gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en ook hier proportionaliteit. De verwijzing naar en daarmee ook de toepasselijkheid van de Gids Proportionaliteit ontbreekt echter en wordt zelfs door middel van art. 2.3, tweede lid, ADV uitgesloten, aangezien de hoofdstukken 1.2 tot en met 1.4 van de AWW2012 immers niet van toepassing worden verklaard, terwijl juist daarin de grondslag voor de Gids Proportionaliteit ligt. De aanbestedende dienst kan dus zelf uitmaken of proportioneel wordt gehandeld zonder dat dit (vooraf) hoeft te worden gemotiveerd.

Deel 2 van de ADV start met het toepassingsgebied van de wet. De wet betreft de levering van militair en gevoelig materiaal²⁶ (inclusief onderdelen, componenten en assemblagedelen daarvan), werken, leveringen en diensten die hier rechtstreeks verband mee houden en werken en diensten specifiek voor militaire doeleinden of gevoelige werken en diensten.²⁷ Op basis van dit toepassingsgebied is een zeer groot deel van de overheidsopdrachten bij het Ministerie van Defensie onderworpen aan het regime van de ADV. Voor deze wet geldt een drempelbedrag van 414.000 euro, exclusief btw.²⁸ Voorts laat deze wet de toepasselijkheid van het eerder genoemde art. 346 VWEU onverlet.

De voorgeschreven aanbestedingsprocedure voor overheidsopdrachten binnen de reikwijdte van de ADV is in beginsel de niet-openbare procedure of de onderhandelingsprocedure met aankondiging.²⁹ Beide procedures zijn identiek, met het verschil dat de onderhandelingsprocedure met aankondiging de niet-openbare procedure aanvult met een onderhandeling, teneinde op basis van de ingediende inschrijvingen het beste bod voor gunning van de opdracht te zoeken.³⁰ Daarnaast zijn ook in deze wet enkele uitzonderingsprocedures beschreven, zoals de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging³¹, de concurrentiegerichte dialoog³² en de procedure voor bijlage II-diensten³³.

²⁶ In art. 1.1 ADV zijn "militair materiaal" en "gevoelig materiaal" gedefinieerd als "materiaal dat specifiek is ontworpen voor of aangepast aan militaire doeleinden en dat bedoeld is voor gebruik als wapen, munitie of oorlogsmateriaal" onderscheidenlijk "materiaal bestemd voor veiligheidsdoeleinden dat op gerubriceerde gegevens betrekking heeft, dat gerubriceerde gegevens noodzakelijk maakt, of dat zelf gerubriceerde gegevens bevat".

²⁷ Aanschaf van nieuwe (reserve) onderdelen voor wapensystemen (denk voor de luchtmacht aan gevechtsvliegtuigen (F-16), gevechtshelikopters (Apache), luchtafweersysteem (PATRIOT), maar ook militaire transportvliegtuigen en -helikopters) vallen binnen het toepassingsgebied van de ADV. Ditzelfde geldt voor alle aanverwante diensten, zoals bijvoorbeeld uitbesteding van onderhoud of inhuur van technisch personeel voor het onderhoud aan wapensystemen.

²⁸ Vastgesteld door de Europese Commissie bij Verordening, nr. 1336/2013, van 13 december 2013.

²⁹ Art. 2.18 ADV.

³⁰ Art. 2.117 ADV.

³¹ Art. 2.23 t/m 2.28 ADV.

³² Art. 2.21 en 2.22 ADV.

³³ Art. 2.29 en 2.30 ADV.

De niet-openbare procedure³⁴ bestaat uit de bekendmaking van een aankondiging van de opdracht op de website van de Europese Unie.³⁵ Hierin moet de aanbestedende dienst onder andere de van toepassing zijnde eisen³⁶ vermelden. Vervolgens kunnen ondernemingen verzoeken om deel te mogen nemen aan de aanbestedingsprocedure. De aanbestedende dienst toetst of de gegadigden vallen onder een gestelde uitsluitingsgrond³⁷ en of een niet uitgesloten gegadigde voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen³⁸. Hierna beoordeelt de aanbestedende dienst de niet uitgesloten of afgewezen gegadigden aan de hand van de gestelde selectie-criteria³⁹. Op dat moment in de procedure is overigens al een behoorlijke tijd gepasseerd (ruim een maand). Pas daarna worden de geselecteerde gegadigden uitgenodigd om een inschrijving te doen. De inschrijving is natuurlijk het document waar het uiteindelijk allemaal om gaat. Deze moet immers optimaal aansluiten bij de behoefte van de aanbestedende dienst. Hierbij kunnen vele aspecten van belang zijn en hoeft de prijs niet eens doorslaggevend te zijn. De aanbestedende dienst bepaalt dan vooraf de (sub)criteria en eventuele wegingsfactoren op basis waarvan de inschrijvingen worden beoordeeld. Voordat deze stap echter kan worden gezet, wordt eerst getoetst of de inschrijvingen voldoen aan de gestelde technische specificaties, eisen en normen (knock-out). Uitsluitend inschrijvingen die aansluiten bij wat is gevraagd – de gestelde technische specificaties, eisen en normen – komen voor het gunningsproces in aanmerking. De aanbestedende dienst beoordeelt deze inschrijvingen op basis van het gestelde gunningscriterium en eventuele bijbehorende subcriteria. Nadat van het gunningsproces een proces-verbaal is opgesteld, wordt de gunningsbeslissing⁴⁰ aan alle betrokken inschrijvers bekendgemaakt. Deze beslissing houdt echter geen aanvaarding van het aanbod in als bedoeld in art. 6:217 Burgerlijk Wetboek, maar heeft “slechts” het karakter van een voornemen. Pas indien de overige betrokken inschrijvers gedurende de opschortende termijn van 15 dagen⁴¹ geen kort geding aanhangig hebben gemaakt, kan de aanbestedende dienst de overeenkomst sluiten.

De termijnen die voor de niet-openbare procedure gelden, zijn 30 dagen voor het doen van een verzoek tot deelname en 40 dagen voor het indienen van de inschrijvingen. Aangevuld met de opschortende termijn geldt dus dat deze procedure sowieso 85 dagen duurt. Daarbovenop komt natuurlijk nog tijd voor het toetsen en beoordelen, interne processen en onverwachte zaken, laat staan eventuele juridische of klachtenprocedures.

³⁴ Art. 2.19 ADV.

³⁵ Tenders Electronic Daily (<http://ted.europa.eu>).

³⁶ Het betreft zowel de geldende obligatoire en facultatieve uitsluitingsgronden, de geschiktheidseisen en eventuele selectie-eisen.

³⁷ Art. 2.76 en 2.77 ADV.

³⁸ De geschiktheidseisen (art. 2.80 e.v. ADV) betreffen de gegadigden en inschrijvers (ondernemingen) en kunnen zien op de financiële en economische draagkracht, de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid en op de beroepsbevoegdheid.

³⁹ Op basis van art. 2.90 ADV kan de aanbestedende dienst het aantal gegadigden dat hij zal uitnodigen tot inschrijving, deelneming of onderhandeling beperken.

⁴⁰ De gunningsbeslissing dient op basis van art. 2.121 ADV de relevante redenen voor die beslissing en de opschortende termijn te bevatten. Onder relevante redenen wordt in ieder geval verstaan de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving en de naam van de onderneming waaraan wordt gegund.

⁴¹ Voor de ADV geldt een opschortende termijn van 15 kalenderdagen, ex. art. 2.118 ADV, terwijl voor de AW2012 een opschortende termijn van 20 kalenderdagen geldt.

De onderhandelingsprocedure met aankondiging bestaat uit dezelfde stappen als de niet-openbare procedure, maar nadat de inschrijvingen zijn beoordeeld wordt nog over vooraf bepaalde aspecten onderhandeld met betreffende inschrijvers. Overigens is de te volgen strategie door dit summiere verschil voor de gehele procedure wel aanzienlijk anders. Doel is immers om met een beperkt aantal (beste) inschrijvers door middel van onderhandelingen tot het beste aanbod te komen om in de behoefte te voorzien. Logischerwijs kost deze onderhandeling en de daarop volgende nieuwe beoordeling van de definitieve inschrijvingen meer tijd en duurt deze procedure dus langer dan de niet-openbare procedure.

Het derde deel van de ADV bevat grotendeels vergelijkbare bepalingen als deel 4 van de AW2012, met dien verstande dat ontbrekende bepalingen uit de AW2012 door middel van art. 2.23 en 3.30a AW2012⁴² alsnog van toepassing kunnen zijn.

Overige verschillen tussen de ADV en de AW2012 liggen onder andere op het gebied van gegevensbeveiliging⁴³ en bevoorradingszekerheid⁴⁴. Hoewel juist deze twee onderwerpen cruciaal kunnen zijn voor militair voortzettingsvermogen is hiermee de afgelopen periode met aanbestedingen door LCW nog geen ervaring opgedaan. Verder ontbreekt de verwijzing naar de in het kader van de Wereldhandelsorganisatie gesloten Overeenkomst inzake overheidsopdrachten van 1 januari 1996 (Agreement on Government Procurement)⁴⁵ en is de toepasselijkheid van dit verdrag in de overwegingen bij de richtlijn zelfs expliciet uitgesloten⁴⁶. Als gevolg hiervan is het mogelijk om aanbestedingen op basis van de ADV te beperken tot de Europese Unie. Tot slot laat art. 2.23 ADV onder andere de mogelijkheid om in geval van een crisissituatie⁴⁷ af te wijken van de reguliere aanbestedingsprocedures, zodat met bijvoorbeeld directe spoedbestellingen kan worden voorkomen dat missies en uitzendingen in gevaar kunnen komen door langdurige en soms bureaucratische inkoopprocessen.

4. Toen en nu

Zoals in paragraaf 2 genoemd vond verwerving van militaire producten of diensten door het Ministerie van Defensie vóór de inwerkingtreding van de ADV vooral plaats op basis van art. 346 VWEU. Hierdoor was er slechts beperkt regelgeving over de te volgen procedure en was het mogelijk om in relatief korte termijn opdrachten te gunnen. De overgang van deze situatie naar verwerven conform de huidige aanbestedingswetten is dan ook een zeer groot. Deze omslag moet niet alleen worden gemaakt door de verwervingsafdelingen, maar door de

⁴² Deze bepalingen regelen dat deel 2, c.q. deel 3 van de AW2012 niet van toepassing is op overheidsopdrachten waarop de ADV van toepassing is of de ADV evenmin van toepassing is op basis van het geldende drempelbedrag, dan wel uitgezonderde opdrachten.

⁴³ Art. 2.68 ADV.

⁴⁴ Art. 2.69 ADV.

⁴⁵ Vergelijk art. 1.23 AW2012.

⁴⁶ Richtlijn 2009/81/EG, overweging 18.

⁴⁷ Gedefinieerd als: een gewapend conflict, een oorlog of een andere situatie als gevolg waarvan zich een schadelijke gebeurtenis voordoet die de omvang van een schadelijke gebeurtenis van het dagelijks leven duidelijk overstijgt en die een ernstige bedreiging of belemmering vormt voor het leven of de gezondheid van mensen, of substantiële gevolgen heeft voor materiële goederen van grote waarde, of maatregelen vereist om de bevolking van eerste levensbehoeften te voorzien, dan wel een situatie waarbij een dergelijke schadelijke gebeurtenis zich naar verwachting op zeer korte termijn zal voordoen.

gehele organisatie. Voor aanbestedingen geldt immers dat de aanbestedende dienst voorafgaand aan de aanbesteding goed moet weten wat men wil aanschaffen en onder welke condities. Het tussentijds wijzigen van de behoefte, eisen of voorwaarden is slechts zeer beperkt mogelijk. Voorwaarde om hier op een goede manier invulling aan te geven is dat de aanbestedende dienst de markt goed kent, inclusief mogelijkheden en onmogelijkheden. Feitelijk vergt deze andere manier van werken een cultuuromslag binnen de gehele organisatie en een gedegen kennis van en bij voorkeur ervaring met aanbestedingen. Overigens geldt dit laatste niet alleen voor aanbestedende diensten, maar zeker ook voor ondernemingen die eveneens van de ene op de andere dag op een geheel andere manier moesten gaan werken. Hierbij komt dat voor verwerving voor de Koninklijke Luchtmacht door het type (wapen)systemen en bijbehorende behoeftes voor een groot deel op een markt buiten de Nederlandse en zelfs de Europese grenzen wordt geacteerd, hetgeen implementatie verder bemoeilijkt en bovendien soms juist vanuit dat deel van de markt begrip ontbreekt voor de nieuwe regelgeving en werkwijze.

5. Ervaringen met de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied

Sinds de inwerkingtreding van de ADV is het LCW zestien verschillende aanbestedingen gestart volgens de niet-openbare of de onderhandelingsprocedure met aankondiging conform deze wet. Het karakter van deze aanbestedingen verschilt van leveringen van onderdelen tot (onderhouds)diensten van grote en kleine omvang voor verschillende (wapen)systemen.

Geen van deze zestien aanbestedingen is (vooralsnog) zonder problemen afgerond. Het is niet mogelijk om voor al deze aanbestedingen eenzelfde inhoudelijke oorzaak aan te wijzen. Wel kan worden vastgesteld dat zowel de organisatie van de aanbestedende dienst als de markt onvoldoende waren voorbereid op deze nieuwe manier van werken. Een andere factor die heeft meegespeeld betreft de zeer specifieke markt van de luchtvaartsector. Hierbij is in het bijzonder de zeer strenge regelgeving op het gebied van luchtwaardigheidsborging relevant, maar ook bijbehorende specialistische technieken en systemen, waardoor de markt telkens uit een vrij beperkt aantal ondernemingen bestaat.

Voor een groot deel van de aanbestedingen hebben de inschrijvingen geresulteerd in de situatie waarbij is overgestapt naar de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging⁴⁸, zijnde een van de uitzonderingsprocedures, omdat er geen (geschikte) inschrijvingen of aanmeldingen waren ontvangen of uitsluitend sprake was van onregelmatige en/of onaanvaardbare inschrijvingen. De redenen om tot deze beslissing te komen waren per aanbesteding verschillend, waardoor het voor het LCW vooralsnog lastig is om op basis hiervan de werkwijze in zijn algemeenheid aan te passen. Wel zal bij het LCW met nog meer zorgvuldigheid en vanuit alle specialismen vooraf goed naar de behoefte en naar de geëiste en/of gewenste eigenschappen, voorwaarden, et cetera worden gekeken, zodat de markt niet wordt overvraagd of anderszins onnodig wordt beperkt. Cruciaal blijft echter dat ook ondernemingen op een zorgvuldige wijze inschrijven en dat zij in ieder geval producten en/of diensten aanbieden die voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen en wensen.

⁴⁸ Op basis van art. 2.23 ADV.

6. Conclusie

Door middel van het voorgaande heb ik u in grote lijnen geïnformeerd over en geïntroduceerd met een nieuw aspect van militair recht. Weliswaar vond natuurlijk al ruim voor de inwerkingtreding van de ADV inkoop plaats bij het Ministerie van Defensie, maar juist deze wet heeft er mijns inziens een nieuw militair rechtsgebied van gemaakt. Zodoende is het bijzonder om te kunnen concluderen dat op initiatief van de Europese Unie zelfs in de 21e eeuw nog uitbreiding van het militair recht mogelijk is.

Dat de ADV in grote lijnen de civiele AW2012 volgt, is begrijpelijk en maakt het voor de Nederlandse en Europese markt relatief eenvoudig om ook voor de defensie- en veiligheidssector over te stappen op (Europese) aanbestedingen. Voor het LCW en vooral het Amerikaanse deel van de markt (vliegtuigindustrie) blijkt de overstap echter groter en lastiger. Desalniettemin is de wetgeving dwingend en daarmee niet ter zijde te schuiven. Stapje voor stapje worden vorderingen gemaakt en na langdurige verwervingsprocessen vindt uiteindelijk vervulling van de behoefte plaats. Wel is het voor het LCW betreurenswaardig om te moeten vaststellen dat, van de zestien gestarte reguliere aanbestedingen op basis van de ADV, er (nog) geen enkele zonder problemen de eindstreep heeft gehaald.
