



Rekening houden met mensenrechten?

Aanbesteden is met het meenemen van overwegingen van duurzaamheid, social return en innovatie al een ingewikkeld proces. Moet daarbij ook nog rekening worden gehouden met mensenrechten?

Een recent rapport van Amnesty International laat zien dat arbeiders bij de faciliteiten voor het WK 2022 in Qatar nog steeds worden uitgebuit. Het is niet uitgesloten dat daarbij ondernemingen betrokken waren die in Nederland opdrachten uitvoeren voor de overheid. Ook kan worden gedacht aan bouwactiviteiten – vaak ook van Nederlandse bedrijven – rondom de scheidingsmuur op de Westelijke Jordaanoever of in de Israëlische nederzettingen, die in internationaalrechtelijke uitspraken aan de kaak zijn gesteld.

Bij aanbestedingen kan de bescherming van mensenrechten niet als gunningscriterium worden gehanteerd bij keuze van de leverancier voor een overheidsopdracht. Maar schending ervan kan wellicht wel een rol spelen als uitsluitingsgrond in het aanbestedingsrecht. Het systeem van

uitsluiting is ingevoerd om ondernemingen die niet-integer gedrag vertonen, te kunnen weren van een aanbesteding. De aanbestedingsrichtlijn kent naast verplichte uitsluitingsgronden (zoals witwaspraktijken en fraude) enkele facultatieve gronden, op grond waarvan een aanbestedende dienst een onderneming van een overheidsopdracht (op basis van een ernstige beroepsfout, niet betalen van sociale lasten e.a.) kan afhouden. Deze gronden moeten volgens het Europees recht op enge wijze worden toegepast en de beslissruimte van aanbestedende diensten in de lidstaten, is beperkt om willekeurige toepassing te voorkomen. Het nastreven van mensenrechten is in Europa steeds actueler. Zo zijn zij met het Verdrag van Lissabon in 2009 opgenomen in het Handvest van de Grondrechten van de EU. Deze ontwikkelingen werken door in het aanbestedingsrecht. Het hoofddoel van de Europese regelgeving overheidsopdrachten is verschoven van economische oriëntatie naar een bredere doelstelling met nadruk op duurzaamheid, innovatie en solidariteit. Ook voorziet de richtlijn 2014/24/EU in nieuwe uitsluitingsgronden bedoeld om wie zich schuldig maakt

aan mensenhandel en kinderarbeid ook via het aanbestedingsrecht te sanctioneren. Vanaf 2016 moeten deze schendingen dus tot uitsluiting leiden. Het is echter de vraag of ook andere mensenrechtenschendingen tot dat resultaat kunnen leiden. Het enige enige dat daarvoor in aanmerking komt, is de facultatieve grond uitsluiting op basis van een ernstige beroepsfout. Van belang is dat het volgens het Europese Hof van Justitie bij een ernstige beroepsfout gewoonlijk gaat om gedrag dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst (Forposta-arrest 2012). Lidstaten kunnen schending van mensenrechten als ernstige beroepsfout definiëren als het gedrag van een zekere ernst betreft. In de praktijk is uitsluiting op basis hiervan echter complex. Hoewel geen rechterlijk vonnis is vereist voor een ernstige beroepsfout, moet de aanbestedende dienst aannemelijk maken dat van schending sprake is; veelal problematisch door gebrek aan bewijs. Daarnaast vinden de schendingen doorgaans plaats buiten het Europese rechtsgebied. Het sanctioneren op Europees of nationaal niveau is juridisch lastig. Ook bij aanbestedingen zal het aan de kaak stellen van mensenrechtenschending dus gecompliceerd zijn.

Er bestaat kortom wel enige ruimte en toegenomen aandacht voor mensenrechten bij een aanbesteding, maar de toepassing ervan – ook via de uitsluitingsgronden – blijkt in de praktijk niet eenvoudig. In het kader van het 'level playing field' waarbij uitsluiting gerechtvaardigd en proportioneel moet zijn, spelen schendingen van mensenrechten bij aanbestedingen vooralsnog een beperkte rol. Dit kan pas veranderen naarmate het politieke draagvlak groter wordt.

Gerrieke Bouwman
Onderzoeker bij het Public Procurement Research Centre (PPRC)
www.pprc.eu

Eigen verklaring

In de eigen verklaring verklaart een ondernemer onder meer dat hij voldoet aan de voor de opdracht gestelde geschiktheidseisen en dat geen uitsluitingsgronden op hem van toepassing zijn. Alleen de ondernemer die de aanbesteding wint, moet van juistheid van zijn verklaring de bewijsstukken overleggen. Dit komt de efficiëntie en verlichting van de administratieve last voor ondernemers ten goede.

Deze rubriek wordt verzorgd door AMS Advocaten, specialist (privaatrechtelijk bouwrecht).