

# Uitsluiten bij aanbesteden: ook ter bescherming van mensenrechten?

– Mr. G. Bouwman<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

**R**ecentelijk vond een Tweede Kamerdebat plaats over discriminatie op de arbeidsmarkt, hetgeen nog steeds veel blijkt plaats te vinden.<sup>2</sup> Met precies hetzelfde cv wordt bijvoorbeeld een autochtone Nederlander veel vaker uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek dan iemand met een migrantenachtergrond. Gelijke kansen op onze arbeidsmarkt zijn daarmee nog ver te zoeken, volgens onderzoek van het Sociaal en Cultureel Planbureau.<sup>3</sup>

**E**r gaan stemmen op om dergelijke situaties - die als 'mensenrechtenschending' zijn te kwalificeren (het gaat om de schending van een grondrecht) - ook via het aanbestedingsrecht aan te pakken door de ondernemingen die dit gedrag vertonen van overheidsopdrachten uit te sluiten.<sup>4</sup>

**H**oewel bij mensenrechtenschendingen vaak aandacht zal worden aan misstanden die buiten

Europa plaatsvinden, hoeft dit dus niet altijd het geval te zijn. Bovendien kunnen bij schendingen buiten Europa wel Europese ondernemingen betrokken zijn. Zo kan worden gedacht aan de mensenrechtenschendingen bij de bouw van het stadion in Qatar voor het wereldkampioenschap voetbal 2022.<sup>5</sup> Hier werd ook onderzoek gedaan naar eventuele betrokkenheid van Nederlandse bedrijven bij de uitbuiting en mishandeling van de voornamelijk Nepalese contractwerkers.<sup>6</sup>

**D**e wens om ondernemingen uit te sluiten wordt daarnaast bijvoorbeeld ook geuit door organisaties die opkomen voor de belangen van Palestina.<sup>7</sup> Hier wordt de betrokkenheid van ondernemingen die meewerken aan het in stand houden van een internationaal veroordeelde situatie, zoals werkzaamheden in de Israëlische nederzettingen op de Westelijke Jordaanoever, aan de orde gesteld. Het aanbestedingsrecht zou dan als instrument moeten worden ingezet om dergelijk gedrag tegen te gaan. Wat juist het Israël-Palestina echter illustreert, is dat het kwalificeren en handhaven van mensenrechten juridisch niet eenvoudig is. Er spelen tal van vragen op dit vlak, die ook moeten worden beschouwd wanneer men mensenrechtenbescherming via het aanbestedingsrecht wenst na te streven.

**D**eze bijdrage gaat in op de vraag in hoeverre de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn

**1** Gerrieke Bouwman is promovenda Aanbestedingsrecht aan de Universiteit Utrecht en verbonden aan het Public Procurement Research Centre (pprc.eu). Dit artikel vormt een bewerking van haar scriptie 'Screening in het Aanbestedingsrecht. Een onderzoek naar de juridische mogelijkheden voor het uitsluiten van ondernemingen bij een overheidsopdracht op basis van het schenden van mensenrechten.' (2014), waarvoor zij de tweede (IBR) scriptieprijs kreeg. De auteur dankt prof. mr. E.R. Manunza en prof. dr. S.A. de Vries (UU) voor hun waardevolle commentaar bij de totstandkoming van deze scriptie.

**2** Tweede Kamerdebat van donderdag 18 februari 2016: <[http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire\\_verslagen/detail?vj=2015-2016&n=57&version=2](http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire_verslagen/detail?vj=2015-2016&n=57&version=2)>.

**3** SCP-publicatie 'Op afkomst afgewezen. Onderzoek naar discriminatie op de Haagse arbeidsmarkt', uitgave van het SCP juni 2015.

**4** In dit debat wordt daarvoor gepleit door D66. Eerder deed ook minister Asscher een soortgelijk voorstel. In het Kamerdebat van 9 maart 2016 over de wijziging Aanbestedingswet werd dit punt door PvdA ingebracht. Een ander voorbeeld is het uitsluiten van het bedrijf G4S dat werkzaamheden uitvoert aan en in de Israëlische Nederzettingen. In 2011 schreef een groep van 28 leden van het Europees Parlement een brief naar de president van het EU Parlement en is het contract opgezegd, zie o.a.: <<http://bdsmovement.net/2012/g4s-loses-its-contract-with-the-european-parliament-8901>>, in het VK heeft dit tot uitsluiting van een aanbesteding geleid: <<https://electronicintifada.net/blogs/michael-deas/boycott-campaigns-cost-g4s-two-university-contracts>>. De ontwikkeling om mensenrechtenschendingen via de uitsluitingsgronden te straffen is ook zichtbaar in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (zie hierna).

**5** Zo kwamen er arbeiders om door ongelukken tijdens het werk, werd er vaak geen loon uitbetaald, werden paspoorten in beslag genomen en werkten arbeiders onder miserabele omstandigheden: hoge temperaturen en te weinig drinkwater. Meermaals bevestigd, zie o.a. een rapport van Amnesty International, 'No Extra Time: How Qatar is still failing on workers' rights ahead of the World Cup', november 2014, pp. 12 en Amnesty International, 'Promising little, delivering less - Qatar and migrant labour abuse ahead of the 2022 Football World Cup', mei 2015, pp.7. Bas Heijne, 'Slaaf', NRC.nl, 29 september 2013, verkregen via [www.nrc.nl](http://www.nrc.nl).

**6** FNV Bouw, 'FNV: 4000 doden door werk aan WK voetbal in Qatar', 30 september 2013, verkregen via: <[www.fnvbouw.nl](http://www.fnvbouw.nl)>.

**7** Aanleiding voor het schrijven van de scriptie kwam van DocP (Diensten en Onderzoek Centrum Palestina: <[www.docp.nl](http://www.docp.nl)>), die als zodanig kan worden beschouwd. Bedrijven die genoemd worden zijn o.a.: G4S, Veolia en Egged.

2014/24/EU<sup>8</sup> het mogelijk maakt om inschrijvers op grond van bepaalde misdragingen, die als mensenrechtenschending kunnen worden aangemerkt, te sanctioneren met uitsluiting van een overheidsopdracht. Allereerst is echter van belang kort enkele knelpunten rondom het beschermen van mensenrechten aan de orde te stellen. Vervolgens zal worden ingegaan op de veranderende doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen en met name de toegenomen aandacht voor mensenrechten en ander sociale overwegingen. Daarna zal het uitsluitingssysteem worden behandeld en wordt bezien welke ruimte er is - in de uitsluitingsgronden zelf, maar ook daarbuiten (het opnemen van aanvullende uitsluitingsgronden) - om inschrijvers op een overheidsopdracht uit te sluiten vanwege een mensenrechtenschending.

## 2. Enkele knelpunten bij de bescherming van mensenrechten

Een eerste knelpunt betreft de definiëring van 'mensenrechten'. Hoewel op verschillende niveaus fundamentele rechten worden vastgelegd, is internationaal nog lang geen consensus bereikt over wat als mensenrechten moet worden aangemerkt.<sup>9</sup> De opvattingen over wat als 'mensenrechten' heeft te gelden, zijn met name internationaal gezien nog steeds divers. Daarnaast zal de invulling van mensenrechten ook afhankelijk blijven van politieke en culturele ontwikkelingen binnen de internationale gemeenschap. Juridisch gezien is het daarmee niet altijd eenvoudig vast te stellen welke mensenrechten bindend zijn en gelding hebben, vooral in een situatie buiten Europa. Overigens wordt in deze bijdrage het begrip 'mensenrechten' in zo ruim mogelijke zin gehanteerd, om zoveel mogelijk situaties aan de aanbestedingsrichtlijn te kunnen toetsen.<sup>10</sup>

Naast de definiëring, is ook de handhaving van mensenrechten complex. Zo moet er een harde juridische grondslag bestaan voor de mensenrechtenschending. Heeft de schending zich bijvoorbeeld buiten de EU afgespeeld, dan kan het zijn dat er geen juridisch bindende regels bestaan om deze

schending aan te kaarten. Is deze duidelijke rechtsbasis er wel, dan stuit een aanklacht bovendien veelvuldig af op een bewijsprobleem of een gebrek aan capaciteit om een onderzoek naar de vermeende schending in te stellen.<sup>11</sup> Verder is soms moeilijk vast te stellen of een onderneming mensenrechten schendt, wanneer sprake is van indirecte betrokkenheid door bijvoorbeeld te profiteren van een illegale situatie. Ondernemingen distantiëren zich dan van de schending zelf.

Een vraag van andere orde, maar niet minder belangrijk voor dit artikel, is ook op welke wijze men mensenrechten wil handhaven. Zo kan afgevraagd worden of het aanbestedingsrecht het juiste instrument of überhaupt geschikt is om mensenrechtenschendingen te sanctioneren. De Nederlandse overheid wees er in dit verband steeds op dat ze haar ondernemers wel wilde verplichten in te spannen voor verbeteringen op sociaal vlak (zoals mensenrechtenbescherming), als onderdeel van de contractvoorwaarden, maar het niet wenselijk achtte om dit als sanctie in te zetten via de uitsluitingsgronden.<sup>12</sup> In plaats van het vooraf screenen van ondernemingen zag zij meer heil in het stimuleren van verbeteringen in de productieketen. Als hierna zal blijken wordt deze kwestie met de nieuwe richtlijn gedeeltelijk ingevuld door de EU, maar is de keuze nog steeds voor het grootste gedeelte aan de lidstaten. Bij het maken van die keuze kunnen vervolgens allerlei factoren, zoals economische en politieke belangen een rol spelen (denk aan handels- en vredesbelangen van een Staat). Een vraag die daarom bij de bescherming van mensenrechten ook gesteld dient te worden is hoever men - vaak de Staat - wil gaan in de bescherming van mensenrechten, temeer als dit ook bepaalde eigen belangen zal (kunnen) schaden.

De aandacht voor mensenrechten groeit wereldwijd, maar het universeel waarborgen van 'mensenrechten' blijft vooralsnog niet eenvoudig. Tegelijk moet worden benadrukt dat de toenemende aandacht en vastlegging van mensenrechten wel degelijk resultaten hebben boekt. Zo verbinden Staten zich steeds vaker zorg te dragen dat ook ondernemingen mensenrechten eerbiedigen en verbinden ook ondernemingen zich aan richtlijnen voor mensenrechten.

<sup>8</sup> Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, PbEU L94/65. Deze bijdrage gaat alleen in op de richtlijn voor de klassieke sectoren (richtlijn 2014/24/EU, voorheen richtlijn 2004/18/EG).

<sup>9</sup> Zie bijv. Eva Brems, 'Culturele diversiteit en universele mensenrechten' in: Jan Wouters & Cedric Ryngaert (red.), *Mensenrechten. Actuele brandpunten*, Leuven/Den Haag: Acco 2008, p.23; E.A. Alkema, 'Samenhang en verdieping van recht dankzij rechten van de mens?' in: P.B. Cliteur & A.P.M.J. Vonken, *Doorwerking van mensenrechten*, Groningen: Wolters-Nothoff 2003, p. 2.

<sup>10</sup> Zo vallen daaronder de fundamentele rechten uit het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, het Handvest van de Grondrechten EU, de Nederlandse Grondwet, maar ook bredere sociale, zoals arbeidsrechtelijke, normen, die in een aantal gevallen als zodanig kunnen worden aangemerkt.

<sup>11</sup> Dat het onderzoek teveel zou vergen van politie en justitie was een van de redenen bij de aanklacht tegen Kraanverhuurbedrijf Rival die werd beschuldigd van schending van humanitair recht bij werkzaamheden aan de afscheidingsmuur tussen Israël en Palestina, zie o.a.: <<https://www.om.nl/algemeen/englishv@31795/verder-onderzoek/>> (laatst gezien: 12-01-2016).

<sup>12</sup> Ministerie van Infrastructuur en Milieu, Brochure Sociale Voorwaarden 2010, p. 1 Verkregen via: <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2010/12/06/sociale-voorwaarden>>. Met de nieuwe uitsluitingsgronden zal deze uitgangspositie niet geheel meer kunnen worden vastgehouden met de verplichte gronden kinderarbeid en mensenhandel (zie hierna).

### 3. Veranderende doelstellingen met de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen

#### 3.1 Oorspronkelijke doelstelling aanbestedingsrichtlijnen

De aanbestedingsrichtlijnen vormen een uitwerking van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging uit de artikelen 49 en 56 EU-Werkingsverdrag.<sup>13</sup> Deze bepalingen dienen ertoe de Europese interne markt tot stand te brengen, met een vrije en optimale mededinging.<sup>14</sup> Zo overwoog ook het Hof van Justitie EG (nu: Hof van Justitie EU) regelmatig: 'de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten zijn op communautair vlak gecoördineerd om belemmeringen van het vrij verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden.'<sup>15</sup>

Europese regelgeving bleek nodig omdat nationale overheden hun opdrachten vooral nationaal vestrekten om bijvoorbeeld de eigen economie te stimuleren en werkloosheid tegen te gaan.<sup>16</sup> Dit zorgde ervoor dat de economische en maatschappelijke voordelen die een optimale marktwerking in de EU tot resultaat zou (kunnen) hebben<sup>17</sup>, niet verwezenlijkt werden.

**13** Met het EU-Werkingsverdrag wordt het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie bedoeld (ook: VWEU). De richtlijnen vinden verder hun basis in het tijdens de totstandkoming van de aanbestedingsrichtlijnen geldende artikel 100A EG-verdrag, nu te vergelijken met artikel 114 EU-Werkingsverdrag.

**14** Art. 26 EU-Werkingsverdrag

**15** E.R. Manunza, 'Is een zwarte lijst van bouwbedrijven verenigbaar met het Europees recht?', *BR* 2003 (40), p. 747-757. Zie met name de volgende arresten van het HvJ EG van 14 februari 2008, zaak C450/06, *Jur.* 2008 p. I-00581, ECLI:EU:C:2008:91 (*Varec SA*). HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00, *Jur.* 2003, p. I-1931, ECLI:EU:C:2003:110 (*Adolf Truley GmbH*), ro. 41; HvJ EG 12 december 2002, C-470/99, *Jur.* 2002, p. I-11617, ECLI:EU:C:2002:746 (*Universale Bau e.a.*), ro. 51. HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00, *Jur.* 2002, p. I-5535, ECLI:EU:C:2002:379 (*HI*), ro. 43; HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99, *Jur.* 2001, p. I-939, ECLI:EU:C:2001:70 (*Commissie/Frankrijk*), ro.41; HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, *Jur.* 2000, I-8035, ECLI:EU:C:2000:529 (*University of Cambridge*), ro.16.

**16** De eerste Europese aanbestedingsrichtlijnen in de jaren zeventig werden ingevoerd om deze vrije bevoegdheden van overheden te beperken en daardoor dit discriminerend en protectionistisch gedrag tegen te gaan. Zie bijvoorbeeld: E.R. Manunza, Grote beslissruimte een oorzaak van corruptie, *Cobouw*, 31 oktober 2014, p.12. Zie ook: G. Bouwman, E.R., Manunza, KB Uitvoering 2013 in het licht van het Europees recht. Een onderzoek naar de verenigbaarheid met het recht van de Unie van een aantal bepalingen uit het KB Uitvoering van 14 januari 2013 (hoofddocument), in opdracht van Confederatie Bouw Oost-Vlaanderen, juli 2015, pp.83, p.44, in te zien via: <<http://www.pprc.eu/wp-content/uploads/PPRC-KB-Uitvoering-conformiteit-EU-recht-grondige-academische-analyse-volledig1.pdf>>.

**17** Zie o.a. Erik Canton et al., 'Openbaar aanbesteden: Een vergelijking tussen procedures en technieken in Nederland en de rest van Europa', *TPEdigitaal* 2012 afl. 6(1), p. 49-62, p.51; E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Noudhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p.5.

Om de doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen te waarborgen spelen de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid en transparantie, die voortvloeien uit het EU-Werkingsverdrag en ontwikkeld zijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU, een belangrijke rol. Daarnaast neemt het belang van het proportionaliteitsbeginsel toe, waarover hierna meer.

#### 3.2 Breder doelstellingen in het kader van duurzame groei in Europa

De oorspronkelijk vooral economische doelstelling is met de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU duidelijk verschoven naar een bredere doelstelling die ook rekening houdt met sociale, duurzaamheids- en innovatieve overwegingen. Deze verandering hangt samen met de ontwikkelingen die in Europa plaatsvinden. Zo is allereerst het uitgangspunt van de Europese interne markt reeds langere tijd aan een verandering onderhevig; uiteindelijk duidelijk verankerd in het Verdrag van Lissabon van 2009.<sup>18</sup> Tekenend daarvoor is de wijziging van het kernbegrip 'open markteconomie' met vrije mededinging naar het begrip 'sociale markteconomie' met gerichtheid op meer werkgelegenheid en sociale vooruitgang in dit EU-Verdrag.<sup>19</sup> De Unie is daarmee steeds minder alleen gericht op economische samenwerking, vanuit het besef dat voor een duurzame ontwikkeling van de EU naast economische vooruitgang ook sociale cohesie nodig is.<sup>20</sup> Deze ontwikkeling is bovendien versterkt door maatschappelijke vraagstukken - met name de financiële crisis - waarmee de Europese Unie te maken kreeg.

Ter bevordering van deze vernieuwde doelstellingen van Europa kan ook het aanbestedingsrecht een belangrijke rol spelen. Volgens de considerans

**18** Willem A. Janssen, 'Maatschappelijk verantwoord aanbesteden: van een procedurele naar een instrumentele benadering van het aanbestedingsrecht', *TA*, februari 2012, p.7-17. Zie ook: E.R. Manunza, 'Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten', in: J.M. Hebly, E.R. Manunza, M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht, publicatie van de VBR, nr. 38.

**19** Artikel 3 lid 3 EU-Verdrag (geconsolideerde versie van het Verdrag van Lissabon, PbEU C326). E.R. Manunza, 'Nieuwe Aanbestedingswet. Een gemiste kans voor een betere ordening van de markt voor overheidsopdrachten', *NJB* 2010/37, p. 2408-2413. Zie ook: Rob Bleeker en Elisabetta Manunza, 'De invloed van het Europees recht op het Nederlandse Aanbestedingsrecht', in: Hartkamp, A. Israel, J. Keus, L. Sieburgh, C.H. (ed.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht (DL II)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 798; E.R. Manunza, Sociaal opdrachtgeverschap. Ruimte geven voor sociale en duurzame overwegingen in aanbestedingen en sociale diensten via aanbestedingen inkopen, in: Gerbrandy, Anna en Rampersad, Reshmi (red.), *De sociale markteconomie van de EU en de kansen voor Nederland. Gedachten over de toekomst vanuit de niet-positivistische drieploeren benadering van Bart Hessel*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, pp. 259- 278.

**20** Europese Commissie, Gids Sociaal Coping. Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011, p. 10.

van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24 zijn overheidsopdrachten namelijk een belangrijk marktinstrument voor de Europa 2020-strategie, een groei-strategie van de EU binnen tien jaar voor slimme, duurzame en inclusieve groei in Europa.<sup>21</sup> De strategie houdt in zijn algemeenheid in dat alle lidstaten met elkaar moeten streven naar meer werkgelegenheid, hogere productiviteit en meer sociale samenhang. Aanbestedende diensten worden in de nieuwe richtlijn bijvoorbeeld opgeroepen overheidsopdrachten zo strategisch mogelijk aan te wenden, innovatie te bevorderen en zodoende te streven naar de beste prijs/kwaliteitverhouding. Dit alles zal moeten leiden tot grotere economische, milieu- en maatschappelijke voordelen en zo een duurzame economische groei stimuleren.<sup>22</sup>

### 3.3 Bescherming van mensenrechten als sociale doelstelling

Met deze bredere doelstellingen neemt ook de ruimte toe om sociale overwegingen, waaronder mensenrechten, mee te nemen bij een aanbesteding. Voor het toepassen van sociale aspecten bij overheidsopdrachten heeft de Europese Commissie onder meer in 2011 enige handreiking gedaan door het samenstellen van de Gids Sociaal Kopen. De gids gaat uit van maatschappelijk verantwoordelijke overheidsopdrachten (hierna: MVOO), waarbij de overheid het voorbeeld vormt voor de maatschappij, de markt beïnvloedt en sociaal ondernemen bevordert. Zo is van MVOO sprake als bij aanbestedingen een of meer sociale overwegingen worden meegenomen, bijvoorbeeld werkgelegenheidsmogelijkheden, duurzaamheidscriteria of de bevordering van maatschappelijk verantwoord ondernemen.<sup>23</sup> In deze gids is vervolgens een groot aantal voorbeelden opgenomen om te illustreren hoe de overheid dit bij een opdracht kan toepassen. Onder de sociale overwegingen die relevant kunnen zijn bij aanbestedingen worden in de gids ook bepaalde rechten genoemd die als mensenrechten kunnen worden aangemerkt, zoals het voldoen aan fundamentele arbeidsnormen en naleving van arbeids- en sociale rechten (wetten inzake veiligheid en gezondheid op de werkplek en verbod op disci-

minatie).<sup>24</sup> Bovendien wordt expliciet 'het beschermen tegen schendingen van mensenrechten en het bevorderen van respect voor mensenrechten' als element genoemd, dat bij aanbestedingen een rol kan spelen.<sup>25</sup> Daarnaast wordt het verhogen van sociale normen in de EU, met name van normen die tevens mensenrechten zijn, een speerpunt van de EU genoemd.<sup>26</sup> Juist ook de ontwikkeling om de (Europese) grondrechten steeds vaster te verankeren en hoger te prioriteren valt daarmee binnen de breder wordende Europese doelstellingen.<sup>27</sup>

## 4. De uitsluitingsgronden als instrument tegen mensenrechtenschendingen

### 4.1 Achtergrond van het uitsluitingssysteem

Vanuit de geschetste achtergrond en ontwikkelingen van de aanbestedingsrichtlijnen dient vervolgens het systeem van de uitsluitingsgronden te worden bezien. De uitsluitingsgronden, voorheen neergelegd in artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG en nu vernieuwd opgenomen in artikel 57 van richtlijn 2014/24/EU, zien op omstandigheden die de inschrijver betreffen en diens uitsluiting van deelneming aan een aanbestedingsprocedure kunnen rechtvaardigen. Het systeem van uitsluiting in het aanbestedingsrecht is ingevoerd om ondernemingen die zich niet-integer gedragen, te kunnen weren van een overheidsopdracht. De aanbestedingsrichtlijnen kennen daarbij een gesloten stelsel van uitsluitingsgronden.<sup>28</sup> Ondernemingen kunnen in beginsel alleen worden uitgesloten van een overheidsopdracht op basis van de in de richtlijn opgenomen gronden, die vervolgens ook op enge wijze moeten worden toegepast. Uitsluiting van inschrijvers vormt namelijk een potentiële beperking van de interne markt (art. 49 en 56 EU-Werkings-

<sup>21</sup> Punt 2 van de considerans bij richtlijn 2014/24/EU. Voor de Europa 2020 strategie zie: Mededeling van de Commissie, Europa 2020:

**Een** strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, COM(2010) 2020 def. Zie: W.A. Janssen, en A. van Onna, 'De implementatie van de inbestedingsdoctrine in de Nederlandse rechtsorde', 7A, juni 2015, p.134-144, p.135.

<sup>22</sup> Zie o.a. punt 47 en 95 van de considerans bij richtlijn 2014/24/EU.

<sup>23</sup> Europese Commissie, Gids Sociaal Kopen. Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011, p. 7. Voor een uitwerking van de juridische mogelijkheden voor het meenemen van sociale overwegingen bij aanbestedingen in Nederland, zie ook: Juridisch Leaflet Maatschappelijk Aanbesteden, Uitgave van het Ministerie van BZK, in te zien via: <www.ppr.eu/juridisch-leaflet-maatschappelijk-aanbesteden/>

<sup>24</sup> Europese Commissie, Gids Sociaal Kopen. Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011, p. 8.

<sup>25</sup> Europese Commissie, Gids Sociaal Kopen. Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011, p. 9.

<sup>26</sup> Europese Commissie, Gids Sociaal Kopen. Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011, p. 11. Hierin wordt aangehaald de hernieuwde sociale agenda: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's 'Vernieuwde sociale agenda: kansen, toegang en solidariteit in het Europa van de 21e eeuw', COM(2008) 412.

<sup>27</sup> Met het Verdrag van Lissabon zijn deze fundamentele rechten opgenomen in het Handvest van de Grondrechten van de EU (PbEU 364/01). Overigens kwam dit verdrag in de plaats van de wel omstreden Europese Grondwet.

<sup>28</sup> E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 266. Zie o.a. HvJ EG 9 februari 2006, nrs. C226/04 en C228/04, Jur. 2006, p. I1347, ECLI:EU:C:2006:94 (*La Cascina*); HvJ EG 16 december 2008, C-213/07, Jur. 2008, p. I-9999, ECLI:EU:C:2008:731 (*Michaniki*); HvJ EU 19 mei 2009, C538/07, Jur. 2009, p. I-04219, ECLI:EU:C:2009:317 (*Assitur*), deze arresten komen hierna aan de orde.

verdrag), zoals het Hof van Justitie EU onder andere in zijn arrest van 10 juli 2014 verduidelijkt: ‘het uitsluiten van overheidsopdrachten kan eraan in de weg staan dat een zo groot mogelijk aantal inschrijvers aan aanbestedingsprocedures deelneemt’.<sup>29</sup> Bovendien past een strikte interpretatie bij het bij de totstandkoming van de aanbestedingsrichtlijnen gestelde doel om de beslruimte van aanbestedende diensten in de lidstaten te beperken zodat willekeurige toepassing en discriminatie tussen inschrijvers wordt voorkomen. Het systeem voor selectie van inschrijvers moest dan ook worden gebaseerd op objectieve en niet-discriminerende bepalingen.

Met het oog op de veranderende doelstellingen van de EU kan de vraag worden gesteld of de wijze waarop wordt omgegaan met de uitsluitingsgronden ook aan een ontwikkeling onderhevig is. In de nieuwe uitsluitingsgronden is namelijk de vernieuwde focus, op onder meer sociale- en mensenrechten duidelijk waar te nemen.

#### 4.2 Meer mogelijkheden om uit te sluiten vanwege mensenrechtenschendingen

De gronden die onder richtlijn 2004/18/EG mogelijk aanleiding konden geven voor screening van ondernemingen die mensenrechten hebben geschonden, waren summier. Alleen de facultatieve uitsluitingsgrond ‘ernstige fout in de beroepsuitoefening’ bood aanknopingspunten.<sup>30</sup> Deze grond blijft ook in de gewijzigde Aanbestedingswet bestaan<sup>31</sup>, waarover hierna meer. Met de nieuwe richtlijn 2014/24/EU is het aantal uitsluitingsgronden echter flink uitgebreid. Daarnaast zijn de mogelijkheden om uit te sluiten verruimd als uitsluiting ook kan plaatsvinden *tijdens* de procedure op grond van lid 5 van artikel 57 van de nieuwe richtlijn.

De implementatie van deze richtlijn in de Aanbestedingswet is op moment van dit schrijven nog niet verwezenlijkt, maar zal op korte termijn plaatsvinden.<sup>32</sup> Vanaf dan staan aanbestedende diensten veel meer mogelijkheden ter beschikking om uit te sluiten, onder andere op basis van het overtreden

van normen die als mensenrechten kunnen worden bestempeld.<sup>33</sup>

De meest in het oog springende grond met betrekking tot schending van mensenrechten is de nieuwe verplichte uitsluitingsgrond neergelegd in artikel 57 lid 1 sub f van de richtlijn, in de gewijzigde Aanbestedingswet op te nemen in artikel 2.86 lid 2 sub f.<sup>34</sup> Deze nieuwe grond verplicht een aanbestedende dienst om ondernemingen uit te sluiten die bij onherroepelijk vonnis zijn veroordeeld voor kinderarbeid of andere vormen van mensenhandel.<sup>35</sup> Bovendien is in de laatste alinea van lid 1 bepaald dat dit ook geldt voor een onherroepelijk vonnis van een persoon die lid is van het bestuur, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van deze ondernemer of daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controle bevoegdheid heeft.<sup>36</sup> Hoewel deze uitsluitingsgrond nog lang niet alle mensenrechtenschendingen omvat, kan wel een ontwikkeling worden bespeurd – in lijn met de verbrede doelstellingen van richtlijn 2014/24 – om ondernemingen ook op grond van het schenden van bepaalde mensenrechten te weren van een overheidsopdracht. Of deze uitsluitingsgrond meer dan symboolwetgeving kan zijn, moet in de praktijk nog blijken. Zo moet er namelijk wel een onherroepelijk vonnis aan de mensenrechtenschending ten grondslag liggen, wat juridisch niet altijd eenvoudig zal zijn.

Wat betreft de facultatieve gronden is in de nieuwe richtlijn neergelegd dat de lidstaten deze ook als verplichte gronden mogen opnemen (artikel 57 lid 4 eerste alinea). Het ziet er echter naar uit dat deze gronden in de gewijzigde Aanbestedingswet voor Nederland facultatief blijven.<sup>37</sup> Ook deze gronden opgenomen in artikel 57 lid 4 zijn in aantal toegenomen. Zo valt hier de (nieuwe) grond uit sub a op, dat in het wetsvoorstel wijziging Aanbestedingswet is overgenomen in artikel 2.87 lid 1 sub a.<sup>38</sup> Op basis van deze grond kan een onderneming reeds worden uitgesloten indien de aanbestedende dienst aantoonbaar dat toepasselijke verplichtingen uit

29 HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063 (*Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*), nr. 29.

30 Neergelegd in art. 2.87 sub c Aanbestedingswet 2012. Ook sub b ‘overtreding van een relevante beroepsgedragsregel’ zou wellicht genoemd kunnen worden, maar had als zware eis het bestaan van een rechterlijk vonnis. In de nieuwe richtlijn en het wetsvoorstel wijziging Aanbestedingswet is deze grond ook niet meer terug te zien.

31 Volgens het wetsvoorstel: *Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 2* (Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, 24 november 2015).

32 Officieel moet dit voor 18 april 2016 zijn verwezenlijkt. Overigens past het Hof van Justitie van de EU de nieuwe richtlijn ook al wel toe, zie HvJ EU 18 december 2014, C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469 (*Gernerali-Provincia Biztosító*), nr. 37. Het ging hier over de uitsluitingsgronden waarover het Hof in overweging neemt: ‘Bovendien is in art. 57 [...] van richtlijn 2014/24 duidelijk en ondubbelzinnig sprake van deze uitsluitingsgrond’.

33 In deze bijdrage wordt niet ingegaan op de uitsluitingsgrond over het niet betalen van sociale zekerheidspremies, art 57 lid 2 richtlijn 2014/24, zowel verplicht (met rechterlijk vonnis) als facultatief (met een passend middel aan te tonen). Dit zou in het kader van ‘mensenrechten’ ook relevant kunnen zijn. Zie over arbeidsverplichtingen in het algemeen hierna.

34 *Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 2.*

35 In de richtlijn wordt verwezen naar art. 2 van richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad (PBEU L 101 van 15 april 2011, p.1).

36 Niet alleen de onderneming maar ook gedragingen van bepaalde personen in een onderneming moeten dus tot uitsluiting leiden, zie voor de implementatie van deze bepaling art. 2.86 lid 3 wetsvoorstel wijziging Aanbestedingswet (*Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 2*).

37 Volgens het wetsvoorstel: *Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 2.*

38 *Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 2* met verwijzing in dat artikel naar artikel 2.81 lid 2.



het EU-recht, nationale recht of collectieve arbeids-overeenkomsten of op grond van de bepalingen uit bijlage X op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht zijn geschonden.

Dit is een zeer ruim geformuleerde bepaling: hiermee lijkt een onderneming reeds op basis van elke in het recht - Europees of Nederlands - of zelfs in CAO neergelegde regels van milieu- sociaal en arbeidsrecht te kunnen worden uitgesloten bij overtreding daarvan. Daarnaast suggereert de zinsnede 'met elk passend middel' dat het niet hoeft te gaan om een rechterlijk vonnis.<sup>39</sup> De bepaling laat nog wel opening voor een beperktere interpretatie, in de zin dat het moet gaan om overtredingen tijdens een (eerdere) overheidsopdracht, en dus niet overtredingen die buiten een aanbesteding hebben plaatsgevonden.<sup>40</sup> In dat laatste geval wordt de reikwijdte van deze bepaling een stuk kleiner.

Laatstgenoemde uitsluitingsgrond kan allerlei bepalingen rondom mensenrechten omvatten. Hieronder vallen bijvoorbeeld normen rondom arbeidsomstandigheden van werknemers en (minimum)lonen of het discriminatieverbod.<sup>41</sup> Zo zou het ook kunnen gaan om het in de inleiding genoemde voorbeeld over arbeidsdiscriminatie. In dat Kamerdebat kwam ook de vraag naar voren of een uitspraak van het College van de Rechten van de Mens voldoende is voor een uitsluiting. In het debat wordt deze vraag negatief beantwoord; de nieuwe richtlijn lijkt hier echter wel voldoende ruimte voor te bieden nu het aantonen van een overtreding kan plaatsvinden op grond van 'elk passend middel'. In het onlangs gevoerde Kamerdebat over de wijziging Aanbestedingswet stelde minister Kamp expliciet dat de richtlijn en het wetsvoorstel voorzien in de mogelijkheid een ondernemer die bepalingen inzake het voorkomen van arbeidsdiscriminatie heeft geschonden, uit te sluiten van een aanbesteding.<sup>42</sup> In het wetsvoorstel wijziging Aanbestedingswet is bovendien ook een artikel 2.81a ingevoegd dat een aanbestedende dienst verplicht de niet-naleving van toepasselijke verplichtingen op het gebied van arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden bij de uitvoering van een overheidsopdracht te melden bij de Inspectie van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.<sup>43</sup>

Hoewel deze uitsluitingsgrond daarmee een concrete stap is in de ontwikkeling om het verantwoord handelen - ook rondom mensenrechten - van ondernemingen te bevorderen, moet ook hier nog blijken of deze bepaling in de praktijk een grote rol kan spelen voor het uitsluiten op basis van mensenrechtenschendingen. Zo is het in handen van de aanbestedende dienst deze uitsluitingsgrond al dan niet van toepassing te verklaren en te oordelen over wat een 'passend middel' is. Vooral lijkt deze bepaling echter niet inzetbaar als de schending buiten Europa heeft plaatsgevonden, terwijl mensenrechtenschendingen daar doorgaans plaatsvinden. Bij alle uitsluitingsgronden dient bovendien een maximale terugkijktermijn van de overtreding in acht te worden genomen, vijf jaar voor de verplichte en drie jaar voor de facultatieve gronden.<sup>44</sup>

### 4.3 Veranderingen ten aanzien van de 'ernstige beroepsfout'

Voor de uitbreiding van de uitsluitingsgronden in de nieuwe richtlijn, kon in feite alleen de 'open' uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' aanknopingspunten bieden voor het uitsluiten op basis van mensenrechtenschendingen. Deze grond blijft nog steeds gelden, maar het is van belang te bezien of het begrip met de wijzigingen ook een veranderende invulling zal krijgen. Lidstaten mogen het begrip 'ernstige beroepsfout' zelf invullen, onder eerbiediging van het EU-recht en daarnaast is voor deze grond geen rechterlijk vonnis vereist maar moeten aanbestedende diensten 'aannemelijk maken' dat daarvan sprake is.

Het begrip wordt in EU-wetgeving niet nader uitgewerkt, maar aan de lidstaten wordt overgelaten om bijvoorbeeld te bepalen dat het niet-naleven van bepaalde sociale verplichtingen een ernstige fout in de uitoefening van het beroep oplevert.<sup>45</sup> Hierbij is wel steeds de voorwaarde gesteld dat de niet-naleving van dergelijke wetgeving in dat land als een ernstige fout is aangemerkt.<sup>46</sup> Het is daarmee in handen van de Nederlandse wetgever om bijvoorbeeld overtredingen van mensenrechten als 'ern-

39 In *Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr.3, p.69 (MvT)* staat: 'daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan een rapport van de Inspectie SZW.'

40 Zie artikel 18 lid 2 waarnaar artikel 57 lid 4 sub a verwijst.

41 Zie bijvoorbeeld de bepalingen in het Handvest van de Grondrechten van de EU, PbEU 364/01 of uit de Nederlandse Grondwet.

42 Tweede Kamerdebat wetsvoorstel Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU (34329), 9 maart 2016, zie: <[https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire\\_verslagen/detail?vj=2015-2016&nr=62&version=2](https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire_verslagen/detail?vj=2015-2016&nr=62&version=2)>.

43 Dit is voortgekomen uit de motie 'Arbeidsmarktbeleid' van Van Weyenberg en Vermeij, *Kamerstukken II 2015/16 29544, nr. 693*. Zie voor meer informatie rondom dit thema ook de adviezen 64a en 64b van de Commissie Bedrijfsjuridisch Advies.

44 Art. 57 lid 7 richtlijn 2014/24/EU en art. 2.86 lid 7, art. 2.87 lid 2 wetsvoorstel wijziging Aanbestedingswet (uitwerking proportionaliteitsbeginsel).

45 Dit is o.a. te lezen in Commissiedocumenten, zoals: Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren, PbEG 2001, C 333, paragraaf 1.3.1. Zie ook: Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 33/2003 en zie: Europese Commissie, Gids Sociaal Kopen. Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011, p.35.

46 Bijvoorbeeld in: Europese Commissie, Gids Sociaal Kopen. Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011, p.35 (voetnoot).

stige beroepsfout' te definiëren.<sup>47</sup> De Nederlandse rechter lijkt van mening dat ook aanbestedende diensten het begrip kunnen invullen.<sup>48</sup>

Sinds het arrest *Forposta* van het Hof van Justitie EU in 2012 zijn de kaders van de vrijheid die lidstaten hebben om de ernstige beroepsfout in hun nationale wetgeving te definiëren, door het Hof van Justitie van de EU verduidelijkt.<sup>49</sup> Dit is belangrijk nu lidstaten wel over het hoofd zien dat onder een 'ernstige' beroepsfout niet zomaar alle misgedragingen kunnen worden gevat.<sup>50</sup> In het arrest overweegt het Hof dat het begrip 'ernstige' fout 'gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. Elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst of een deel ervan kan wel wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer, maar betekent niet automatisch een ernstige fout.'<sup>51</sup> In dit arrest

bleek het begrip 'toerekenbare omstandigheden' dan ook te ruim, omdat hieronder meer te vatten is dan gedrag dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst.

De vraag die gesteld kan worden is of dit arrest met de nieuwe regelgeving nog wel betekenis heeft. Onder de nieuwe richtlijn is nu een vergelijkbare grond opgenomen als in *Forposta* over het uitsluiten op basis van 'tekortkomingen' in artikel 57 lid 4 sub g. Deze grond geeft aanleiding te concluderen dat de lijn die het Hof in *Forposta* heeft getrokken, nog steeds gelding heeft. Ook hier gaat het namelijk om 'voortdurende of aanzienlijke tekortkomingen' en lijkt het te gaan om gedragingen 'van een zekere ernst'. Ook voor het kwalificeren van een mensenrechtenschending als 'ernstige beroepsfout', geldt deze zwaardere bewijslast van een in zekere mate 'ernstige' misdraging. Het belang van deze grond voor het uitsluiten van ondernemingen die mensenrechten schenden lijkt door de uitbreiding van de uitsluitingsgronden wel verminderd.

#### 4.4 Groeiend belang van het proportionaliteitsbeginsel

Opvallend is daarnaast een ander belangrijk aspect uit het *Forposta*-arrest. Het Hof oordeelt namelijk ook dat een aanbestedende dienst de mogelijkheid moet worden gelaten de ernst van het beweerd onrechtmatige gedrag per geval te beoordelen; de nationale regeling mag niet zelf de maatstaf vormen voor de beoordeling.<sup>52</sup> Dit vloeit voort uit het evenredigheidsbeginsel: een automatische uitsluiting gaat in beginsel verder dan noodzakelijk, in plaats daarvan dient per geval te worden beoordeeld of de uitsluiting nodig is ter waarborging van de doelstellingen van de richtlijn.<sup>53</sup> Het Hof van Justitie EU nam ook wel een andere houding ten aanzien van dit standpunt aan.<sup>54</sup> Met de nieuwe en verplichte proportionaliteitstoets van artikel 57 lid 6 in samenhang met de algemene verplichting voor aanbestedende diensten proportioneel te handelen uit artikel 18 lid 1 richtlijn 2014/24 en gelezen overweging 101 van de considerans bij deze richtlijn, lijkt weer aangesloten dienen te worden bij een toetsing per geval.<sup>55</sup>

**47** In de memorie van toelichting wijziging van de Aanbestedingswet 2012 (*Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr.3, p.69*) wordt gesteld dat de bepalingen opgenomen in artikel 8 van het Aanbestedingsbesluit die invulling gaven aan de (oude) facultatieve uitsluitingsgrond 'schending van relevante beroeps gedragsregel', ook kunnen gelden voor de 'ernstige beroepsfout'. Hier zijn een groot aantal bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht opgenomen, waarvan een aantal mogelijkheden bieden bij mensenrechtenschendingen (bijv. mensenhandel, maar ook vormen van intimidatie, bedreiging en geweld). Wel moet hier dan een rechterlijk vonnis van de overtredding zijn (zwaarder dan het enkele 'aannemelijk maken' door een aanbestedende dienst). Een van de bepalingen betreft ook het tewerkstellen van illegalen, zie ook: T.H. Chen, 'De onoverzichtelijkheid van het Aanbestedingsrecht', *TA*, februari 2016, p.16, waarin ook hij signaleert dat het in ieder geval voor de praktijk een stuk duidelijker is wanneer een dergelijke uitsluitingsgrond expliciet in de Aanbestedingswet of Eigen Verklaring wordt opgenomen.

**48** Zie met name: Hof Den Haag 3 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3723, ro. 3.4. Recentelijk oordeelde bijvoorbeeld Rb. Gelderland (1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187) dat overtredingen (waarvoor boetebeschikkingen van inspectie SWZ zijn opgelegd) voor het op onjuiste wijze toezicht houden en uitvoeren van werkzaamheden voor het verwijderen van asbest of asbesthoudende producten, kunnen worden gemerkt als 'ernstige beroepsfout' en op grond daarvan mocht worden uitgesloten (ro. 4.15).

**49** HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta vs. Poczta Polska*). Zie voor bespreking ook: I.J. van den Berge e.a., *Kroniek Jurisprudentie Aanbestedingsrecht*, *TA* 2013/2, p. 38-73, p.47 en tevens: B.J.H. Blaisse-Verkooijen, *Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht TBR* 2013/128 (9), p.864-874.

**50** Dit arrest laat voor Nederland zien dat een onrechtmatige daad (*Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr.3, p. 80*), bijvoorbeeld niet zomaar als een ernstige beroepsfout kan worden gedefinieerd. Een onrechtmatige daad is namelijk een ruimer begrip dan gedragingen met kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst. Ook in België in het KB Uitvoering is een bepaling opgenomen dat het enkele 'in gebreke blijven' van een aannemer tot uitsluiting kan leiden, gezien het *Forposta*-arrest is dat te ruim, zie ook: G. Bouwman, E.R. Manunza, *De werking van het Unierecht en nationaal recht op de contractuele relatie tussen overheid en opdrachtnemer bij de uitvoering van overheidsopdrachten: Een handreiking voor een evenwichtiger positie van aannemers van werken in België, in opdracht van de Confederatie Bouw Oost-Vlaanderen*, juli 2015, pp.29, <<http://www.pprc.eu/wp-content/uploads/PPRC-onderzoek-Confederatie-Bouw-Oost-Vlaanderen.pdf> en bijbehorend hoofddocument, in te zien via: <http://www.pprc.eu/wp-content/uploads/PPRC-KB-Uitvoering-conformiteit-EU-recht-grondige-academische-analyse-volledig1.pdf>>.

**51** *Forposta*, ro.29/30.

**52** *Forposta*, ro. 34.

**53** Zie o.a. HvJ EU 22 oktober 2015, zaak C425/14, ECLI:EU:C:2015:721. Een automatische uitsluiting wordt daar zelfs in strijd geacht met het doel van het aanbestedingsrecht dat zoveel mogelijk ondernemingen inschrijven op een aanbesteding.

**54** In HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063 (*Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*) is de vraag of een nationale regeling gezien het evenredigheidsbeginsel zelf de maatstaf mag neerleggen over wat als 'ernstig' heeft te gelden, zonder andere factoren die een objectieve maatstaf vormen voor de betrouwbaarheid van de inschrijver als contractpartij bij de beoordeling te betrekken. Het Hof oordeelt dat deze uitsluitingsgrond in overeenstemming is met EU-recht.

**55** Zie ook: art. 2.87a wetsvoorstel wijziging Aanbestedingswet.

Interessant is in dat opzicht de vraag die de Nederlandse rechter vorig jaar aan het Hof van Justitie van de EU heeft voorgelegd.<sup>56</sup> Het gaat in deze zaak om de vraag in hoeverre een proportionaliteitsstoets kan worden toegepast bij de 'ernstige beroepsfout', mede gezien de andere beginselen van transparantie en gelijkheid. Hoewel het gedeeltelijk lijkt te zijn ingehaald door de ontwikkelingen rondom het proportionaliteitsbeginsel in de nieuwe richtlijn zal het antwoord van het Hof van Justitie EU wellicht duidelijker maken hoe ver het beginsel in de praktijk reikt en of dit altijd een toetsing per geval vereist. Deze rol van het proportionaliteitsbeginsel is ook van belang in het licht van de groter wordende discretionaire beslissruimte van aanbestedende diensten, zowel met de bredere aanbestedingsdoelstellingen als de nieuwe uitsluitingsgronden.<sup>57</sup> Aan de ene kant kan het beginsel namelijk tegenwicht bieden aan een te willekeurige uitsluiting van inschrijvers, aan de andere kant biedt het juist mogelijkheden tot willekeur als aanbestedende diensten meer beslissruimte hebben om te besluiten een bedrijf alsnog toe te laten tot de aanbesteding ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Het is daarmee de vraag of het proportionaliteitsbeginsel voldoende tegenwicht kan bieden om het 'level playing field' voor inschrijvers te waarborgen.

#### 4.5 Ruimte voor aanvullende uitsluitingsgronden in nationaal recht

Tenslotte kan ook worden gezien of er ruimte is voor lidstaten om naast de lijst uitsluitingsgronden eigen regels op te nemen - ondanks het gesloten systeem van uitsluitingsgronden.<sup>58</sup> In dit geval aanvullende uitsluitingsgronden wegens 'mensenrechtenschendingen'. Het Hof van Justitie EU heeft het uitgangspunt van het gesloten systeem in een aantal arresten nader verduidelijkt. In de *La Cascina*-zaak oordeelde het Hof reeds dat de richtlijn geen uniforme toepassing van de uitsluitingsgronden ten doel heeft. Lidstaten beschikken namelijk over de bevoegdheid bepaalde uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen of in nationale regels per geval te bepalen er strengere of minder

strengere toepassing aan te geven.<sup>59</sup> In de arresten *Michaniki* en *Assitur*<sup>60</sup> overweegt het Hof eerst dat de opsomming van de uitsluitingsgronden limitatief is. De aanpak van de Europese wetgever was erop gericht, slechts die gronden op te nemen die verband houden met de professionele kwaliteiten van de betrokkenen. Het Hof voegt daaraan echter toe dat dit niet de bevoegdheid van de lidstaten uitsluit, naast deze uitsluitingsgronden andere materieelrechtelijke voorschriften te handhaven of uit te vaardigen, die beogen te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het transparantiebeginsel in acht worden genomen, mits in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel.<sup>61</sup> Nadrukkelijk moet worden opgemerkt dat in beide arresten de (aanvullende) grond in de wet was opgenomen en dat het doel van de nationale maatregel was de gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantie van de procedure te waarborgen. Daarom mocht hier, naast de uitsluitingsgronden uit de richtlijn, door de lidstaat een aanvullende grond worden vastgesteld, nu dat juist ter bescherming van het doel van de richtlijn dient.<sup>62</sup>

Uit deze arresten kan worden afgeleid dat het gesloten systeem in beginsel bijdraagt aan de (oorspronkelijke) doelstelling van de richtlijn: een zo optimaal mogelijke mededinging. Een lidstaat mag daarbij in het specifieke geval aanvullende regels in de wet neerleggen als die juist het doel van de richtlijnen dienen en het 'level playing field' waarborgen. Opgemerkt dient te worden dat een aanbestedende dienst niet zelf de bevoegdheid heeft om aanvullende gronden op te stellen.

Voor het uitsluiten op basis van mensenrechten kan deze mogelijkheid waarschijnlijk geen uitkomst bieden, nu het dan gaat om de integriteit van de individuele aanbieder waarin de richtlijnen (uitputtend) voorzien. Voorheen zou bovendien de vraag geweest zijn of een dergelijke uitsluitingsgrond ook bijdraagt aan het verwezenlijken van

<sup>56</sup> Hoge Raad 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757.

<sup>57</sup> Zie bijvoorbeeld: Elisabetta Manunza en Chris Jansen, 'Markt opvallend stil over herziening Aanbestedingswet', *Cobouw* 5 februari 2016, p.11. Over artikel 57 lid 4 sub g kan bijvoorbeeld de vraag worden gesteld wat als 'aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen' kan worden bestempeld die tot uitsluiting kunnen leiden, zie ook de vraag van de CDA-fractie in Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 5. Zie ook de E-reader MKB-problematiek t.b.v. rondetafelgesprek MKB-problematiek Ministerie van EZ (bijdrage E.R. Manunza): <<http://www.tweedekamer.nl/vergaderingen/commissievergaderingen/details?id=2015AO4420>>.

<sup>58</sup> Zie voor een uitgebreide bespreking daarvan ook: G. Bouwman, E.R. Manunza, KB Uitvoering 2013 in het licht van het Europees recht. Een onderzoek naar de verenigbaarheid met het recht van de Unie van een aantal bepalingen uit het KB Uitvoering van 14 januari 2013 (hoofddocument), in opdracht van Confederatie Bouw Oost-Vlaanderen, juli 2015, pp.83, p.46 e.v.p.67. In te zien via: <<http://www.pprc.eu/wp-content/uploads/PPRC-KB-Uitvoering-conformiteit-EU-recht-grondige-academische-analyse-volledig1.pdf>>.

<sup>59</sup> HvJ EG 9 februari 2006, nrs. C226/04 en C228/04, Jur. 2006, p. I1347, ECLI:EU:C:2006:94 (*La Cascina*), ro. 23, o.a. herhaald in: HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063 (*Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*), ro. 36.

<sup>60</sup> HvJ EG 16 december 2008, C-213/07, Jur. 2008, p. I-9999, ECLI:EU:C:2008:731 (*Michaniki*), ro. 38 e.v.; HvJ EU 19 mei 2009, C538/07, Jur. 2009, p. I-04219, ECLI:EU:C:2009:317 (*Assitur*), ro. 20 e.v.. Zie voor een bespreking van dit arrest ook: Petra F.C. Heemskerk en Jitske Tamminga, 'De Zaak: Uitsluitingsgronden uitputtend geregeld of toch niet?' *Tendernieuwsbrief* oktober 2009/6, p.6/7. Zie daarnaast ook het *Forposta*-arrest.

<sup>61</sup> *Assitur*, ro. 21 en zie verder: *La Cascina* e.a., ro. 20 en 22 en ook: HvJ EG 16 december 2008, C-213/07, Jur. 2008, p. I-9999, ECLI:EU:C:2008:731 (*Michaniki*), ro. 40-48; HvJ EG 16 oktober 2003, C-421/01, Jur. 2003, p. I-11941, ECLI:EU:C:2003:549 (*Traunfellner*), ro. 29 en *Universale-Bau*, ro. 91.

<sup>62</sup> Mits ook aan het evenredigheidsbeginsel wordt voldaan *Assitur*, rechtsoverweging 22 en 23. Overigens is in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen voor de situatie uit het arrest *Assitur* een gelijkstrekkende uitsluitingsgrond toegevoegd (art. 57 van de richtlijn 2014/24/EU).



de doelen van de aanbestedingsrichtlijnen. Met de nieuwe richtlijn zou dit laatste anders kunnen liggen, gezien de bredere doelstellingen die met het aanbestedingsrecht bereikt dienen te worden.

## 5. Conclusie

Op Europees niveau vinden grote ontwikkelingen plaats over het waarborgen van sociale rechten, waaronder ook mensenrechten en het bevorderen van goede arbeidsvoorwaarden. Belangrijkste vraag bij het uitsluiten op basis van mensenrechtenschendingen is echter of deze wijzigingen in de praktijk ook tot veranderingen kunnen leiden en - gezien het doel ervan - zullen resulteren in een menswaardigere wereld. Bij het handhaven van mensenrechtenschendingen spelen namelijk nog heel wat kwesties. Veel schendingen spelen zich buiten Europa af waardoor het vinden van een juridische rechtsgrond complex zal zijn. Mocht die er wel zijn

en de schending aangekaart worden, dan spelen er vaak bewijsproblemen. Wanneer een Nederlands bedrijf in Qatar op Europees niveau vastgelegde mensenrechten schendt, zal het daarom nog steeds niet eenvoudig of zelfs onmogelijk zijn om op grond daarvan uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure. Daarnaast moet steeds worden bezien of een uitsluiting de uitwerking heeft als bedoeld; mogelijk kan de situatie daardoor verslechteren - bijvoorbeeld bij kinderarbeid. Voor schending van allerlei Europese of nationale normen bestaan meer mogelijkheden voor uitsluiting in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen. Hier is vooral de vraag of het proportionaliteitsbeginsel voldoende waarborg biedt tegen de daarmee gepaard gaande groeiende discretionaire beslisruimte van aanbestedende diensten. Gezien alle ontwikkelingen is temeer nodig de aanbestedingsregels steeds te evalueren en te verbeteren. Alleen dan zal het aanbestedingsrecht een rol kunnen spelen voor een betere wereld. ●