PELS RIJCKEN

Leeswijzer bij aanbestedings- en contractsvoorwaarden behorende bij Juridische analyse sturingsmechanismen mensenrechtenschendingen in aanbestedingen van camarasystemen door gemeenten

Versie 11 januari 2024

1 Inleiding

1.1 In opdracht van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) hebben wij een juridische analyse uitgevoerd met betrekking tot de juridische sturingsmechanismen die gemeenten hebben indien zij bij de inkoop van camersystemen risico's op het gebied van mensenrechtenschendingen en cyberveiligheid willen mitigeren.

1.2 In onze juridische analyse beschrijven wij welke juridische sturingsmechanismen gemeenten wel en niet hebben (zie het document met de titel "Juridische analyse sturingsmechanismen mensenrechtenschendingen in aanbestedingen van camarasystemen door gemeenten"). Deze juridische sturingsmechanismen staan los van eventuele technische/functionele eisen ter mitigatie van voornoemde risico's.

1.3 Als bijlagen bij onze analyse is een vijftal juridische documenten gevoegd met daarin aanbestedings- en contractsvoorwaarden die gemeenten kunnen gebruiken ter mitigatie van voornoemde risico's op het gebied van mensenrechtenschendingen en cyberveiligheid (Bijlagen A – E, ook wel instrumenten genoemd).

1.4 Het gebruik van deze voorwaarden is niet altijd passend. Wij verwijzen in dat kader naar de door ons opgestelde analyse, waarin onder meer is beschreven welke risico's spelen bij het gebruik van de verschillende instrumenten.

1.5 Daarbij komt dat gemeenten die besluiten om (enkele van) de door ons opgestelde aanbestedings- en contractsvoorwaarden te gebruiken, steeds van geval tot geval zullen moeten bepalen in hoeverre dergelijk gebruik ook proportioneel is.

1.6 In deze leeswijzer beschrijven wij van elk van de door ons opgestelde instrumenten op hoofdlijnen hoe die te gebruiken. De leeswijzer dient steeds in samenhang met onze analyse te worden gelezen.

2 Bijlage A: Model bijzondere uitvoeringsvoorwaarde

2.1 Bijlage A bevat een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde op basis waarvan het verboden is camerasystemen aan te bieden die zijn ontwikkeld en/of gefabriceerd door partijen die zijn gevestigd in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen. Inschrijvingen die vorenbedoelde camerasystemen omvatten, worden als ongeldig terzijde gelegd.

2.2 Gemeenten zullen bij gebruik van deze bijzondere uitvoeringsvoorwaarde inzichtelijk moeten maken welke landen als land met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen kwalificeren. Het ligt voor de hand daarbij aan te sluiten bij de actuele jaarverslagen/persberichten van de AIVD.

3 Bijlage B: Model gunnigscriterium mensenrechtenschending

3.1 Bijlage B bevat het gunningscriterium “Plan van aanpak mitigeren risico faciliteren culturele genocide of etnisch profielen”. Met gebruikmaking van dit gunningscriterium kunnen gemeenten bewerkstelligen dat de risico’s die verband houden met het faciliteren van culturele genocide of etnisch profileren zoveel als mogelijk worden gemitigeerd.

3.2 Gemeenten zullen bij gebruik making van dit gunningscriterium per concrete aanbesteding inzichtelijk moeten maken wat zij precies onder “faciliteren culturele genocide” of “etnisch profileren” verstaan.

4 Bijlage C: Model gunningscriterium cyberveiligheid

4.1 Bijlage C bevat het gunningscriterium “Plan van aanpak mitigeren cyberveiligheidsrisico”. Met gebruikmaking van dit gunningscriterium kunnen gemeenten bewerkstelligen dat de cyberveiligheidsrisico’s met het camerasysteem zoveel als mogelijk worden gemitigeerd.

4.2 Gemeenten zullen bij gebruik making van dit gunningscriterium per concrete aanbesteding inzichtelijk moeten maken wat zij precies onder “cyberveiligheidsrisico’s” verstaan.

5 Bijlage D: Model contractsvoorwaarden behorende bij gunningscriteria

5.1 Bijlage D bevat de contractsvoorwaarden behorende bij de gunningscriteria opgenomen in Bijlage B en Bijlage C. De contractsvoorwaarden opgenomen in Bijlage D moeten verzekeren dat de maatregelen zoals die door Leverancier zijn aangeboden ter invulling van de gunningscriteria zoals neergelegd in Bijlagen B en C ook daadwerkelijk worden uitgevoerd. Bijlage D kan daarom dus niet op zichzelf worden gebruikt, maar zal steeds in combinatie met Bijlage B en C moeten worden gebruikt (met uitzondering dan van de bepaling over onderaanneming, zie hierna onder 5.6).

5.2 In Bijlage D wordt er vanuit gegaan dat een gemeente ervoor kiest om zowel het gunningscriterium uit Bijlage B als uit Bijlage C te gebruiken in een aanbesteding. Kiest een gemeente ervoor om één van deze gunningscriteria in de aanbesteding te gebruiken, dan dient Bijlage D in die zin te worden aangepast dat steeds de verwijzingen naar ofwel Mensenrechtenrisico’s ofwel Cyberveiligheidsrisico’s worden geschrapt.

5.3 Bijlage D is, net als Bijlage B, gericht op mensenrechtenrisico's die verband houden met het faciliteren van culturele genocide of etnisch profileren. Wij kunnen ons evenwel voorstellen dat gemeenten beide documenten, mits proportioneel en verband houdend met de aanbestede opdracht, ook gebruiken ter mitigatie van risico's met betrekking tot andere vormen van mensenrechtenschendingen. In zo'n geval zullen de inleidende bepalingen en definities van Bijlage B en Bijlage D moeten worden aangepast. Ook zullen eventueel de verwijzingen naar camerasystemen moeten worden gewijzigd. Het voorgaande geldt ook wat betreft het gebruik van Bijlage C. Zo kan Bijlage C met het schrappen van de verwijzingen naar "camerasystemen" worden ingezet voor de inkoop van andere IT producten of diensten. Denk bijvoorbeeld aan software.

5.4 Artikel 2.5 van Bijlage D bevat een regeling over de verdeling van extra kosten in het geval de Leverancier, al dan niet na daarop te zijn gewezen door Opdrachgtever, aangeeft aanvullende beheersmaatregelen te moeten treffen. Artikel 2.5 bepaalt dat deze kosten voor rekening van de Leverancier komen indien de beheersmaatregelen nodig zijn vanwege kort gezegd een tekortkoming of onjuiste inschatting van de Leverancier. In alle andere gevallen treden partijen in overleg over een redelijke verdeling van de extra kosten. De ratio daarachter is dat zich mensenrechtenschendingen in de keten van de Leverancier kunnen voordoen waarvan het voorkomen niet alleen relevant is voor Opdrachtgever, maar ook voor Leverancier en diens andere klanten. In zo'n geval wordt het onredelijk geacht alle extra kosten van aanvullende beheersmaatregelen voor rekening van Opdrachtgever te brengen, en is een maatwerkafspraak nodig (zie ook randnummer 6.4). Wij kunnen ons evenwel voorstellen dat niet in alle gevallen zo'n regeling passend of wenselijk zal zijn, ook gegeven de onzekerheid die gepaard gaat met het gegeven dat aanvullende afspraken nodig zijn. Gemeenten kunnen besluiten een afwijkende regeling over de vergoeding van aanvullende beheersmaatregelen opnemen, die steeds in lijn dient te zijn met het aanbestedingsrecht.

5.5 Artikel 2.6 geeft gemeenten het recht om tot ontbinding over te gaan wanneer de kostenverhoging voor aanvullende beheersmaatregelen te hoog is, terwijl er wel reële Mensenrechtenrisico's en Cyberveiligheidsrisico's bestaan bij voortzetting van de Overeenkomst. Niet altijd is gebruikmaking van dit recht rechtmatig[1] en wenselijk, omdat ontbinding in de regel er niet aan zal bijdragen dat risico's op mensenrechtenschendingen in de keten worden gemitigeerd. Onder omstandigheden

[1] Zie daarover in het bijzonder de artikelen 7 leden 5 en 7 en 8 leden 6 en 8 van de richtlijn inzake "passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid' van de Europese Unie[1] waarover de Raad en het Europese Parlement inmiddels overeenstemming hebben bereikt en waarvan de uiteindelijke tekst naar verwachting begin 2024 zal worden vastgesteld en het Nederlandse initiatiefvoorstel voor de Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen, zoals ook toegelicht in onze analyse. Overigens is deze richtlijn niet als zodanig van toepassing op overheden, maar dienen zij er in aanbestedingen en in de uitvoering van de overeenkomst wel rekening mee te houden. Beëindiging door de aanbestedende dienst roept uiteraard ook het risico in het leven van beëindiging van contracten door de inschrijver met zijn leveranciers. De aanbestedende dienst dient dat derhalve mee te wegen in de beslissing tot beëindiging.

zal het daarom wenselijk kunnen zijn om in plaats van artikel 2.6 een regeling op te nemen als bedoeld in artikel 1.5 – 1.9 van Bijlage E (indienen herstelplan door Leverancier). Gemeenten zullen dit van geval tot geval moeten bepalen.

5.6 Artikel 3 moet bewerkstelligen dat Opdrachtgever zich kan verzetten tegen de eventuele toevoeging van onderaannemers gedurende de looptijd van de Overeenkomst in het geval een dergelijke toevoeging leidt tot een toename van het Mensenrechtenrisico of het Cyberveiligheidsrisico. Anders dan artikel 2, geldt voor artikel 3 dat artikel 3 op zichzelf staat en daardoor ook gebruikt kan worden in een overeenkomst waarin een gemeente geen gebruik maakt van de gunningscriteria zoals neergelegd inBijlage B en/of Bijlage C en het daarbij behorende artikel 2 van Bijlage D. Ook kan artikel 3 worden gebruikt voor andere technologieën dan camerasystemen, met dien verstande dat artikel 3.3 dan moet worden aangepast of geschrapt.

6 Bijlage E: Model algemene mensenrechtenbepaling

6.1 Bijlage E bevat een algemene mensenrechtenbepaling, die los moet worden bezien van de andere specifieke voorwaarden zoals die zijn opgenomen in Bijlage A – D. De algemene bepaling kan wel in een contract worden opgenomen, waarin ook de contractsvoorwaarden zijn opgenomen die onderdeel uitmaken van Bijlage D. In zo'n geval kan het zijn dat er enige overlap is tussen de bepalingen opgenomen in Bijlage D en Bijlage E, zodat het in zo'n geval van belang is concreet na te gaan of de bepalingen aanpassing behoeven.

6.2 De algemene mensenrechtenbepaling kan veel breder worden ingezet dan voor de inkoop van camerasystemen. Het artikel is gebaseerd op de komende Europese richtlijn over gepaste zorgvuldigheid op het terrein van mensenrechten en milieu, die ook in Nederlandse wetgeving gaat worden omgezet. Voor grotere ondernemingen (500+ werknemers of meer dan 150 mln. omzet of 250 werknemers en 40 mln. omzet in risicosectoren) wordt dit naar verwachting in 2026 ook een wettelijke verplichting. Dat geldt niet voor kleinere ondernemingen en de eisen die aan de door hen in acht te nemen gepaste zorgvuldigheid kunnen worden gesteld. Van belang is dat de toepassing van de algemene mensenrechtenbepaling met in achtneming van het gelijkheidsbeginsel en de relevante markt steeds proportioneel dient te zijn. Gemeenten dienen dit per aanbesteding na te gaan. Daarbij dienen Gemeenten per aanbesteding aan te geven welke mensenrechtenrisico's specifiek de aandacht hebben.

6.3 Zeker bij het adresseren van mensenrechtenrisico's verder in de keten kunnen de kosten daarvan oplopen. Wanneer het gaat om onvoorziene risico's, kan het geheel leggen van de financiële last daarvoor bij de Leverancier disproportioneel zijn, zeker als het gaat om een kleinere onderneming en deze niet aan de mensenrechtenschending verderop in de keten heeft bijgedragen. Gemeenten zullen

hierover met in achtneming van de relevante markt bij aanbesteding duidelijkheid moeten verschaffen.

6.4 Er moet ten slotte voor worden gewaakt dat de Leverancier, zeker als de markt mede bestaat uit MKB bedrijven, wordt overladen met informatieverplichtingen aan de gemeente op dit terrein. Het lijkt daarom verstandig dit te beperken tot een jaarlijkse algemene inlichtingenplicht over het geïmplementeerde beleid, de genomen maatregelen, de effectiviteit daarvan en de gevallen waarin herstel is geboden. Daarnaast bestaat er wel een informatieplicht indien zich ernstige mensenrechtenschendingen voordoen in de keten.

6.5 Ten slotte is er vanaf gezien om iedere mensenrechtenschending in de keten aan te merken als een tekortkoming. Daarvan is in beginsel slechts sprake indien niet wordt meegewerkt aan het opstellen van een herstelplan of dit niet of ontoereikend wordt uitgevoerd.

******