Aan de leden

Datum
21 juni 2024
Ons kenmerk
U202400316
Lbr. 24/026
Telefoon
070-373 83 93
Bijlage(n)
7

Onderwerp
Inkoopvoorwaarden camerasystemen

Geachte leden van college en gemeenteraad,

Met deze ledenbrief informeren we u over nieuw beschikbare inkoopvoorwaarden die u kunt toepassen bij de inkoop van camerasystemen.

Aanleiding

Gemeenten kampen sinds enkele jaren met vraagstukken bij de inkoop van camerasystemen. Het gaat om 1. de bescherming van mensenrechten 2. digitale veiligheid.

1) In onderzoek van onder meer Follow the money wordt gesuggereerd dat sommige leveranciers mogelijk ook producten leveren aan overheden die mensenrechten schenden door middel van etnisch profileren.
2) Een aantal grote aanbieders op de markt voor camerasystemen is afkomstig uit landen die volgens de AIVD een offensief cyberprogramma tegen Nederland voeren. Kort gesteld willen gemeenten hun camera-infrastructuur zo veilig mogelijk houden en de risico's op spionage zo klein mogelijk maken.

De VNG vroeg daarom advocatenkantoor Pels Rijcken om sturingsmechanismen te onderzoeken die gemeenten kunnen inzetten. Met als doel om leveranciers, die bijdragen aan mensenrechtenschendingen of afkomstig zijn uit landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland, te weren van aanbestedingen, of hen daarin lager te laten scoren. Dat onderzoek leverde enkele inkoopvoorwaarden en gunningscriteria op die we nu aan gemeenten aanbieden. Deze inkoopvoorwaarden en gunningscriteria richten zich dus specifiek op camerasystemen in relatie tot mensenrechten en digitale veiligheid.

Vereniging van Nederlandse Gemeenten
Nassaulaan 12 Den Haag | Postbus 30435 | 2500 GK Den Haag
070 - 373 83 93 | info@vng.nl

Gemeenten hebben ook in algemene zin behoefte aan stevige instrumenten om de markt te sturen in de ontwikkeling van digitale technologie. Meer daarover leest u in de VNG Agenda Digitale Grondrechten en Ethiek 2022-2026 (pdf, 519 kB).

Wat betekent dit voor de ambtelijke organisatie?
Gemeenten kunnen bij de inkoop van ICT hard- en software gebruikmaken van de Inkoopvoorwaarden GIBIT (2023) en andere instrumenten in de GIBIT Toolbox. Onderdeel van deze GIBIT inkoopvoorwaarden (2023) is artikel 24, waarin is opgenomen dat leveranciers onder andere grondrechten, rechtsstaat en sanctiebeleid dienen te respecteren. Gemeenten hebben hiermee een grondslag voor gehele of gedeeltelijke ontbinding. Inkopers van gemeenten kunnen vanaf nu ook inkoopvoorwaarden en gunningscriteria raadplegen en gebruiken die specifiek zijn gericht op camerasystemen (bijlagen 2-6).

De inkoopvoorwaarden en gunningscriteria worden begeleid door een juridische analyse (bijlage 1) die onderbouwt waarom ze bruikbaar zijn en een leeswijzer (bijlage 7) met instructies over het toepassen van sturingsmechanismen.

Bijlagen
Deze ledenbrief bevat zeven bijlagen:
1. Analyse sturingsmechanismen bij de inkoop van camerasystemen [PRDF-6338566]
2. Bijlage A - Bijzondere voorwaarde [PRDF-6343522]
3. Bijlage B - gunningscriterium mensenrechten [PRDF-6343544]
4. Bijlage C - gunningscriterium cyberveiligheid [PRDF-6343550]
5. Bijlage D - Contractvoorwaarden behorende bij de gunningscriteria [PRDF-6338536]
6. Bijlage E – Algemene mensenrechtenbepaling [PRDF-6338561]
7. Leeswijzer

Vragen
Voor vragen over deze ledenbrief kunt u terecht bij het Klantcontactcentrum van de VNG (070-3738393 of e-mail (info@vng.nl).

Met vriendelijke groet,
Vereniging van Nederlandse Gemeenten



mr L.K. Geluk
Algemeen directeur

PELS RIJCKEN

Juridische analyse sturingsmechanismen mensenrechtenschendingen in aanbestedingen van camarasystemen door gemeenten

Versie 11 januari 2024



1 Achtergrond

1.1 De VNG heeft ons gevraagd om te adviseren over de juridische mogelijkheden om bij de inkoop van camera's door Nederlandse gemeenten risico's in termen van mensenrechtenschendingen en cyberveiligheid zoveel als mogelijk te mitigeren.

1.2 De afgelopen maanden hebben wij in overleg met de VNG diverse interviews gevoerd. Uit die interviews hebben wij begrepen dat de risico's op het gebied van cyberveiligheid grotendeels kunnen worden weggenomen door het treffen van technische maatregelen (bijvoorbeeld door het toepassen van goede netwerksegmentatie). Een restrisico blijft.

1.3 Bij het stellen van de adviesvraag door de VNG is tot uitgangspunt genomen dat gemeenten camera's inkopen die reeds ontwikkeld zijn en dus "commercial off-the-shelf" beschikbaar zijn. Deze analyse ziet niet op de ontwikkeling van camera's in opdracht van een gemeente.

1.4 Naar wij van de geïnterviewde experts begrepen, zijn de camera's die in de regel door de gemeenten worden ingekocht afkomstig van zes fabrikanten. De camera's van twee van deze fabrikanten worden vervaardigd in China. Eén camera in Zuid-Korea en één in Taiwan. De overige twee camera's worden grotendeels in Europa vervaardigd.

1.5 Deze fabrikanten zijn in de regel zelf geen inschrijvers op de aanbestedingen van Nederlandse gemeenten. Over het algemeen doen aan aanbestedingen van Nederlandse gemeenten systemintegrators mee die camera's aanbieden van één van deze zes fabrikanten.

1.6 Van belang is dat bij het opstellen van deze analyse tot uitgangspunt is genomen dat gemeenten in de aanbesteding geen specifieke partijen op voorhand uitsluiten.

1.7 Deze analyse richt zich wel op de mogelijkheden die gemeenten hebben om bij de inkoop van camerasystemen in Europese aanbestedingen zo veel als mogelijk:

- inschrijvers te weren die zijn gevestigd in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen. Blijkens het AIVD jaarverslag 2022 zijn vorenbedoelde landen thans Rusland, Iran, Noord-Korea en China;
- camerasystemen te weren die zijn ontwikkeld en/of gefabriceerd door partijen die gevestigd zijn in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen.

1.8 Naar inschatting van de VNG worden met de onder punt 1.7 dezes genoemde maatregelen ook zoveel als mogelijk camera's geweerd van partijen die de mogelijkheid tot culturele genocide of etnisch profileren buiten Europa faciliteren of hebben gefaciliteerd.

1.9 Waar de VNG onderkent dat thans nog geen camera's beschikbaar zijn die volledig in Europa zijn ontwikkeld/gefabriceerd, wenst de VNG de markt ook nog te prikkelen op Europees grondgebied gefabriceerde camera's aan te bieden die zo min mogelijk onderdelen bevatten die zijn ontwikkeld en/of gefabriceerd in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen. Inschrijvers kunnen in de aanbesteding punten scoren afhankelijk van het aantal onderdelen dat is ontwikkeld en/of gefabriceerd in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen. Hoe minder camera onderdelen uit landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen hoe beter.

1.10 Ook wenst de VNG bij inschrijving een plan van aanpak uit te vragen waarin inschrijvers de cyberveiligheidsrisico's met het aangeboden camerasysteem inzichtelijk dienen te maken, alsook de beheersmaatregelen die zij zullen treffen teneinde die risico's zoveel als mogelijk te mitigeren. Hoe effectiever de aangeboden beheersmaatregelen, hoe beter. Een dergelijk plan van aanpak kan ook worden uitgevraagd wat betreft mensenrechtenschendingen (culturele genocide en etnisch profileren).

1.11 U verzocht ons na te gaan in hoeverre de onder punten 1.7 – 1.10 dezes genoemde maatregelen/sturingsmechanismen vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief toelaatbaar zijn. Daarnaast verzocht u ons na te gaan of ook nog andere aanbestedingsrechtelijke sturingsmechanismen kunnen worden toegepast in Europese aanbestedingen teneinde risico's in termen van mensenrechtenschendingen (culturele genocide en etnisch profileren buiten Europa) en cyberveiligheid zoveel als mogelijk te mitigeren. Ook verzocht u ons na te gaan welke mogelijkheden gemeenten hebben op basis van (toekomstige) Europese richtlijnen inzake mensenrechten, alsook op basis van het wetsvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen. Dat doen wij vanzelfsprekend graag.

Zoals besproken, ziet onze advisering niet op het mitigeren van eventuele mensenrechtenschendingen op "de werkvloer"/"in de mijnen" met uitzondering van de contractvoorwaarden Mensenrechten in hoofdstuk 4 dezes.

Evenmin zijn wij nagegaan in hoeverre met toepassing van ISO-standaarden of "Zero Trust Architecture" uitgangspunten/cyberveiligheidseisen kan worden bewerkstelligd dat camera's uit specifieke landen kunnen worden geweerd.

Uit de interviews is overigens gebleken dat in sommige gemeenten ook de politie de gemeentecamera's uitleest. Niet is gebleken dat bij de inkoop van die camera's gerubriceerde gegevens een rol spelen (zie ook hierna onder punt 3.22 dezes).

1.12 Graag merken wij ook nog het volgende op. Indien de VNG/gemeenten beslissen om actief maatregelen te treffen om producten uit derde landen uit te sluiten, achten wij het raadzaam om die maatregelen op voorhand af te stemmen met het ministerie van EZK om te voorkomen dat dit onverhoopt negatieve (geopolitieke) implicaties heeft.

1.13 Zoals wij hierna nader uiteen zullen zetten, achten wij de volgende sturingsmechanismen een optie teneinde risico's in termen van mensenrechtenschendingen en cyberveiligheid zoveel als mogelijk te mitigeren:

Sturingsmechanisme	**Wetsartikel**	**Randnummer**	**Optie? Ja/Nee**
Uitvoerings voorwaarden	Art. 2.80 Aw 2012	2.2.7 e.v.	Ja, mits verenigbaar met het EU-recht
Gunningscriterium plan van aanpak met contractuele voorwaarde	Art. 2.113a Aw 2012	2.4 e.v.	Ja, mits proportioneel en controleerbaar
Contractvoorwaarden Mensenrechten		4 e.v.	Ja, mits proportioneel

1.14 Voor de goede orde merken wij nog op dat het uiteindelijk aan iedere individuele gemeente is uit dit pallet aan voorwaarden te kiezen.

2 Voorgestelde sturingsmechanismen VNG

2.1 Weren inschrijvers gevestigd in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen

2.1.1 De vraag in hoeverre inschrijvers uit derde landen al dan niet van een aanbesteding kunnen worden uitgesloten dient op basis van een "case-by-case assessment" te worden bepaald. Met sommige "derde landen" heeft de Europese Unie ("EU") via multi- of bilaterale verdragen afspraken gemaakt over de toegang tot de Europese aanbestedingsmarkt. Aanbestedende diensten moeten die regels volgen.

2.1.2 Het belangrijkste verdrag tussen de EU en derde landen is de Government Procurement Agreement (hierna: "GPA"). Wanneer de GPA van toepassing is, mogen leveranciers uit derde landen conform artikel 1.23 Aanbestedingswet geen minder gunstige behandeling krijgen dan ondernemers uit de EU.

2.1.3 Nu Volksrepubliek China (op dit moment) geen partij is bij de GPA en evenmin sprake is van een bilaterale handelsovereenkomst met China, staat het gemeenten vrij om Chinese bedrijven – categorisch, op voorhand – uit te sluiten bij aanbestedingen.

2.1.4 Overigens wijzen wij volledigheidshalve op de conclusie van Advocaat-Generaal Rantos van 11 mei 2023 in de zaak C-266/22 consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD/Astra

Vagoane tegen de autoriteit spoorweghervormingen te Roemenië waarin de vraag speelt of een in de Volksrepubliek China gevestigde ondernemer kan worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure gelet op de definitie van het begrip "ondernemer" in de Aanbestedingsrichtlijn. De Advocaat-Generaal is van mening dat in derde landen gevestigde ondernemers in beginsel niet onder de Aanbestedingsrichtlijn vallen met uitzondering van ondernemers die zijn gevestigd in derde landen waarmee multi- of bilaterale verdragen afspraken zijn gemaakt. Dat betekent wat betreft de Advocaat Generaal dat die ondernemers geen aanspraak kunnen maken op een bevoorrechte toegang tot overheidsopdrachten van de Europese Unie. Wanneer de uitspraak van het Hof van Justitie volgt is ons niet bekend.

NB: Of bedrijven uit Rusland, Iran en Noord-Korea kunnen worden geweerd laten wij in deze analyse in het midden nu in die landen voor zover wij hebben begrepen geen camera's worden vervaardigd die door gemeenten worden ingekocht. Voor Rusland gelden overigens sanctiemaatregelen.

2.1.5 Inschrijvingen blijken echter naar wij begrepen veelal plaats te vinden door in Nederland (of elders in Europa) gevestigde systemintegrators, zodat uitsluiting op deze grond in de praktijk naar verwachting weinig effectief zal zijn. Dat brengt ons tot de volgende door u voorgenomen maatregel, te weten het weren van camera's die zijn ontwikkeld en/of gefabriceerd door partijen die gevestigd zijn in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen.

Voor de goede orde merken wij op dat indien gemeenten niettegenstaande het voorgaande inschrijvers uit derde landen wensen te weren, in de aanbestedingsdocumentatie de volgende zin kan worden opgenomen: "Inschrijvers gevestigd in [land in te vullen door gemeente] worden van deze aanbesteding uitgesloten". Als hiervoor opgemerkt, dient de vraag in hoeverre inschrijvers uit derde landen al dan niet van een aanbesteding kunnen worden uitgesloten op basis van een "case-by-case assessment" te worden bepaald.

2.2 Weren camera's die zijn ontwikkeld en/of gefabriceerd door partijen die gevestigd zijn in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen toelaatbaar?

<u>Specifieke aanbestedingsregels inschrijvingen met producten uit derde landen</u>

2.2.1 De reguliere Aanbestedingsrichtlijn (2014/24 EU) bevat geen bijzonder kader voor de behandeling van inschrijvingen met producten of diensten uit derde landen.

2.2.2 De enige specifieke regels op dit punt zijn opgenomen in de artikelen 85 en 86 van de Nutssectorenrichtlijn (2014/25 EU) waarvan artikel 85 is geïmplementeerd in artikel 3.76 Aanbestedingswet. Inschrijvingen met meer dan 50% producten uit derde landen

kunnen worden geweigerd, ook wanneer die producten worden aangeboden door een onderneming die gevestigd is in een EU-lidstaat of een ander niet-derde land. Indien een gelijkwaardige inschrijving is ontvangen met minder dan 50% producten uit derde landen, dan moet het speciale sectorbedrijf met meer dan 50% producten uit derde landen afwijzen tenzij – kort gezegd – sprake is van een technische noodzaak om de inschrijving met meer dan 50% producten uit derde landen toch te accepteren.

2.2.3 Artikel 3.76 Aanbestedingswet lijkt in de praktijk niet gebruikt te worden. In literatuur wordt wel gesuggereerd dat de oorzaak hiervan ligt in de lastige praktische toepasbaarheid. Zo moet de oorsprong van de producten bijvoorbeeld worden vastgesteld overeenkomstig Verordening (EU) 952/2013 tot vaststelling van het douanewetboek van de Unie.

2.2.4 Er is ons geen rechtspraak over artikel 3.76 Aanbestedingswet bekend en evenmin over artikel 85 van de Nutssectorenrichtlijn.

2.2.5 Uit de toelichting van de Europese Commissie bij haar voorstellen voor de Initial legislative proposals (2012 en 2016) blijkt dat de Europese Commissie van oordeel is dat bovenstaande regeling uitsluitend van toepassing is op nutssectoren (speciale sectoropdrachten).

2.2.6 Gelet daarop zijn wij van mening dat artikel 3:76 Aanbestedingswet zich niet leent voor analoge toepassing voor "reguliere" overheidsopdrachten onder de Aanbestedingswet zoals de inkoop van camera's door gemeenten. Artikel 3:76 Aanbestedingswet biedt daarmee geen soelaas voor het weren van camera's die zijn ontwikkeld en/of gefabriceerd door partijen die gevestigd zijn in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen.

<u>Uitvoeringsvoorwaarde</u>

2.2.7 Nu de wet geen soelaas biedt rijst de vraag of binnen een Europese aanbesteding het gewenste effect kan worden bereikt door middel van een aanvullende bijzondere uitvoeringsvoorwaarde in de aanbestedingsdocumentatie. Daarover het volgende.

2.2.8 De betreffende uitvoeringsvoorwaarde zou betreffen het in een "bijzondere voorwaarde" verbieden van camerasystemen die zijn ontwikkeld en/of gefabriceerd door partijen die gevestigd zijn in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen. Via deze weg zouden partijen op straffe van ongeldigheid dergelijke camera's niet mogen aanbieden.

2.2.9 Krachtens artikel 2.80 Aanbestedingswet kunnen aanbestedende diensten voorwaarden verbinden aan de uitvoering van een overheidsopdracht, mits dergelijke voorwaarden verband houden met het voorwerp van de opdracht en in de aankondiging of de aanbestedingsstukken zijn vermeld.

2.2.10 Het begrip "aanvullende bijzondere voorwaarde" is geïntroduceerd in de zaak Beentjes van 1988. Het Hof van Justitie EU oordeelde in dat verband dat het lidstaten is toegestaan aanvullende bijzondere voorwaarden te stellen mits zij "alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten".

2.2.11 Ook in overweging 104 bij de Aanbestedingsrichtlijn is benadrukt dat (bijzondere) voorwaarden niet direct of indirect discriminerend mogen zijn:

"104 (…) Contractvoorwaarden moeten met de richtlijn verenigbaar zijn indien zij niet direct of indirect discriminerend zijn en verband houden met het voorwerp van de opdracht, dat alle factoren omvat die te maken hebben met het specifieke proces van productie, verrichting of verkoop. Daartoe behoren de voorwaarden betreffende het uitvoeringsproces van de opdracht, maar niet de eisen met betrekking tot algemeen ondernemingsbeleid".

2.2.12 In lijn daarmee is ook in de memorie van toelichting bij artikel 2.80 Aanbestedingswet aangegeven dat bijzondere voorwaarden in overeenstemming dienen te zijn met het Unierecht:

- Kamerstukken II 2015/16, 34 329, 3, p. 62:

"(…) Evenals gunningscriteria, moeten bijzondere voorwaarden verband houden met het voorwerp van de opdracht in de zin van artikel 2.115, derde lid, en dienen zij in overeenstemming te zijn met het gemeenschapsrecht (…)".

2.2.13 In dit verband zijn (onder meer) de fundamentele vrijheden zoals die gelden binnen de EU van belang.[1] Meer concreet is in deze situatie het vrij verkeer van goederen relevant, zoals neergelegd in artikel 28 VWEU e.v. Beperkingen op het vrij verkeer van goederen zijn slechts toegestaan als aan een aantal voorwaarden is voldaan.

2.2.14 De reikwijdte van de fundamentele vrijheden beperkt zich tot de EU. De regels van het vrij verkeer zijn ook van toepassing op bijzondere voorwaarden voor producten uit derde landen die zich in de lidstaten in het vrije verkeer bevinden.[2] Op die manier kan de maatregel die inhoudt dat producten uit een land met een offensieve cyberagenda

[1] Zoals beschreven in het Verdrag betreffende Werking van de Europese Unie ("VWEU"), zie artikelen 34-37 en 45-66 VWEU.

[2] Zie artikel 29 VWEU luidt: "*Als zich bevindend in het vrije verkeer in een lidstaat worden beschouwd: de producten uit derde landen waarvoor in genoemde staat de invoerformaliteiten zijn verricht en de verschuldigde douanerechten en heffingen van gelijke werking zijn voldaan en waarvoor geen gehele of gedeeltelijke teruggave van die rechten en heffingen is verleend.*'

worden geweerd kwalificeren als een beperking op het vrij verkeer van goederen (als maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 34 VWEU[3]).

2.2.15 Een beperking van het vrij verkeer van goederen is geoorloofd indien de beperking gerechtvaardigd kan worden door (één van) de uitzonderingsgronden zoals genoemd in artikel 36 VWEU, te weten: openbare zedelijkheid, openbare orde, openbare veiligheid, de gezondheid en leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of het industriële of commerciële eigendom, of door (één van) de (niet-uitputtende lijst van) redenen die door het Hof van Justitie zijn erkend als "dwingende vereisten van algemeen belang", zoals milieubescherming, consumentenbescherming of bescherming van de grondrechten.[4] Ook de bescherming van de menselijke waardigheid is in de rechtspraak van het Hof van Justitie erkend als dwingende reden van algemeen belang.[5]

2.2.16 Hierbij moet de bijzondere voorwaarde voldoen aan de volgende voorwaarden:

(i) de voorwaarde moet geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel (de rechtvaardigingsgrond) te waarborgen (geschiktheidstoets);
(ii) de voorwaarde mag niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken, en het doel kan niet met een minder ingrijpende of minder beperkende maatregel worden bereikt (noodzakelijkheidstoets); en
(iii) de voorwaarde moet in verhouding staan tot het nagestreefde doel (evenredigheidstoets).

2.2.17 Er dient aldus rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat in een procedure één van de inschrijvende partijen die camera's wil aanbieden uit landen met een offensieve cyberagenda of de producent daarvan, zich beroept op de regels van het vrij verkeer en stelt dat de bijzondere voorwaarde een (verboden) beperking is op het vrij verkeer van goederen.[6] In dat geval zal moeten worden aangetoond dat sprake is van een rechtvaardigingsgrond voor de beperking en dat is voldaan aan de geschiktheids-, noodzakelijkheids-, en evenredigheidstoets. Het is dus niet voldoende om te stellen dat er (mogelijke) risico's zijn; het is aan de partij die zich op een bepaalde rechtvaardiging beroept om de belangen, doelen en risico's voldoende te onderbouwen en te motiveren hoe de beperking bijdraagt aan de bescherming van die belangen en doelen.

2.2.18 Zoals genoemd, bestaan er verschillende rechtvaardigingsgronden. Bij de inkoop van camera's kan de rechtvaardigingsgrond gebaseerd op "openbare veiligheid" (artikel 36

[3] Een maatregel van gelijke werking is "iedere regeling die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren", zie HvJEU 11 juli 1974, zaak 8-74, ECLI:EY:C:1974:82 (*Dassonville*), punt 5.
[4] Zie ook HvJEU 20 februari 1979, zaak 120/78 (*Cassis de Dijon*), ECLI:EU:C:1979:42, r.o. 8.
[5] HvJEU C-36/02 14 oktober 2004, (*Omega Spielhallen*), ECLI:EU:C:2004:614.
[6] Mogelijk kunnen ook de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) of het vrij verkeer van diensten (artikel 56 VWEU) in het geding zijn. Daarvoor geldt echter dezelfde toets.

VWEU) relevant zijn. Deze rechtvaardigingsgrond kan zowel betrekking hebben op interne als externe veiligheid van een lidstaat. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt evenwel dat een rechtvaardiging op grond van de openbare veiligheid niet snel wordt aangenomen, met name omdat niet wordt voldaan aan de noodzakelijkheidstoets. In de rechtspraak waarin deze rechtvaardigingsgrond wel is aangenomen ging het doorgaans om situaties waarin er sprake was van een bedreiging van een fundamenteel publiek belang, bijvoorbeeld het beschermen van de zekerheid van de energievoorziening. [7] Voor zover ons bekend is er geen voorbeeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie waarbij een rechtvaardiging op grond van de openbare veiligheid voortkwam uit cybersecurityrisico's.

2.2.19 Wel verwijzen wij in dit kader naar een uitspraak van de Belgische Raad van State.[8] De zaak ging over een onderhandelingsprocedure van de Belgische Staat voor het leveren van scanapparaten voor de Belgische douane, bestemd voor controles van de inhoud van voertuigen en containers. Door de Belgische Staat werd een beroep gedaan op een uitzonderingsbepaling waardoor niet behoefde te worden aanbesteed.[9] Voor de onderhandelingsprocedure waren maar twee geselecteerde partijen uitgenodigd. Een partij die producten aanbood van een bepaald Chinees bedrijf (Nuctech) werd niet uitgenodigd voor de procedure. De Belgische rechter oordeelde dat de Belgische staat een gerechtvaardigd beroep had gedaan op de uitzondering omdat er sprake was van essentiële veiligheidsbelangen[10], die in het gedrang konden komen (punt 27-30). Verzoeker, de partij die niet was uitgenodigd, zijnde de Poolse vestiging Nuctech, voerde onder andere aan dat sprake was van schending van het vrij verkeer van goederen. De rechter oordeelde dat, hoewel sprake was van een beperking van het vrij verkeer, die beperking gerechtvaardigd kon worden uit hoofde van bescherming van de openbare veiligheid, zoals bedoeld in artikel 36 VWEU.

2.2.20 Gemeenten zouden zich bij de inkoop van camera's mogelijk ook kunnen beroepen op een andere rechtvaardigingsgrond, bijvoorbeeld gebaseerd op gegevensbescherming, bescherming van consumenten of bescherming van de grondrechten, waaronder ook de menselijke waardigheid. Zo is voorstelbaar dat een rechtvaardiging voor een beperking van het vrij verkeer kan liggen in de bescherming van (gegevens van) bepaalde mensen in Nederland (zoals Oeigoeren die nu in Nederland wonen) die (mogelijk) bespioneerd worden door een buitenlandse overheid, of bescherming van (gegevens van) bepaalde belangrijke personen – zoals bewindslieden – die met de camera's gefilmd worden.

[7] Er is geen uitputtende lijst van belangen. Zie bijvoorbeeld HvJEU 10 juli 1984, zaak 72/83, (*Campus Oil*) ECLI:EU:C:1984:256, r.o. 34.

[8] Belgische Raad van State 21 mei 2023, zaak A.238.967/XII-9366, te raadplegen via: http://www.raadvst-consetat.be/Arresten/256000/600/256645.pdf.

[9] De uitzondering is gebaseerd op artikel 15, lid 2 en 3 van Richtlijn 2014/24/EU.

[10] Namelijk: bescherming van (persoons)gegevens; bescherming van alle andere gegevens die door de (scan)apparatuur verwerkt worden; de bescherming van België tegen kennisvergaring door buitenlandse inlichtingendiensten of cyberaanvallen; het vermijden dat kritieke sectoren, de strijd tegen de internationale drugssmokkel, de georganiseerde misdaad en de schade aan bedrijven in het havengebied en de bescherming van de volksgezondheid, in hoge mate afhankelijk zouden worden van een buitenlands regime dat economische dossiers gebruikt voor (geo)politieke doeleinden, zie punt 29.

2.2.21 Met betrekking tot de vraag in hoeverre de door de VNG beoogde bijzondere voorwaarde verband houdt met de opdracht merken wij op dat alhoewel de voorwaarde strikt genomen niet inherent is aan de opdracht zelf (te weten het leveren en implementeren van camera's) ons inziens kan worden betoogd dat de voorwaarde de uitvoering ervan wel kan beïnvloeden. De systemintegrators zullen gegeven die voorwaarde immers geen camera's inkopen die zijn ontwikkeld en/of gefabriceerd door partijen die gevestigd zijn in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen. De voorwaarden houden bovendien verband met cybersecurity en mensenrechten overwegingen van aanbestedende diensten. Of de bijzondere voorwaarde in rechte daadwerkelijk stand zal houden, is op voorhand echter lastig in te schatten; een precedent is niet voorhanden. Aanbestedende diensten hebben bij toepassing van de bijzondere voorwaarde dan ook rekening te houden met de mogelijkheid van ecartering van de voorwaarde en in het verlengde daarvan met een eventuele heraanbesteding.

2.2.22 Overigens zal ook per aanbesteding moeten worden nagegaan in hoeverre de bijzondere voorwaarde proportioneel is. Aanbesteder zal in dat verband moeten beoordelen of de omvang van de opdracht en de aard daarvan zich leent voor het stellen van de eis dat camera's die zijn ontwikkeld en/of gefabriceerd door partijen die gevestigd zijn in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen niet mogen worden aangeboden.

2.2.23 Volledigheidshalve merken wij op dat voor zover de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde als technische specificatie in de zin van artikel 2.75/2.76 Aanbestedingswet kwalificeert de voorwaarde/specificatie net zo min tot ongerechtvaardigde belemmeringen mag leiden in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging. Op grond van artikel 2.76 lid 3 Aanbestedingswet is het verwijzen naar een bepaalde oorsprong verboden tenzij dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is.

Als **Bijlage A** bij deze analyse hebben wij een model uitvoeringsvoorwaarde gevoegd.

2.3 Gunningscriterium "hoe minder camera onderdelen die zijn ontwikkeld en/of gefabriceerd in landen met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen, hoe beter" toelaatbaar?

2.3.1 Ook gunningscriteria dienen in overeenstemming te zijn met het Unierecht. Gelet op het voorgaande achten wij dit gunningscriterium niet goed verenigbaar met het VWEU. Waar bij een bijzondere voorwaarde/knock out-eis mogelijk kan worden betoogd dat de beperking van het vrije verkeer gerechtvaardigd is vanwege bijvoorbeeld de (potentiële) afbreuk van de openbare veiligheid, kan dat bij een gunningscriterium

niet. Een gunningscriterium betreft immers geen binair criterium zodat bij toepassing daarvan een potentieel veiligheidsrisico gradueel voor lief wordt genomen. Dit nog daargelaten de controleerbaarheid van een dergelijk criterium.

2.4 Gunningscriterium Plan van Aanpak toelaatbaar?

2.4.1 Als hiervoor uiteengezet, heeft de VNG ook als mogelijkheid benoemd dat gemeenten een plan van aanpak uitvragen waarin inschrijvers de risico's in termen van mensenrechtenschendingen (culturele genocide en etnisch profileren) en/of cyberveiligheid met het aangeboden camerasysteem inzichtelijk dienen te maken, alsook de beheersmaatregelen die zij zullen treffen teneinde die risico's zoveel als mogelijk te mitigeren. Hoe effectiever de aangeboden beheersmaatregelen, hoe beter.

2.4.2 Een dergelijk gunningscriterium achten wij in principe toelaatbaar. Wel merken wij op dat gunningscriteria controleerbaar en proportioneel dienen te zijn. Eén en ander zal per aanbesteding door gemeenten moeten worden beoordeeld. Ook zal per aanbesteding duidelijk moeten worden gemaakt wat onder "cyberveiligheid" dient te worden verstaan (achterdeurtjes waarmee data kan worden doorgegeven aan vreemde mogendheden? Of breder?).

> Als **Bijlage B** en **Bijlage C** zijn bij deze analyse model gunningscriteria gevoegd op het gebied van het mitigeren van het risico op het faciliteren culturele genocide of etnisch profileren en op het gebied van het mitigeren van het cyberveiligheidsrisico.

2.4.3 Om gunningscriteria met betrekking tot het mitigeren van mensenrechtenschendingen in termen van culturele genocide en etnisch profileren effectief te laten zijn zullen in het contract ter zake duidelijke afdwingbare afspraken moeten worden opgenomen. Worden de aangeboden beheersmaatregelen daadwerkelijk toegepast en hoe effectief zijn die? Ook het formuleren van escalatiemogelijkheden is van belang.

> Als **Bijlage D** zijn bij deze analyse model contractsvoorwaaren opgenomen die aansluiten op de gunningscriteria geformuleerd in Bjilage B en Bijlage C.

2.4.4 Voorts kunnen in de contractvoorwaarden bepalingen worden opgenomen met betrekking tot het inschakelen van onderaannemers/de voorwaarden waaronder opdrachtgever daarvoor al dan niet toestemming verleend.

> In Bijlage D is eveneens een artikel opgenomen over de toevoeging of wijziging van onderaannemers tijdens de looptijd van en overeenkomst.

2.4.5 Overigens werkt het Rijk aan het ontwikkelen van beveiligingseisen voor aanbestedingen van de rijksoverheid en de Nationale Politie die de nationale veiligheid raken: de Algemene beveiligingseisen rijksoverheid Opdrachten ("ABRO"). Mogelijk

kunnen gemeenten daar te zijner tijd op aanhaken teneinde risico’s in termen van cyberveiligheid/mensenrechtenschendingen zoveel als mogelijk te mitigeren.

3 Andere beschikbare Aanbestedingsrechtelijke sturingsmechanismen

3.1 Conform uw verzoek beoordelen wij ook of andere aanbestedingsrechtelijke sturingsmechanismen zoals geschiktheidseisen, selectiecriteria en uitsluitingsgronden kunnen worden toegepast om risico's op het gebied van mensenrechtenschendingen en cyberveiligheid zoveel als mogelijk te mitigeren.

Geschiktheidseisen en selectiecriteria

3.2 Voor het hanteren van geschiktheidseisen en selectiecriteria als sturingsmechanisme zien wij vooralsnog weinig aanknopingspunten: inschrijvers zijn naar wij begrepen hoofdzakelijk systemintegrators die naar verwachting prima in staat zullen zijn referenties over te leggen waaruit blijkt dat zij in de afgelopen jaren camera's hebben geleverd.

Uitsluitingsgronden

3.3 In het aanbestedingsrecht wordt gebruik gemaakt van uitsluitingsgronden om niet-integere, onbetrouwbare of onbekwame ondernemingen uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure. De uitsluitingsgronden zijn van toepassing op de inschrijver en op ondernemers waarop een inschrijver een beroep doet om aan de geschiktheidseisen te kunnen voldoen.

3.4 Uitsluitingsgronden zijn in de Aanbestedingswet limitatief opgesomd. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden.

3.5 "Facultatief" betekent dat een aanbestedende dienst bij de start van de aanbestedingsprocedure de keuze heeft om deze gronden op de aanbesteding van toepassing te verklaren. Dat geeft de aanbestedende dienst aan in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Indien de aanbestedende dienst daartoe eenmaal heeft gekozen, is hij verplicht de uitsluitingsgrond ook toe te passen.

3.6 De facultatieve uitsluitingsgrond "Ernstige Fout" van artikel 2.87 lid 1 onderdeel c Aanbestedingswet ziet op een ernstige fout in de uitoefening van het beroep die ertoe leidt dat de integriteit van de inschrijver of gegadigde in twijfel kan worden getrokken.

3.7 Dit begrip is in de Aanbestedingsrichtlijn en de Aanbestedingswet niet geëxpliciteerd. Uitgangspunt is dat aanbestedende diensten in de aanbestedingsdocumentatie invulling dienen te geven aan de uitsluitingsgrond "Ernstige fout".

3.8 Van belang is overigens dat het Hof van Justitie EU het begrip "ernstige fout" heeft uitgelegd in het "Forposta" arrest van 13 december 2012 (C-465/11). Het Hof van Justitie heeft in dat verband overwogen dat sprake zal moeten zijn van kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst van de ondernemer:

> "Niettemin moet worden aangenomen 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 derhalve eventueel wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer, maar staat niet automatisch gelijk met een ernstige fout".

3.9 De vaststelling van een "ernstige fout" vergt derhalve een concrete en individuele beoordeling van het gedrag van de betrokken marktdeelnemer.

3.10 Voor de vaststelling van een "ernstige fout" is niet vereist dat sprake is van een onherroepelijk vonnis. Voor de vaststelling van een ernstige fout volstaat dat de aanbestedende dienst die voldoende aannemelijk kan maken.

3.11 Voor de uitsluitingsgrond "Ernstige fout" geldt een terugkijktermijn van 3 jaar.

3.12 Als hoofdregel geldt dat een aanbestedende dienst, indien een dwingende of facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is, de ondernemer in de gelegenheid dient te stellen te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Indien de aanbestedende dienst het bewijs toereikend acht, ziet hij af van uitsluiting.

3.13 Het kwalificeren van het hebben van een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland/Nederlandse belangen als "ernstige fout" is naar uw verwachting weinig effectief. Systemintegrators zullen immers geen offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland/Nederlandse belangen hebben. Het kwalificeren van het faciliteren van de mogelijkheid tot culturele genocide of etnisch profileren buiten Europa/niet- derde landen door inschrijver als "ernstige fout" ligt om die reden evenmin voor de hand. Het ligt immers niet in de verwachting dat systemintegrators van kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst kunnen worden beticht met betrekking tot het faciliteren van de mogelijkheid tot culturele genocide of etnisch profileren buiten Europa/niet- derde landen. Daargelaten dat het toepassen van een dergelijke uitsluitingsgrond tot complexe (uitleg)vraagstukken/procedures kan leiden in de aanbesteding. Al dan niet naar aanleiding van klachten van inschrijvers over elkaar. Mocht uw verwachting ten aanzien van systemintegrators genuanceerder komen te liggen dan dient deze optie in die zin heroverwogen te worden.

3.14 Voor de goede orde merken wij wel op dat het uitsluitend aansturen op het mitigeren van mensenrechtenschendingen buiten Europa/niet-derde landen (politiek) niet goed uit te leggen valt. Is een ondernemer die de mogelijkheid tot culturele genocide/etnisch profileren in Europa/een niet-derde land faciliteert wat betreft de VNG/de aanbestedende dienst wel integer? Indien de "Ernstige fout" wordt ingevuld

raden wij dan ook aan het faciliteren van de mogelijkheid tot culturele genocide/etnisch profileren in zijn algemeenheid uit te sluiten.

Mogelijkheden ADV?

3.15 De Aanbestedingswet op defensie-en veiligheidsgebied (hierna: "de ADV") dient ter implementatie van de Defensierichtlijn (2009/81/EG) die tot doel heeft een open en transparante Europese markt voor defensie- en veiligheidsmateriaal te verwezenlijken met meer concurrentie en gelijke concurrentievoorwaarden.

3.16 Conform artikel 2.1 van de ADV is de ADV onder meer van toepassing op de levering van gevoelig materiaal.

3.17 Blijkens artikel 1.1 van de ADV dient onder "gevoelig materiaal" te worden verstaan materiaal bestemd voor veiligheidsdoeleinden dat op gerubriceerde gegevens betrekking heeft, dat gerubriceerde gegevens noodzakelijk maakt of dat zelf gerubriceerde gegevens bevat. Om de opdracht te kwalificeren als "gevoelig" moet het dus gaan om opdrachten die bestemd zijn voor veiligheidsdoeleinden en waar gerubriceerde gegevens een rol spelen.

3.18 Veiligheidsdoeleinden zijn blijkens de Memorie van Toelichting bij de ADV bijvoorbeeld bestrijding van terrorisme en georganiseerde misdaad, grensbewaking en crisisbeheersing.

3.19 Blijkens de Memorie van Toelichting is het begrip gerubriceerde gegevens opgebouwd uit verschillende bestanddelen. Het dient te gaan om gegevens of materiaal waarvan de integriteit, exclusiviteit en beschikbaarheid beschermd dient te worden in het belang van de nationale veiligheid. Gegevens die omwille van andere belangen bescherming nodig hebben, zoals op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens of om de enkele reden dat het bedrijfs- of fabricagegegevens zijn, zijn geen gerubriceerde gegevens. Verder dient aan de gegevens of het materiaal een bepaald niveau van veiligheidsclassificatie of een beveiligingsniveau te zijn toegekend en dient de benodigde bescherming te zijn vastgelegd in wettelijke voorschriften, bindende aanwijzingen gegeven vanwege het Rijk of in bestuursrechtelijke besluiten. De kwalificatie als gerubriceerde gegevens dient daardoor telkens in overeenstemming te zijn met of gebaseerd op geldende regels.

3.20 Ook onder de ADV dient in uitgangspunt Europees te worden aanbesteed. De Defensierichtlijn/ADV beogen nu eenmaal een open en transparante Europese markt voor defensie- en veiligheidsmateriaal.

3.21 Wel is in artikel 2.77 lid 1 van de ADV een "extra" facultatieve uitsluitingsgrond opgenomen ten opzichte van de Aanbestedingswet: een aanbestedende dienst kan een inschrijver uitsluiten indien is vastgesteld dat hij niet over de betrouwbaarheid beschikt die nodig is om risico's voor de nationale veiligheid uit te sluiten. In

rechtsoverweging 65 van Richtlijn 2009/81 voor opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied wordt overwogen dat "deze risico's het gevolg kunnen zijn van bepaalde kenmerken van de producten die door de gegadigde worden geleverd of van de aandeelhoudersstructuur van de gegadigde".

3.22 Voor zover wij dat in de gesprekken met de VNG en de interviews hebben kunnen nagaan, spelen bij de inkoop van camera's gegevens waarvan de integriteit, exclusiviteit en beschikbaarheid beschermd dienen te worden in het belang van de nationale veiligheid in principe geen rol. Eventuele persoonsgegevens op de camera's die bescherming nodig hebben, kwalificeren niet als gerubriceerde gegevens. Dat maakt dat de ADV in principe niet van toepassing is bij de inkoop van camera's. Indien bij de inkoop van camera's gerubriceerde gegevens toch een rol spelen, is dat mogelijk anders.

Onderhandse gunning buiten aanbesteding – bescherming wezenlijke belangen Nederland

3.23 Volledigheidshalve merken wij ook op dat op basis van artikel 2.23 sub e Aanbestedingswet overheidsopdrachten van aanbesteding zijn uitgezonderd die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering overeenkomstig de geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan dan wel indien de bescherming van wezenlijke belangen van Nederland zulks vereist en deze niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden geborgd.

3.24 Dit artikel betreft een uitwerking van artikel 15 lid 3 van de Richtlijn 2014/24/EU. Uit dat artikel volgt dat de uitzondering uitsluitend van toepassing is indien de lidstaat heeft besloten dat essentiële belangen niet kunnen worden gewaarborgd met minder ingrijpende maatregelen.

3.25 Het is vaste Europese jurisprudentie dat deze uitzondering restrictief moet worden uitgelegd. Het is aan de aanbestedende dienst die zich er op beroept om het bewijs te leveren dat daarmee de grenzen van deze uitzondering niet worden overschreden, en (gegeven de Richtlijn) de essentiële belangen van Nederland niet met minder vergaande middelen kunnen worden geborgd.

3.26 Voor de goede orde merken wij nog op dat de algemene bepalingen van afdeling 1.2.1 van de Aanbestedingswet onverkort gelden. Dat betekent dat de aanbestedende dienst conform artikel 1.4 van de Aanbestedingswet op basis van objectieve criteria de keuze voor de procedure en de daarvoor uit te nodigen ondernemer(s) dient te bepalen. Als objectieve criteria op basis waarvan een aanbestedende dienst zijn keuze voor (een) ondernemer(s) kan maken noemt de parlementaire geschiedenis onder andere de ervaring in de betreffende sector, de omvang en infrastructuur van de onderneming of andere elementen.

3.27 Of bij de inkoop van camera's van dit artikel gebruik kan worden gemaakt, zal op basis van een "case-by-case assessment" moeten worden bepaald. Op voorhand schatten wij echter in dat van een gerechtvaardigd beroep op van artikel 2.23 sub e Aanbestedingswet niet snel sprake zal zijn: van verspreiding van gevoelige informatie bij aanbesteding zal voor zover wij dat hebben kunnen nagaan in de interviews bijvoorbeeld geen sprake zijn. Daarbij kunnen ter voorkoming van openbaarmaking van gevoelige informatie (in de aanbesteding) ook (contractuele) vertrouwelijkheids- en veiligheidsmaatregelen worden getroffen. In het verlengde daarvan valt ons inziens op voorhand niet goed uit te leggen waarom de inkoop van camera's niet zou kunnen worden aanbesteed.

Screening

3.28 Blijkens artikel 2 sub g en artikel 4 sub b van de Regeling Naslag Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 kan de Minister van Justitie dan wel de Minister die het aangaat een schriftelijk verzoek richten aan de Minister van Binnenlandse zaken respectievelijk de Minister van Defensie voor het doen van naslag met betrekking tot bedrijven of organisaties die door levering van producten aan de Nederlandse overheid in een positie kunnen komen waarin zij de nationale veiligheid schade kunnen toebrengen. Bij een verzoek tot naslag worden door de AIVD of de MIVD verwerkte gegevens geraadpleegd om na te gaan of er ten aanzien van een bepaalde instantie relevante gegevens beschikbaar zijn. Overigens bestaat voor de inlichtingendiensten geen plicht desgevraagd een naslag uit te voeren.

3.29 Nu gemeenten niet bevoegd zijn een verzoek om naslag te doen, ligt het ons inziens niet voor de hand voor te schrijven dat inschrijvers en hun eventuele onderaannemers een screening door de AIVD/MIVD succesvol dienen te doorlopen alvorens voor gunning in aanmerking te komen. Gemeenten kunnen die eis immers niet effectueren/controleren. Daargelaten de lange doorlooptijd van een eventuele screening door de inlichtingendiensten (vaak enkele maanden).

4 Europese richtlijnen inzake mensenrechten/wetsvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen

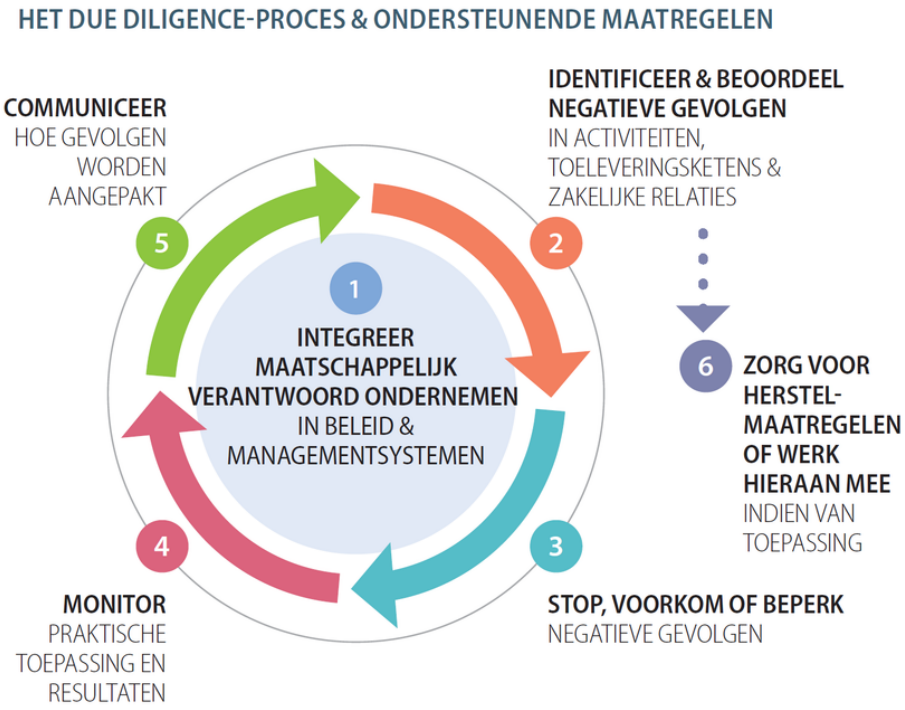
4.1 Als hiervoor aangegeven, verzocht u ons na te gaan welke mogelijkheden gemeenten hebben op basis van (toekomstige) Europese richtlijnen inzake mensenrechten, alsook op basis van het wetsvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen. In dat verband het volgende.

4.2 Dat op het terrein van mensenrechtenschendingen eisen worden gesteld, is voor bepaalde risicocategoriën binnen de Rijksoverheid, zoals de ICT-sector, conform Rijksbeleid verplicht in Europese aanbestedingen. De Internationale Sociale Voorwaarden (hierna: ISV) zijn een veelgebruikt voorbeeld van dergelijke voorwaarden.11 Buiten die risicocategoriën (en door andere overheden) is het ook niet ongebruikelijk om dergelijke eisen te stellen en wordt dit ook aanbevolen.[12] De mate waarin op dit terrein eisen worden gesteld en de strengheid van die eisen verschilt echter. Veelal worden ook niet alle zes stappen van het gepaste zorgvuldigheidsproces, zoals die in de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen over Verantwoord Ondernemen zijn vastgelegd, voorgeschreven. Die zes stappen zijn kort weergegeven in het volgende schema:[13]

11 Zie voor die ISV ook de website van PIANOO, te raadplegen via https://www.pianoo.nl/nl/themas/maatschappelijk-verantwoord-inkopen/ketenverantwoordelijkheid-internationale-sociale.

12 Zie bijvoorbeeld van Voorlichten naar Verplichten, Ministerie van Buitenlandse Zaken 2020, p. 21 en 27, te raadplegen op https://open.overheid.nl/documenten/ronl-1a58c4b1-ab68-41e2-93f2-405c385984f5/pdf. Vergelijk ook het recent toegevoegde art. 3.2.7 aan het voorstel voor de Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen en de toelichting daarop, Kamerstukken II 2022/23, 35 761, nr. 17, p. 15.

13 Zie voor deze richtlijnen https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-on-responsible-business-conduct_81f92357-en en zie voor het schema OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, p. 21, te raadplegen via http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf. Het origineel is in het Engels. Zie ook Kamerstukken II 2022/23, 35 761, nr. 10, onder 1.1.



4.3 De Rijksoverheid verwacht van alle ondernemingen in Nederland dat zij zich aan dit gepaste zorgvuldigheidsproces in de OESO richtlijnen houden.[14] Wel laten de richtlijnen toe dat het gepaste zorgvuldigheidsproces afhangt van de grootte van de onderneming en het risico op mensenrechtenschendingen (in waardeketens). Zo kan van een grote onderneming in een sector met bekende grote mensenrechtenrisico's meer worden verwacht dan van een eenmanszaak in een sector waarin deze risico's zeer beperkt zijn. Het proces hoeft dus niet steeds op dezelfde wijze te worden uitgevoerd. Inmiddels is ook steeds meer wetgeving in de maak die dergelijke gepaste zorgvuldigheid voor grotere ondernemingen verplicht gaat stellen. Uitgangspunt van die wetgeving is ook dat (grotere) ondernemingen het hiervoor beschreven gepaste zorgvuldigheidsproces doorlopen. In het bijzonder valt te wijzen op de passende zorgvuldigheid op basis van de richtlijn inzake "passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid' van de Europese Unie[15] die naar verwachting begin 2024 zal worden vastgesteld en het Nederlandse initiatiefvoorstel voor de Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen,[16] waarvan nog niet duidelijk is of en wanneer die zal worden aangenomen. Als **Bijlage E** hebben wij een set met contractsvoorwaarden opgesteld waarin wij op die wettelijke verplichtingen vooruitlopen, met de gedachte dat (grotere) ondernemingen daar op termijn toch aan moeten gaan voldoen. De contractuele voorwaarden gaan dus uit van de noodzaak om dit hele proces te doorlopen en ook om herstel te bieden wanneer dat van toepassing

14 Zie bijvoorbeeld van Voorlichten naar Verplichten, Ministerie van Buitenlandse Zaken 2020, p. 21 en 27.

15 COM (2022) 71 final. Het voorstel van de Europese Commissie daarvoor is te raadplegen op https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF.

16 Kamerstukken II 2022/23, 35 761, waarvan de nota van wijzigingen is verschenen, zie nr. 17.

is (indien de onderneming een mensenrechtenschending heeft veroorzaakt of daaraan heeft bijgedragen).

4.4 Ook voor deze voorwaarden geldt dat deze proportioneel dienen te zijn. Eén en ander zal per aanbesteding door gemeenten moeten worden beoordeeld.

5 Overzicht sturingsmechanismen

5.1 Gelet op onze voorgaande analyse komen wij tot het volgende overzicht waarin de verschillende sturingsmechanismen inzichtelijk zijn gemaakt als ook of die sturingsmechanismen ons inziens al dan niet een optie zijn:

Sturingsmechanisme	**Wetsartikel**	**Randnummer**	**Optie? Ja/Nee**
Weren inschrijvers gevestigd in derde landen	Art. 1.23 Aw 2012	2.1 e.v.	Ja, in theorie, naar verwachting weinig effectief, inschrijvers zijn veelal Europese systemintegrators
Weren inschrijving met >50% producten uit derde landen op grond van artikel 3.76 Aanbestedingswet	Art. 85 en 86 Ver. 2014/25/EU en art. 3.76 Aw 2012	2.2.1 e.v.	Nee, geen analoge toepassing op "reguliere" overheidsopdrachten zoals de inkoop van camera's door gemeenten
Uitvoerings voorwaarden (Bijlage A)	Art. 2.80 Aw 2012	2.2.7 e.v.	Ja, mits verenigbaar met het EU-recht
Gunningscriterium zo min mogelijk camera-onderdelen uit landen met offensieve cyberagenda	Art. 2.113a Aw 2012	2.3 e.v.	Nee, wij raden dit gunningscriterium af
Gunningscriterium plan van aanpak met contractuele voorwaarde (Bijlagen B, C en D)	Art. 2.113a Aw 2012	2.4 e.v.	Ja, mits proportioneel en controleerbaar
Geschiktheidseis	Art. 2.90 Aw 2012	3.2 e.v.	Nee, wij zien hier geen aanknopingspunten
Uitsluitingsgrond "Ernstige fout"	Art. 2.87 lid 1 onderdeel c Aw 2012	3.3 e.v.	Ja, in theorie, naar verwachting weinig effectief terwijl het toepassen van de uitsluitingsgrond tot complexe (uitleg)vraagstukken/procedures in de aanbesteding kan leiden
Toepassing ADV	Art. 2.1 ADV	3.15 e.v.	Nee, voor zover wij hebben kunnen nagaan, is geen sprake van gerubriceerde gegevens
Uitzondering bescherming wezenlijke belangen van Nederland	Art. 2.23 sub e Aw 2012	3.23 e.v.	Restrictieve toepassing, case-by-case assessment, toepassing lijkt op voorhand niet aan de orde

Screening	Artikel 2 Regeling Naslag Wiv 2017	3.28 e.v.	Nee, gemeenten zijn niet bevoegd een verzoek om naslag te doen. Daargelaten dat er geen plicht bestaat voor inlichtingendiensten om naslag te verrichten
Contractvoorwaarden Mensenrechten (Bijlage E)		4 e.v.	Mits proportioneel

Bijlage A - Bijzondere voorwaarde

Inschrijvers mogen op straffe van ongeldigheid geen camerasystemen aanbieden die zijn ontwikkeld en/of gefabriceerd door partijen die gevestigd zijn in landen met een offensieve cyberagenda gericht op Nederland en Nederlandse belangen. Vorenbedoelde landen zijn [IN TE VULLEN DOOR GEMEENTE].

Bijlage B - Plan van aanpak mitigeren risico faciliteren culturele genocide of etnisch profileren

De gemeente hecht aan opdrachtnemers die verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen.

In het verlengde daarvan wenst de gemeente de Inschrijver bovenop hetgeen in het Contract (waaronder het Programma van Eisen) wordt geëist uit te dagen om in de keuzes die hij maakt voor het in te zetten camerasysteem het mitigeren van het risico op het faciliteren van de mogelijkheid tot culturele genocide of etnisch profileren zoveel als mogelijk centraal te stellen. De Inschrijver dient daarom een "Plan van Aanpak mitigeren risico faciliteren culturele genocide of etnisch profileren" in te dienen.

Eisen aan het Plan van Aanpak

Het Plan van Aanpak dient de volgende onderdelen te bevatten:

a) Onderzoek
Een onderzoek van het risico op het faciliteren van de mogelijkheid tot culturele genocide of etnisch profileren met het door Inschrijver aangeboden camerasysteem.

b) Beheersmaatregel(en)
De door inschrijver beoogde beheersmaatregel(en) ter mitigatie van vorenbedoeld risico, waarbij de beheersmaatregel(en) SMART zijn beschreven.

c) Onderbouwing van de effectiviteit van de beheersmaatregel(en)
De Inschrijver dient zo specifiek en nauwkeurig mogelijk te beschrijven wat het resterende risico(profiel) is na toepassing van de betreffende beheersmaatregel(en). Daartoe verstrekt de Inschrijver een onderbouwing van de effectiviteit van de beheersmaatregelen. Onder "onderbouwing" wordt verstaan: uitleg die de aanbesteder ervan overtuigt dat de maatregelen zullen werken. In zijn onderbouwing dient de Inschrijver ook aan te geven hoe de effectiviteit van de genomen beheersmaatregelen wordt gemonitord.

Ad c) Beheersmaatregel(en)

De Inschrijver werkt de beheersmaatregelen uit met inachtneming van de volgende voorwaarden:

1. De beheersmaatregelen moeten voldoen aan de aanbestedingsdocumenten. Het is niet toegestaan om beheersmaatregelen aan te bieden die strijdig zijn met het Contract of wet- en regelgeving.
2. Toepassing van de beheersmaatregelen mag niet afhankelijk worden gemaakt van een daartoe strekkende keuze of handeling van de Opdrachtgever of derden (anders dan onder-opdrachtnemers).
3. Er mogen geen beheersmaatregelen worden voorgesteld die uitgevoerd worden in de periode vóór datum opdrachtverlening of na (deel)oplevering.
4. De beheersmaatregelen die door de Inschrijver worden ingediend, dienen consistent te zijn met de overige onderdelen van de inschrijving.

Lay-out Plan van Aanpak

[PM. Aantal pagina's, lettertype etc. in te vullen door gemeente]

Beoordeling Plan van Aanpak

De gemeente beoordeelt de mate waarin het geheel van het Onderzoek, de Beheersmaatregel(en) en de Onderbouwing van de effectiviteit van de beheersmaatregel(en) boven de verplichtingen van het Contract (waaronder het Programma van Eisen) bijdraagt aan de mitigatie van het risico op het faciliteren van de mogelijkheid tot culturele genocide of etnisch profileren met het door Inschrijver aangeboden camerasysteem. Hierbij geldt dat hoe meer SMART het Plan van Aanpak is beschreven, hoe beter het Plan van Aanpak wordt beoordeeld.

Bij de beoordeling van het Plan van Aanpak hanteert de gemeente onderstaande tabel om tot een score te komen:

Beoordelingscijfer	Waardering	Toegekende punten
5	Uitstekende mitigatie van het risico	[invullen gemeente]
4	Zeer goede mitigatie van het risico	[invullen gemeente]
3	Goede mitigatie van het risico	[invullen gemeente]
2	Redelijke mitigatie van het risico	[invullen gemeente]
1	Niet of nauwelijks mitigatie van het risico	0

Bijlage C - Plan van aanpak mitigeren cyberveiligheidsrisico

De gemeente hecht aan veilige camerasystemen.

In het verlengde daarvan wenst de gemeente de Inschrijver bovenop hetgeen in het Contract (waaronder het Programma van Eisen) wordt geëist uit te dagen om in de keuzes die hij maakt voor het in te zetten camerasysteem het mitigeren van het cyberveiligheidsrisico zoveel als mogelijk centraal te stellen. De Inschrijver dient daarom een "Plan van Aanpak mitigeren cyberveiligheidsrisico " in te dienen.

Eisen aan het Plan van Aanpak

Het Plan van Aanpak dient de volgende onderdelen te bevatten:

a) Onderzoek
   Een onderzoek van het cyberveiligheidsrisico met het door Inschrijver aangeboden camerasysteem.

b) Beheersmaatregel(en)
   De door inschrijver beoogde beheersmaatregel(en) ter mitigatie van vorenbedoeld risico, waarbij de beheersmaatregel(en) SMART zijn beschreven.

c) Onderbouwing van de effectiviteit van de beheersmaatregel(en)
   De Inschrijver dient zo specifiek en nauwkeurig mogelijk te beschrijven wat het resterende risico(profiel) is na toepassing van de betreffende beheersmaatregel(en). Daartoe verstrekt de Inschrijver een onderbouwing van de effectiviteit van de beheersmaatregelen. Onder "onderbouwing" wordt verstaan: uitleg die de aanbesteder ervan overtuigt dat de maatregelen zullen werken. In zijn onderbouwing dient de Inschrijver ook aan te geven hoe de effectiviteit van de genomen beheersmaatregelen wordt gemonitord.

Ad c) Beheersmaatregel(en)

De Inschrijver werkt de beheersmaatregelen uit met inachtneming van de volgende voorwaarden:

1. De beheersmaatregelen moeten voldoen aan de aanbestedingsdocumenten. Het is niet toegestaan om beheersmaatregelen aan te bieden die strijdig zijn met het Contract of wet- en regelgeving.
2. Toepassing van de beheersmaatregelen mag niet afhankelijk worden gemaakt van een daartoe strekkende keuze of handeling van de Opdrachtgever of derden (anders dan onder-opdrachtnemers).
3. Er mogen geen beheersmaatregelen worden voorgesteld die uitgevoerd worden in de periode vóór datum opdrachtverlening of na (deel)oplevering.
4. De beheersmaatregelen die door de Inschrijver worden ingediend, dienen consistent te zijn met de overige onderdelen van de inschrijving.

Lay-out Plan van Aanpak

[PM. Aantal pagina's, lettertype etc. in te vullen door gemeente]

Beoordeling Plan van Aanpak

De gemeente beoordeelt de mate waarin het geheel van het Onderzoek, de Beheersmaatregel(en) en de Onderbouwing van de effectiviteit van de beheersmaatregel(en) boven de verplichtingen van het Contract (waaronder het Programma van Eisen) bijdraagt aan de mitigatie van het cyberveiligheidsrisico met het door Inschrijver aangeboden camerasysteem. Hierbij geldt dat hoe meer SMART het Plan van Aanpak is beschreven, hoe beter het Plan van Aanpak wordt beoordeeld.

Bij de beoordeling van het Plan van Aanpak hanteert de gemeente onderstaande tabel om tot een score te komen:

Beoordelingscijfer	Waardering	Toegekende punten
5	Uitstekende mitigatie van het risico	[invullen gemeente]
4	Zeer goede mitigatie van het risico	[invullen gemeente]
3	Goede mitigatie van het risico	[invullen gemeente]
2	Redelijke mitigatie van het risico	[invullen gemeente]
1	Niet of nauwelijks mitigatie van het risico	0

Bijlage D – Model contractsvoorwaarden behorende bij de gunningscriteria

Artikel 1 Definities

Mensenrechtenrisico: het risico dat met de keuze voor de in te zetten camerasystemen culturele genocide of etnisch profileren wordt gefaciliteerd, doordat Leverancier of een toeleverancier van Leverancier ook camerasystemen heeft ontwikkeld of gefabriceerd die worden ingezet om bepaalde etnische bevolkingsgroepen (of een deel daarvan) uit te roeien, uit te sluiten of anderszins te benadelen.

Cyberveiligheidsrisico: het risico dat in de bestaande situatie of in een in redelijkheid te verwachten toekomstige situatie gegevens in handen komen van onbevoegde personen of partijen, waaronder in ieder geval moeten worden begrepen (partijen die direct of indirect (mede) worden aangestuurd door) buitenlandse mogendheden met een offensieve cyberagenda/offensief inlichtingenprogramma gericht op Nederland en Nederlandse belangen. Vorenbedoelde landen zijn [IN TE VULLEN DOOR GEMEENTE].

Plan van Aanpak Mitigeren Mensenrechtenrisico's: het als onderdeel van de aanbesteding door Leverancier opgestelde plan van aanpak mitigeren mensenrechtenrisico's.

Plan van Aanpak Cyberveiligheid: het als onderdeel van de aanbesteding door Leverancier opgestelde plan van aanpak cyberveiligheid.

Artikel 2 Mitigeren van Mensenrechtenrisico's en Cyberveiligheidsrisico's conform Plan van Aanpak

2.1. Als onderdeel van de aanbesteding heeft Leverancier een Plan van Aanpak Mitigeren Mensenrechten en een Plan van Aanpak Cyberveiligheid opgesteld. Deze plannen van aanpak vormen een integraal onderdeel van de Overeenkomst[1]. Leverancier is verplicht om de in de Plannen van Aanpak beschreven maatregelen gedurende de gehele looptijd van de Overeenkomst uit te voeren en uitgevoerd te houden.

2.2. Leverancier zal gedurende de looptijd van de Overeenkomst continue de effectiviteit van de in de plannen van aanpak beschreven maatregelen monitoren. Indien Leverancier, al dan niet na daarop gewezen te zijn door Opdrachtgever, vaststelt dat:

a. zich nieuwe Mensenrechtenrisico's of Cyberveiligheidsrisico's voordoen; of

[1] Bij het opstellen van deze bepalingen is ervan uitgegaan dat deze bepalingen onderdeel zullen uitmaken van een overeenkomst waarbij camerasystemen worden afgenomen. Daar waar in deze voorwaarden "Overeenkomst" staat wordt gedoeld op deze overeenkomst.

b. de in de plannen van aanpak beschreven mitigerende maatregelen naar objectieve maatstaven niet effectief blijken te zijn;

zal Leverancier daarvan binnen veertien (14) werkdagen schriftelijk mededeling doen aan Opdrachtgever.

2.3. Leverancier is verplicht om binnen één maand na het doen van de in het tweede lid beschreven mededeling schriftelijk aanvullende beheersmaatregelen voor te stellen aan Opdrachtgever. Daarbij zal Leverancier ten minste aangeven:

a. welke (nieuwe) risico's zich voordoen;
b. welke aanvullende beheersmaatregelen Leverancier voorstelt, waarbij de aanvullende beheersmaatregelen SMART zijn beschreven;
c. wat de verwachte effectiviteit is van de voorgestelde beheersmaatregelen;
d. welke restrisico's blijven bestaan na implementatie van de voorgestelde beheersmaatregelen;
e. wat de eventuele extra kosten zijn die de aanvullende beheersmaatregelen met zich brengen.

2.4. Nadat de aanvullende beheersmaatregelen door Opdrachtgever zijn goedgekeurd, zal Leverancier die uitvoeren.

2.5. Eventuele extra kosten die aanvullende beheersmaatregelen met zich brengen komen in ieder geval voor rekening van Leverancier in de gevallen waarin:

a. de aanvullende beheersmaatregelen een gevolg zijn van een tekortkoming in de nakoming van de Overeenkomst door Leverancier, waaronder de situatie het nieuwe risico (mede) is ontstaan door toedoen van Leverancier; of
b. de aanvullende beheersmaatregelen het gevolg zijn van een onjuiste inschatting van Leverancier in het Plan van Aanpak Mitigeren Mensenrechten of het Plan van Aanpak Cyberveiligheid van de Mensenrechtenrisico's, Cyberveiligheidsrisico's of de effectiviteit van de voorgestelde beheersmaatregelen, terwijl Leverancier wel over de kennis kon beschikken om een goede inschatting te maken.

In andere gevallen dan de gevallen hiervoor beschreven onder a en b, treden Partijen met elkaar in overleg om te komen tot een redelijke verdeling van de extra kosten die aanvullende beheersmaatregelen met zich brengen. In geen geval mag Leverancier over kostenverhoging in verband met aanvullende beheersmaatregelen een winstmarge rekenen.

2.6. Indien de door Leverancier voorgestelde kostenverhoging voor aanvullende beheersmaatregelen naar het oordeel van Opdrachtgever buitenproportioneel hoog is of in strijd is met het aanbestedingsrecht, terwijl er wel reële Mensenrechtenrisico's en Cyberveiligheidsrisico's bestaan, is Opdrachtgever gerechtigd de Overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, zulks naar keuze van Opdrachtgever.

2.7. Voor het eerst in de eerste maand na het verstrijken van het eerste contractsjaar en nadien in de eerste maand van ieder volgend contractsjaar brengt Leverancier aan Opdrachtgever schriftelijk verslag uit van de wijze

waarop uitvoering is gegeven aan de in de plannen van aanpak beschreven maatregelen. Van dat verslag maken ten minste deel uit:

a. een beschrijving van de implementatie van de door Leverancier getroffen beheersmaatregelen in het voorafgaande contractsjaar;
b. een inschatting van de effectiviteit van de getroffen maatregelen;
c. een overzicht van de eventuele nieuwe Mensenrechtenrisico's of Cyberveiligheidsrisico's.

2.8. Opdrachtgever heeft het recht om een audit uit te voeren naar de wijze waarop Leverancier uitvoering geeft aan de verplichtingen uit de Overeenkomst, waaronder mede wordt begrepen een audit waarin Opdrachtgever de effectiviteit van de door Leverancier op grond van dit artikel te treffen beheersmaatregelen beoordeelt. Leverancier zal aan een audit zijn volledige medewerking verlenen. Die medewerking omvat mede de verplichting om op verzoek van Opdrachtgever inzicht te geven in de broncode van de software en firmware die onderdeel uitmaken van de in te zetten camerasystemen. Artikel [PM[2]] is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 3 Aanvullende bepalingen onderaannemers

3.1. Leverancier mag uitsluitend na voorafgaande toestemming van Opdrachtgever (i) een in de aanbesteding genoemde onderaannemer wijzigen of (ii) een nieuwe onderaannemer inschakelen. Opdrachtgever kan deze toestemming onder meer weigeren indien:

a. het Mensenrechtenrisico als gevolg van de inschakeling van de onderaannemer naar alle waarschijnlijkheid toeneemt;
b. het Cyberveiligheidsrisico als gevolg van de inschakeling van de onderaannemer naar alle waarschijnlijkheid toeneemt;
c. een afhankelijkheid kan ontstaan van een door een buitenlandse overheid aangestuurde marktpartij.

3.2. Aan het verlenen van de toestemming als bedoeld in het eerste lid kan Opdrachtgever voorwaarden verbinden, waaronder de voorwaarde dat van Leverancier wordt verlangd een (nieuw of aangepast) plan van aanpak op te stellen ter mitigatie van Mensenrechtenrisico's en Cyberveiligheidsrisico's, alsmede dat plan van aanpak uit te voeren.

3.3. Onder de in dit artikel bedoelde onderaannemers vallen ook de fabrikanten van de camerasystemen.

3.4. De door Opdrachtgever gegeven toestemming laat onverlet de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van Leverancier voor de nakoming van de Overeenkomst.

---

[2] Bij het opstellen van deze voorwaarden is ervan uitgegaan dat elders in de Overeenkomst al algemene afspraken zijn gemaakt over het uitvoeren van een audit, zoals bijvoorbeeld vastgelegd in artikel 21 van de GIBIT 2020. Beoogd wordt naar zo'n artikel in deze bepaling te verwijzen. Als zo'n artikel geen onderdeel uitmaakt van de Overeenkomst, zal dat alsnog moeten worden opgesteld.

Bijlage E – Algemene mensenrechtenbepaling

Artikel 1 Mensenrechten

1.1 Leverancier is verplicht gepaste zorgvuldigheid in acht te nemen en uit te voeren op het gebied van mensenrechten door:

a. de gepaste zorgvuldigheid te integreren in het beleid en risicobeheersingsmaatregelen van Leverancier en dit beleid te laten vaststellen en goedkeuren door het bestuur;

b. de risico's op daadwerkelijke en potentiële mensenrechtenschendingen en de betrokkenheid daarbij[1] van Leverancier vast te stellen binnen haar onderneming en in haar toeleveringsketens, waarbij de meest grote mensenrechtenrisico's in de zin van waarschijnlijkheid, omvang, ernst en onomkeerbaarheid als eerste moeten worden geadresseerd. Leverancier mag er daarbij voor kiezen eerst een globale inventarisatie van de risico's te maken en vervolgens de op die manier vastgestelde grootste risico's nader te inventariseren;

c. mensenrechtenschendingen te voorkomen en/of te mitigeren en bij te dragen aan herstel voor daadwerkelijke schendingen die Leverancier heeft veroorzaakt[2] of waaraan de Inschrijver heeft bijgedragen;[3]

d. een klachtenregeling in het leven te roepen of daarin deel te nemen waarin geklaagd kan worden over schendingen van mensenrechten door de ondernemingsactiviteiten van de Inschrijver of in haar toeleveringsketen;

e. de effectiviteit van de onder c) genoemde maatregelen minimaal eens per contractsjaar te monitoren;

f. eens per contractsjaar een verslag uit te brengen aan Opdrachtgever waarin wordt beschreven hoe de onder a)-e) bedoelde maatregelen zijn genomen dan wel geïmplementeerd.

1.2 Indien Leverancier onderdeel uitmaakt van een groep van ondernemingen, kan aan de in artikel 1.1 bedoelde verplichtingen op groepsniveau worden voldaan indien is voldaan aan de volgende voorwaarden:

a. Leverancier verstrekt alle voor het voldoen aan de in artikel 1.1 bedoelde verplichtingen aan de onderneming in de groep die de in artikel 1.1 bedoelde maatregelen uitvoert;

b. Leverancier heeft zich gecommitteerd aan het gepaste zorgvuldigheidsbeleid binnen de groep, heeft dit in haar beleid geïntegreerd en voert dit uit.

---

[1] Dat wil zeggen of de Inschrijver de potentiële mensenrechtenschending veroorzaakt, daaraan bijdraagt of die direct is verbonden met de activiteiten van de Inschrijver als bedoeld in de OECD Due Diligence Guidance for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, p. 27 en 34 te raadplegen via https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf.

[2] Als bedoeld in de OECD Due Diligence Guidance for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, p. 27 en 34.

[3] Als bedoeld in de OECD Due Diligence Guidance for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, p. 27 en 34.

1.3 Indien artikel 1.2 van toepassing is, blijft Leverancier jegens Opdrachtgever zelfstandig verantwoordelijk voor de naleving van het bepaalde in artikel 1.1.

1.4 Indien Leverancier op de hoogte komt of wordt gebracht van een ernstige schending van mensenrechten in haar bedrijfsvoering of in haar toeleveringsketen, waaronder culturele genocide of etnisch profileren op grote schaal, dan doet zij daarvan binnen 14 werkdagen mededeling aan Opdrachtgever.

1.5 Indien Leverancier de in artikel 1.4 bedoelde mensenrechtenschending heeft veroorzaakt of daaraan heeft bijgedragen,[4] stelt zij binnen een maand een herstelplan op waarin zij aangeeft hoe zij die mensenrechtenschending zal adresseren en hoe zij herstel zal bieden aan of zal daaraan bijdragen voor de door die mensenrechtenschending getroffenen. Indien Leverancier meent dat zij een herstelplan niet binnen een maand gereed kan hebben, doet zij daarvan mededeling aan Opdrachtgever onder vermelding van de redenen waarom het opstellen ervan meer tijd vergt. Opdrachtgever bepaalt vervolgens of en hoeveel extra tijd Leverancier krijgt voor het opstellen van het herstelplan. Het herstelplan wordt binnen 7 werkdagen na afronding ervan ter kennisneming aan Opdrachtgever toegezonden en bevat de te nemen maatregelen, duidelijke (SMART) indicatoren om te beoordelen of die maatregelen effectief zijn en een duidelijke tijdslijn voor het uitvoeren van die maatregelen. De tijd voor de uitvoering van de maatregelen moet redelijk zijn gelet op de ernst van de mensenrechtenschending, de al eerder genomen maatregelen als daarvan sprake is en de mogelijkheden die Leverancier heeft om maatregelen te nemen. De uitvoering van het herstelplan mag niet leiden tot additionele mensenrechtenschendingen. Leverancier dient (vertegenwoordigers van) de door de mensenrechtenschending getroffenen te consulteren bij het opstellen van het herstelplan.

1.6 Indien Leverancier direct verbonden is[5] met de in artikel 1.4 bedoelde mensenrechtenschending, stelt zij binnen een maand een herstelplan op waarin zij aangeeft hoe zij die mensenrechtenschending zal adresseren. Indien Leverancier meent dat zij een herstelplan niet binnen een maand gereed kan hebben, doet zij daarvan mededeling aan Opdrachtgever onder vermelding van de redenen waarom het opstellen ervan meer tijd vergt. Opdrachtgever bepaalt vervolgens of en hoeveel extra tijd Leverancier krijgt voor het opstellen van het herstelplan. Het herstelplan wordt binnen 7 werkdagen na afronding ervan ter kennisneming aan Opdrachtgever toegezonden en bevat de te nemen maatregelen, duidelijke (SMART) indicatoren om te beoordelen of die maatregelen effectief zijn en een duidelijke tijdslijn voor het uitvoeren van die maatregelen. De tijd voor de uitvoering van de maatregelen moet redelijk zijn gelet op de ernst van de mensenrechtenschending, de al eerder genomen maatregelen als daarvan

[4] Als bedoeld in de OECD Due Diligence Guidance for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, p. 27 en 34.

[5] Als bedoeld in de OECD Due Diligence Guidance for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, p. 27 en 34.

sprake is en de mogelijkheden die de Inschrijver heeft om maatregelen te nemen. De uitvoering van het herstelplan mag niet leiden tot additionele mensenrechtenschendingen. Leverancier dient (vertegenwoordigers van) de door de mensenrechtenschending getroffenen te consulteren bij het opstellen van het herstelplan.

1.7 Indien Leverancier verzoekt om assistentie van Opdrachtgever bij het opstellen en/of het uitvoeren van het in de artikelen 1.5 en 1.6 bedoelde herstelplan, biedt Opdrachtgever die assistentie voor zover dat in redelijkheid van hem kan worden gevergd. Opdrachtgever bepaalt of en wanneer dat het geval is.

1.8 Indien Leverancier niet binnen een maand of, indien die termijn is verlengd, binnen de verlengde termijn, een herstelplan als bedoeld in de artikelen 1.5 of 1.6 heeft opgesteld en/of die niet binnen 7 werkdagen na het gereedkomen ervan aan Opdrachtgever heeft toegezonden, is zij zonder ingebrekestelling in verzuim.

1.9 Het optreden als zodanig van een mensenrechtenschending als bedoeld in artikel 1.5 in de bedrijfsvoering van Leverancier of in haar toeleveringsketen levert geen tekortkoming op in de nakoming van deze Overeenkomst. Van een tekortkoming in de nakoming van deze Overeenkomst is eerst sprake indien de bedoelde mensenrechtenschending is veroorzaakt door en/of blijft voortduren vanwege het niet naleven van artikel 1.1 en/of het niet, ontoereikend en/of onjuist uitvoeren van een herstelplan als bedoeld in de artikelen 1.5 en 1.6.

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.

******