

Antwoord van Gedeputeerde Staten op vragen van

R.J. Vonk (PvdD)
(d.d. 30 januari 2025)

Nummer
4187

Onderwerp
Advies Uitsluitingsgronden bij aanbestedingen van OV-concessies

Aan de leden van Provinciale Staten

1. *Bent u bekend met het rapport 'Deelnotitie 2. Advies Uitsluitingsgronden bij aanbestedingen van OV-concessies'?*¹ Dit is een rapport van advocatenbureau Van Doorne in opdracht van Vervoerregio Amsterdam.

Antwoord

Ja, wij hebben kennis genomen van deze notitie van Van Doorne.

2. *N.a.v. onze motie M1233, 'Geen gunning aan bedrijven die actief bijdragen aan schending mensenrechten'*², heeft Gedeputeerde Zevenbergen in de Statenvergadering van 8 november 2023 gezegd dat er volgens de juristen van de Provincie geen ruimte is in het Europees aanbestedingsrecht om een bedrijf als EBS uit te sluiten. Verandert genoemd rapport uw mening? Waarom wel of niet?

Antwoord

In de notitie van Van Doorne wordt bevestigd dat bij Europese aanbestedingen binnen de kaders van de Europese aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU en de Aanbestedingswet 2012 een inschrijver niet mag worden uitgesloten wegens een 'ernstige beroepsfout' van een groepsmaatschappij (zoals een moederbedrijf). Van Doorne voegt daaraan toe dat niet duidelijk is of dit wel mag bij OV-aanbestedingen op grond van de PSO-Verordening en bij de aanbesteding van overheidsopdrachten onder de Europese drempelwaarde (niet-Europese aanbestedingen). Daarbij is volgens Van Doorne met name van belang of het proportioneel is een ondernemer uit te sluiten voor een 'ernstige beroepsfout' die hij niet zelf heeft begaan. Dit is volgens Van Doorne niet bij voorbaat uitgesloten, maar zal wel goed moeten worden gemotiveerd en kan juridische risico's met zich brengen.

De eerstvolgende OV-aanbesteding door de Provincie Zuid-Holland zal vermoedelijk pas na de volgende Provinciale Statenverkiezingen plaatsvinden. Het is aan het dan zittende college hierover een oordeel te vormen. Tegen die tijd heeft zich wellicht ook jurisprudentie ontwikkeld op dit onderwerp.

¹ <https://vervoerregio.bestuurlijkeinformatie.nl/Reports/Document/25e033b4-0613-4aec-a222-18eb9a9d0714?documentId=b1860726-dc33-4758-973c-8aca25d0cf8f>

² https://pzh.notubiz.nl/document/13451649/1/M+1273 - Vonk_%28PvdD%29 - Mensenrechten betrekken bij concessieverlening?connection_type=17&connection_id=9941194

3. *Een van de conclusies uit het rapport luidt: 'Het uitsluiten van inschrijvers wegens 'betrokkenheid bij schending van internationaal recht', met uitbreiding van het toepassingsbereik naar groepsmaatschappijen, is bij de aanbesteding van OV- concessies en bij andere niet-Europese aanbestedingen dus niet bij voorbaat uitgesloten, maar kan wel juridische risico's met zich brengen.' Hoe schat u deze risico's in?*

Antwoord

Uit de notitie van Van Doorne leiden wij af dat de omvang van de genoemde juridische risico's op dit moment niet goed kan worden ingeschat. Wij sluiten ons daarbij aan.

4. *Busreizigers hebben, wanneer er maar één concessiehouder is, niet veel keuzemogelijkheden bij het kiezen van een bus vervoerder. Zij kunnen er als individu niet, of moeilijk, voor kiezen geen zaken te doen met concessiehouder. Terwijl er in Zuid-Holland een groeiende groep reizigers die geen zaken wil doen met bus vervoerder EBS en haar moederbedrijf, Egged. Want in hun ogen wekt de betrokkenheid bij een schending van internationaal recht van deze ondernemer ernstige twijfel over de integriteit van de ondernemer. Ook bij de Provincie zou deze twijfel gewekt kunnen worden. Ziet u, in dit licht of vanuit een andere invalshoek, een legitiem doel van algemeen belang (ook wel aangeduid als dwingende reden) voor een uitsluitingsgrond? Vindt u het evenredig, dat wil zeggen dat de gehanteerde uitsluitingsgrond geschikt is om de verwezenlijking van dat doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken? Waarom wel of niet?*

Antwoord

Wij zijn van mening dat de wens een specifieke onderneming uit te sluiten geen legitiem doel vormt voor het hanteren van een uitsluitingsgrond. Uitsluitingsgronden dienen naar ons oordeel altijd 'zonder aanzien des persoons' te worden toegepast. Wij zien in de notitie van Van Doorne aanknopingspunten om bij de toepassing van de uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' ook rekening te houden met (betrokkenheid bij) schendingen van internationaal recht. Een dergelijke toepassing dient altijd op objectieve en niet-discriminerende wijze plaats te vinden. Dat vergt een duidelijk kader, waarin op objectieve wijze is beschreven aan welke internationaalrechtelijke normen wordt getoetst. Ook dient vooraf goed te worden bedacht hoe op betrouwbare wijze de feiten kunnen worden verzameld die nodig zijn om een dergelijke toetsing uit te voeren.

5. *Vindt u dat het verzorgen van vervoer van en naar gebieden die door het Internationaal Gerechtshof als illegaal bezette gebieden beschouwd worden, en daarmee het ontsluiten van die gebieden voor illegale bewoners, aangemerkt kan worden als bijdragen aan schending van internationaal recht? Vindt u dat sprake is van betrokkenheid? Waarom wel of niet?*

Antwoord

Het Internationaal Gerechtshof heeft geoordeeld dat de Israëlische nederzettingen op de Westelijke Jordaanoever en in Oost-Jeruzalem in strijd met het internationaal recht zijn gevestigd en in stand worden gehouden. Als er juridisch gesproken kan worden van betrokkenheid, moet worden gekwalificeerd of hieraan gevolgen kunnen of moeten worden verbonden. Zoals ook blijkt uit de notitie van Van Doorne is die vraag op dit moment nog niet beantwoord.

6. *Het rapport concludeert dat het proportioneel kan zijn ook dochterondernemingen van bedrijven die bijdragen aan schendingen van mensenrechten, uit te sluiten van aanbestedingen. Dit is in lijn met een rapport van de Hoge Commissaris voor Mensenrechten van de Verenigde Naties. De Hoge Commissaris heeft een lijst opgesteld van bedrijven die volgens het juridisch kader van de Verenigde Naties mensenrechten schenden zoals in resolutie 31/36 van de Human Rights Council vastgesteld.³ Ook het moederbedrijf van EBS staat op deze lijst. De Hoge Commissaris stelt dat het decentrale overheden niet is toegestaan zaken te doen met bedrijven die op deze lijst staan. Deelt u deze conclusies van de rapporten van Van Doorne en de Hoge Commissaris?*

Antwoord

Van Doorne oordeelt dat de vraag of het proportioneel is een ondernemer uit te sluiten voor een ernstige beroepsfout die is begaan door een groepsmaatschappij, niet eenvoudig te beantwoorden is. Wij delen dat oordeel.

Het rapport van de Hoge Commissaris betreft een lijst van ondernemingen die betrokken zijn bij enkele specifieke activiteiten met betrekking tot Israëliische nederzettingen in bezette Palestijnse gebieden. Wij lezen in het rapport niet terug dat het decentrale overheden volgens de Hoge Commissaris niet is toegestaan zaken te doen met bedrijven die op deze lijst staan.

7. *Deelt u de conclusie in het rapport dat 'eveneens (kan) worden betoogd dat afbreuk zou worden gedaan aan het nuttig effect van een uitsluitingsgrond als een ondernemer op wie die uitsluitingsgrond van toepassing is niettemin aan uitsluiting zou kunnen ontkomen door het oprichten van een dochteronderneming'? Waarom wel of niet?*

Antwoord

Wij delen de conclusie dat dit kan worden betoogd. Van Doorne wijst er echter ook op dat de Europese wetgever in Richtlijn 2014/24/EU het toepassingsbereik van de uitsluitingsgrond ernstige beroepsfout niet heeft uitgebreid tot groepsmaatschappijen. Hoe een rechter over deze verschillende argumenten zal oordelen, is onzeker.

8. *Bent u bereid om bij een volgende OV-aanbesteding de adviezen uit genoemd rapport te onderzoeken? Waarom wel of niet?*

Antwoord

Zie het antwoord op vraag 2.

³ https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2020/02/A.HRC_.43.71-1.pdf

9. *Bent u bereid om 'bijdragen aan schending van mensenrechten' op te nemen als uitsluitingsgrond bij een OV-aanbesteding? Waarom wel of niet?*

Antwoord

Zie het antwoord op vraag 2.

Den Haag, 11 maart 2025

Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland,
secretaris, voorzitter,

drs. M.J.A. van Bijnen MBA

mr. A.W. Kolff