

1.1 ACHTERGROND VAN HET THEMA

De laatste jaren is een groot aantal manifesten, visiedocumenten en plannen voor maatschappelijk verantwoord opdrachtgeven en inkopen gepubliceerd. Vaak wordt hierin naar de duurzame ontwikkelingsdoelstellingen van de Verenigde Naties (VN) verwezen, waaronder doel 8 (eerlijk werk en economische groei) en doel 10 (ongelijkheid verminderen).² In de juridische literatuur hierover wordt vaak gerefereerd aan de typering van de interne markt als een ‘sociale markteconomie’ sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009. Dit kan de indruk wekken dat het bereiken van politieke doelen via publieke inkoop iets is van de laatste jaren, maar niets is minder waar. Publieke inkoop is historisch ingezet voor het bereiken van doelen die verband houden met onder andere protectionisme, industrieel beleid, nationale veiligheid en het bevorderen van werkgelegenheid.³ Er zijn zelfs overheidsopdrachten van tweehonderd jaar geleden te vinden waarin al sociale voorwaarden werden gesteld, zoals een werkdag van maximaal tien uur.⁴

Terwijl het de primaire doelstelling van een aanbesteding is om een product, dienst of werk in te kopen dat voldoet aan de behoefte van de aanbestedende dienst, zoals papier voor op kantoor, gaan secundaire doelstellingen verder dan de inherente karakteristiek van de opdracht door bijvoorbeeld als doel de inkoop van papier te hebben dat afkomstig is uit verantwoord beheerde bossen. Hoewel het nastreven van secundaire doelen via inkoop geen puur modern fenomeen is, is er wel degelijk een duidelijke beweging geweest van het veelal gunnen op ‘prijs’ naar het gunnen op ‘prijs en kwaliteit’ en nog later naar het gunnen op ‘prijs, kwaliteit, milieu en

2 Centraal Bureau voor de Statistiek, *Monitor Brede Welvaart & Sustainable Development Goals*, 2020.

3 E.R. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit* (diss.), Kluwer 2001, p. 3.

4 Zoals Schotanus heeft aangehaald in zijn oratie van 1 juli 2022: F. Schotanus, *Een betere wereld begint bij publieke inkoop* (oratie van 1 juli 2022 te Utrecht), p. 14.

mens', zoals Schotanus ook uiteen heeft gezet in zijn oratie.⁵ Met de term 'secundaire doelstellingen' wordt geen ondergeschikte relatie bedoeld ten opzichte van de primaire doelstellingen. Om verwarring te voorkomen kan daarom ook gesproken worden van de 'maatschappelijke doelstellingen' van het aanbestedingsrecht.

In de laatste twee decennia is de aandacht voor het milieu en de mens in aanbestedingen in een stroomversnelling gekomen, met ontwikkelingen in wetgeving, in jurisprudentie en door publicatie van documenten zoals de Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over het integreren van sociale aspecten uit 2001 en de latere, vernieuwde versie uit 2021.⁶

De meest recente ontwikkeling hierin is de opkomst van verplichtingen omtrent duurzaamheid bij aanbestedingen. Waar dus al decennia sprake is van toegenomen mogelijkheden om duurzaam aan te besteden, is er met name in de laatste jaren een beweging gaande van mogelijkheden naar verplichtingen, zoals door middel van de Richtlijn schone voertuigen en de Verordening batterijen.⁷ De focus hierbij is wel vooral gericht op het milieu en in mindere mate op de sociale kant van inkoop en aanbesteden.⁸ De ontwikkeling van mogelijkheden naar verplichtingen in wetgeving omtrent duurzaamheid bij aanbestedingen is ook duidelijk terug te zien in de wetenschappelijke literatuur.⁹

5 F. Schotanus, *Een betere wereld begint bij publieke inkoop* (oratie van 1 juli 2022 te Utrecht), p. 14-20. Milieu- en sociale overwegingen vallen overigens ook onder 'kwaliteit', maar Schotanus maakt hier het onderscheid tussen 'kwaliteit' en later 'milieu en mens', om aan te geven dat er eerst meer aandacht kwam voor de kwaliteit van de dienst, het product of het werk, en pas later voor kwaliteit in de zin van milieu- en sociale overwegingen.

6 Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren (COM(2001)566 definitief); Europese Commissie, *Mededeling van de Commissie 'Sociaal kopen — Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen (tweede editie)'* (COM(2021)3573 def.).

7 Richtlijn 2009/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen (*PbEU* 2009, L 120/5). Verordening (EU) 2023/1542 van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2023 inzake batterijen en afgedankte batterijen, tot wijziging van Richtlijn 2008/98/EG en Verordening 2019/1020 en tot intrekking van Richtlijn 2006/66/EG (*PbEU* 2023, L 191/1).

8 Zie paragraaf 1.6 voor het onderscheid tussen publieke inkoop en aanbesteden.

9 W.A. Janssen, 'Maatschappelijk verantwoord aanbesteden; van een procedurele naar een instrumentele benadering van het aanbestedingsrecht', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2012, nr. 1, p. 7-17. W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigmaverandering', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun* 2020, nr. 1, p. 19-30; K. Pouikli, 'Towards mandatory Green Public Procurement (GPP) requirements under the EU Green Deal: reconsidering the role of public procurement as an environmental policy tool', *ERA Forum* 2020; M. Hillen, F. Schotanus & J. Wegkamp, 'Verplicht duurzaam', *Binnenlands Bestuur* 2021, week 33, p. 18-21; W.A. Janssen, 'Een Europees duurzaamheidsminimum voor schone voertuigen, batterijen en voedsel. Fragmentatie en een nieuwe rol voor de Commissie op komst?', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun* 2021, nr. 6, p. 4-6; W. Janssen & R. Caranta (red.), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law- Reflections on a Paradigm Shift*, Hart Publishing (2023); W.A. Janssen, 'De Toekomst van Maatschappelijk Verantwoord Aanbesteden: Juridische Mogelijkheden én Verplichtingen', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun* 2024, nr. 1, p. 19-22.

1.2 WAAROM EEN BOEK OVER SOCIAAL EN INCLUSIEF AANBESTEDEN?

Het opnemen van sociale voorwaarden in het aanbestedingsrecht kent een lange geschiedenis, waarbinnen *Beentjes* waarschijnlijk de bekendste rechtszaak is. Met goede reden, omdat de hoogste rechter van de Europese Unie (EU) in deze in Nederland ontstane zaak in 1988 voor het eerst ruimte liet om onder bepaalde voorwaarden het inzetten van langdurig werklozen bij de uitvoering van een overheidsopdracht verplicht te stellen. Dit soort voorwaarden zijn we later ‘social return’ gaan noemen (zie paragraaf 6.4.2).¹⁰ Hoewel deze uitspraak de fundamentele vraag beantwoordde dat social return niet was verboden, zijn er sinds die uitspraak in de praktijk altijd vragen gebleven over hoe zulke sociale voorwaarden kunnen worden opgenomen in aanbestedingsstukken, omdat alle voorwaarden alsnog moeten voldoen aan de aanbestedingsbeginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. Hoewel ze in dit boek verder niet worden behandeld, heeft de zaak *Beentjes* ook helderheid verschaft ten aanzien van andere leerstukken, zoals ten aanzien van de vraag wie aanbestedingsplichtig is door een functionele uitleg te geven aan het begrip ‘staat’ (*Beentjes*, par. 11).

Sinds deze voor sociaal aanbesteden baanbrekende uitspraak heeft de ontwikkeling van het recht niet stilgestaan. In opeenvolgende generaties van wetgeving en in recentere zaken van het Hof van Justitie, zoals *Tim* en *Conacee*, zijn belangrijke juridische vragen beantwoord over de mogelijkheden en onmogelijkheden van sociaal (en tegenwoordig ook inclusief¹¹) aanbesteden (zie paragrafen 4.5 en 5.3.3).¹² Niet alle vragen die in de praktijk leven, zijn echter beantwoord en er bestaat onduidelijkheid zowel onder academici als in de praktijk over welke vormen van sociaal en inclusief aanbesteden toegestaan zijn. Dit heeft enerzijds geleid tot huiverigheid in de praktijk, met als gevolg dat inkopers redelijke en toegestane wensen en eisen niet opnemen in aanbestedingsstukken uit angst voor juridische procedures. Anderzijds vinden er overtredingen van het aanbestedingsrecht plaats door bijvoorbeeld het stellen van (zelfs overduidelijk) disproportionele eisen, omdat men niet op de hoogte is van de wet- en regelgeving of de achterliggende normen niet doorgrondt. Het eerste doel van dit boek is dan ook om bij te dragen aan de rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid op het onderwerp van sociaal en inclusief aanbesteden, zowel voor juristen als voor niet-juristen werkzaam in de dagelijkse praktijk.

Naast rechtsonzekerheid bestaat er ook breed gedragen kritiek op de striktheid van de huidige regelgeving die de mogelijkheden voor sociaal aanbesteden beperkt. Zo wordt de verplichting dat (sociale) gunningscriteria en bijzondere uitvoeringsvoorwaarden verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht in de

10 HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Beentjes*).

11 Het verschil tussen ‘sociaal’ aanbesteden en ‘inclusief’ aanbesteden wordt behandeld in paragraaf 1.6.

12 HvJ EU 30 januari 2020, C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58 (*Tim*); HvJ EU 6 oktober 2021, C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810 (*Conacee*).

praktijk door zowel aanbesteders als sommige mededingers gezien als een obstakel om praktisch uitvoerbare criteria en eisen op te nemen in het bestek en zo sociale waarde te kunnen creëren. Daarom heeft dit boek ook als doel om aanbevelingen te doen aan de Europese en nationale wetgever over hoe het juridisch kader verbeterd kan worden binnen de grenzen van de Europese verdragen¹³ om tot meer ruimte te komen voor effectiever sociaal en inclusief aanbesteden. Dit boek zal waar gepast ook aanbevelingen doen aan (decentrale) aanbestedende diensten omtrent hun aanbestedingsbeleid. Daar waar een aanbeveling neerkomt op het maken van een afweging tussen meer ruimte voor sociaal en inclusief aanbesteden en een ander belang, zoals het streven naar zo veel mogelijk competitie, zal ik ernaar streven de voor- en nadelen van de aanbeveling helder uiteen te zetten.

1.3 HOOFDVRAAG EN DEELVRAGEN

Met het oog op de twee hierboven beschreven doelen wordt de volgende hoofdvraag gesteld:

- In hoeverre is er ruimte voor sociaal en inclusief aanbesteden binnen de grenzen van het Europees recht en welke wijzigingen van Europees en Nederlands recht enerzijds en van (decentraal) aanbestedingsbeleid anderzijds kunnen zorgen voor effectiever sociaal en inclusief aanbesteden?

Na een uiteenzetting van de reikwijdte van het aanbestedingsrecht en het arbeidsrechtelijke kader van het recht op non-discriminatie, wordt deze hoofdvraag beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

1. Onder welke voorwaarden kan een partij worden uitgesloten van een Europese aanbesteding vanwege het schenden van sociaal en arbeidsrecht en specifiek het recht op non-discriminatie?
2. Op welke manieren kunnen aanbesteders bij Europese aanbestedingen sociaal en inclusief aanbesteden vormgeven naast het uitsluiten van partijen wegens schending van het sociaal en arbeidsrecht?
3. In hoeverre en in welke vorm bestaat er ruimte in het Unierecht voor aanbestedende diensten om 'social return' toe te passen bij aanbestedingen?
4. In hoeverre en in welke vorm bestaat er ruimte in het Unierecht voor aanbestedende diensten om een inclusie- en diversiteitsbeleid te voeren bij aanbestedingen?
5. Welke wijzigingen van Europees en Nederlands recht binnen de grenzen van de Europese Verdragen en welke wijzigingen van (decentraal) aanbestedingsbeleid kunnen zorgen voor effectiever sociaal en inclusief aanbesteden?

13 De geconsolideerde versies van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) vormen samen de wettelijke basis van de Europese Unie (*PbEU* 2016, C 202).

Structuur

Allereerst wordt, in hoofdstuk 2, de reikwijdte van het aanbestedingsrecht en het toepasselijke juridische kader voor (Europese) aanbestedingen in Nederland behandeld. Daarna zet hoofdstuk 3 het arbeidsrechtelijke kader van het recht op non-discriminatie uiteen. Voortbouwend op de bevindingen van hoofdstukken 2 en 3 kan de deelvraag over het uitsluiten van partijen voor overtredingen van het sociaal en arbeidsrecht worden beantwoord in hoofdstuk 4. Hoofdstuk 5 beantwoordt vervolgens de vierde deelvraag door in te gaan op andere vormen van het creëren van sociale waarde bij inkoop en aanbestedingen, zoals het bevorderen van werkgelegenheid, en inclusie en diversiteit. In dit hoofdstuk komen marktverkenning en marktconsultatie, het mogelijk voorbehouden van opdrachten en het gebruik van geschiktheidseisen aan bod. Dit hoofdstuk sluit af met een vooruitblik op de latere fases van aanbestedingsprocedures, waaronder het gebruik van gunningscriteria en bijzondere uitvoeringsvoorwaarden, al dan niet door middel van het stellen van een keurmerk. Deze latere fases van de aanbestedingsprocedure komen vervolgens uitgebreider terug in hoofdstukken 6 en 7, waarin respectievelijk de deelvragen omtrent social return en ‘gelijkheid, inclusie en diversiteit’ worden behandeld. In de hoofdstukken 4 tot en met 7 wordt grotendeels de chronologische volgorde van aanbestedingsprocedures gevolgd, doordat eerst de mogelijkheden bij selectie en daarna pas de mogelijkheden bij gunning en de uitvoeringsvoorwaarden worden behandeld. Het uitgebreider stilstaan bij bepaalde fases van de aanbestedingsprocedure komt deels voort uit de concrete vragen die speelden bij de gemeente Amsterdam (zie paragraaf 1.4.4) en deels uit de mate waarin die respectievelijke fases mogelijkheden bieden voor sociaal en inclusief aanbesteden. Daarbij speelt ook mee dat de juridische complexiteit van de vraagstukken toeneemt naarmate de latere deelvragen aan bod komen door de samenkomst van verschillende rechtsgebieden die relevant zijn voor sociaal en inclusief aanbesteden (zie paragraaf 1.4.1). Hoofdstuk 8 beantwoordt vervolgens de hoofdvraag en deelvraag 7 met respectievelijk enkele concluderende opmerkingen en aanbevelingen aan de Europese en nationale wetgever en waar gepast aan aanbestedende diensten (zie ook paragraaf 1.4.3).

1.4 METHODOLOGIE

1.4.1 *Samenkomst van rechtsgebieden die relevant zijn voor sociaal en inclusief aanbesteden*

Het startpunt van dit juridische onderzoek is het (Europees) aanbestedingsrecht, maar het is onmogelijk om de bovenstaande hoofdvraag en deelvragen te beantwoorden zonder hier ook andere rechtsgebieden bij te betrekken. Met name het (Europees) arbeidsrecht, waaronder het recht op non-discriminatie op de arbeidsmarkt en de regulering van de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, zal uitgebreid aan bod komen in dit boek. De regulering van non-discriminatie is enerzijds relevant voor het onderwerp van dit boek