



Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

Juridisch leaflet Maatschappelijk Aanbesteden

Juridische mogelijkheden om de kracht van de samenleving
te benutten bij aanbestedingen



Maatschappelijk Aanbesteden in het kort

Het komt regelmatig voor dat een overheidsinstantie een taak wil laten oppakken door de samenleving. De 'samenleving' staat in dit geval voor sociale ondernemers, maatschappelijke instellingen en verenigde burgers (zoals buurtbewoners). Deze partijen kunnen – alleen of in samenwerking met elkaar – goede, innovatieve en creatieve oplossingen leveren die in diverse opzichten beter kunnen zijn dan de diensten van commerciële bedrijven. Een overheidsinstantie die een dergelijke oplossing zoekt, kan kiezen voor een maatschappelijke aanbesteding.

Een maatschappelijke aanbesteding kenmerkt zich doorgaans door het sociale karakter van de aanbieder, door intensieve samenwerking met doelgroepen vroeg in het traject en door een focus op maatschappelijke resultaten (outcome) in plaats van uitsluitend op te leveren producten (output). De overheid stelt kaders en blijft verantwoordelijk, maar houdt zich niet direct bezig met de uitvoering. Op deze wijze kunnen burgers zelf of samen met een onderneming invulling geven aan maatschappelijke vraagstukken. Maatschappelijk Aanbesteden past daarom goed in de hedendaagse tendens waarin enerzijds de overheid wenst terug te treden en anderzijds de samenleving meer betrokken wil zijn bij de uitvoering van maatschappelijke taken. Het initiatief voor een maatschappelijke aanbesteding komt dan ook niet altijd van een overheidsinstantie; een geïnteresseerde partij kan ook zelf een overheidsinstantie erop attenderen dat zij een taak wil uitvoeren. Essentieel is wel dat de overheid eindverantwoordelijk is voor de goede uitvoering van de betreffende taak en de kaders daarvoor stelt, terwijl de samenleving (in bovenbedoelde zin) zorgt voor de uitvoering van de taak.

De rol van de betrokken overheidsinstantie kan per maatschappelijke aanbesteding verschillen. Vaak heeft de overheidsinstantie de rol van opdrachtgever en geeft zij een vergoeding in ruil voor de uitvoering van taken. Dit kan zowel via een overheidsopdracht als via een concessie. Ook komt het voor dat de overheidsinstantie vergunningen of subsidies verstrekt. Op al deze situaties kunnen regels van verschillende juridische aard van toepassing zijn. Dit juridisch leaflet is gericht op Maatschappelijk Aanbesteden in de vorm van een overheidsopdracht of een concessie. Bij deze vormen betekent Maatschappelijk Aanbesteden dat een overheidsinstantie

een aanbestedingsprocedure benut om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren. Die maatschappelijke waarde komt voort uit de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de opdracht tot stand komt en uitgevoerd wordt. Het is daarbij belangrijk om te realiseren dat een maatschappelijke aanbesteding voor een overheidsopdracht of concessie juridisch niet verschilt van een reguliere aanbesteding. Het verschil tussen beide komt voort uit de keuzes die de aanbesteder maakt binnen de aanbestedingsprocedure en de technieken die hij gebruikt.

Maatschappelijk Aanbesteden is relatief nieuw en vergt van overheidsinstanties andere kennis en vaardigheden dan de traditionele opdrachtgeversrol. Daarom is het **informatieblad 'Maatschappelijk Aanbesteden'** opgesteld, met praktische informatie en voorbeelden van maatschappelijke opgaven die de overheid door de samenleving laat aanpakken. Dit leaflet is een toevoeging bij het informatieblad en behandelt juridische situaties om een maatschappelijke aanbesteding vorm te geven.

Leeswijzer

Het eerste hoofdstuk van dit leaflet behandelt het nut van (Europees) aanbesteden en de (situaties die leiden tot een) aanbestedingsplicht. Voor professionele inkopers en aanbestedingsjuristen zal die informatie grotendeels bekend zijn, voor anderen biedt het achtergrond en inzicht in de regels omtrent aanbesteden. Hoofdstuk 2 beschrijft algemene uitgangspunten die ruimte bieden voor Maatschappelijk Aanbesteden. Hoofdstuk 3 bepreekt veertien concrete technieken om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren in een aanbestedingsprocedure. In hoofdstuk 4 worden mogelijkheden voor aanbieders besproken om te communiceren met een aanbestedende dienst, om een klacht in te dienen en beroepsmogelijkheden in rechte.

Dit leaflet maakt gebruik van noten (extra informatie achterin het leaflet, aangeduid met letters) en referenties (verwijzingen naar externe bronnen, aangeduid met cijfers).

Inhoudsopgave

Inleiding	4
1. Wat is Maatschappelijk Aanbesteden?	5
1.1 Waarom besteden overheidsinstanties hun opdrachten aan?	5
1.2 Wanneer is aanbesteden aan de orde?	5
1.3 Kenmerken van Maatschappelijk Aanbesteden	5
1.4 Maatschappelijk Aanbesteden in verschillende juridische situaties	6
1.5 Subsidies en vergunningen	8
2. Ruimte voor Maatschappelijk Aanbesteden	9
2.1 Maatschappelijke waarde	9
2.2 Het midden- en kleinbedrijf	9
2.3 Gids proportionaliteit	9
3. Technieken voor het vormgeven van een Maatschappelijke Aanbesteding	11
3.1 Een marktconsultatie organiseren	11
3.2 Onderverdelen in percelen	11
3.3 Meerdere gegadigden de opdracht gunnen	12
3.4 Onderhandelen met aanbieders	13
3.5 Varianten toestaan	13
3.6 Voorbehouden sociale werkplaatsen	14
3.7 Kenmerken van het product opnemen in de specificaties	14
3.8 Functionele specificaties toepassen	14
3.9 Eisen met betrekking tot de lokale context	15
3.10 Betrekken van gebruikers	15
3.11 Maatschappelijke doelen vastleggen als bijzondere uitvoeringsvoorwaarden	16
3.12 Uitsluitingsgronden sociale en milieu-eisen	16
3.13 Opstellen van de selectiecriteria	16
3.14 Maatschappelijke prestaties belonen in de gunningscriteria	17
Overzicht technieken inclusief relevante wettelijke bepalingen	18
4. Goede communicatie tussen aanbestedende dienst en aanbieders is noodzakelijk	19
Trefwoordenregister	21
Noten	22
Referenties	23

Inleiding

De laatste jaren groeit in Nederland het besef dat de grote maatschappelijke veranderingen waar we naar op zoek zijn niet uitsluitend door de overheid gerealiseerd kunnen worden. Niet alleen omdat de overheid wil terugtreden, maar ook omdat innovatieve en effectieve oplossingen vaak rechtstreeks van direct betrokkenen komen. Burgers nemen het heft zelf in handen en vormen de oude verzorgingsstaat om naar een nieuwe samenleving, waarin individuen zelf veranderingen realiseren. Talloze burger- en buurtinitiatieven zijn ontstaan om op kleinschalig niveau bij te dragen. Ook sociale ondernemingen pakken maatschappelijke opgaven op. De (landelijke) overheid kan en wil deze trend niet stoppen en verlegt haar aandacht van de uitvoering van maatschappelijk relevante taken naar een meer faciliterende rol.

Deze ontwikkelingen zijn relatief nieuw en vergen van opdrachtgevers andere kennis en vaardigheden dan de traditionele opdrachtgeversrol. Daarom is in 2013 het informatieblad 'Maatschappelijk Aanbesteden' opgesteld, met praktische informatie en voorbeelden van maatschappelijke opgaven die de overheid door de samenleving laat aanpakken. Er worden echter nog veel kansen gemist, omdat zowel overheidsinstanties als burgers onvoldoende op de hoogte zijn van de juridische mogelijkheden die zij tot hun beschikking hebben. Dit juridisch leaflet behandelt die mogelijkheden en is daarom van groot belang voor overheidsinstanties (in het bijzonder gemeenten) die de kracht van de samenleving beter willen benutten bij aanbestedingen. Ook kan het leaflet van waarde zijn voor (sociale) ondernemers, maatschappelijke instellingen en burgers die bij maatschappelijke aanbestedingen betrokken willen worden.



1. Wat is Maatschappelijk Aanbesteden?

1.1 Waarom besteden overheidsinstanties hun opdrachten aan?

De overheid gebruikt een groot deel van het belastinggeld van burgers om een aantal basisvoorzieningen voor hen te organiseren. Denk bijvoorbeeld aan het aanleggen van wegen en andere infrastructuur, maar ook aan zorg en onderwijs. Belastinggeld dient op doelmatige en rechtmatige wijze te worden besteed. Doelmatig besteden betekent dat enerzijds voorkomen moet worden dat door willekeur of onzorgvuldigheid belastinggeld niet terechtkomt waar het bedoeld is en anderzijds dat de beste kwaliteit voor de laagste prijs moet worden nagestreefd. Rechtmatig besteden betekent in eerste instantie dat transparante en objectieve procedures toegepast moeten worden, zodat het mogelijk is om te controleren of belastinggeld goed wordt besteed. Maar rechtmatige besteding betekent ook dat wanneer de overheid bepaalde taken door derden wil laten uitvoeren, zij alle potentiële geïnteresseerde derden dezelfde kansen geeft om een opdracht te kunnen verkrijgen. Om deze uitgangspunten te waarborgen worden competitieve, transparante, objectieve en niet-discriminerende procedures ingezet die bedoeld zijn om de “beste” uitvoerder (beste kwaliteit tegen de beste prijs) te selecteren.^A

1.2 Wanneer is aanbesteden aan de orde?

Allereerst is het van belang om te benadrukken dat geen regel een overheidsinstantie ‘verplicht’ om ondernemingen of andere overheden (derden) te benaderen om een opdracht (een dienst, werk of levering) uit te voeren. Een overheidsinstantie mag er voor kiezen om een opdracht in eigen beheer uit te voeren; we spreken dan van *inbesteden*. Bovendien mag een overheid in bepaalde situaties kiezen om in samenwerking met één of meer andere overheidsinstanties een opdracht van algemeen belang uit te voeren. In dit geval wordt gesproken van *publiek-publieke samenwerking*. Bij beide opties is er geen ruimte voor ondernemers en samenleving om te zorgen voor (een deel van) de uitvoering van de opdracht. Wanneer de overheid ondernemers benadert voor de uitvoering van diensten, werken of leveringen, spreken we van *aanbesteden*.

Zodra een overheidsinstantie de keuze heeft gemaakt om in te besteden, publiek-publiek samen te werken of aan te besteden, ontstaan verplichtingen van verschillende juridische aard. In elk geval moet daarbij rekening gehouden worden met het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht. Bij een aanbesteding dienen de juridische verplichtingen uit deze rechtsgebieden hoofdzakelijk om de beoogde doelmatige en rechtmatige besteding van publieke gelden te verzekeren. Naast het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht kan in bepaalde gevallen ook het mededingingsrecht een rol spelen. Voor meer informatie over het staatssteun- en mededingingsrecht kunt u terecht bij de Autoriteit Consument en Markt (www.acm.nl) en op www.europadecentraal.nl.

Kortom; het is niet verplicht om leveringen, diensten en werken bij een derde in te kopen, maar de keuze om dat wel te doen levert juridische verplichtingen op. De regelgeving kent echter veel uitzonderingen, waardoor aanbesteden, ook wanneer bij een derde ingekocht wordt, lang niet altijd verplicht is. De belangrijkste uitzondering betreft sociale diensten van algemeen belang. Deze diensten betreffen hoofdzakelijk de gezondheidszorg, maar kunnen ook bestaan uit wettelijke regelingen, bepaalde verzekeringen en ‘diensten die rechtstreeks aan betrokkenen worden verleend’. Wanneer sociale diensten van algemeen belang niet-economisch van aard zijn, vallen zij niet onder de aanbestedingsregels.^B

Zelfs wanneer aanbesteden niet verplicht is, kan uit doelmatigheids-overwegingen alsnog worden overwogen om wel aan te besteden. Een professionele aanbesteding en goede marktwerking kunnen immers belangrijke economische en maatschappelijke voordelen opleveren, zoals de bestrijding van corruptie, hogere kwaliteit en lagere prijzen.

1.3 Kenmerken van Maatschappelijk Aanbesteden

De term Maatschappelijk Aanbesteden wordt gebruikt wanneer een overheidsinstantie de uitvoering van een taak wil verstrekken aan de samenleving in ruime zin (sociale ondernemers, maatschappelijke instellingen en verenigde burgers).^C Dergelijke partijen kunnen – alleen of in samenwerking met elkaar - goede, innovatieve en creatieve oplossingen leveren die zelfs in diverse opzichten beter kunnen zijn dan de diensten van commerciële bedrijven. Wanneer één of meer partijen in dit verband samenwerken, spreken we van een *maatschappelijke coalitie*.

Een maatschappelijke aanbesteding kenmerkt zich doorgaans door het sociale karakter van de aanbieders, door intensieve samenwerking met doelgroepen vroeg in het traject en door een focus op maatschappelijke resultaten (outcome) in plaats van uitsluitend op te leveren producten (output). De overheid stelt dus kaders en blijft verantwoordelijk, maar houdt zich niet direct bezig met de uitvoering. Op deze wijze kunnen burgers zelf of samen met een onderneming invulling geven aan maatschappelijke vraagstukken. Maatschappelijk Aanbesteden past daarom goed in de hedendaagse tendens waarin de overheid wil terugtreden en de samenleving zelf de handschoen oppakt.

Bij het specificeren van resultaten (outcome) is het belangrijk het gewenste resultaat voldoende specifiek te maken, zodat objectief gemeten kan worden.¹

Het initiatief voor een maatschappelijke aanbesteding hoeft niet altijd van een overheidsinstantie te komen; een geïnteresseerde partij/maatschappelijke coalitie kan ook zelf een overheidsinstantie erop attenderen dat zij een taak wil uitvoeren. Essentieel is wel dat de overheid eindverantwoordelijk is voor de goede uitvoering van de betreffende taak en de kaders daarvoor stelt, terwijl de uitvoering van de taak verschuift naar de samenleving.

De rol van de betrokken overheidsinstantie kan per maatschappelijke aanbesteding verschillen. Als opdrachtgever zal zij doorgaans een vergoeding geven in ruil voor de uitvoering van taken. Dit kan via:

- i. een overheidsopdracht; en via
- ii. een concessie.^D

Bovendien verstrekken overheidsinstanties

- iii. vergunningen; en
- iv. subsidies.

Op al deze situaties kunnen regels van verschillende juridische aard van toepassing zijn. In dit leaflet worden de situaties onder i en ii behandeld. Aan de situaties onder iii en iv wordt kort aandacht besteed in paragraaf 1.5.

1.4 Maatschappelijk Aanbesteden in verschillende juridische situaties

Het aanbestedingsrecht is van toepassing als een maatschappelijke aanbesteding de vorm heeft van een overheidsopdracht (i) of van een concessieovereenkomst (ii). Beide zijn gedefinieerd als een *schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een of meer ondernemers en een of meerdere aanbestedende dienst(en)*.²

Aan het vereiste dat de overeenkomst in schriftelijk vorm moet zijn gesloten, wordt snel voldaan. Zelfs een bevestiging via e-mail of de ondertekening van een factuur is daarvoor voldoende. Het criterium “bezwarende titel” vergt een diepgaandere toetsing. Het Hof van Justitie van de EU heeft tot nu toe aangenomen dat aan dit vereiste snel werd voldaan. Een overeenkomst onder bezwarende titel betekent dat de aanbestedende dienst een prestatie voor een tegenprestatie ontvangt. De prestatie bestaat in de uitvoering door de ondernemer van bijvoorbeeld de werken waarover de aanbestedende dienst beoogt te beschikken. Vereiste voor een bewarende titel is dat de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang heeft bij de uit te voeren opdracht en dat een realisatieverplichting op de uitvoerder van de opdracht wordt gelegd. Wat de tegenprestatie betreft, daarvan is al sprake wanneer de ondernemer enig financieel voordeel verkrijgt.

Van een financieel voordeel is niet alleen sprake wanneer de ondernemer rechtstreeks een vergoeding ontvangt van de aanbesteder. Een financieel voordeel kan bij een overheidsopdracht bijvoorbeeld ook bestaan uit een vergoeding voor de kosten van grondstoffen of materialen, uit het niet innen van huurkosten of uit het verkrijgen van inkomsten van derden (anders dan door exploitatie van een dienst). Bij een concessie bestaat het financieel voordeel juist wel uit de exploitatie van de dienst of het werk, eventueel in combinatie met een vergoeding.

Ook het begrip “rechtstreeks economisch belang” moet ruim uitgelegd worden: de aanbestedende dienst heeft niet alleen een rechtstreeks economisch belang wanneer hij eigenaar wordt van de leveringen, diensten of werken, maar ook wanneer hij bijvoorbeeld over de uit te voeren werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming. Daarnaast kan het economische belang ook liggen in de economische voordelen die de aanbestedende dienst zal kunnen halen

uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk of in de risico's die hij loopt bij economische mislukking van het werk.

Om van een realisatieverplichting te spreken, is het niet noodzakelijk dat een ondernemer zich direct verbindt tot de uitvoering van de betrokken leveringen, diensten of werken. Ook wanneer hij zich indirect verbindt – en die verbintenis in rechte kan worden afgedwongen – ontstaat een realisatieverplichting voor de ondernemer en is aan de eis van de bezwarende titel voldaan. Alleen in gevallen waarbij die plicht duidelijk niet aan de orde is, kan gesproken worden van een subsidie (zie hierover meer in paragraaf 1.5 subsidies en vergunningen).

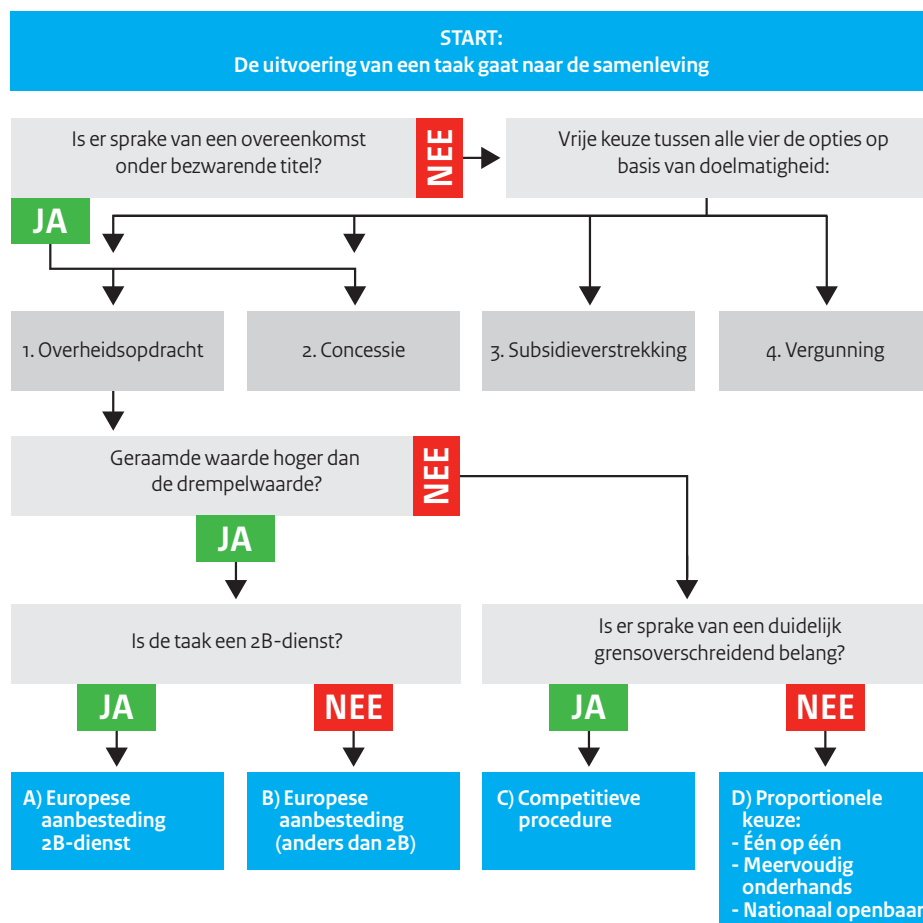
De verschillende juridische situaties waarin een maatschappelijke aanbesteding voor kan komen zijn weergegeven in een beslisboom (figuur 1).

Europese drempels

Binnen de categorie overheidsopdrachten is het van belang of de waarde van de opdracht de Europese drempelbedragen overstijgt. Wanneer dit niet het geval is, is slechts een beperkt deel van de aanbestedingsregels van toepassing. De hoogte van de Europese drempels wordt eens per twee jaar bijgesteld.³ Tot en met 31 december 2015 gelden onderstaande drempelbedragen.

Soort overheidsopdracht	Drempelbedrag
Leveringen en diensten centrale overheid	€ 134.000
Leveringen en diensten decentrale overheid	€ 207.000
Werken (centrale en decentrale overheid)	€ 5.186.000
Concessie openbare werken	€ 5.186.000

Wanneer de geraamde waarde van een overheidsopdracht lager is dan het drempelbedrag, hoeft de opdracht niet Europees aanbesteed te worden. De aanbestedende dienst heeft in die situatie de ruimte om te kiezen tussen een enkelvoudig of meervoudig onderhandse aanbesteding of een nationaal openbare aanbesteding. De Gids Proportionaliteit (zie paragraaf 2.3 van dit leaflet) vermeldt voor elk van deze procedures bij welke opdrachtwaarden het toepassen van de procedure proportioneel is. Zo stelt de Gids dat een enkelvoudig onderhandse procedure over het algemeen niet proportioneel is voor een opdracht met een geraamde waarde hoger dan € 50.000; de voordelen van het organiseren van een meervoudig onderhandse procedure wegen in die situatie doorgaans op tegen de kosten ervan. Met een goede motivering mag een aanbestedende dienst echter van de Gids Proportionaliteit afwijken. Evenzo blijft het toegestaan om Europees aan te besteden, ook wanneer de geraamde waarde het drempelbedrag niet overschrijdt.



Figuur 1: beslisboom Maatschappelijke Aanbesteding

Eenvoudige regels onder de drempels: duidelijk grensoverschrijdend belang

De Europese aanbestedingsregels zijn een nadere concretisering van de regels van het vrije verkeer die aan de basis liggen van de Europese verdragen. Europa heeft het nodig geacht om slechts opdrachten met een substantiële waarde aan regels te onderwerpen. Echter, in specifieke gevallen kunnen opdrachten met een lagere waarde alsnog interessant zijn voor potentiële inschrijvers uit andere EU lidstaten. In dat geval spreken we van opdrachten die een “duidelijk grensoverschrijdend belang” hebben. Op deze opdrachten zijn de regels uit de EU aanbestedingsregelgeving niet van toepassing, maar de regels van het vrij verkeer in het kader van de interne markt wel. Daarom mogen ook bij deze categorie opdrachten geen discriminerende regels voor de inschrijvers dan wel de inschrijvingen worden gehanteerd; er dient kortom op basis van de algemene uitgangspunten en beginselen van het aanbestedingsrecht te worden gehandeld.

Er zijn geen wettelijke regels waarmee bepaald kan worden of er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het Hof van Justitie van de EU heeft hiervoor in zijn jurisprudentie wel aanwijzingen gegeven. Het is aan een aanbestedende dienst om te beoordelen of de opdracht die hij wil aanbesteden een duidelijk

grensoverschrijdend belang heeft. Hij is verantwoordelijk voor het nemen van deze beslissing en een foutieve beslissing kan door een potentiële inschrijver bij de rechter worden aangevochten.

Uit de Europese jurisprudentie blijkt dat een duidelijk grensoverschrijdend belang kan voortkomen uit:

- a) de waarde van de opdracht (wanneer die relatief hoog is);
- b) de technische aard van de opdracht (wanneer die specialistisch is);
- c) de locatie van de uit te voeren opdracht (wanneer die in een grensgebied ligt).⁴

Aanbestedende diensten dienen zich er dus bewust van te zijn dat voor opdrachten onder de drempels toch een transparantieplichting kan gelden.

Een overheidsopdracht onder de drempels met een duidelijk grensoverschrijdend belang moet vooraf worden aangekondigd. Bovendien moet een op concurrentie gerichte procedure gevolgd worden. Zonder duidelijk grensoverschrijdend belang is de

aanbestedende dienst onder de drempels niet verplicht om de opdracht vooraf aan te kondigen. Wel blijft deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing voor alle aanbestedende diensten; daarnaast dienen aanbestedende diensten die tevens bestuursorganen zijn, de (Nederlandse) beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.

Eenvoudige regels voor bijlage 2B-diensten

Een overheidsopdracht moet Europees worden aanbesteed volgens de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 wanneer de geschatte waarde van de opdracht het Europese drempelbedrag overschrijdt en aan alle overige voorwaarden is voldaan. Er is echter een uitzondering voor bepaalde diensten die genoemd worden in bijlage 2B van de Europese richtlijnen (de zogenaamde 2B-diensten).⁵ Onder deze diensten vallen bijvoorbeeld gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening, onderwijs, cultuur, sport en recreatie. Voor elke van deze categorieën geldt dat met behulp van zogenoemde CPV-codes meer gedetailleerd gespecificeerd kan worden welke diensten hieronder vallen.⁶ Een aanbestedende dienst kan geen gebruik maken van de 2B-uitzondering wanneer de dienst die hij wenst aan te besteden niet is opgenomen in bijlage 2B.

Voor aanbestedingen van 2B-diensten geldt slechts een zeer beperkt aantal van de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 (zie de artikelen 2.38 en 2.39). Aanbestedende diensten dienen in ieder geval:

- a) de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht te nemen; en**
- b) de regels die gelden ten aanzien van de te gebruiken technische specificaties in acht te nemen; en**
- c) een proces-verbaal op te maken; en**
- d) een mededeling van gunning (achteraf dus) bekend te maken bij de Europese Commissie.⁷**
- e) (vooraf bekend te maken wanneer sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang; zie verder hieronder).**

Aanbestedende diensten die tevens bestuursorganen zijn, dienen ook de (Nederlandse) beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.

Een uitzondering op het bovengenoemde zeer lichte aanbestedingsregime treedt op wanneer een opdracht voor een 2B-dienst een duidelijk grensoverschrijdend belang kent. In dat geval moet de

opdracht ook vooraf worden aangekondigd en moet een op concurrentie gerichte procedure gevolgd worden.⁸

In de nieuwe richtlijn vervalt de categorie 2B-diensten. De richtlijn bevat echter wel bijzondere bepalingen voor diensten opgenomen in de nieuwe bijlage XIV, waardoor het verlichte regime voor veel diensten grotendeels overeind zal blijven: veel diensten uit de huidige bijlage 2B zijn opgenomen in de nieuwe bijlage XIV.⁸

1.5 Subsidies en vergunningen

Een belangrijk hulpmiddel om maatschappelijke initiatieven te kunnen uitvoeren is de subsidie. Een subsidie is een financiële bijdrage die de overheid verstrekt aan een aanvrager met het doel een bepaalde activiteit uit te voeren, maar zonder de verplichting om die activiteit daadwerkelijk te realiseren. De gemeente Utrecht verstrekt bijvoorbeeld diverse subsidies voor activiteiten die de leefbaarheid in de wijken verbeteren. De subsidies kunnen o.a. worden gebruikt voor het opknappen van speelvoorzieningen, meer groen op straat, een veiliger oversteekplaats of een ontmoetingsplek voor jongeren. De subsidie zorgt ervoor dat buurtbewoners dergelijke (relatief kleinschalige) initiatieven kunnen ondernemen. Bij het verstrekken van subsidies moet wel gelet worden op de mogelijke toepasselijkheid van de aanbestedings- en staatssteunregels. Voor meer informatie over staatssteun kunt u terecht op www.acm.nl en www.europadecentraal.nl.⁹

Ook kan het nodig zijn om bij het opzetten van een maatschappelijk initiatief een vergunning aan te vragen. Voor het exploiteren van een buurthuis of een kantine is bijvoorbeeld een exploitatievergunning en in sommige gevallen een drank- en horecavergunning nodig. Het aanbestedingsrecht is niet van toepassing op vergunningen. Wel zijn bij de toekenning en verdeling van vergunningen de beginselen van transparantie en non-discriminatie van toepassing.⁹ Bovendien is het belangrijk om een vergunning goed te onderscheiden van een concessie voor de uitvoering van overheidsdiensten. Een belangrijk onderscheidend kenmerk is dat alleen bij een concessie sprake is van wederzijds bindende verplichtingen.

In dit leaflet wordt verder geen aandacht besteed aan subsidies en vergunningen.

2. Ruimte voor Maatschappelijk Aanbesteden

Maatschappelijk Aanbesteden in de vorm van een overheidsopdracht of concessie betekent dat een overheidsinstantie een aanbestedingsprocedure voor de uitvoering van een opdracht benut om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te leveren. Die maatschappelijke waarde komt voort uit de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de opdracht tot stand komt en uitgevoerd wordt. Het is daarbij belangrijk om te realiseren dat een maatschappelijke aanbesteding voor een overheidsopdracht of concessie juridisch niet verschilt van een reguliere aanbesteding. Het verschil tussen beide komt voort uit de keuzes die de aanbesteder maakt binnen de aanbestedingsprocedure. Omdat de regelgeving ruimte laat om dergelijke keuzes te maken, kan een overheidsinstantie een aanbesteding gebruiken om verschillende maatschappelijke doelstellingen te realiseren. Bijvoorbeeld door burgers en sociale ondernemers de kans te bieden om een taak op zich te nemen. Of door hen (en andere doelgroepen) vooraf mee te laten praten over de diensten die de overheid voor hen inkoopt.

In dit leaflet worden 14 technieken genoemd om maatschappelijke, sociale en duurzame doelen na te streven in een aanbesteding. Voor elke techniek wordt daarbij aangegeven in welke situatie(s) het toegestaan is de techniek toe te passen (boven of onder de Europese drempel, wel of geen duidelijk grensoverschrijdend belang, etc.). Veel technieken zijn in alle situaties toegestaan. Dit is niet verwonderlijk, omdat de regelgeving zowel boven als onder de Europese drempels zich mede richt op de inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie. Alle technieken vindt u beknopt terug in de overzichtstabel aan het eind van hoofdstuk 3.

Voordat de technieken worden besproken (hoofdstuk 3), worden in dit hoofdstuk eerst een aantal algemene uitgangspunten behandeld die in alle situaties van toepassing zijn. Het leaflet sluit af met een aantal mogelijkheden die (potentiële) inschrijvers hebben om aanbestedende diensten vragen te stellen over een aanbestedingsprocedure. Bovendien wordt een zeer beknopt overzicht geboden van de mogelijkheden die inschrijvers hebben om zich tot de rechter te wenden (hoofdstuk 4).

2.1 Maatschappelijke waarde

Artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 verplicht aanbestedende diensten om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te leveren voor publieke middelen. Deze verplichting geldt zowel onder als boven de drempel en vormt daarmee een belangrijke doelstelling voor alle aanbestedingen van Nederlandse overheidsinstanties. De term ‘maatschappelijke waarde’ is echter niet gedefinieerd in de wet. In de Memorie van Antwoord (MvA)¹⁰ bij de Aanbestedingswet 2012 valt te lezen dat onder maatschappelijke

waarde bedoeld wordt ‘het zo goed mogelijk besteden van publieke middelen waardoor zo veel mogelijk maatschappelijke waarde wordt gecreëerd’. Kamerlid Koppejan, die de maatschappelijke waarde-verplichting heeft aangedragen, lichtte toe dat gericht overheidsbeleid op het gebied van aanbestedingen belangrijke besparingen kan realiseren.¹¹ Maar naast besparingen, verduidelijkt de MvA ook dat onder maatschappelijke waarde kwalitatieve aspecten bij de gunning of duurzaamheid en innovatie kunnen worden verstaan. Bovendien noemt de MvA het opnemen van voorwaarden tot het inschakelen van een bepaald percentage langdurig werklozen of arbeidsgehandicapten bij de uitvoering van een opdracht.¹²

De Europese Commissie stelde in haar Groenboek uit 2011¹³ al dat overheidsdiensten strategisch gebruik dienen te maken van aanbestedingen door producten aan te schaffen met een hogere maatschappelijke waarde. Bijvoorbeeld goederen en diensten die ‘innovatie bevorderen, milieuvriendelijk zijn en klimaatverandering tegengaan, het energieverbruik verminderen, de werkgelegenheid, volksgezondheid en sociale omstandigheden verbeteren, en tegelijk gelijkheid bevorderen en de insluiting van achtergestelde groepen verbeteren’. Het is dus goed verdedigbaar dat aanbestedingen die één of meer van deze doelen nastreven beantwoorden aan de verplichting om maatschappelijke waarde te leveren.¹⁴

2.2 Het midden- en kleinbedrijf

Een onderneming wordt in Nederland gerekend tot het midden- en kleinbedrijf (MKB) wanneer zij maximaal 250 medewerkers in dienst heeft. Een maatschappelijke coalitie – ongeacht of die bestaat uit sociale ondernemers, maatschappelijke instellingen en/of verenigde buurtbewoners – zal daarmee snel tot het MKB behoren. Het vergroten van de kansen van het MKB bij aanbestedingen en het vergroten van het potentieel voor maatschappelijke aanbestedingen gaan dus hand in hand.

Zowel in Europees als in Nederlands verband is het bevorderen van MKB-deelname in aanbestedingen al jarenlang een belangrijk uitgangspunt. De Nederlandse Aanbestedingswet 2012 is opgesteld om zeven ambities te realiseren, waarvan de eerste ambitie het verbeteren van de toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten is. De belangrijkste maatregel die hiertoe genomen is betreft de Gids Proportionaliteit (paragraaf 2.3).

In de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen¹⁵, die in 2014 gepubliceerd zijn en in 2016 in het nationale recht geïmplementeerd moeten zijn, komt het belang van het MKB zelfs nog prominenter naar voren. De Europese wetgever stelt dat het nodig was om de oude richtlijnen te herzien ‘met het oog op een doelmatiger besteding van overheidsmiddelen, in het bijzonder door de deelneming van het midden- en kleinbedrijf aan overheidsopdrachten te bevorderen, en om aanbesteders in staat te stellen overheidsopdrachten beter te gebruiken ter ondersteuning van gemeenschappelijke maatschappelijke doelen’.

2.3 Gids proportionaliteit

De Nederlandse overheid erkent dat het bevorderen van concurrentie in de markt voor overheidsopdrachten van fundamenteel belang is. Het is echter moeilijker om in de publieke sector concurrentie te stimuleren dan in andere sectoren, omdat in de publieke sector private en publieke belangen samenkomen. Met de Aanbestedingswet 2012 en het flankerend beleid heeft de wetgever daarom enerzijds een level playing field voor het bedrijfsleven willen waarborgen en anderzijds de publieke belangen van de overheid willen bewaken. Om deze twee doelstellingen na te streven wordt het proportionaliteitsbeginsel ingezet, dat in grote mate uit het Europees recht afkomstig is. Het begrip ‘proportioneel’ betekent hier ‘in redelijke verhouding staan tot’. Het proportionaliteitsbeginsel is gericht op het waarborgen van redelijke verhoudingen tussen verschillende belangen, doelstellingen en instrumenten in een aanbestedingsprocedure.

Gelijktijdig met de Aanbestedingswet 2012 is de Gids Proportionaliteit ingevoerd, die voorschriften bevat voor proportionele keuzes van aanbestedende diensten. In de Gids is de verplichting uit de Aanbestedingswet 2012 om uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria te stellen die in een redelijke verhouding

staan tot de aard en de omvang van een opdracht, gedetailleerd uitgewerkt. Deze verplichting geldt in elk geval ten aanzien van het al of niet samenvoegen van opdrachten, de te stellen termijnen en de voorwaarden van de overeenkomst. Bij Europese aanbestedingen en bij nationale aanbestedingen anders dan meervoudig onderhands, geldt de verplichting bovendien ten aanzien van de uitsluitingsgronden, de inhoud van de geschiktheidseisen, het aantal te stellen geschiktheidseisen, de gunningscriteria en een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving.¹

Elke afwijking van de Gids Proportionaliteit dient te worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken. Algemene of zwakke motivaties zijn daarbij onvoldoende; alleen een goede grond kan een afwijking rechtvaardigen. Ondernemingen die zich benadeeld voelen door een ondeugdelijk gemotiveerde afwijking kunnen een klacht indienen (zie hiervoor hoofdstuk 4 van dit leaflet). Het toepassen van de Gids Proportionaliteit voorkomt (o.a.) dat aanbestedende diensten opdrachten onnodig groot maken, te zware eisen stellen of te uitgebreide procedures kiezen. Dit is vooral ten gunste van kleine ondernemingen, die vaak niet kunnen deelnemen aan dergelijke ‘zware’ aanbestedingen.

3. Technieken voor het vormgeven van een Maatschappelijke Aanbesteding

De voorbereiding van de aanbesteding

3.1 Een marktconsultatie organiseren

Een handige methode om meer te weten te komen over wat de ondernemers en de samenleving te bieden hebben, is het organiseren van een marktconsultatie: een overleg met potentiële inschrijvers voordat een opdracht in de markt gezet wordt. Een marktconsultatie is bedoeld om kennis van de markt te vergaren en kan bijvoorbeeld helpen om mogelijkheden te vinden om sociale en duurzame aspecten mee te nemen. Bovendien kan een gesprek met de markt/de samenleving verhelderen of de door de aanbestedende dienst vastgestelde doelen realistisch zijn en of er eventueel betere opties zijn om die doelen te verwezenlijken.

Aanbestedende diensten zijn vaak terughoudend om een marktconsultatie te organiseren, omdat ondernemers die niet deelnemen aan de consultatie benadeeld zouden worden ten opzichte van de deelnemende ondernemers. Een marktconsultatie is echter juridisch toegestaan, zoals vermeld is in de Gids Proportionaliteit. De aanbestedende dienst kan het beginsel van transparantie waarborgen door een verslag van de inhoud en het proces van de marktconsultatie bij de aanbestedingsstukken te voegen. Het vermeende voordeel van ondernemers die geconsulteerd zijn, wordt hiermee teniet gedaan.

Voorbeeld marktconsultatie

Voor de gezamenlijke inkoop van Wmo-maatwerkvoorzieningen in 2014 hebben de gemeenten Tytsjerksteradiel en Achtkarspelen gebruik gemaakt van een marktconsultatie. De Wmo-diensten waren nieuw voor de gemeenten, aangezien vergelijkbare zorgproducten voorheen werden ingekocht door zorgverzekeraars. De gemeenten hebben de marktconsultatie in eerste instantie gebruikt om innovatieve ideeën voor het definiëren van de opdracht te toetsen bij de markt. Daarbij zijn zij met potentiële aanbieders in gesprek gegaan over zinvolle voorwaarden en minimumeisen aan opdracht en opdrachtnemer. Het stellen van te hoge kwaliteits- en rapportage-eisen zou veel kleine, nieuwe zorgaanbieders uitsluiten van de opdracht, terwijl bij te lage eisen de kwaliteit van dienstverlening onvoldoende gewaarborgd is. De marktconsultatie gaf de gemeenten een genuanceerd beeld van welke minimumeisen aan inschrijvers, rapportage-eisen en uitvoeringsvoorwaarden geschikt, zinvol en proportioneel waren. De toevoeging van het verslag van de inhoud en het proces van deze marktconsultatie bij de aanbestedingsstukken diende ter inachtneming van de overige algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Toekomstig recht: marktconsultaties

Met de nieuwe Europese richtlijn overheidsopdrachten is de mogelijkheid om een marktconsultatie te organiseren ook neergelegd in de regelgeving (artikel 40 richtlijn 2014/24/EU). Aanbestedende diensten wordt de bevoegdheid gegeven vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure marktconsultaties te houden om ondernemers bekend te maken met hun aanbestedingsplannen en voorwaarden. De marktconsultatie kan ook verricht worden met het doel advies van onafhankelijke deskundigen, instanties of marktdeelnemers te verkrijgen dat kan worden gebruikt bij de planning en uitvoering van de aanbestedingsprocedure. Voorwaarde is wel dat de verkregen informatie niet tot mededingingsvervalsing leidt en de beginselen van non-discriminatie en transparantie in acht worden genomen.

3.2 Onderverdelen in percelen

Binnen de regels van het aanbestedingsrecht is het toegestaan een opdracht in verschillende stukken (percelen) onder te verdelen. Alle percelen worden op de markt gebracht in dezelfde aanbestedingsprocedure, maar elk perceel kan door een andere ondernemer gewonnen worden. Het hanteren van percelen wordt aangemoedigd: wanneer een opdracht geclusterd is (meerdere opdrachten zijn samengevoegd in één aanbesteding) is het uitgangspunt van de Aanbestedingswet 2012 dat elk van de oorspronkelijke opdrachten als apart perceel wordt aanbesteed.¹⁵ Maar aanbestedende diensten kunnen ook uit strategische overwegingen kiezen om percelen te hanteren. Bijvoorbeeld wanneer zij niet afhankelijk willen zijn van één ondernemer of wanneer de opdracht verschillende expertises vraagt die niet in één onderneming verenigd zijn. Ook de wens van een aanbestedende dienst om kleinere ondernemingen in de gelegenheid te stellen om mee te dingen naar een deel van de opdracht kan aanleiding zijn voor een onderverdeling in percelen. Dit is één van de meest effectieve methoden om meer kansen te bieden aan kleine ondernemingen die wat betreft capaciteit en diversiteit van expertise moeilijk kunnen concurreren met grotere partijen.

Voorbeeld opdelen in percelen¹⁶

De gemeente Heerde heeft in 2014 een nieuw gemeentekantoor aangeschaft en ingericht voor minder dan €30.000 per medewerker. De gemiddelde stichtingskosten van een gemeentehuis zijn aanzienlijk hoger: €85.000 per medewerker. De lage kosten in Heerde zijn voor een deel te verklaren door een kantoorconcept dat uitgaat van 0,7 werkplek per medewerker en door de moeilijke periode in de bouw. Bovendien was er veel aandacht voor duurzaamheid en hergebruik. De gemeente heeft een bestaand pand aangekocht en - ook al is de inrichting volledig gewijzigd - alle deuren, kozijnen, ramen en systeemwanden hergebruikt. Maar daarmee zijn de aanmerkelijk lagere kosten nog niet verklaard.

Het belangrijkste element voor de lagere kosten was de keuze voor een 'lokale' aanbesteding. De gemeente had ervoor gekozen de percelen zo in te delen dat er altijd één of meer lokale partijen mee konden doen. Daarmee was het niet een puur lokale aanbesteding, ook anderen konden inschrijven. Dit is namelijk een belangrijke voorwaarde om aan de regels van het vrij verkeer en specifiek de aanbestedingsregels te voldoen. Uiteindelijk wonnen lokale partijen zes van de zeven percelen. Doordat die partijen er eer in stelden de klus te winnen, waren de biedingen zeer concurrerend. Bovendien werkten ze in het zicht van burger en politiek, waardoor ze niet anders konden dan perfect werk leveren. Het project werd dan ook opgeleverd zonder herstel- of meerwerk.

De lokale aanpak had ook een positief effect op het draagvlak onder de burgers. De mannen die aan het werk waren, hadden collega's, partners, burens en familie in Heerde. Veel inwoners hebben uit eerste hand gehoord hoe er aan het nieuwe kantoor gewerkt werd. In een kleine gemeenschap als Heerde had iedereen wel een vriend, kennis of familielid die direct of indirect bijdroeg aan het nieuwe kantoor. Hierdoor beschouwden de inwoners van Heerde het project als 'hun' gemeentekantoor. Daarmee heeft het ook bestuur en samenleving dicht bij elkaar gebracht.

Wanneer de totale waarde van alle percelen de Europese drempelbedragen overschrijdt, moeten alle percelen Europees worden aanbesteed. De aanbestedingsregelgeving voorziet echter in één uitzondering. Een aanbestedende dienst mag één of meer percelen buiten de aanbesteding houden, mits de totale waarde van die percelen niet meer dan 20% bedraagt van de waarde van alle percelen. Bovendien mag de waarde van één buiten de aanbesteding gehouden perceel niet hoger zijn dan €80.000 voor leveringen en diensten en €1.000.000 voor werken.¹⁷ Een perceel 'buiten de aanbesteding houden' betekent dat de Europese richtlijnen niet van toepassing zijn op dat perceel. De aanbestedende dienst kan voor zo'n perceel – in overeenstemming met de eigen beleidsregels – een ander procedure hanteren, bijvoorbeeld een enkelvoudig of meervoudig onderhandse procedure. Het is daarbij goed mogelijk

om een procedure te kiezen die toegankelijker is voor het MKB of voor sociale ondernemingen, zodat de kans dat een kleine/sociale onderneming het perceel wint wordt vergroot.

Voorbeeld toepassen percelen regeling

Een buurtinitiatief maakt bij de gemeente kenbaar dat het graag het lokale groenbeheer wil uitvoeren tegen een geringe vergoeding. De waarde van het groenbeheer in de betreffende buurt is relatief laag, maar de waarde van al het groenbeheer in de gehele gemeente overschrijdt het Europese drempelbedrag. De gemeente besluit daarom het groenbeheer Europees aan te besteden, waarbij elke buurt in de gemeente een apart perceel vormt. De buurt die de interesse heeft van het buurtinitiatief is een apart perceel, waarvan de waarde minder dan €20.000 bedraagt, ruim minder dan 20% van de waarde van alle percelen. De gemeente kan dit perceel buiten de aanbesteding houden en – conform de eigen beleidsregels en de Gids Proportionaliteit – één op één gunnen aan het buurtinitiatief.

Let wel op dat deze laatste regeling alleen van toepassing is bij gelijktijdige gunning van de opdracht in percelen.

3.3 Meerdere gegadigden de opdracht gunnen

Het is niet verplicht om voor elke overheidsopdracht exact één ondernemer te selecteren om de opdracht uit te voeren.¹⁸ Het is toegestaan om meerdere ondernemers te selecteren en te contracteren voor dezelfde opdracht, bijvoorbeeld door gebruik te maken van een raamovereenkomst.¹⁹ Een raamovereenkomst is een soort afroepcontract waarin alle voorwaarden van een opdracht bepaald zijn, behalve de tijdstippen en hoeveelheden van daadwerkelijke afname door de aanbestedende dienst. Een dergelijke overeenkomst is geschikt wanneer een aanbestedende dienst met een zekere regelmaat eenzelfde soort opdracht verstrekt. Het kan bijvoorbeeld gaan om een raamovereenkomst met verschillende ondernemers voor het aanbieden van budgettrainingen aan personen die hun eigen huishoudbeurs niet goed kunnen overzien. Of om het aanbieden van dagbesteding op een zorgboerderij. De looptijd van een raamovereenkomst mag niet meer dan vier jaar bedragen (behalve in gemotiveerde uitzonderingsgevallen).

De Aanbestedingswet bepaalt dat wanneer een raamovereenkomst wordt gesloten met meerdere ondernemers, dit er ten minste drie moeten zijn. Op deze manier wordt gestimuleerd om zo veel mogelijk ondernemers een kans te bieden om (een deel van) een opdracht uit te voeren.²⁰ Een groot voordeel van het gebruik van een raamovereenkomst is dat veel startende partijen geholpen kunnen worden om hun onderneming (eventueel in de vorm van een stichting of vereniging) op te zetten; dankzij de raamovereenkomst hebben ze immers allen een kans op meer omzet, een kans om ervaring op te doen en een potentieel referentieproject dat gebruikt kan worden in toekomstige aanbestedingen.

Voorbeeld gunnen aan meerdere gegadigden

Sinds 1 januari 2015 zijn gemeenten verantwoordelijk voor een groot deel van de zorg en het welzijn van hun inwoners. Zij moesten daarvoor diensten voor begeleiding, dagbesteding en jeugdzorg inkopen bij zorgaanbieders. In veel gemeenten zijn daarom diverse (kleine) nieuwe aanbieders ontstaan. Zeker voor dagbesteding zijn veel zorgboerderijen - die voorheen geen contracten met gemeenten hadden - zelfstandig de markt op gegaan. Een raamcontract is hier ideaal om al deze aanbieders een kans te geven om zichzelf te bewijzen. Nog mooier wordt het wanneer burgers die gebruik maken van dagbesteding zelf hun favoriete aanbieder mogen uitkiezen. Doordat deze burgers ervaringen uitwisselen met elkaar, met zorgprofessionals en met gemeenteambtenaren, zullen de betere zorgboerderijen na verloop van tijd vaker gekozen worden. Uiteindelijk zullen niet de aanbieders overblijven die de beste offerte kunnen schrijven, maar de aanbieders die in de praktijk de beste dagbesteding aanbieden.

3.4 Onderhandelen met aanbieders

Een onderhandelingsprocedure kenmerkt zich doordat een aanbestedende dienst, nadat de inschrijvingen zijn ontvangen en beoordeeld, de ruimte heeft om met de inschrijvers te overleggen. De aanbestedende dienst stelt daarbij - aan de hand van onderhandelingen met één of meer inschrijvers - de voorwaarden van de opdracht vast voordat de gunningsbeslissing genomen wordt.²¹ De Aanbestedingswet 2012 kent twee onderhandelingsprocedures: de onderhandelingsprocedure met bekendmaking en de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Voor overheidsopdrachten boven de Europese drempels die niet vallen onder de zB-diensten, mogen beide procedures slechts toegepast worden in een zeer restrictief aantal situaties - die uitputtend zijn vermeld in de artikel 2.30-2.37 van de Aanbestedingswet 2012.J

Voor onderhandelingen is het echter van groot belang of de dienst die wordt aanbesteed is opgenomen in bijlage zB en of er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang (zie paragraaf 1.4). Voor zB-diensten zijn aanbestedende diensten namelijk niet gebonden aan de onderhandelingsprocedures die de Aanbestedingswet 2012 voorschrijft, maar mogen zij hun eigen onderhandelingsprocedures ontwerpen. Dit geldt eveneens voor concessieovereenkomsten voor diensten, aangezien die niet onder de Europese richtlijnen vallen (de aanbestedingsbeginselen zijn wel van toepassing wanneer concessies voor diensten een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen; vanaf april 2016 zal bovendien de nieuwe richtlijn inzake concessies in het Nederlands recht worden geïmplementeerd, waarin ook voor concessies aanbestedingsverplichtingen worden geïntroduceerd; de drempel voor de toepassing is hoog: € 5.186.000²²).

Niet als elke procedure die een aanbestedende dienst ontwerpt voor een zB-dienst, hoeft een onderhandeling voor een zB-dienst slechts

aan een aantal voorwaarden te voldoen. De belangrijkste verplichtingen zijn het opnemen van de technische specificaties in de aanbestedingsstukken en het (achteraf) plaatsen van een aankondiging van de resultaten van de procedure (zie paragraaf 1.4). Het is niet verplicht om de opdracht vooraf aan te kondigen en geïnteresseerde ondernemingen toe te staan deel te nemen aan de onderhandeling, tenzij er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. In het laatste geval blijven de beginselen van transparantie en non-discriminatie van toepassing, wat vooral betekent dat de opdracht in het openbaar bekend dient te worden gemaakt en dat alle voor een onderhandeling uitgenodigde ondernemers gelijk behandeld moeten worden.²³

Kortom, voor zB-diensten is onderhandelen toegestaan en zijn aanbestedende diensten niet gebonden aan de onderhandelingsprocedures uit de Aanbestedingswet 2012. Voor andere opdrachten is het slechts in uitzonderlijke situaties toegestaan om één van de twee onderhandelingsprocedures toe te passen.

Onderhandelingen zijn zeer bruikbaar om informatie en suggesties van de markt te vergaren. Met deze input kan een opdracht zodanig vorm gegeven worden dat zoveel mogelijk maatschappelijke waarde wordt gecreëerd. Bovendien biedt een onderhandeling maatschappelijke coalities de kans om hun plannen in gesprek met een aanbestedende dienst over het voetlicht te krijgen. Daar zijn zij vaak prima toe in staat, terwijl het schrijven van een formele offerte ervaring vergt die niet altijd voorhanden is.

Onderhandelingen mogen niet in spanning komen met de Mededingingswet. Meer informatie hierover kan worden verkregen bij de ACM (www.acm.nl).

3.5 Varianten toestaan

Een aanbestedende dienst mag kiezen om inschrijvers toe te staan om een variant in te dienen. Dat houdt in dat inschrijvers naast hun 'standaardofferte' nog een offerte in mogen dienen die op één of meer kwalitatieve criteria afwijkt van de standaardofferte. De tweede offerte wordt de variant genoemd. Het gebruik van varianten stimuleert innovatieve en creatieve aanbiedingen. Vaak scoort de variant dan ook beter op duurzame of maatschappelijke criteria. Zeker wanneer de aanbestedende dienst veel gewicht heeft gegeven aan maatschappelijke wensen: juist op die wensen krijgt hij nu meer verschillende en vaak betere oplossingen aangeboden. Uiteraard kunnen aanbieders dergelijke oplossingen ook aanbieden wanneer varianten niet zijn toegestaan (de creatieve, innovatieve oplossing is dan de enige offerte). Echter, aanbieders moeten dan wel de afweging maken om hun standaardofferte niet in te dienen. Hoewel een deel van de aanbieders daartoe mogelijk wel bereid is, zijn er altijd risicomijdende aanbieders die voor de veilige, bekende weg kiezen en toch de standaardofferte indienen. Wanneer varianten zijn toegestaan speelt dit probleem niet, omdat aanbieders simpelweg beide offertes mogen indienen. Voorwaarde voor het toestaan van varianten is dat de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht al vermeldt dat hij

varianten toestaat. Bovendien moet de opdracht gegund worden op basis van de Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI) en moeten alle offertes (standaardoffertes en varianten) beoordeeld worden met dezelfde gunningscriteria en -methodieken.²⁴

3.6 Voorbehouden sociale werkplaatsen

Op grond van artikel 2.82 van de Aanbestedingswet 2012 kunnen aanbestedende diensten de deelname aan aanbestedingen voor overheidsopdrachten voorbehouden aan sociale werkplaatsen. De voorwaarden hiervoor zijn dat ten minste 50% van de werknemers van een dergelijk bedrijf personen zijn met een handicap en dat deze personen onder normale omstandigheden geen werkzaamheden kunnen uitvoeren. Als derde voorwaarde geldt dat deze bepaling in de aankondiging van de opdracht moet worden opgenomen. De reden dat deze mogelijkheid in wetgeving is neergelegd, is dat sociale werkplaatsen niet onder normale voorwaarden mee kunnen dingen met andere marktpartijen naar een opdracht. Om hen toch die kans te bieden, is het voorbehouden van opdrachten mogelijk gemaakt. Vanzelfsprekend moeten alle sociale werkplaatsen die (willen) deelnemen aan de aanbesteding gelijk behandeld worden (het is dus niet mogelijk om een voorbehoud te maken voor één specifieke sociale werkplaats).

Toekomstig recht: sociale werkplaatsen

In de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn is in artikel 20 de mogelijkheid om een voorbehoud te maken voor sociale werkplaatsen zelfs verruimd. De toegang tot een aanbestedingsprocedure mag voorbehouden worden aan sociale werkplaatsen waar ten minste 30% van de werknemers gehandicapte of kansarme werknemers zijn.²⁵

Het definiëren van de opdracht

3.7 Kenmerken van het product opnemen in de specificaties

Een aanbestedende dienst heeft veel ruimte om de specificaties van een opdracht naar eigen inzicht op te stellen, zolang de specificaties de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht eerbiedigen. Aanbestedende diensten mogen immers zelf bepalen welke producten zij willen inkopen.²⁶ De specificaties bieden dan ook veel mogelijkheden voor een maatschappelijke aanbesteding. Een aanbestedende dienst kan bijvoorbeeld een product uitvragen dat een bepaald maatschappelijk probleem oplost of een product specificeren dat goed aansluit bij de kwaliteiten van sociale ondernemers. Daarbij moeten aanbestedende diensten wel rekening houden met twee belangrijke vereisten:

- de specificaties moeten zodanig vastgesteld zijn dat geen discriminatie ontstaat tussen potentiële inschrijvers. Het is bijvoorbeeld niet toegestaan om producten van een bepaald merk te vereisen of de specificaties toe te schrijven naar het product van één leverancier, waardoor andere ondernemingen die gelijkwaardige producten aanbieden niet kunnen inschrijven. Het voorschrijven van een keurmerk is eveneens niet zonder meer toegestaan.²⁷
- de specificaties moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht; bepaalde algemene kenmerken van bijvoorbeeld de bedrijfsvoering van aanbieders specificeren zal doorgaans niet toegestaan zijn.

Concrete mogelijkheden voor overheidsinstanties zijn o.a. om te specificeren dat:²⁸

- inschrijvingen moeten voldoen aan de specifieke behoeften van gebruikersgroepen;
- de dienst aansluit op structuren die de overheidsinstantie al heeft opgezet;
- de gebruikers op een bepaalde wijze betrokken worden bij het verrichten en het beoordelen van de dienst;
- het product (of het werk) bepaalde ergonomische eigenschappen moet bezitten zodat het product toegankelijk is voor gehandicapten;
- de continuïteit van de dienstverlening gegarandeerd moet worden.

3.8 Functionele specificaties toepassen

Een aanbestedende dienst kan bij elke overheidsopdracht ervoor kiezen functioneel te specificeren. Dat betekent dat de aanbestedende dienst niet specificeert hoe een product eruit moet zien, maar wat het moet kunnen (welke resultaten het product op moet leveren). Op deze wijze kan de aanbestedende dienst bijvoorbeeld ook behoeften met betrekking tot sociale voorwaarden bij marktpartijen neerleggen, zodat zij met hun kennis en inventiviteit kunnen helpen bij het bereiken van de doelen van de aanbestedende dienst. Innovatie, creativiteit en maatwerk zijn aspecten waar

MKB-bedrijven en sociaal ondernemers doorgaans goed op presteren, waardoor zij in het voordeel zijn bij een functioneel gespecificeerde opdracht.

Een aanbestedende dienst moet zich wel realiseren dat bij functionele specificaties het beoordelen van de inschrijvingen meer tijd vergt en ook lastiger kan zijn, omdat het noodzakelijk blijft om een objectieve beoordelingsmethode te hanteren bij de vergelijking van de inschrijvingen.

3.9 Eisen met betrekking tot de lokale context

Over het algemeen beschikken kleine, lokale ondernemingen over meer kennis van de lokale context. Wanneer een aanbestedende dienst dergelijke kennis vereist in een aanbesteding, is dat dus in hun voordeel. Een eis die betrekking heeft op de lokale context staat echter vaak op gespannen voet met het non-discriminatie beginsel en kan resulteren in onrechtmatig nadeel voor buitenlandse aanbieders.

Niettemin kunnen bepaalde eisen acceptabel zijn indien deze:²⁹

- gerechtvaardigd zijn door de specifieke kenmerken van de te verrichten dienst (het soort dienst en/of de gebruikersgroepen); en
- strikt verband houden met de uitvoering van het contract.

Voorbeelden eisen m.b.t. lokale context³⁰

- Als uitvoeringsvoorwaarde kan een overheidsinstantie opnemen dat de opdrachtnemer een lokaal bureau opzet of specifieke uitrusting installeert op de plaats van uitvoering van de opdracht, indien dat voor de uitvoering van de opdracht vereist is. Bijvoorbeeld voor het adequaat bieden van bepaalde vormen van schuldhulpverlening kan het opzetten van een lokaal bureau vereist worden. Het is niet toegestaan te eisen dat een opdrachtnemer al beschikt over een dergelijk lokaal bureau op het moment van inschrijven.
- Een gemeente besteedt een opdracht aan om een opvangvoorziening op te zetten voor kwetsbare vrouwen, waarvan het merendeel behoort tot een bepaalde culturele minderheid. De gemeente kan als eis opnemen dat de opdrachtnemer moet beschikken over bewezen ervaring voor dit soort diensten in een omgeving met vergelijkbare sociaaleconomische kenmerken. Ook kan vereist worden dat de medewerkers van de opdrachtnemer die contact zullen hebben met de kwetsbare vrouwen, voldoende bekend zijn met de culturele en taalkundige context van deze vrouwen.

Een belangrijke voorwaarde is dat alleen eisen met betrekking tot de lokale context gesteld mogen worden die strikt noodzakelijk zijn om te garanderen dat de opdracht op passende wijze wordt verricht. Bovendien mogen de eisen niet resulteren in een discriminerende behandeling van bepaalde (categorieën) ondernemers.

3.10 Betrekken van gebruikers

Het betrekken van de gebruikers van een dienst, werk of levering is een heel directe manier om de maatschappelijke waarde (voor die gebruikers) te vergroten. Een overheidsinstantie kan gebruikers betrekken door:

- zelf met gebruikers te spreken en mede gebaseerd op hun input de opdracht te definiëren
- zelf gebruikers een rol te geven in de beoordeling van de offertes
- aanbieders te verplichten gebruikers te betrekken (bij de uitvoering van de opdracht)

Voor de laatste categorie geldt dat alle eisen / verplichtingen die aan de aanbieders worden opgelegd verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht (betrekking moeten hebben op de te verrichten werken, leveringen of diensten). Het is dus niet toegestaan om te vereisen dat gebruikers vertegenwoordigd moeten zijn in een toezichthoudend orgaan van de aanbieder; dit heeft met de bedrijfsvoering van de aanbieder te maken, niet met het voorwerp van de opdracht. Het kan echter wel geoorloofd zijn om te eisen dat de gebruikers betrokken worden bij de (beoordeling van de) uitvoering van de opdracht.

Een overheidsinstantie kan bijvoorbeeld verlangen dat de opdrachtnemer – tijdens de uitvoering van de opdracht – gebruik maakt van een structuur of mechanisme om vertegenwoordigers van gebruikers te betrekken bij de besluitvorming. Daarbij mogen, vanzelfsprekend, die beslissingen het contract niet veranderen en mogen zij niet discriminerend zijn. Als de overheidsinstantie een concreet model heeft om de betrokkenheid van gebruikers vorm te geven kan hij de toepassing van dat model vereisen. Anderzijds kan de overheidsinstantie inschrijvers vragen om zelf voorstellen te doen om de betrokkenheid van burgers te verzekeren.³¹

Voorbeeld: Maatschappelijke aanbesteding collectief gerichte welzijnsinzet in Woensel (betrekken gebruikers)

In Eindhoven wordt het collectief welzijn maatschappelijk aanbesteed. Bewoners van de wijk Woensel worden rechtstreeks betrokken bij de selectie van welzijnsorganisaties die in de buurt actief zullen zijn. Wanneer een nieuw contract met een welzijnsorganisatie moet worden gesloten, kunnen bewoners input leveren. Inwoners signaleren de problemen en behoeften in hun wijk en kunnen die doorspelen naar de gemeente. Thema's als onveiligheid van de buurt, overlast door jongeren, gezondheidsvraagstukken en eenzaamheid van de inwoners worden aan de orde gesteld. Mede op basis van deze informatie wordt de opdracht geformuleerd. Vervolgens wordt een aantal geschikte inwoners uitgenodigd om de wijk te vertegenwoordigen in de selectiecommissie voor de aanbesteding. Zij vormen een meerderheid en hebben een belangrijke stem bij de uiteindelijke keuze voor de welzijnsorganisatie(s). Dat de uiteindelijke keuze gemaakt dient te worden op basis van objectieve en van tevoren bekendgemaakte criteria spreekt voor zich. De gebruikers worden op deze wijze in ieder geval betrokken bij zowel de samenstelling van het programma van de aanbesteding als de selectie van de beste aanbieders.

3.11 Maatschappelijke doelen vastleggen als bijzondere uitvoeringsvoorwaarden

De Aanbestedingswet 2012 stelt in artikel 2.80 dat een aanbestedende dienst bijzondere voorwaarden kan bepalen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, mits deze (i) verenigbaar zijn met de andere bepalingen van het EU-recht en (ii) vermeld zijn in de aankondiging of in de aanbestedingsstukken. Daarbij vermeldt de wet expliciet dat deze voorwaarden betrekking mogen hebben op het milieu of op sociale overwegingen. Wel is het ook hier verplicht dat de voorwaarden verband houden met het voorwerp van de opdracht. Een aanbestedende dienst kan bijvoorbeeld als bijzondere voorwaarde bepalen dat:

- de aanbieder personeel dat betrokken is bij de uitvoering van de opdracht een passend opleidings- en salarisniveau garandeert. De demotiverende werking van onvoldoende salaris kan immers een negatief effect hebben op de kwaliteit van het product van de aanbieder;³²
- de aanbieder een prijs betaalt aan zijn leveranciers die hen in staat stelt hun kosten van de duurzame productie van hun producten te dekken, zoals redelijke lonen en arbeidsvoorwaarden voor de betrokken werknemers, milieuvriendelijke productiemethoden en verbeteringen van het productieproces en de arbeidsomstandigheden.³³

De geschiktheid van aanbieders

3.12 Uitsluitingsgronden sociale en milieu-eisen

Om te voorkomen dat voor de uitvoering van een overheidsopdracht een onderneming wordt geselecteerd die zich schuldig heeft gemaakt aan niet-integere gedragingen, zijn er in het aanbestedingsrecht uitsluitingsgronden opgenomen. Sommige gronden zijn verplicht, de overige gronden kunnen worden toegepast als ze relevant zijn voor de opdracht.³⁴ Het uitsluiten van inschrijvers die zich niet aan bepaalde sociale eisen of andere regelgeving hebben gehouden, stimuleert potentiële gegadigden om dit wel te doen. Die regelgeving moet dan wel onder de in de wet opgenomen uitsluitingsgronden vallen. Ook moet met het proportionaliteitsbeginsel rekening worden gehouden.³⁵

Toekomstig recht: maatschappelijke doelen in nieuwe Europese richtlijnen

De nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU introduceert diverse nieuwe uitsluitingsgronden. Eén van deze nieuwe gronden betreft de verplichte uitsluiting van inschrijvers die zich schuldig hebben gemaakt aan kinderarbeid of mensenhandel. Deze nieuwe richtlijn introduceert ook de mogelijkheid voor uitsluiting van ondernemers die onbetrouwbaar zijn gebleken wegens bijvoorbeeld schending van milieu- of sociale verplichtingen, met inbegrip van regels inzake de toegankelijkheid van gehandicapten; maar ook wegens de schending van arbeidsrecht van Europese of nationale oorsprong of uit een toepasselijke cao.³⁶

3.13 Opstellen van de selectiecriteria

Geschiktheidseisen en selectiecriteria zijn gericht op het vermogen van aanbieders om het gespecificeerde product te leveren. Het verschil tussen beide is dat geschiktheidseisen alleen onderscheid maken op pass/fail-basis (aanbieders die niet aan de geschiktheidseisen voldoen komen niet in aanmerking voor gunning), terwijl selectiecriteria een nader onderscheid maken waarbij alleen de meest geschikte aanbieders nog in aanmerking komen. De geschiktheidseisen en selectiecriteria mogen uitsluitend betrekking hebben op:

- a) de financiële en economische draagkracht; of
- b) de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid; of
- c) de beroepsbevoegdheid.

Vooraf de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid bieden kansen voor een maatschappelijke aanbesteding. Wanneer het noodzakelijk is voor de realisatie van de opdracht dat de aanbieder specifieke expertise heeft op sociaal gebied, mag deze

expertise als selectiecriteria gehanteerd worden. Zo kan bijvoorbeeld vereist worden dat de aanbieder personeel in dienst heeft of toegang heeft tot personen die een bepaalde maatschappelijke training afgerond hebben.³⁷ Ook kan vereist worden dat de aanbieder ervaring heeft met (de cultuur van) een bepaalde doelgroep. Belangrijk is dat de selectiecriteria verband moeten houden met de opdracht en dat alleen bekwaamheden vereist worden die noodzakelijk zijn om de opdracht te kunnen verrichten in overeenstemming met de in de aanbestedingsstukken vastgestelde kwaliteitseisen.

De beoordeling van offertes

3.14 Maatschappelijke prestaties belonen in de gunningscriteria

De Aanbestedingswet 2012 stelt in artikel 2.114 nadrukkelijk dat overheidsopdrachten gegund moeten worden op grond van de Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI). Dit betekent dat een aanbestedende dienst naast een prijs criterium één of meer kwalitatieve criteria hanteert, waarbij alle criteria tezamen de aanbestedende dienst in staat stellen de offerte te selecteren die economisch het meest voordelig is. Alleen met een goede motivering mag afgeweken worden van de EMVI en op grond van de laagste prijs gegund worden.

Aanbestedende diensten kunnen zelf bepalen welke gunningscriteria zij hanteren, mits de criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht. Bovendien moeten de criteria specifiek en objectief meetbaar zijn, zodat aanbieders weten waarop zij beoordeeld zullen worden. Dit laat de aanbestedende dienst relatief veel keuzeruimte: de gunningscriteria zijn dan ook bij uitstek geschikt om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde na te streven. Concrete voorbeelden zijn:

- een criterium bij de gunning van drukwerk dat punten toekent op basis van de mate waarin het gebruikte papier milieuvriendelijk is geproduceerd;³⁸
- een criterium bij de aanbesteding van aanwervingsdiensten waarmee inschrijvers gevraagd wordt om te garanderen dat de aanwervingsdiensten ontworpen en uitgevoerd zijn op een manier die gelijke kansen garandeert voor alle deelnemers ongeacht hun leeftijd, geslacht, etnische afkomst of godsdienst.⁴⁰

Er zijn geen wettelijke verplichtingen voor de relatieve gewichten die een aanbestedende dienst toekent aan de verschillende criteria. Het is dus toegestaan om het belang van maatschappelijke criteria groter te maken dan het belang van het prijs criterium. Wel dienen deze gewichten vooraf bekend te worden gemaakt en niet discriminerend te zijn.

Toekomstig recht: maatschappelijke doelen in nieuwe Europese richtlijnen

De tendens om in toenemende mate bij aanbestedingen rekening te houden met maatschappelijke doelen past goed in de Europa 2020-strategie die gericht is op slimme, duurzame en inclusieve groei.⁴¹ De nieuwe Europese richtlijn overheidsopdrachten (2014/24/EU) verwijst dan ook naar deze strategie en de belangrijke rol die overheidsopdrachten daarin kunnen spelen. Bij de herziening van de richtlijn is veel aandacht geweest voor deze zogenoemde horizontale beleidsdoelstellingen; de richtlijn moet aanbesteders in staat stellen overheidsopdrachten beter te gebruiken ter ondersteuning van gemeenschappelijke maatschappelijke doelen.

Als concrete elementen die de hiervoor noodzakelijke ruimte bieden noemt de richtlijn, naast de technische specificaties en de contractvoorwaarden, nadrukkelijk de gunningscriteria. De meest restrictieve voorwaarde waaraan gunningscriteria moeten voldoen, het verband met het voorwerp van de opdracht, is in de nieuwe richtlijn voor het eerst gedefinieerd (artikel 67 lid 3):

“Gunningscriteria worden geacht verband te houden met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die opdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van hun levenscyclus.”

Deze bepaling is geïntroduceerd met het oog op de betere integratie van de sociale en milieucriteria in de aanbestedingsprocedures. Voornamelijk het laatste deel van de definitie – ‘in alle opzichten en in elk stadium van hun levenscyclus’ – biedt de nodige ruimte voor maatschappelijke criteria.

Overzicht technieken inclusief relevante wettelijke bepalingen:

Kansen voor Maatschappelijk Aanbesteden	Toegestaan in aanbestedingen voor:	Relevante bepalingen in de Nederlandse Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit	Relevante bepalingen in toekomstige Europese richtlijn (Richtlijn 2014/24)
3.1 Een markconsultatie organiseren	alle overheidsopdrachten	Gids Proportionaliteit, hoofdstuk 2.5	RIn 2014/24, artikel 40
3.2 Onderverdelen in percelen	alle overheidsopdrachten	Aanbestedingswet 2012, artikel 1.5 lid 3, 2.14, lid 1 en artikel 2.18 en Gids Proportionaliteit § 3.3.2	RIn 2014/24, artikel 46
3.3 Meerdere gegadigden de opdracht gunnen	alle overheidsopdrachten	Aanbestedingswet 2012, artikel 2.44 e.v., 2.139 e.v. en Gids Proportionaliteit § 3.3	RIn 2014/24, artikel 33
3.4 Onderhandelen met aanbieders	Overheidsopdrachten voor 2B-diensten (altijd), andere opdrachten o.b.v. een uitzonderingsgrond	Aanbestedingswet 2012, artikel 2.30 en artikel 2.32 e.v.	RIn 2014/24, artikel 29 en 32
3.5 Varianten toestaan	alle overheidsopdrachten	Aanbestedingswet 2012, artikel 2.83	RIn 2014/24, artikel 45
3.6 Voorbehouden sociale werkplaatsen	alle overheidsopdrachten	Aanbestedingswet 2012, artikel 2.82	RIn 2014/24, artikel 20
3.7 Kenmerken van het product opnemen in de specificaties	alle overheidsopdrachten	Aanbestedingswet 2012, artikel 2.75 e.v.	RIn 2014/24, artikel 42
3.8 Functionele specificaties toepassen	alle overheidsopdrachten		
3.9 Eisen m.b.t. lokale context stellen	onder strikte voorwaarden in alle overheidsopdrachten	Aanbestedingswet 2012, artikel 2.80	RIn 2014/24, artikel 70
3.10 Betrekken van gebruikers	alle overheidsopdrachten	Aanbestedingswet 2012, artikel 2.80	RIn 2014/24, artikel 70
3.11 Maatschappelijke doelen vastleggen als bijzondere uitvoeringsvoorwaarden	alle overheidsopdrachten	Aanbestedingswet 2012, artikel 2.80	RIn 2014/24, artikel 70
3.12 Uitsluitingsgronden sociale en milieu-eisen	alle overheidsopdrachten	Aanbestedingswet 2012, artikel 2.86 en 2.87 e.v.	RIn 2014/24, artikel 57
3.13 Opstellen van selectiecriteria	alle overheidsopdrachten	Aanbestedingswet 2012, artikel 2.90 e.v.	RIn 2014/24, artikel 58
3.14 Maatschappelijke prestaties belonen in de gunningscriteria	alle overheidsopdrachten	Aanbestedingswet 2012, artikel 2.113 e.v.	RIn 2014/24, artikel 67

4. Goede communicatie tussen aanbestedende dienst en aanbieders is noodzakelijk

Zoals uit alle suggesties blijkt, heeft een aanbestedende dienst veel ruimte om keuzes te maken bij de aanbesteding van een overheidsopdracht. Die keuzes moeten doelmatig en proportioneel zijn en verenigbaar met de bepalingen van het EU-recht. Het proportionaliteitsbeginsel is uitgewerkt in de voorschriften van de Gids Proportionaliteit, waarvan alleen gemotiveerd mag worden afgeweken. De Aanbestedingswet 2012 verlangt bovendien dat die keuzes op objectieve gronden zijn gemaakt (artikel 1.4). Wanneer niet aan één van deze voorwaarden wordt voldaan, kan een (potentiële) inschrijver hierover klagen, in het uiterste geval bij de nationale rechter. Het is vanzelfsprekend echter wenselijker dat een aanbestedende dienst en een aanbieder een verschil van inzicht onderling oplossen. Bovendien bespaart dit tijd en kosten aan beide zijden. Een aanbieder kan zich tijdens een aanbestedingsprocedure tot de aanbestedende dienst wenden via:

1. De nota's van inlichtingen;
2. De Klachtenregeling van de aanbestedende dienst.

Wanneer een aanbieder, nadat hij contact heeft gezocht met de aanbestedende dienst, zich nog altijd onterecht benadeeld voelt door een bepaalde keuze of gedraging van die aanbestedende dienst, kan hij hierover een klacht indienen. In oplopende volgorde van impact kan een aanbieder een klacht indienen bij:

3. De Commissie van Aanbestedingsexperts;
4. De nationale rechter;
5. De Europese Commissie.

De nota van Inlichtingen

Het aankaarten van problemen bij een aanbestedende dienst in een nota van inlichtingen (vragenronde) biedt geen rechtsbescherming, maar is wel de eerste mogelijkheid om verduidelijking te vragen of bezwaren kenbaar te maken. In de nota van inlichtingen is het bovendien mogelijk een klacht in te dienen tegen eisen of criteria die juridisch wel zijn toegestaan, maar inkooptechnisch of doelmatig onwenselijk lijken. Een aanbestedende dienst is niet verplicht om gehoor te geven aan klachten via de nota van inlichtingen. Het is echter goed mogelijk dat de klacht voortkomt uit een vergissing of een onoplettendheid van de aanbestedende dienst, die hij vanzelfsprekend graag zal willen corrigeren.

De Klachtenregeling

De tweede mogelijkheid om te klagen bij een aanbestedende dienst is via de uniforme Klachtenregeling die is voortgekomen uit de Aanbestedingswet 2012. Aanbestedende diensten wordt aangeraden deze 'standaard voor de klachtafhandeling door aanbestedende diensten en ondernemers' onderdeel te laten zijn van hun aanbestedingsbeleid, maar zijn hiertoe niet verplicht.

Aanbestedende diensten die aan de oproep gehoor geven dienen een klachtenmeldpunt in te stellen. Ondernemers die belang hebben bij het verwerven van een specifieke overheidsopdracht kunnen bij dat meldpunt een klacht indienen, zolang de betreffende aanbesteding onder de Aanbestedingswet 2012 valt. Onder belanghebbende ondernemers vallen:

- geïnteresseerde ondernemers;
- (potentiële) inschrijvers en gegadigden;
- onderaannemers van (potentiële) inschrijvers en gegadigden;
- brancheorganisaties en branche-gerelateerde adviescentra van ondernemers.

Het onafhankelijke klachtenmeldpunt van de aanbestedende dienst onderzoekt vervolgens de klacht en bekijkt of deze terecht is of niet. De aanbestedingsprocedure wordt ondertussen niet opgeschort.

De Commissie van Aanbestedingsexperts

Met de invoering van de Aanbestedingswet 2012 is een onafhankelijke Commissie van Aanbestedingsexperts ingesteld die de taak heeft te bemiddelen tussen partijen bij klachten in verband met een aanbesteding. Niet alleen belanghebbende ondernemers, maar ook aanbestedende diensten kunnen bij de Commissie een klacht indienen. De klacht wordt echter pas in behandeling genomen nadat de klager zelf bij de wederpartij zijn klacht heeft voorgelegd en vervolgens een redelijke termijn in acht heeft genomen voor de wederpartij om te reageren. Als een ondernemer een klacht wil indienen tegen een aanbestedende dienst, zal hij dus eerst van de klachtenregeling gebruik moeten maken.

Wanneer een aanbestedende dienst geen klachtenmeldpunt heeft ingesteld of heeft nagelaten om binnen een redelijke termijn te reageren op een klacht, kan een klacht voor bemiddeling of advies aan de Commissie worden voorgelegd. Wanneer de Commissie een klacht in behandeling neemt geeft zij een advies dat wel zwaarwegend, maar niet bindend is. Dit houdt in dat een aanbestedende dienst, maar ook een rechter niet gebonden is aan het advies van de Commissie. Een rechter kan het advies wel meenemen in zijn uitspraak.

Voorbeeld advies Commissie van Aanbestedingsexperts

De adviezen van de commissie van aanbestedingsexperts worden (over het algemeen anoniem) gepubliceerd op de site van de commissie, zodat andere aanbestedende diensten en ondernemingen van het advies kunnen leren. Advies 13 betreft een aanbesteding voor vervoersdiensten.

Specifiek betrof het goederenvervoer van en naar een extern magazijn van de aanbestedende dienst, waarbij de gemiddelde transportwaarde van de goederen €100.000 bedroeg. In de conceptovereenkomst was een aansprakelijkheidsregeling opgenomen waarmee de aansprakelijkheid van de vervoerder werd gelimiteerd op €1.500.000. De klager had zich bij de commissie gemeld omdat hij die aansprakelijkheid disproportioneel vond. De hoge aansprakelijkheid leidt in dit geval tot een onnodig groot risico dat kleine vervoerders niet kunnen dragen, waardoor zij geen toegang hebben tot de opdracht.

De commissie heeft schriftelijk vragen gesteld aan beide partijen en is daarna tot een advies gekomen. Zij verwijst naar de Gids Proportionaliteit voorschrift 3.9 D, waarin gesteld wordt dat een aanbestedende dienst bij het vaststellen van proportionele aansprakelijkheidseisen let op de gebruikelijke eisen in de branche, zowel qua aard als qua omvang. Omdat de regeling in de conceptovereenkomst sterk afweek van de gebruikelijke regeling in de branche, achtte de commissie de klacht gegrond. Daarbij adviseerde zij de aanbestedende dienst om de in de branche gebruikelijke regeling over te nemen.

De nationale rechter en de Europese Commissie

De eerste gerechtelijke procedure die een inschrijver bij een rechter kan aanspannen is een kort geding bij de voorzieningenrechter. Een dergelijke spoedprocedure kan op elk moment in de aanbesteding worden aangespannen. Om met succes een kort geding aan te spannen is het wel noodzakelijk dat de klagende inschrijver iets vordert waar hij belang bij heeft. Veelal zal dat het verkrijgen van de opdracht of het krijgen van een tweede kans door een heraanbesteding zijn.

Bovendien kan een inschrijver een bodemprocedure bij de rechtbank starten (waarin een rechter dieper op de materie kan ingaan), hoger beroep bij het Gerechtshof instellen tegen de uitspraak van een kort geding procedure of van een bodemprocedure en bij de Hoge Raad in cassatie gaan tegen een uitspraak van een Gerechtshof. Of zich in een rechtszaak een vraag van Unierecht voordoet die uitleg door het Hof van Justitie van de EU vergt, is ter beoordeling van de nationale rechter die in laatste instantie over de zaak oordeelt. De allerlaatste mogelijkheid die een inschrijver heeft is om (al dan niet anoniem) een klacht bij de Europese Commissie in te dienen. De Commissie is echter niet verplicht dergelijke klachten in behandeling te nemen.

Trefwoordenregister

Trefwoord	Te vinden in dit leaflet	Meer informatie
ZB-diensten	Paragraaf 1.4	www.pianoo.nl
Commissie van Aanbestedingsexperts	Hoofdstuk 4	www.commissievanaanbestedingsexperts.nl
CPV-codes	Paragraaf 1.4	www.europadecentraal.nl
Duidelijk grensoverschrijdend belang	Paragraaf 1.4	<ul style="list-style-type: none"> • www.pianoo.nl • Gids EC, SEC(2010) 1545 final* • HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C 147/06 en C 148/06, ECLI:EU:C:2008:277 (SECAP) en HvJ EU 14 november 2013, zaak C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (Belgacom)
Europese drempelwaarden	Paragraaf 1.4	www.pianoo.nl
Gids Proportionaliteit	Paragraaf 2.3	www.rijksoverheid.nl
Klachtenregeling	Hoofdstuk 4	www.rijksoverheid.nl
Kort geding	Hoofdstuk 4	www.rechtspraak.nl
Maatschappelijke waarde	Paragraaf 2.1	<ul style="list-style-type: none"> • Kamerstukken I 2011-2012, 32 440, nr. C, o.a. p. 7 en 10 (Memorie van Antwoord) • Rb Noord-Nederland, 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100
Mededingingsrecht	Paragraaf 1.2	Autoriteit Consument en Markt, www.acm.nl
Midden- en kleinbedrijf	Paragraaf 2.2	<ul style="list-style-type: none"> • www.mkb.nl • Gids Proportionaliteit
Nota van inlichtingen	Hoofdstuk 4	<ul style="list-style-type: none"> • www.pianoo.nl • www.tenderned.nl
Overeenkomst onder bezwarende titel	Paragraaf 1.4	<ul style="list-style-type: none"> • www.europadecentraal.nl • Helmut Muller arrest, HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168
Sociale dienst van algemeen belang	Paragraaf 1.2, noot B	<ul style="list-style-type: none"> • Gids EC, SEC(2010) 1545 final* • DAEB-regulering: Mededeling DAEB 2011, DAEB-vrijstellingsbesluit 2011, DAEB-kaderregeling 2011, DEAB-minimisverordening 2012
Staatssteun	Paragraaf 1.2	<ul style="list-style-type: none"> • www.europadecentraal.nl • Coördinatiepunt Staatssteun Decentrale Overheden, ministerie van BZK
Subsidie	Paragraaf 1.4	www.pianoo.nl

- Europese Commissie, Brussel 7 december 2010, SEC(2010) 1545 final, Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang.

Noten

A De Europese Unie heeft vanaf de jaren zeventig regelgeving opgesteld om één interne markt te realiseren binnen de Unie, waar overheidsinstanties hun opdrachten aanbesteden. De resultaten mogen er zijn: de interne markt zorgde in de jaren 1992-2009 voor 2,75 miljoen extra banen en een extra economische groei van 1,85% (zie: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's. Naar een Single Market Act. Voor een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen, COM(2010)608 def.). In 2009 heeft de EU besloten de kracht van Europese aanbestedingen niet alleen in te zetten voor economische doeleinden, maar ook voor andere maatschappelijke doelen, zoals duurzame groei. De Europese aanbestedingsregels zijn sindsdien zodanig aangepast dat overheden uitdrukkelijk de mogelijkheid hebben om bij aanbestedingen ook secundaire maatschappelijke doelstellingen na te streven, zoals duurzaamheid, innovatie, sociale cohesie en werkgelegenheid.

Het opzetten van een aanbesteding is hierdoor niet eenvoudiger geworden: het in balans brengen en verenigen van economische en maatschappelijke doelen vergt de nodige kennis en vaardigheden van overheidsinkopers. Echter, de relatief nieuwe ruimte voor secundaire doelstellingen maakt een aanbesteding, wanneer die goed opgezet wordt, nog meer dan voorheen een belangrijk instrument om maatschappelijke doelen te realiseren

B Sociale diensten van algemeen (economisch) belang

Sociale diensten van algemeen belang betreffen vooral de gezondheidszorg. Daarnaast zijn nog twee categorieën eveneens aangemerkt als sociale dienst van algemeen belang ⁴²:

- De eerste categorie bestaat uit wettelijke regelingen en aanvullende sociale zekerheidsregelingen (verzekeringen) die de fundamentele risico's van het leven dekken, zoals die in verband met gezondheid, ouderdom, arbeidsongevallen, werkloosheid, pensionering en handicaps.
- Onder de tweede categorie vallen 'andere wezenlijke diensten die rechtstreeks aan de betrokkene worden verleend'. Deze diensten hebben een preventief doel en dienen de sociale cohesie te verbeteren, bieden hulp op maat om de integratie van de betrokkenen in de maatschappij te vergemakkelijken en de uitoefening van hun fundamentele rechten te garanderen. Bijvoorbeeld:
 - hulp aan personen met ernstige problemen of aan personen die in een crisissituatie verkeren, bijvoorbeeld door schulden, werkloosheid, verslavingen of een gezinsbreuk;
 - activiteiten die de betrokkenen de nodige vaardigheden moeten geven voor een volledige integratie in de maatschappij (rehabilitatie, taalonderwijs voor immigranten) en vooral op de arbeidsmarkt (opleiding, herintreding in het arbeidsproces). Deze diensten ondersteunen de taak van de gezinnen bij de verzorging van met name jonge kinderen en bejaarden;

- activiteiten ter integratie van langdurig hulpbehoevenden in verband met een handicap of een medisch probleem;
- sociale huisvesting ten behoeve van individuen of sociale groepen in een achterstandspositie.

Wanneer sociale diensten van algemeen belang niet-economisch van aard zijn, vallen zij niet onder de aanbestedingsregels. Het Europees Hof van Justitie heeft bepaald dat afhankelijk van de aard van de activiteit en de wijze waarop de activiteit is vormgegeven, de dienst als een activiteit van economische of niet-economische aard moet worden gezien. ⁴³ Sociale diensten van algemeen belang die wel economisch van aard zijn vallen onder de aanbestedingsregels, maar zullen in veel gevallen onder het minder strenge aanbestedingsregime vallen van de bijlage 2B-diensten van richtlijn 2004/18/EG (de toepasselijke aanbestedingsregels worden in paragraaf 1.4 behandeld).

Staatssteunregels bij de uitvoering van diensten van algemeen (economisch) belang

Wanneer een sociale dienst van algemeen (economisch) belang door een publieke entiteit wordt uitgevoerd, is het van belang om vast te stellen of die entiteit economische activiteiten uitvoert ⁴⁴ (goederen en/of diensten aanbiedt op een bepaalde markt). In dat geval is de entiteit een onderneming en moet ook rekening worden gehouden met de staatssteun(- en de mededingings)regels. Twee categorieën activiteiten kunnen van de werkingsfeer van de staatssteunregels worden uitgezonderd: de zogenoemde "overheidsprerogatieven" en activiteiten van zuiver sociale aard. Wanneer een activiteit niet onder een van deze uitzonderingen kan worden gebracht, dan dient de compensatie die de uitvoerder van de (sociale) dienst van algemeen belang verkrijgt, te voldoen aan de staatssteunregels.

Meer informatie over deze regels is te vinden in de Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang uitgegeven door het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. ⁴⁵ Voor het aanmelden van staatssteun is het van belang tijdig contact op te nemen met het Coördinatiepunt Staatssteun Decentrale Overheden van het ministerie van BZK.

- C In dit verband kunnen burgers bijvoorbeeld buurtbewoners zijn. Wanneer zij diensten aanbieden op de markt en zich al dan niet verenigd hebben (in bijvoorbeeld een stichting), zijn zij een ondernemer in de zin van het aanbestedingsrecht (en het mededingingsrecht).

D Een concessie is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten. Een ondernemer levert dus ook bij een concessie een prestatie en ontvangt daarvoor een tegenprestatie van de aanbestedende dienst. Het verschil tussen een concessie en een overheidsopdracht komt voort uit de aard van de tegenprestatie: die bestaat bij een concessie uit het recht de dienst te exploiteren (en eventueel uit een vergoeding bovenop dat recht), terwijl de tegenprestatie bij een overheids-overeenkomst bestaat uit een financiële vergoeding. Een tweede onderscheid tussen beide typen overeenkomsten betreft het exploitatierisico, dat bij een concessie niet bij de aanbestedende dienst, maar bij de exploitant ligt. Dit risico kan van meet af aan wel zeer beperkt zijn (HvJ EG 10 september 2009, zaak C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, WAVZ Gotha t. Eurawasser). Een voorbeeld van een concessie is de exploitatie van de catering bij een overheidsinstelling.

E

Toekomstig recht: 2B-diensten

In april 2016 dient de nieuwe Europese richtlijn 2014/24/EU voor de klassieke sectoren in het Nederlands recht geïmplementeerd te zijn. In de nieuwe richtlijn vervalt de categorie 2B- diensten. Het verlichte regime zal voor veel diensten echter grotendeels overeind blijven; de nieuwe richtlijn bevat bijzondere bepalingen voor diensten opgenomen in de nieuwe bijlage XIV. Deze 'sociale diensten en andere specifieke diensten' (artikel 74-77 richtlijn 2014/24/EU) komen in grote lijnen overeen met de diensten in bijlage 2B van de huidige richtlijn 2004/18/EG. Daarom zullen vanaf april 2016 slechts een zeer beperkt aantal diensten waarvoor nu het verlichte regime geldt, onder het volledige regime van de nieuwe richtlijn gaan vallen.

Het voornaamste verschil tussen de huidige regeling voor 2B-diensten en de regeling voor opdrachten uit bijlage XIV van de nieuwe richtlijn is dat opdrachten met een waarde van €750.000 of meer via een openbare bekendmaking moeten worden aanbesteed.

F Onder een subsidie wordt in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), artikel 4:21 verstaan: de aanspraak op financiële middelen, verstrekt door een bestuursorgaan voor bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan de overheid geleverde goederen of diensten. Een subsidie kan alleen op basis van een wettelijk voorschrift worden verstrekt (artikel 4:23 Awb). Subsidies vallen daarmee niet onder het aanbestedingsrecht, dat alleen gericht is op die vormen van geldbesteding door de overheid die tegen betaling de uitvoering van overheidsopdrachten voor werken, leveringen of diensten betreffen. Wel moet worden opgelet dat een subsidie niet in feite een overheidsopdracht is, die had moeten worden aanbesteed. Zo gebeurt het in de praktijk

dat in de subsidievoorwaarden of andere (uitvoerings-)afspraken, de subsidie-ontvanger niet direct een opdracht krijgt om iets naar de eisen van de overheidsinstantie te verrichten, maar dit uit de overige gegevens wel kan worden afgeleid. In dat geval kan er toch sprake zijn van een overheidsopdracht die aanbesteed moet worden.

Een aantal omstandigheden die daarop kunnen wijzen:

- de overheid zal door de uitvoering van een te subsidiëren activiteit economische voordelen verkrijgen, bijvoorbeeld doordat het van de gerealiseerde activiteit gebruik mag maken of opbrengsten verkrijgt bij de verkoop ervan;
- de overheid stelt de kenmerken van een te realiseren werk of andere opdracht vast of heeft invloed op de vormgeving van het ontwerp / project;
- de overheid neemt financieel deel in de verwezenlijking van een werk / opdracht;
- de overheid draagt (gedeeltelijk) de risico's bij de uitvoering van een project.

G Vanzelfsprekend hoeven die voorwaarden niet altijd opgenomen te worden in een bestek. Het is aan de aanbestedende dienst om in een concreet geval te beoordelen of daardoor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde wordt geleverd. Aanbestedende diensten behoren immers de beste kwaliteit voor de beste prijs in te kopen. Wat in het concrete geval de beste kwaliteit voor de beste prijs is, is maatwerk. De aanbestedende dienst moet hierin bij iedere aanbesteding opnieuw een afweging maken.⁴⁶

H De Europese Rekenkamer lijkt ten aanzien van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen zelfs een stap verder te gaan. In haar dit jaar verschenen rapport 'De middelen van de EU optimaal benutten: een overzicht van de risico's voor het financiële beheer van de EU-begroting (2014)' spreekt zij van een verplichting in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen om in het aankoopbeleid rekening te houden met sociale en milieukwesties.⁴⁷

I *Voorbeeld voorschriften in de Gids Proportionaliteit*

Paragraaf 3.5.2 van de Gids Proportionaliteit behandelt de proportionaliteit van geschiktheidseisen. De voorschriften in deze paragraaf zijn bedoeld om te voorkomen dat aanbestedende diensten inschrijvers overvragen, bijvoorbeeld wat betreft referenties en omzeteisen.

Referenties

Voorschrift 3.5 G betreft referentieopdrachten waarmee aanbieders hun technische bekwaamheid aantonen:

1. De aanbestedende dienst vraagt maximaal één referentie per benoemde kerncompetentie.
2. De aanbestedende dienst vraagt niet dat referentieprojecten een waarde hebben van meer dan 60% van de raming van de onderhavige opdracht.

Omzeteisen

De aanbestedingswet 2012 bepaalt dat een omzeteis die aan de aanbidders wordt gesteld niet hoger mag zijn dan driemaal de geraamde waarde van de opdracht. De Gids Proportionaliteit voegt daaraan toe:

“Uitgangspunt volgens de wet is dat in beginsel geen omzeteis wordt gesteld. Zo een aanbestedende dienst toch een omzeteis wil stellen, dient dit met zwaarwegende argumenten in de aanbestedingsstukken onderbouwd te worden. [...] Per opdracht gaat het erom nut en noodzaak van een omzeteis te beschouwen”.

Voor eenvoudige opdrachten is een omzeteis – wanneer een dergelijke eis nodig is – van minder dan 50% van de raming proportioneel. Naarmate het werk ingewikkelder wordt kan de eis oplopen tot 150%. Alleen bij zeer complexe, risicovolle projecten is het proportioneel de maximaal toegestane omzeteis van 300% van de raming te hanteren.

- J De onderhandelingsprocedures met en zonder aankondiging mogen alleen worden toegepast in de uitzonderingssituaties die de Aanbestedingswet 2012 in artikel 2.30 en artikel 2.32 expliciet vermeldt, mits de aanbestedende dienst bewijst dat een dergelijke situatie zich daadwerkelijk voordoet.

Onderhandelen met aankondiging kan op grond van artikel 2.30 lid 1 Aanbestedingswet 2012, bijvoorbeeld:

(sub a) indien bij toepassing van de niet-openbare procedure, de openbare procedure, of de procedure van concurrentiegerichte dialoog inschrijvingen zijn gedaan die onregelmatig of onaan-

vaardbaar zijn. De oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht mogen echter niet wezenlijk worden gewijzigd; (sub d) uitsluitend als het een overheidsopdracht voor werken betreft, als de werken worden uitgevoerd ten behoeve van onderzoek, proefneming of ontwikkeling. Voor een beroep op deze uitzonderingsgrond mag het werk niet ten doel hebben winst te maken of de kosten van onderzoek en ontwikkeling te dekken.

Onderhandelen zonder aankondiging mag op grond van artikel 2.32 Aanbestedingswet 2012, bijvoorbeeld: (sub a) indien geen of geen geschikte inschrijvingen of geen verzoeken tot deelneming zijn ingediend. Ook hier mag de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd en moet daarnaast op verzoek van de Europese Commissie een verslag van de oorspronkelijke procedure worden overgelegd. Een inschrijving kan als niet geschikt worden aangemerkt indien zij geen enkel verband houdt met de opdracht en daarom volstrekt ongeschikt is om in de behoeften van de aanbestedende dienst te voorzien, zoals in de aanbestedingsstukken vermeld.

(sub c) indien dit strikt noodzakelijk is omdat de termijnen van de niet-openbare of openbare procedure wegens dwingende spoed niet in acht kunnen worden genomen als gevolg van gebeurtenissen die niet konden worden voorzien door en niet verwijtbaar zijn aan de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst zal ook moeten aantonen dat gezien de omstandigheden zelfs een versnelde procedure (artikel 2.74 Aw 2012), niet aan de orde kan zijn. Het Hof van Justitie EU (de hoogste rechter) is uiterst streng in de toetsing van deze laatste uitzondering en heeft tot nu toe geen enkel voorgelegd geval gehonoreerd.

Referenties

- ¹. Dit speelt een belangrijke rol bij het inkopen van voorzieningen onder de Wmo, waar de rechter heeft bepaald dat een resultaat zodanig concreet gespecificeerd moet zijn dat het voor de ontvangende burger duidelijk is welk resultaat met de voorziening moet worden bereikt. Nationale uitspraken die dit recent hebben bevestigd: Rb Oost-Brabant 2 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3181, Rb Gelderland 24 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1889, Rb Rotterdam 7 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8133.
- ². Zie voor de definities artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012. In het Helmut Muller arrest heeft het Hof van Justitie van de EU gepreciseerd wanneer aan de vereisten van een bezwarende titel wordt voldaan, HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168.
- ³. Voor 2014-2015 geldt verordening 1336/2013 van 13 december 2013, PbEU L 335/18.
- ⁴. HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C 147/06 en C 148/06, ECLI:EU:C:2008:277 (SECAP); zie ook HvJ EU 14 november 2013, zaak C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (Belgacom).
- ⁵. Zie de artikelen 2.38 en 2.39 Aanbestedingswet 2012.
- ⁶. Alle CPV-codes zijn te vinden in: Verordening 213/2008 van de Commissie van 28 november 2007 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2195/2002 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (CPV) en tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, in verband met de herziening van de CPV, PbEU L74/1. En zie voor de betreffende CPV-codes in bijlage IIB bij richtlijn 2004/18/EG.
- ⁷. Afdeling 1.2.2 van de Aanbestedingswet 2012 is van toepassing.
- ⁸. HvJ EG van 13 november 2007, zaak C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (An Post) en HvJ EU 10 maart 2011, C-95/10, ECLI:EU:C:2011:161 (Strong Seguranca SA/ Municipio de Sintra).
- ⁹. Dit volgt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU: HvJ EU 14 november 2013, zaak C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (Belgacom); HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506 (Ernst Engelmann); HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (Betfair); HvJ EU 8 september 2010, zaak C-46/08, ECLI:EU:C:2010:505 (Carmen Media Group Ltd.).
- ¹⁰. Kamerstukken I 2011-2012, 32 440, nr. C, o.a. p. 7 en 10 (Memorie van Antwoord).
- ¹¹. Kamerstukken II 2011-2012, 32 440, nr. 21 (Amendement van het lid Koppejan, 5 oktober 2011).
- ¹². Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, 27 januari 2011, COM(2011)15 def.
- ¹³. Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p.6 (Memorie van Toelichting).
- ¹⁴. De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen zijn: richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, PbEU L 94/65; Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, PbEU L94/1. Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG, PbEU L94/243.
- ¹⁵. Artikel 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012 en § 3.3.2 Gids Proportionaliteit.
- ¹⁶. Gebaseerd op een column van Ron Swart van Management by Squares op 24 mei 2015 (www.mbsq.nl).
- ¹⁷. Artikel 2.18 en 2.19 Aanbestedingswet 2012.
- ¹⁸. Gids van de Europese Commissie voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang, SEC(2010) 1545 final, p. 78 (hierna: Gids Europese Commissie, SEC(2010) 1545).
- ¹⁹. De regels met betrekking tot raamovereenkomsten zijn te vinden in artikel 2.44 e.v. (algemeen) en artikel 2.139 e.v. (bijzondere voorwaarden) Aanbestedingswet 2012.
- ²⁰. Deze verplichting voort uit de huidige Europese richtlijnen (2004/18/EG). In de nieuwe Europese richtlijnen (2014/24/EU) is deze verplichting echter geschrapt.
- ²¹. Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p.6 (MvT bij aanbestedingswet 2012).
- ²². Artikel 8 richtlijn 2014/23/EU concessieovereenkomsten. De Europese Commissie bekijkt elke twee jaar (vanaf 30 juni 2013) of de drempel moet worden herzien en maakt een herziening bekend in het Publicatieblad van de Europese Unie (artikel 9 richtlijn 2014/23/EU).
- ²³. Gids Europese Commissie, SEC(2010) 1545, p. 80/81.
- ²⁴. Artikel 2.83 Aanbestedingswet 2012.
- ²⁵. In hoeverre dit bij implementatie van richtlijn 2014/24/EU in de Nederlandse Aanbestedingswet wordt overgenomen, moet nog worden afgewacht. Voorsnog is deze verruiming in het consultatiedocument voor de herziening van de Aanbestedingswet 2012 wel doorgevoerd.
- ²⁶. Europese Commissie, Groen kopen! Een handboek inzake groene overheidsopdrachten (2e uitgave), Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011, pagina 31.
- ²⁷. Zie over het voorschrijven van een keurmerk de artikelen 2.75 t/m 2.77 Aanbestedingswet 2012 en het koffie-arrest: HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10, Europese Commissie tegen Koninkrijk der Nederlanden.
- ²⁸. Voorbeelden uit de Gids Europese Commissie, SEC(2010) 1545, p. 76 en 85 en uit de Europese richtlijnen: artikel 23 richtlijn 2004/18/EU.
- ²⁹. Gids Europese Commissie, SEC(2010) 1545. Zie voor het stellen van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden artikel 2.80 Aanbestedingswet 2012.
- ³⁰. Voorbeelden afkomstig uit de Gids Europese Commissie, SEC(2010) 1545, p.78.
- ³¹. Gids Europese Commissie, SEC(2010) 1545, p.84.
- ³². Gids Europese Commissie, SEC(2010) 1545, p.77.
- ³³. Europese Commissie, Gids Sociaal Kopen. Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011, p. 32 (hierna: Sociaal Kopen, Gids Europese Commissie 2010).
- ³⁴. Zie voor de verplichte uitsluitingsgronden artikel 2.86 en de facultatieve uitsluitingsgronden artikel 2.87 Aanbestedingswet 2012.
- ³⁵. Meer hierover is te vinden in de Gids proportionaliteit, p. 28.
- ³⁶. Overweging 100 e.v. van de considerans bij richtlijn 2014/24/EU.
- ³⁷. Voorbeelden uit: Sociaal Kopen, Gids Europese Commissie 2010.
- ³⁸. Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p.6 (MvT Aanbestedingswet).
- ³⁹. Sociaal Kopen, Gids Europese Commissie 2010, p.32.
- ⁴⁰. Artikel 2.115 Aanbestedingswet 2012.
- ⁴¹. Zie hiervoor bijvoorbeeld <http://ec.europa.eu/europe2020>
- ⁴². Mededeling van de Commissie, Uitvoering van het communautaire Lissabon-programma: Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie, COM(2006) 177, def.
- ⁴³. HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98, Jur. 2000, p. I-6451, punt 118 (Pavel Pavlov e.a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten); HvJ EG 22 januari 2002, zaak C-218/00, Jur. 2002, p. I-691, punt 37 (Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas/Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)); HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-355/00, Jur. 2003, p. I-5263 (Freskot AE/Elliniko Dimosio).
- ⁴⁴. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, Jur. 1991, p. I-1979 (Höfner/Elser).
- ⁴⁵. Te raadplegen via: <http://www.europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2014/07/Handreiking-DAEB-2014.pdf>
- ⁴⁶. Kamerstukken I 2011-2012, 32 440, nr. C, p. 7/10 (Memorie van Antwoord).
- ⁴⁷. Rapport van de Europese Rekenkamer, De middelen van de EU optimaal benutten: een overzicht van de risico's voor het financiële beheer van de EU-begroting, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2014, p.98 e.v.

Colofon

Dit is een uitgave van:
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Postbus 20011 | 2500 EA Den Haag
www.rijksoverheid.nl

Auteurs:
Public Procurement Research Centre,
REBO Faculteit, Universiteit Utrecht.
Elisabetta Manunza, Wouter Lohmann, Gerrieke Bouwman

Contactpersonen:
Riemer Baumfalk
(ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties),
Pim de Waard
(Rijksdienst voor Ondernemend Nederland)

Voor vragen naar aanleiding van deze uitgave kunt u contact opnemen met het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties via maatschappelijkinitiatief@minbzk.nl of via maatschappelijkaanbesteden@rvo.nl.

Augustus 2015 | 86418

Met dank aan onderstaande organisaties voor hun bijdrage aan het tot stand komen van deze publicatie:

- Europa decentraal
- PIANOo
- Rijksdienst voor Ondernemend Nederland
- VNG