



Sociale aspecten bij aanbesteden

juli 2009

Een publicatie over de mogelijkheden die de Europese aanbestedingsregels bieden om het sociaal beleid van decentrale overheden te ondersteunen.



EUROPA decentraal

Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden

F A C T S H E E T

Sociale aspecten bij aanbesteden

Versie: 15 juli 2009

Bestuurlijke samenvatting

De Europese aanbestedingsregels bieden de mogelijkheid om het sociale beleid van decentrale overheden te ondersteunen. Van het voorkómen van kinderarbeid in derde wereldlanden tot het stimuleren van arbeidsdeelname van gehandicapten binnen een gemeente. Ook op het gebied van aanbestedingen is het mogelijk doelstellingen van sociaal beleid te integreren. Er blijkt veel behoefte aan informatie hierover. Dit factsheet van Kenniscentrum Europa decentraal zet een aantal mogelijkheden voor het meenemen van sociale aspecten binnen de verschillende aanbestedingsfasen op een rij.

Het integreren van sociale aspecten bij aanbesteden vallen onder de noemer 'duurzaam inkopen'. De Rijksoverheid heeft de ambitie om in 2010 volledig duurzaam in te kopen. Provincies en waterschappen streven naar 50 procent en gemeenten leggen de lat in het Bestuursakkoord (van eind 2007) voor 2010 op driekwart van hun inkopen en 100 procent in 2015. Door het grote inkoopvolume van decentrale overheden spelen zij een belangrijke rol bij het stimuleren van duurzaamheid op de markt.

Sociale aspecten bij aanbestedingen zijn er in allerlei vormen. Een klassiek voorbeeld is om bij een aanbesteding de verplichting op te nemen dat een deel van de aanneemsom wordt benut om bijvoorbeeld werklozen, werknemers van een sociale werkvoorziening of stagiairs in te zetten bij de uitvoering van de opdracht. Verschillende gemeenten hebben hier positieve ervaring mee opgedaan.

Een ander voorbeeld is om bij een overheidsopdracht voor werken, bijvoorbeeld de bouw van een bibliotheek, in het bestek mee te nemen dat rekening moet worden gehouden met de toegankelijkheid voor ouderen en gehandicapten. In het huidige digitale tijdperk kan deze toegankelijkheid ook betekenen, dat speciale software wordt ingekocht waardoor bijvoorbeeld ook slechtzienden een gemeentelijke website kunnen raadplegen.

Een aanbestedende dienst zelf is bovendien verplicht ondernemingen te verzoeken bij hun inschrijving aan te geven dat rekening gehouden is met bepalingen over arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden. U hebt hierbij als opdrachtgever bijvoorbeeld de mogelijkheid om bij werken (aanvullende) voorschriften in een veiligheids- en gezondheidsplan op te nemen.

Daarnaast bestaat in de selectiefase van de aanbestedingsprocedure de mogelijkheid een onderneming die niet aan eisen van sociale aard voldoet (bijvoorbeeld het hebben voldaan aan verplichtingen inzake de betaling van sociale zekerheidsbijdragen) uit te sluiten. Ook het overtreden van voorschriften omtrent arbeidsomstandigheden kan reden zijn voor uitsluiting. Het ministerie van Economische Zaken heeft in het verleden in het kader van de wet BIBOB beleidsregels opgesteld waarin ook wordt gespecificeerd op welke sociale gronden een onderneming van een aanbesteding zou kunnen worden uitgesloten.

Het aanbestedingsrecht biedt dus verschillende mogelijkheden om rekening te houden met sociale aspecten bij aanbestedingen. Bij het toepassen ervan dienen decentrale overheden wel altijd de beginselen van non-discriminatie, evenredigheid, objectiviteit en transparantie, die voortvloeien uit het Europese gemeenschapsrecht, in acht te nemen. Deze beginselen zien erop toe dat sociale voorwaarden door een aanbestedende dienst niet zó worden gehanteerd, dat bijvoorbeeld alleen lokale ondernemingen of een specifieke onderneming de overheidsopdracht kan uitvoeren.

Dit factsheet is bedoeld voor bestuurders en ambtenaren van decentrale overheden die geïnteresseerd en/ of betrokken zijn bij de sociale aspecten van duurzaamheid.

F A C T S H E E T

1.2 Waarom dit factsheet?

Decentrale overheden willen graag sociale aspecten meenemen binnen aanbestedingen vanuit sociale doeleinden die zij nastreven. Bijvoorbeeld door het inzetten van werklozen of arbeidsgehandicapten bij een overheidsopdracht. Er bestaat echter vaak onduidelijkheid over de mogelijkheden die Europese aanbestedingsregels hiervoor bieden. Dit factsheet van Europa decentraal zet daarom een aantal mogelijkheden op een rij. Daarbij wordt uitgelegd op welke manier sociale aspecten kunnen worden toegepast conform het Europese gemeenschapsrecht.

Aanvankelijk zwegen de Europese aanbestedingsregels over de mogelijkheid om sociale aspecten op te nemen. Het is via uitspraken van het Europese Hof van Justitie, dat deze mogelijkheid is erkend. Vanwege onder meer deze jurisprudentie heeft de Europese Commissie in 2001 een zogenaamde Interpretatieve Mededeling uitgebracht over de mogelijkheden om sociale aspecten in overheidsopdrachten te integreren om zo meer inzicht te geven in de mogelijkheden die het Gemeenschapsrecht hiervoor biedt¹. Deze Interpretatieve Mededeling is een belangrijke informatiebron geweest bij het opstellen van dit factsheet, aangezien de Europese Commissie hierin tevens aangeeft waar de grenzen liggen bij het toepassen van sociale aspecten bij aanbestedingen. In 2004 is bij de invoering van Richtlijn 2004/18/EG, de aanbestedingsrichtlijn voor werken, leveringen en diensten, een nieuw artikel toegevoegd (artikel 26) waarmee onder meer het toepassen van sociale aspecten een wettelijke status kreeg. Ook de overwegingen voorafgaand aan de artikelen van de richtlijn, waarin de Europese wetgever uitlegt waarom de totstandkoming van de nieuwe richtlijn noodzakelijk was, refereert verschillende keren naar sociale aspecten.

Bovendien zijn er nieuwe ontwikkelingen gaande binnen de Europese Unie. Er is door de Europese Commissie geïnterpreteerd op welke manier er binnen verschillende lidstaten rekening wordt gehouden met sociale aspecten bij aanbestedingen.² Met behulp van de resultaten van dit onderzoek wil de EU een handboek schrijven waarin dit onderwerp verder wordt uitgediept en de verschillende mogelijkheden worden besproken. De verwachting is dat dit handboek medio 2009 uitkomt.

Deze ontwikkelingen maken duidelijk, dat het Europese gemeenschapsrecht zeker mogelijkheden biedt voor aanbestedende diensten om sociale aspecten op te nemen binnen het aanbestedingsproces. Dit factsheet beschrijft per fase van de aanbestedingsprocedure verschillende mogelijkheden. Tevens worden de aandachtspunten hierbij uitgewerkt. Aan de hand van voorbeelden wordt uitgelegd welke sociale aspecten, die op een meer lokaal niveau spelen, een plek kunnen krijgen binnen de aanbestedingsprocedure.³ Het is de intentie om u aan enkele ideeën te helpen, die u mogelijk in uw eigen gedachtevorming of inkoopbeleid kunt meenemen.

1.3 Hoe is dit factsheet opgebouwd?

De eerste twee paragrafen behandelen de fase waarin de eisen van de opdracht worden vastgesteld. Paragraaf 2.1 begint met de vraag die beantwoord moet worden vóórdat een aanbestedingsprocedure begint te lopen, namelijk: wat moet er worden ingekocht? Het is namelijk al bij het vaststellen van *het voorwerp van de opdracht* mogelijk om aandacht te hebben voor sociale aspecten.

Paragraaf 2.2 gaat over de *technische specificaties*. Na een korte inleiding over wat technische specificaties precies zijn, geeft het factsheet aan op welke manier via Europese normen of via het formuleren van prestatie en functionele eisen sociale aspecten in de technische specificaties

¹ Document COM(2001) 566. Te raadplegen via [deze webpagina](#) van Europa decentraal.

² Zie voor de resultaten van dit onderzoek [deze webpagina](#) van de Europese Commissie, Directoraat-generaal Werkgelegenheid, sociale zaken en gelijke kansen.

³ Senter Novem ontwikkelt sociale criteria voor duurzaam inkopen die onder meer een bijdrage leveren aan de naleving van de *internationale* arbeidsnormen van de International Labour Organisation (ILO), zoals het afschaffen van kinderarbeid of slechte arbeidsomstandigheden in lagelonenlanden. Zie ook [deze webpagina](#).

F A C T S H E E T

geïntegreerd kunnen worden. Er wordt tevens toegelicht hoe via technische voorschriften sociale aspecten ook een plek kunnen krijgen bij de uitvoering van de opdracht.

In paragraaf 2.3 komt de *selectiefase* aan bod, waarin de leverancier, dienstverlener of aannemer wordt geselecteerd. De selectiecriteria zijn in verschillende categorieën te onderscheiden, waarbij binnen de categorie 'uitsluitingsgronden' en de categorie 'geschiktheidseisen' ruimte is om deze nader uit te werken om op die manier meer aandacht te vestigen op de naleving van de arbeidsomstandigheden en arbeidsvoorwaarden.

Paragraaf 2.4 betreft de *gunningscriteria*. Om binnen het gunningscriterium van de 'economisch voordeligste inschrijving' sociale criteria te kunnen opnemen, is het belangrijk bepaalde randvoorwaarden in acht te nemen. Die worden in deze paragraaf behandeld.

De laatste paragraaf 2.5 gaat in op de *bijzondere uitvoeringsvoorwaarde* van artikel 26 Richtlijn 2004/18/EG. Het is dit artikel dat bij de herziening van de richtlijn in 2004 als nieuw element is toegevoegd en dat expliciet verwijst naar sociale aspecten. Er worden verschillende voorbeelden genoemd die als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde gebruikt kunnen worden. Tevens worden de randvoorwaarden die hierbij gelden besproken.

In de paragrafen zijn ook verwijzingen opgenomen naar de [Praktijkvragen](#) die beschikbaar zijn in het dossier Aanbestedingen op de website van Europa decentraal en waarin tevens specifieke vraagstukken met betrekking tot sociale aspecten nader zijn uitgewerkt.

2. Sociale aspecten per fase van de aanbestedingsprocedure

2.1 Voorwerp van de opdracht

Voordat een aanbestedingsprocedure wordt gestart moet eerst het voorwerp van de opdracht worden vastgesteld: datgene dat bijvoorbeeld gebouwd of gekocht moet worden. In beginsel is een aanbestedende dienst vrij om het voorwerp van de opdracht zo vast te stellen, dat het tegemoetkomt aan de inkoopbehoefte, waardoor ook sociale aspecten opgenomen kunnen worden in het voorwerp van de opdracht.

Voorbeeld

Stel dat bij de verschillende afdelingen of diensten van een gemeente mensen werkzaam zijn met een lichamelijke of geestelijke beperking, waarvoor nieuwe computers met speciale aanpassingen moeten worden ingekocht. Aangezien de inkoopbehoefte gericht is op een specifieke groep gebruikers van deze computers is het mogelijk om de speciale aanpassingen mee te nemen in de omschrijving van het voorwerp van de opdracht. De aanbestedende dienst omschrijft het voorwerp van de opdracht niet als 'computers', maar als 'computers met speciale aanpassingen ten behoeve van doelgroep x'.

De vrijheid om het voorwerp van de opdracht vast te stellen, is echter niet onbeperkt. De aanbestedende dienst dient hierbij altijd rekening te houden met de algemene EG-Verdragsbepalingen inzake non-discriminatie, objectiviteit en transparantie om zo de vrijheid van dienstverlening en het vrije verkeer van goederen zeker te stellen. U mag dus niet het voorwerp van de opdracht zo formuleren, dat het voor ondernemingen uit andere Europese lidstaten moeilijker is om op de opdracht in te schrijven dan voor Nederlandse ondernemingen.

F A C T S H E E T

Praktijkvraag

De gemeente wil een overheidsopdracht in de markt zetten voor de afvoer van chemisch afval en zij vindt het belangrijk dat hierbij veiligheids- en gezondheidsaspecten in acht worden genomen. Naast de wettelijke normen bestaat er ook een veiligheidscertificaat x. Bedrijven kunnen zich hiervoor op eigen initiatief laten certificeren en deze marktpartijen weten dat de gemeente het erg belangrijk vindt dat er aandacht is voor veiligheids- en gezondheidsaspecten. De gemeente wil dit veiligheidscertificaat opnemen in de omschrijving van het voorwerp van de opdracht. Is dat aan te bevelen?

Nee, het lijkt in dit geval beter om te overwegen of dit veiligheidscertificaat kan worden opgenomen als een kwaliteitsnorm (binnen de selectiecriteria; zie paragraaf 2.3.4 van deze factsheet). Dit is beter dan het op te nemen in de omschrijving van het voorwerp van de opdracht. In dit laatste geval zou het namelijk als geschiktheidseis betreffende de technische bekwaamheid moeten worden geformuleerd en verband moeten houden met de omschrijving van het voorwerp van de opdracht. Zie voor meer informatie ook paragraaf 2.3.3. Artikel 48 richtlijn 2004/18/EG geeft een uitputtende lijst van bewijsmiddelen waarnaar u kunt vragen ter beoordeling van de technische bekwaamheid; het hier bedoelde veiligheidscertificaat lijkt hier niet onder te vallen.

Om een kwaliteitsnorm in de zin van artikel 49 van richtlijn 2004/18/EG te zijn is van belang dat deze gebaseerd is op Europese normenreeksen en dat deze afkomstig is van instanties die voldoen aan Europese normen en daarom bevoegd zijn de certificering af te geven. Indien het gaat om een veiligheidscertificaat dat hierop gebaseerd is, kan die kwaliteitsnorm worden opgenomen. In dit voorbeeld gaat het om een veiligheidscertificaat x dat met name in Nederland wordt gehanteerd. In dat geval kan het voor een buitenlandse inschrijver lastiger zijn om hieraan te voldoen. Door het dan op deze manier op te nemen in het voorwerp van de opdracht loopt u het risico dat u verweten wordt in strijd met artikel 49 EG-Verdrag (het vrije verkeer van diensten) en het non-discriminatie beginsel te handelen.

Door bij de beschrijving van de kwaliteitsnormen aan te geven dat u ook vergelijkbare veiligheidscertificaten van in andere lidstaten van de Europese Unie gevestigde instanties accepteert (zie artikel 49 richtlijn 2004/18/EG of artikel 50 lid 2 Bao), kan de ongelijkheid tussen Nederlandse inschrijvers en buitenlandse inschrijvers worden opgeheven.

Het in het voorwerp van de opdracht opnemen dat de overheidsopdracht (zoveel mogelijk) moet worden gerealiseerd met louter Nederlandse of lokale werknemers in strijd is met artikel 49 EG-Verdrag en het non-discriminatiebeginsel. Zie voor meer informatie hierover paragraaf 2.5 van de factsheet over het opnemen van dergelijke voorwaarden als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde.

2.2 Technische specificaties

2.2.1 Inleiding

Om het voorwerp van de opdracht nader te specificeren stelt de aanbestedende dienst technische specificaties op.

Definitie

Technische specificaties worden in Bijlage VI van de Aanbestedingsrichtlijn omschreven als: 'alle technische voorschriften die een omschrijving geven van de vereiste kenmerken van een werk, een dienst, een materiaal, een product of een levering en aan de hand waarvan deze op objectieve wijze zodanig kunnen worden omschreven dat het beantwoordt aan het gebruik waarvoor het door de aanbestedende dienst is bestemd...'

F A C T S H E E T

Kenmerken die vereist kunnen worden zijn bijvoorbeeld het niveau van kwaliteit, het niveau van gebruiksvriendelijkheid, de toegankelijkheid voor gehandicapten, het niveau van milieuvriendelijkheid, de overeenstemmingsbeoordeling, veiligheid, met inbegrip van kwaliteitsborgingsprocedures, verpakking, markering en productiemethoden. Bij werken vallen ook de voorschriften voor het ontwerpen en de bouwtechnieken onder de technische specificaties. Een kenmerk met een sociaal karakter is letterlijk terug te vinden in artikel 23 lid 1 van de Aanbestedingsrichtlijn: waar mogelijk moet in de technische specificaties rekening gehouden worden met toegankelijkheidscriteria voor gehandicapten of met ontwerpen voor iedereen (Design for All).

Toegankelijkheid voor ouderen of gehandicapten

De definitie van technische specificaties en artikel 23 lid 1 van de Aanbestedingsrichtlijn noemen de toegankelijkheid voor gehandicapten en Design for All. Het betreft specificaties met een sociaal karakter. Op Europees niveau zijn meerdere voorbeelden beschikbaar van sociale aspecten die kunnen doorwerken in specificaties. Bijvoorbeeld de oudere richtlijn van de Commissie nr. 2000/78/EG waarin ook aspecten over de toegankelijkheid van gebouwen voor gehandicapten (die inmiddels ook al tot aanpassingen in bijvoorbeeld het Bouwbesluit hebben geleid) aan bod komen. Een ander voorbeeld is dat de Europese Commissie onder de naam 'eAccessibility' aan lidstaten vraagt om actie te ondernemen zodat mensen met beperkingen en ouderen gebruik kunnen maken van de mogelijkheden die ook de ICT biedt om te kunnen participeren in de samenleving. Binnen aanbestedingen kan hier als sociaal aspect aandacht aan worden besteed. Denk bijvoorbeeld aan technische specificaties bij de inkoop van software die de toegankelijkheid voor mensen met beperkingen tot uw website vergroot. Zie voor meer informatie over eAccessibility en aanbestedingen zie de [website van de Europese Commissie](#).

Door de aanbestedende dienst gehanteerde technische specificaties moeten objectief toepasbaar zijn en moeten de inschrijvers gelijke toegang bieden tot de opdracht. Dit om te voorkomen dat een opdracht zodanig wordt gespecificeerd dat slechts één bedrijf of enkel nationale bedrijven eraan kunnen voldoen. Vandaar dat de EU ernaar streeft om Europese normen op te stellen, waar de aanbestedende dienst in de technische specificaties naar kan verwijzen. Daarbij kan soms ook aansluiting worden gezocht met sociale aspecten.

Productveiligheid

Uit de Interpretatieve Mededeling betreffende sociale aspecten bij overheidsopdrachten blijkt dat de Europese Commissie productveiligheid ziet als een sociaal kenmerk dat vereist kan worden bij de technische specificaties. CE-markering is een voorbeeld van een productlabel dat aangeeft dat producten overal in Europa volgens dezelfde normen zijn getest en o.a. voldoen aan eisen ten aanzien van brandveiligheid, hygiëne en gezondheid, gebruiksvriendelijkheid en geluidshinder. Sinds 2007 is in Europese wetgeving vastgelegd dat CE-markering verplicht is voor bouwproducten waarvoor een Europese technische specificatie is opgesteld. Indien deze bouwproducten geen CE-markering dragen mogen ze niet verhandeld of toegepast worden binnen de EU.

Zie voor meer informatie de [website van de Europese Commissie voor Normalisatie \(CEN\)](#) en het dossier CE-markering op de [website van het ministerie van VROM](#).

Keurmerken

Het is ook mogelijk om de technische specificaties op te stellen in termen van prestatie- en functionele eisen, waaronder keurmerken. U kunt de onderliggende criteria van een keurmerk, zoals bijvoorbeeld het Fair Trade keurmerk, integreren in het bestek (zie ook [Praktijkvraag 32](#) op de website van Europa decentraal).

2.2.2 Uitvoering van de opdracht

Het is niet alleen mogelijk om de technische specificaties op te stellen voor het product zelf (de levering, dienst of het werk), maar u kunt ook technische specificaties opnemen die betrekking hebben op de uitvoering van de opdracht. Bij de bouw van een stadskantoor stelt u dan dus niet alleen eisen

F A C T S H E E T

aan het kantoorpand zelf, maar ook aan de manier waarop het werk wordt uitgevoerd. De Europese Commissie stelt in de Interpretatieve Mededeling betreffende sociale aspecten bij overheidsopdrachten dat aanbestedende diensten bijvoorbeeld eisen kunnen stellen aan de technische inrichting van de bouwplaats (zie ook hieronder). Technische specificaties betreffende de uitvoering van de opdracht die een sociaal karakter dragen zijn in dat kader gezondheids- en veiligheidsvoorschriften. Formuleer technische specificaties betreffende uitvoering van de opdracht echter wel altijd met inachtneming van de algemene uitgangspunten van het aanbestedingsrecht, wat inhoudt dat ze transparant, proportioneel en non-discriminatoir dienen te zijn.

Technische specificaties en de uitvoering van de opdracht

De Europese Richtlijn inzake veiligheid en gezondheid voor bouwplaatsen (92/57/EEG) verplicht aanbestedende diensten aandacht te geven aan de technische inrichting van bouwplaatsen waar het de veiligheid en gezondheid van werknemers op bouwplaatsen betreft. De richtlijn is in Nederland uitgewerkt in het Arbobesluit (Hoofdstuk 2, Afdeling 5). De aanbestedende dienst dient er als opdrachtgever voor te zorgen dat er een veiligheids- en gezondheidsplan (V&G plan) wordt opgesteld waarin bijvoorbeeld de markering en de opslag van gevaarlijke goederen of het vaststellen van een verkeerscirculatieplan op de bouwplaats zijn opgenomen. U kunt ook technische specificaties in het V&G plan opnemen die betrekking hebben op de veiligheid en gezondheid van werknemers, en die nageleefd moeten worden bij de uitvoering van de opdracht.

Ook kunt U als technische specificatie formuleren (weliswaar met inachtneming van de beginselen van transparantie, proportionaliteit en non-discriminatie), dat bij de uitvoering van de opdracht arbovriendelijke technische hulpmiddelen gebruikt dienen te worden. Een voorbeeld hiervan is een arbosteiger die gemakkelijk is op te zetten en te verplaatsen voor bouwvakkers en schilders, vanwege het lichte materiaal waarvan hij is gemaakt. Voor andere voorbeelden, zie de website van [Arbouw](#).

Praktijkvraag

Onze gemeente is van plan om een contract te sluiten met een aannemer voor de bouw van een nieuw stadhuis. Mogen wij in de technische specificaties bij de aanbesteding opnemen dat de inschrijver bij de uitvoering van de opdracht de arbeidstijden van de bouwvakkers dient te respecteren?

Nee, dit is als technische specificatie niet mogelijk omdat het hier gaat om arbeidsvoorwaarden. Uit de bovenstaande informatie blijkt dat het is toegestaan om technische specificaties op te nemen betreffende de uitvoering van de opdracht ten aanzien van de arbeidsomstandigheden van werknemers. Arbeidstijden vallen echter niet onder arbeidsomstandigheden, maar zijn aan te merken als arbeidsvoorwaarden. Paragraaf 2.3 van de factsheet licht verder de mogelijkheden toe om aandacht te besteden aan arbeidsvoorwaarden (zoals arbeidstijden) in de selectiefase van de aanbestedingsprocedure.

2.3 Selectiecriteria

Selectiecriteria zien op de beoordeling van de aanbieders (in tegenstelling tot de gunningscriteria die zien op de beoordeling van de aanbesteding en die besproken worden in paragraaf 2.4.). De selectiecriteria zijn bedoeld om deelnemers/ inschrijvers te beoordelen op technische, economische en financiële capaciteiten ten aanzien van invulling van de beoogde opdracht. Ook zijn zij gerelateerd aan de beoordeling van de integriteit en eventuele onbevoegdheid om beroepsactiviteiten te mogen uitoefenen. Bij de selectie van inschrijvers zijn zowel de zogenaamde uitsluitingsgronden als de geschiktheidseisen van belang. Deze worden hierna behandeld ⁴.

⁴ Zie voor het onderscheid tussen selectie-, uitsluiting- en geschiktheidseisen ook punt 12 van het [factsheet 'Veelgestelde vragen Bao'](#).

F A C T S H E E T

2.3.1 Uitsluitingsgronden

De facultatieve en dwingende uitsluitingsgronden worden genoemd in artikel 45 van de Aanbestedingsrichtlijn. Zij betreffen de persoonlijke situatie van betreffende inschrijvers en zien op omstandigheden als deelname aan een criminele organisatie, schuld aan omkoping of fraude etc., zaken die de integriteit van deze partijen en hun betrouwbaarheid als contractpartner kunnen aantasten. Een aanbestedende dienst zal een inschrijver die voldoet aan de dwingende uitsluitingsgronden moeten uitsluiten van verdere deelname in de aanbestedingsprocedure. De facultatieve uitsluitingsgronden kunnen alleen tot verplichte uitsluiting leiden als de aanbestedende dienst ervoor kiest deze toe te passen (en dit in de aankondiging van de opdracht bekendmaakt).

In artikel 45 lid 2 sub e Richtlijn 2004/18/EG staat expliciet een facultatieve uitsluitingsgrond van sociale aard: het uitsluiten van een onderneming die niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen inzake de betaling van sociale zekerheidsbijdragen. U kunt dus kiezen voor toepassing van de facultatieve uitsluitingsgrond van sociale aard door in de selectiecriteria op te nemen dat een inschrijver een verklaring dient te overleggen, dat hij de premies werknemersverzekeringen heeft betaald.

De uitsluitingsgronden moeten worden toegepast met inachtneming van de algemene uitgangspunten van het aanbestedingsrecht, zoals het beginsel van proportionaliteit. Proportionaliteit houdt in, dat de uitsluiting en de duur van de uitsluiting in verhouding moeten staan tot de ernst van de onregelmatige gedraging. Ook dient de uitsluiting en de duur daarvan in verhouding te staan tot de omvang van de overheidsopdracht. Dit betekent dat de onrechtmatige gedraging van een inschrijver wel zó ernstig moet zijn, wil een aanbestedende dienst deze inschrijver ook kunnen uitsluiten van toekomstige overheidsopdrachten.

Een aanbestedende dienst mag geen andere facultatieve of dwingende uitsluitingsgronden formuleren dan de uitsluitingsgronden die worden opgesomd in artikel 45 van de Aanbestedingsrichtlijn (zie [Praktijkvraag 11](#) op de website van Europa decentraal). De lidstaten mogen wel zelf in nationale wetgeving de uitsluitingsgronden van artikel 45 nader uitwerken. Dit zal naar verwachting deels worden uitgewerkt in de toekomstige Aanbestedingswet. Vooralsnog zijn de uitsluitingsgronden nader uitgewerkt door de minister van Economische Zaken in beleidsregels (Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren)⁵. Deze Beleidsregels hebben als doel fraude tegen te gaan en zij zijn alleen van toepassing in de sectoren milieu, ICT en bouw. De Beleidsregels gelden alleen voor de aanbestedende diensten van het Rijk en zijn dus niet bindend voor decentrale overheden, al kunnen decentrale overheden overwegen om in hun eigen beleid aansluiting te zoeken met de Bibob-beleidsregels. Hier wordt naar deze Beleidsregels verwezen, omdat ze u wel kunnen helpen bij de interpretatie en het toepassen van sociale aspecten binnen de uitsluitingsgronden.

Er kan met name bij twee soorten facultatieve uitsluitingsgronden rekening worden gehouden met sociale aspecten, namelijk indien bij een ondernemer een delict is vastgesteld in strijd met de beroepsgedragsregels (artikel 45 lid 2 sub c) of als hij een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep heeft gemaakt (artikel 45 lid 2 sub d). In artikel 5 en 6 van de Beleidsregels wordt nader beschreven welke gedragingen of welke delicten uit het Wetboek van Strafrecht vallen onder deze twee uitsluitingsgronden. Gedragingen van een onderneming waarbij de lichamelijke integriteit van werknemers of andere personen ernstig in gevaar is gebracht kunnen een grond zijn voor een aanbestedende dienst deze onderneming uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure door de uitsluitingsgrond een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep toe te passen. Dit is bijvoorbeeld het geval als een onderneming voorschriften betreffende de gezondheid, arbeidsomstandigheden of milieu- en rijtijdenwetgeving overtreedt. De toelichting op de Beleidsregels stelt bovendien, dat de nadere uitwerking van de twee bovengenoemde uitsluitingsgronden in artikel 5 en 6 van de Beleidsregels niet limitatief is. Dat betekent dat aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben om

⁵ Het onderzoek dat het Bureau BIBOB uitvoert, omvat meer dan het onderzoek dat het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent het Gedrag (COVOG) uitvoert. Zie de toelichting op artikelen 45 en 46 van het Bao voor meer informatie hierover. Zie [hier](#) voor de beleidsregels.

F A C T S H E E T

bij hun afweging omtrent de integriteit van een gegadigde of zijn onderaannemer ook andere feiten of gedragingen in aanmerking te nemen als uitsluitingsgrond.

De toelichting op het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) stelt dat andere aanbestedende diensten dan het Rijk de bovenstaande Beleidsregels van toepassing kunnen verklaren. Zij mogen ook eigen beleidsregels opstellen waarin een nadere uitwerking wordt geven aan de uitsluitingsgronden van artikel 45 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG. Deze nadere uitwerking zal met name een rol spelen bij de twee bovengenoemde uitsluitingsgronden (c en d-grond), aangezien deze weinig concreet zijn in hun omschrijving.

Praktijkvraag

Kan een bedrijf dat een boete opgelegd heeft gekregen door de Arbeidsinspectie voor het in dienst hebben van illegale werknemers op de bouwplaats, uitgesloten worden van de aanbesteding?

Ja, dat is mogelijk. Zoals hierboven omschreven kunnen aanbestedende diensten eigen beleidsregels opstellen waarin zij het tewerkstellen van illegale werknemers als een delict in strijd met de beroepsgedragsregels of als ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep aanmerken, wat dus een grond voor uitsluiting kan zijn. Bij het formuleren van dergelijke beleidsregels is het belangrijk duidelijk te omschrijven welke uitsluitingsgrond u van toepassing acht. Indien er sprake is van een overtreding van artikel 197b Wetboek van Strafrecht, het illegaal te werk doen stellen van zich onrechtmatig in Nederland bevindende personen, dan lijkt het duidelijk dat er sprake is van een delict in de zin van de uitsluitingsgrond 'een delict in strijd met de beroepsgedragsregels'.

Hierbij is van belang om te weten dat de Arbeidsinspectie op basis van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) in eerste instantie alleen bestuurlijke boetes kan uitdelen. Pas bij herhaalde overtreding is strafrechtelijke sanctie mogelijk en is er daadwerkelijk sprake van een delict. Bij louter het opleggen van een bestuurlijke boete is er dus nog geen sprake van een delict en in dit geval kunt u een onderneming alleen uitsluiten indien u expliciet het krijgen van een bestuurlijke boete als 'een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep' aanmerkt. Naast de bestuurlijke boete geldt dit ook voor overtredingen waartegen is opgetreden via een dwangsom of via de civielrechtelijke weg van de onrechtmatige daad, want ook in die gevallen is er niet automatisch sprake van een delict. Bovendien dient altijd te worden gekeken naar de omstandigheden van het geval bij de beoordeling of er tot uitsluiting moet worden overgegaan en of deze in overeenstemming zijn met de beginselen van non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit. Hoe zwaar was de overtreding en hoe lang geleden vond deze plaats? Mogelijk heeft de onderneming sindsdien maatregelen getroffen om herhaling te voorkomen.

Praktijkvraag

Kan een bedrijf dat is veroordeeld vanwege ongelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers uitgesloten worden?

Ja, dat is mogelijk. In Overweging 43 van Richtlijn 2004/18/EG heeft de Europese wetgever namelijk expliciet vastgesteld dat: "indien er sprake is van een rechterlijke uitspraak waartegen geen beroep meer mogelijk is en waarbij nationale bepalingen ter uitvoering van twee Europese richtlijnen (Richtlijnen 2000/78/EG en 76/207/EEG) die betrekking hebben op de gelijke behandeling van werknemers niet zijn nageleefd, dit aangemerkt kan worden als een uitsluitingsgrond zoals genoemd in artikel 45 lid 2, sub c: een delict in strijd met de beroepsgedragsregels.'

De beantwoording van deze vraag is dus niet afhankelijk van een nadere uitwerking van de uitsluitingsgronden van artikel 45 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG (met name sub c en d) door lidstaten of aanbestedende diensten zelf, wat bij de bovenstaande praktijkvraag wél een rol speelde.

De twee genoemde Europese richtlijnen betreffende gelijke behandeling zijn in Nederland o.a. geïmplementeerd in de Wet Gelijke Behandeling. U kunt via uw selectiecriteria een onderneming

F A C T S H E E T

vragen of zij onherroepelijk is veroordeeld voor overtreding van deze wet. Indien dit het geval is, kan dit dus een grond voor uitsluiting zijn.

Ook hier geldt weer, dat de beslissing om tot uitsluiting over te gaan in overeenstemming moet zijn met de beginselen van non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit.

Praktijkvraag

Kan een bedrijf, dat zijn werknemers niet het loon uitbetaalt zoals deze in de CAO voor die sector geldt, maar slechts het minimumloon, worden uitgesloten?

Ja, dat is mogelijk, maar hierbij is het onderscheid tussen bepalingen van een CAO die voor een gehele bedrijfstak gelden en bepalingen van een CAO die alleen gelden tussen een bepaalde werkgever en zijn werknemers relevant. Sommige bepalingen van een CAO kunnen voor een hele bedrijfstak gelden indien deze door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid algemeen verbindend zijn verklaard (avv). Dit betekent voor een inschrijver die actief is in een bedrijfstak waarvan de bepaling in de CAO -die stelt dat werknemers meer betaald krijgen dan het minimumloon- algemeen verbindend is verklaard, dat hij wettelijk verplicht is zijn werknemers het CAO-loon te betalen in plaats van het minimumloon.

Dit onderscheid tussen CAO-bepalingen die wel en die niet avv zijn, is ook van belang indien de inschrijver gebruik maakt van werknemers die uit een andere lidstaat afkomstig zijn. Het EG-Verdrag verbiedt het opleggen van beperkingen waardoor dienstverleners worden verhinderd om in andere lidstaten werkzaamheden te verrichten. De Detacheringsrichtlijn (96/71/EG) stelt: 'ondernemingen die werknemers beschikbaar stellen op het grondgebied van een andere lidstaat, dienen deze werknemers de arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden te garanderen die in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd zijn vastgelegd in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en/of CAO's die algemeen verbindend zijn verklaard.'

Dit betekent dat een inschrijver die een overheidsopdracht uitvoert en daarbij gebruik maakt van werknemers die afkomstig zijn uit een andere lidstaat, alleen het in Nederland geldende CAO-loon dient te betalen indien deze loonbepaling van de CAO voor de gehele bedrijfstak algemeen verbindend is verklaard. Alleen in dit geval kunt u dus een inschrijver uitsluiten die niet het CAO-loon maar alleen het minimumloon uitbetaalt.

Belangrijk is dat, net zoals bij de eerste praktijkvraag hierboven een aanbestedende dienst het overtreden van de wettelijke bepalingen op dit gebied in het bestek opgenomen moet hebben als vallende onder een uitsluitingsgrond van artikel 45 lid 2, sub c of sub d Richtlijn 2004/18/EG (een delict dat is vastgesteld in strijd met de beroepsgedragsregels of als een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep).

Meer informatie op de website van het ministerie van SZW:

- over [in welke bedrijfstakken bepalingen van CAO's avv zijn](#)
- over [de implementatie van de Detacheringsrichtlijn](#)

2.3.2 Informatie over nationale wetgeving inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden

De voorgaande praktijkvragen hebben betrekking op de arbeidsomstandigheden of arbeidsvoorwaarden. Artikel 27 Richtlijn 2004/18/EG geeft aan lidstaten de mogelijkheid om aanbestedende diensten te verplichten aan te geven waar gegadigden of inschrijvers informatie kunnen krijgen omtrent nationale regels aangaande belastingen, milieubescherming, arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden. Nederland heeft van deze optie gebruik gemaakt en artikel 27 Bao lid 1 verplicht aanbestedende diensten om in het bestek aan te geven bij welk orgaan de gegadigden of inschrijvers informatie kunnen krijgen over de geldende wetgeving op deze terreinen.

De Nota van Toelichting van het Bao stelt bij artikel 27 dat, aangezien aanbestedende diensten in Nederland verplicht zijn om dergelijke informatie over nationale regels te verstrekken, zij tevens verplicht zijn te verzoeken dat inschrijvers of gegadigden aangeven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de verplichtingen uit hoofde van de bepalingen inzake de

F A C T S H E E T

arbeidsbescherming en de arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de verrichting wordt uitgevoerd. Als aanbestedende dienst dient u ook rekening met de verplichtingen op grond van artikel 27 Bao te houden bij het stellen van bijvoorbeeld sociaal gerelateerde uitsluitingsgronden en selectie-eisen.

2.3.3 Geschiktheidseisen

Naast de uitsluitingsgronden die hierboven zijn besproken, spelen ook geschiktheidseisen een rol bij de selectie van inschrijvers. De geschiktheid wordt vastgesteld aan de hand van enerzijds de financiële en economische draagkracht en anderzijds de technische bekwaamheid van een onderneming. Artikel 47 en 48 van Richtlijn 2004/18/EG geven aan op welke manier de ondernemer kan aantonen dat hij aan de geschiktheidseisen voldoet.

Volgens de Interpretatieve Mededeling betreffende sociale aspecten bij overheidsopdrachten kan een aanbestedende dienst bij het formuleren van eisen waarmee een onderneming zijn financiële en economische draagkracht kan aantonen, geen rekening houden met sociale aspecten. Zo is het vragen naar een bewijs dat de ondernemer zijn sociale zekerheidsbijdragen heeft betaald een eis die u kunt stellen als uitsluitingsgrond, maar een dergelijke eis van sociale aard hoort niet thuis binnen de geschiktheidseisen.

Binnen de geschiktheidseisen vallen ook de eisen waarnaar een aanbestedende dienst kan vragen, om zich ervan te verzekeren dat een inschrijver de technische bekwaamheid bezit om de opdracht uit te voeren. Richtlijn 2004/18/EG geeft in artikel 48 een uitputtende lijst van referenties of bewijsmiddelen waarnaar u kunt vragen ter beoordeling van de technische bekwaamheid. Deze verschillen al naar gelang het een werk, dienst of levering betreft. Voor wat betreft de beoordeling van een aanbestedende dienst of een bedrijf een concrete opdracht kan uitvoeren en hiervoor technisch bekwaam is (zie uitputtende lijst van bewijsmiddelen), kan de aanbestedende dienst rekening houden met sociale aspecten (hierna volgen een aantal voorbeelden) indien deze verband houden met het voorwerp van de opdracht (zie paragraaf 2.1).

Referenties met sociale aspecten

De Interpretatieve Mededeling van de Commissie betreffende sociale aspecten bij overheidsopdrachten geeft aan, dat van alle referenties die artikel 48 noemt, de volgende referenties sociale aspecten kunnen betreffen⁶:

- Een lijst van de in de laatste vijf jaar uitgevoerde werken, voor de belangrijkste werken gestaafd door verklaringen inzake de goede uitvoering of een lijst van de voornaamste in de laatste drie jaar verrichte diensten. Hier kunt u bijvoorbeeld vragen naar voorbeelden op welke manier rekening is gehouden met de toegankelijkheid van gehandicapten tot de eerder uitgevoerde werken.
- Een beschrijving van de technische uitrusting, de maatregelen om kwaliteit te waarborgen en de mogelijkheden ten aanzien van ontwerpen en onderzoeken. Denk bij technische uitrusting bijvoorbeeld aan technische hulpmiddelen die werknemers fysiek ontlasten, zoals arbohulpmiddelen.
- Een opgave van de al dan niet tot de onderneming van de leverancier behorende technici of technische organen waarop de gegadigde een beroep kan doen bij de uitvoering van de opdracht, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole. Hierbij kunt u bijvoorbeeld vragen aan de inschrijver om aan te geven door welke arbodeskundigen hij zich laat begeleiden in het opstellen en uitvoeren van het arbobeleid.

Bij het vragen naar dergelijke referenties dienen –naast het verband met het voorwerp van de opdracht- de algemene beginselen van non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit in acht te worden genomen.

⁶ Paragraaf 1.3.2, noot 42, blz. 13, van de Interpretatieve Mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren.

F A C T S H E E T

Tot slot wordt in de Interpretatieve Mededeling tevens expliciet gesteld, dat indien voor de opdracht specifieke deskundigheid op sociaal terrein is vereist, het is toegestaan specifieke ervaring te eisen als criterium voor technische bekwaamheid om de geschiktheid van gegadigden te bewijzen. De Mededeling noemt als voorbeeld specifieke ervaring met het beheer van een crèche of met opleidingen voor langdurig werklozen. Zie ook [Praktijkvraag aanbestedingen 37](#) op de website van Europa decentraal.

2.3.4 Kwaliteitsnormen

Artikel 49 van Richtlijn 2004/18/EG biedt aanbestedende diensten in het kader van de selectie van inschrijvers de mogelijkheid om te vragen naar verklaringen opgesteld door onafhankelijke instanties die aantonen dat een bedrijf voldoet aan bepaalde kwaliteitsnormen. Deze kwaliteitsnormen moeten gebaseerd zijn op Europese normenreeksen en afkomstig zijn van instanties die voldoen aan Europese normen en daarom bevoegd zijn om de certificering af te geven. Indien een onderneming niet over een bepaald certificaat beschikt, kan een aanbestedende dienst deze onderneming echter niet afwijzen als de onderneming wel kan bewijzen dat zij gelijkwaardige maatregelen heeft getroffen op het gebied van kwaliteitsbewaking. In de praktijk wordt binnen deze categorie vaak naar ISO-certificering gevraagd. Hieronder volgen nog voorbeelden van kwaliteitsnormen met een sociaal karakter waarnaar in de praktijk wel wordt gevraagd.

VCA-certificaat

Aanbestedende diensten vragen bij aanbestedingen aannemers soms naar een VCA-certificaat of een in Europees verband daarmee gelijkwaardig en algemeen erkend certificaat. VCA staat voor Veiligheid, gezondheid en milieu Checklist Aannemers.

Via een checklist wordt gekeken of aannemers op de werkvloer voldoen aan eisen op deze drie terreinen. Met name de terreinen veiligheid en gezondheid kunnen gerelateerd zijn aan sociale aspecten en het certificaat of een daaraan gelijkwaardig certificaat kan door een aanbestedende dienst worden benut om aangetoond te krijgen dat een bedrijf voldoet aan bepaalde (ook sociale) kwaliteitsnormen.

Als onderdeel van de VCA-certificering moeten uitvoerende medewerkers en leidinggevenden beschikken over een VCA-diploma. Dit diploma kan via het volgen van een cursus worden behaald. Nadat de aan de checklist gekoppelde informatie en documenten zijn verstrekt, worden afspraken gemaakt voor een audit. Na een positieve audit ontvangt de aannemer het VCA-certificaat. Het VCA-certificaat is drie jaar geldig en wordt elk jaar getoetst door de auditor. Na deze drie jaar moet het gehele traject opnieuw worden doorlopen.

Een aannemersbedrijf is vrij om de certificerende instelling te kiezen (deze instelling moet wel bevoegd zijn voor het uitvoeren van systeemcertificeringen conform de Europese norm NEN-EN 17021).

Het VCA-certificaat wordt beheerd door de Stichting Samenwerken voor Veiligheid (SSVV).

Voor meer informatie zie de website www.ssvv.nl

OHSAS 18001

De internationale norm OHSAS 18001 heeft betrekking op arbeidsomstandigheden die de veiligheid en gezondheid van werknemers betreffen. OHSAS 18001 is een arbomanagementsysteem, waarmee een onderneming kan aantonen welke werkzaamheden plaatsvinden in overeenstemming met eisen omtrent de veiligheid en gezondheid van haar werknemers. Aangezien u dient te beoordelen of een bedrijf een concrete opdracht voor u kan uitvoeren en eisen daarom verbonden moeten zijn aan het voorwerp van de opdracht, kunt u niet volstaan met het in zijn algemeenheid stellen dat een onderneming dient te voldoen aan OHSAS 18001. U zult als aanbestedende dienst moeten specificeren welke werkzaamheden binnen de specifieke overheidsopdracht moeten plaatsvinden in overeenstemming met de eisen van het arbomanagementsysteem.

In Nederland is NEN het nationale normalisatie-instituut, dat nationale normen ontwikkelt, maar ook internationale en Europese normen publiceert. Op de website van NEN zijn verschillende internationale en Europese normen te vinden, zoals OHSAS 18001.

F A C T S H E E T

Zie www.nen.nl.

Momenteel zijn er ook de nodige ontwikkelingen met betrekking tot het opstellen van ISO 26000; een richtlijn voor maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO). Zie de website van NEN voor een actuele stand van zaken.

2.4 Gunningscriteria

De selectie van inschrijvers en de gunning van de opdracht zijn twee verschillende processen binnen de aanbestedingsprocedure waarbij verschillende voorschriften gelden. Bij de gunningscriteria gaat het erom die aanbieder te vinden die inhoudelijk het best overeenkomt met de inkoopbehoefte. De aanbestedende dienst heeft hierbij de keuze tussen twee gunningscriteria: óf de laagste prijs óf de economisch voordeligste inschrijving (evi). Bij de laagste prijs gunt u vanzelfsprekend alleen op basis van de prijs. Wanneer u kiest voor de economisch voordeligste inschrijving, kunt u ook rekening houden met criteria zoals de kwaliteit, technische waarde, esthetische kenmerken, datum van levering, klantenservice van de aanbieder. De vraag die hier relevant is: als u kiest voor het gunningscriterium 'evi', kunt u dan ook sociale aspecten opnemen in het rijtje van criteria? En zo ja: aan welke sociale aspecten kunt u dan denken?

Economische meest voordelige inschrijving

Uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (*Concordia Bus Finland*, C-513/99) blijkt dat, hoewel het gunningscriterium 'evi' de nadruk legt op de term economisch, dit echter niet betekent dat elk criterium van zuiver economische aard dient te zijn. Zie ook [deze webpagina van Europa decentraal](#).

Randvoorwaarden voor het gebruik van een dergelijk criterium, dat niet een direct economisch voordeel oplevert, zijn er wel: de criteria dienen verband te houden met het voorwerp van de opdracht, mogen een aanbestedende dienst geen ongelimiteerde vrijheid van keuze in de aanbesteding opleveren, dienen uitdrukkelijk te zijn genoemd tijdens de inschrijvingsprocedure en moeten voldoen aan alle beginselen van gemeenschapsrecht (non-discriminatie en gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit).

Deze ruimere interpretatie is ook terug te vinden in overweging 46 van Richtlijn 2004/18/EG. Hierin staat dat indien kan worden gewaarborgd dat de gunningscriteria op een objectieve manier kunnen worden beoordeeld, economische en kwalitatieve gunningscriteria de aanbestedende dienst de mogelijkheid bieden criteria te gebruiken die ertoe strekken te voldoen aan sociale eisen. Het gaat dan om het hanteren van criteria waarmee met name tegemoet wordt gekomen aan de speciale behoeften van bijzonder kansarme bevolkingsgroepen waartoe de begunstigden/gebruikers van een werk, levering of dienst die het voorwerp van de opdracht zijn, behoren. Hieruit volgt dat ook criteria die ertoe strekken te voldoen aan sociale eisen, verbonden moeten zijn aan het voorwerp van de opdracht. Vreemd is dit niet aangezien voor alle criteria, die worden gehanteerd om de economisch voordeligste inschrijving vast te stellen, als randvoorwaarde geldt dat deze verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht.⁷

Het voorwerp van de opdracht heeft niet alleen betrekking op de aard van de opdracht (zie hierover paragraaf 2.1 van de factsheet). Het Europese Hof van Justitie (*Wienstrom*, C-448/01) heeft tevens vastgesteld dat indien een aanbestedende dienst een criterium hanteert dat ook ziet op hoeveelheden van een product of dienst die de ondernemer zal leveren aan andere afnemers dan de aanbestedende dienst, dit criterium geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht. Een dergelijk criterium mag niet worden gebruikt. Gunningscriteria houden ingevolge deze uitspraak dus alleen verband met het voorwerp van de opdracht, indien aan de hand van deze criteria kan worden beoordeeld of het aanbod van een ondernemer aansluit op de specifieke vraag van de aanbestedende dienst.

⁷ Deze randvoorwaarde is ook terug te vinden in artikel 53 lid 1 sub a Richtlijn 2004/18/EG.

F A C T S H E E T

Overweging 46 spreekt over sociale aspecten binnen de gunningscriteria die met name toegepast kunnen worden ten behoeve van kansarme bevolkingsgroepen waartoe *begunstigden/gebruikers* van een werk, levering of dienst behoren. We zien hier een sociaal aspect terugkomen wat ook in de fase van technische specificaties (zie paragraaf 2.2 van de factsheet) is genoemd: het rekening houden met mensen met een beperking.

Denk bijvoorbeeld aan een gebouw dat toegankelijk is voor rolstoelgebruikers. Dit sociale aspect zou in principe dus zowel binnen de technische specificaties als binnen het gunningscriterium 'evi' kunnen worden gebruikt. Toch is het raadzaam indien u toegankelijkheidscriteria wilt hanteren voor gehandicapten, deze toe te passen binnen de fase van de technische specificaties. Dit criterium is namelijk zowel letterlijk terug te vinden in de definitie van technische specificaties als in artikel 23 van de Aanbestedingsrichtlijn.

Conclusie

Uit het bovenstaande volgt dat het gezien de randvoorwaarden niet makkelijk is om sociale aspecten op te nemen binnen het gunningscriterium 'evi'. De Interpretatieve Mededeling betreffende sociale aspecten bij aanbestedingen geeft als voorbeeld van een 'sociaal criterium' binnen het gunningscriterium 'evi': een criterium waarmee bijvoorbeeld de kwaliteit van een dienst voor een categorie kansarme personen kan worden geëvalueerd. Bij bijvoorbeeld een opdracht voor het leveren van informaticadiensten aan alle werknemers van een gemeente, kan één van de criteria op grond waarvan de economisch voordeligste inschrijving wordt bepaald, betrekking hebben op de door de inschrijver voorgestelde methode om op ieder moment een kwalitatief goede dienstverlening te waarborgen die aan de specifieke behoeften van alle mensen met een handicap beantwoordt.⁸

Praktijkvraag

In het bestek is binnen het gunningscriterium 'evi' opgenomen, dat de inschrijver dient aan te geven op welke manier men speciaal beleid voert ten aanzien van minderheden. Is dat toegestaan?

Het hanteren van dit criterium is beperkt mogelijk. Zoals hierboven omschreven is het toegestaan om criteria binnen het gunningscriterium 'evi' op te nemen in de aanbesteding die strikt gezien niet een economische aard hebben. Hieraan zijn echter wel randvoorwaarden verbonden. Een van deze randvoorwaarden is dat de criteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht. Indien het bijvoorbeeld de inkoop van re-integratiediensten betreft en deze re-integratie gericht is op allochtonen, dan is een dergelijk criterium toegestaan aangezien het criterium duidelijk verbonden is met het voorwerp van de opdracht. Indien het echter bijvoorbeeld om de inkoop van administratieve diensten in het algemeen gaat, dan staat een dergelijk criterium in principe los van het voorwerp van de opdracht.

De Interpretatieve Mededeling betreffende sociale aspecten bij overheidsopdrachten stelt dat criteria waarbij een deel van de opdracht wordt voorbehouden aan een bepaalde categorie bedrijven (bijv. het MKB) of het geven van prijskorting aan ondernemingen die bijvoorbeeld een actief sociaal beleid voeren ter bevordering van de positie van vrouwen in het algemeen, niets van doen hebben met het voorwerp van de opdracht en daarom niet zijn toegestaan. Dit geldt ook voor criteria waarbij wordt gekeken in hoeverre inschrijvers bereid zijn een bepaalde categorie personen in te zetten (bijv. werklozen, gehandicapten of leerlingen). De volgende paragraaf gaat nader in op manieren volgens welke deze criteria wel gehanteerd kunnen worden binnen de aanbestedingsprocedure.

2.5 Bijzondere uitvoeringsvoorwaarde

Na de verschillende fases van de aanbestedingsprocedure te hebben doorlopen zijn we nu aanbeland bij de laatste fase: de uitvoeringsfase. Deze fase is misschien juist wel de meest aangewezen fase om

⁸ Zie paragraaf 1.4.1, blz. 15 van de Interpretatieve Mededeling.

F A C T S H E E T

rekening te houden met sociale aspecten. Deze paragraaf licht toe wat voor een soort voorwaarden met een sociaal karakter mogelijk zijn en waar de grenzen liggen.

Artikel 26 Richtlijn 2004/18/EG

In de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (*Beentjes*, zaak 31/87)⁹ is het idee ontwikkeld dat er voorwaarden kunnen worden gesteld aan de uitvoering van de opdracht, ook wel de *bijzondere uitvoeringsvoorwaarde* genoemd. In navolging van de jurisprudentie is bij de invoering van Richtlijn 2004/18/EG in artikel 26 het idee neergelegd van de bijzondere uitvoeringsvoorwaarden welke met name verband houden met sociale of milieuoverwegingen.

Overweging 33 van de Richtlijn geeft aan waar de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde van artikel 26 met name in voorziet: het bevorderen van de beroepsopleiding op de werkplek of de arbeidsparticipatie van moeilijk in het arbeidsproces te integreren personen, het bestrijden van de werkloosheid of het beschermen van het milieu. Als voorbeeld wordt genoemd om in de overeenkomst de verplichting op te nemen dat:

- voor de uitvoering van de opdracht langdurig werklozen dienen te worden aangeworven, of
- in opleidingsacties voor werklozen of jongeren moet worden voorzien, of
- inhoudelijk de belangrijkste verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO of International Labour Organisation (ILO), zie ook www.ilo.org) dienen te worden nageleefd indien deze niet in het nationale recht zijn omgezet, of
- een groter dan het bij de nationale wetgeving voorgeschreven aantal gehandicapten aangeworven moeten worden.

Een andere verplichting, die niet in deze overweging wordt genoemd maar wel in de Interpretatieve Mededeling betreffende sociale aspecten bij overheidsopdrachten, is de verplichting voor een opdrachtnemer om op de werkplek maatregelen te nemen om gelijke kansen voor mannen en vrouwen te bevorderen of om aandacht te hebben voor minderheden.

Artikel 26 noemt als randvoorwaarden voor de toepassing van de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde dat deze verenigbaar dient te zijn met het Gemeenschapsrecht en dat deze in de aankondiging van de opdracht of het bestek moet worden vermeld. In het arrest *Beentjes* (Hof van Justitie EG, 1988, zaak 87/31. Zie ook [deze webpagina van Europa decentraal](#).

werden ook al als randvoorwaarden genoemd:

de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde dient in overeenstemming te zijn met het EG-Verdrag, met name met de bepalingen inzake het vrije verkeer van diensten, de vrijheid van vestiging, wat o.a. betekent dat ze niet direct of indirect discriminerend mogen zijn, zie de onderstaande praktijkvraag voor een uitwerking hiervan;

een dergelijke bijzondere voorwaarde moet in de aankondiging worden vermeld, zodat alle aanbieders van het bestaan ervan kennis kunnen nemen;

de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde mag niks te maken hebben met de selectie- of gunningscriteria. Zij mag dus geen invloed hebben op de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers aan de hand van hun financiële en economische draagkracht en hun technische bekwaamheid, noch op de gunningscriteria;

De eis dat de criteria verbonden dienen te zijn met het voorwerp van de opdracht, zoals dit geldt voor de gunningscriteria, wordt niet expliciet gesteld bij de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde. Hierdoor lijkt de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde dan ook meer mogelijkheden te bieden om sociale aspecten op te nemen dan binnen de gunningscriteria.

⁹ In dit arrest dat dateert van 1988 sprak het Europese Hof van Justitie zich voor het eerst uit over de inzet van werklozen bij overheidsopdrachten.

F A C T S H E E T

Gebruik bijzondere uitvoeringsvoorwaarden echter altijd met inachtneming van de bovenstaande randvoorwaarden, aangezien het belangrijk is hoe de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde wordt geformuleerd en welk effect deze in een concreet geval kan hebben op buitenlandse inschrijvers.

De bijzondere uitvoeringsvoorwaarde wordt ook wel aangemerkt als de contractuele voorwaarde. Het brengt tot uitdrukking dat de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde opgenomen wordt als contractsbepaling. Hierbij moeten altijd de bovengenoemde randvoorwaarden in acht worden genomen. Een aanbieder dient dan bij zijn inschrijving te verklaren dat hij akkoord gaat met de bijzondere uitvoeringsvoorwaarden van het contract. Indien een inschrijver deze verklaring vervolgens niet afgeeft kan zijn inschrijving ook worden afgewezen. Indien tijdens de uitvoering van de opdracht blijkt, dat de inschrijver niet voldoet aan de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde is er sprake van schending van deze contractuele verplichting. Dat kan een reden kan zijn om naleving te eisen, schadevergoeding te vorderen van de inschrijver of het contract te ontbinden.

Praktijkvoorbeeld

Het klassieke voorbeeld van een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde is de inzet van werklozen, SW-geïndiceerden, gedeeltelijk arbeidsongeschikten of het creëren van leerling-bouwplaatsen bij de uitvoering van de opdracht. Er zijn momenteel verschillende gemeenten (o.a. Dordrecht, Rotterdam, Amsterdam, Almere, Oss) die hiermee ervaring hebben, waarbij verschillende benamingen worden gehanteerd zoals contract compliance, Social return on Investment of de 5 %-regeling. De laatste benaming (5 % van de aanneemsom moet worden benut voor het inzetten van werklozen) geeft aan dat de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde niet te omvangrijk is in verhouding tot de hoofdupdracht. Hoewel het lastig is om aan te geven wat een acceptabel percentage is, hanteren de meeste gemeenten momenteel het percentage van 5 %. Zie [Praktijkvraag 51](#) op de website van Europa decentraal.

Praktijkvraag

Gezien het grote aantal werklozen in onze gemeente willen we deze graag inzetten bij toekomstige overheidsopdrachten. Kunnen wij van een inschrijver eisen dat hij voor de uitvoering van de opdracht alleen gebruik maakt van werklozen uit onze eigen gemeente?

Nee, dit is niet mogelijk. Uit het bovengenoemde arrest Beentjes volgt dat een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde, die inschrijvers verplicht bij de uitvoering van de opdracht zoveel mogelijk gebruik te maken van werknemers (maar ook gehandicapten, leerlingen, etc.) met een bepaalde nationaliteit, niet is toegestaan. Dat is namelijk een belemmering voor ondernemingen uit andere lidstaten om in te kunnen schrijven op de opdracht. Ook wanneer de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde niet expliciet gekoppeld is aan nationaliteit, kan de voorwaarde wel het effect hebben dat buitenlandse inschrijvers meer moeite hebben om eraan te voldoen. Een voorbeeld hiervan is wanneer als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde de inzet van werklozen wordt gevraagd en deze werklozen ingeschreven dienen te staan bij het plaatselijke CWI of een lokaal uitzendbureau. U kunt als aanbestedende dienst dan beter aangeven dat u bereid bent de inschrijver te ondersteunen in het zoeken naar werklozen of deze aan de inschrijver aan te bieden. Hiermee wordt het nadeel van de buitenlandse inschrijver ten opzichte van een nationale inschrijver opgeheven en het geeft u enige mogelijkheid om invloed uit te oefenen welke werklozen er worden ingezet. De buitenlandse inschrijver moet echter wel altijd de mogelijkheid hebben, indien hij dit wenst, om zijn eigen werklozen in te zetten. Voorstellen waarbij u aanbiedt de inschrijver te ondersteunen in het zoeken naar werklozen moeten daarom de inschrijver altijd de vrije keuze laten om wel of niet op uw voorstel in te gaan.