

Sociaal en inclusief opdrachtgeverschap

Quickscan over de mogelijkheden om inschrijvers en gegadigden van publieke aanbestedingen uit te sluiten wegens discriminatie op de arbeidsmarkt
(herziene versie)

&

Deelrapport over het effectief en efficiënt gebruikmaken van de mogelijkheden om opdrachten voor te behouden in de zin van 2.82 en 2.82a Aw en om uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen toe te passen in het kader van discriminatie op de arbeidsmarkt

Utrecht, juni 2021

Onderzoeker:

mr. Tom Huisjes (UUCePP)

Onder begeleiding van:

prof. mr. Elisabetta Manunza (UUCePP)

prof. mr. Frans Pennings (UU)

In opdracht van:

Gemeente Amsterdam

Directeur Subsidies, Inkoop en Juridisch Bureau Sociaal

C.E.A. Knol

Leeswijzer

Dit rapport omvat een herziene versie van de ‘Quickscan over de mogelijkheden om inschrijvers en gegadigden van publieke aanbestedingen uit te sluiten wegens discriminatie op de arbeidsmarkt’, waarvan de eerste versie in oktober 2020 werd opgeleverd, en het eerste deelrapport van het vervolgonderzoek naar sociaal en inclusief opdrachtgeverschap.

De eerste vier paragrafen vormen de herziene versie van de quickscan en behandelen respectievelijk de verschillende instrumenten die de overheid kan gebruiken om beleid te voeren, het non-discriminatiebeginsel, de mogelijkheid om discriminerende ondernemers uit te sluiten, en het bevorderen van diversiteit en inclusie bij de gunnings- en uitvoeringsfasen. De vijfde paragraaf bevat een verdieping op de quickscan en behandelt het effectief en efficiënt gebruikmaken van mogelijkheden om opdrachten voor te behouden in de zin van 2.82 en 2.82a Aw en om uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen toe te passen in het kader van discriminatie op de arbeidsmarkt.

Inhoudsopgave

Samenvatting	5
Doel en opbouw van het onderzoek	13
1. Een verscheidenheid aan juridische instrumenten	15
1.1 Inleiding: de overheid mag kiezen	15
1.2 Publieke weg: uitvoering is in handen van de overheid	17
1.3 Private weg: uitvoering via verstrekking van de opdracht aan derden	19
1.4 Verschillende lagen regulering zijn van toepassing op overheidsopdrachten	21
1.5 De Europese dimensie van opdrachten wordt bepaald door de aanwezigheid van een duidelijk grensoverschrijdend belang	22
1.6 Conclusie	23
2. Het non-discriminatiebeginsel in internationaal, Europees en Nederlands recht	25
2.1 Inleiding: meerdere lagen regulering van het non-discriminatiebeginsel	25
2.2 Een gemengd beleid van formele en materiële gelijkheidsbegrippen	25
2.3 De non-discriminatiegronden veranderen en vermeederen met de jaren	27
2.4 Internationale rechten en plichten van overheden, bedrijven en burgers omtrent gelijkheid	29
2.5 Non-discriminatie in de EU: van een economisch beginsel naar een mensenrecht	32
2.6 De implementatie van internationale verdragen en Europese richtlijnen in Nederland	36
2.7 Effectieve handhaving vergt een verbreding van de aanpak	39
2.8 Conclusie	40
3. Uitsluiting bij schending van het non-discriminatiebeginsel	41
3.1 Inleiding: non-discriminatie handhaven door uitsluiting	41
3.2 Wat zijn uitsluitingsgronden?	42
3.3 Verplicht en facultatief ondernemers uitsluiten binnen het kader van de aanbestedingsbeginselen	44
3.4 Welke uitsluitingsgronden zijn relevant voor de handhaving van het non-discriminatiebeginsel?	47
3.5 Verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht	48
3.6 Kan discriminatie ook worden aangemerkt als een ernstige beroepsfout?	53
3.7 Past performance: aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij een eerdere opdracht	56
3.8 Tussenconclusie: vergelijking van drie uitsluitingsgronden	58
3.9 Een gesloten systeem van uitsluitingsgronden?	58
3.10 Zelfreinigend vermogen: een tweede kans voor marktpartijen	61
3.11 Afzien van uitsluiting: algemeen belang en proportionaliteit	61
3.12 Concessies, speciale-sectoren en defensie- en veiligheidsgebied	64
3.13 Conclusie	66

4. Het bevorderen van diversiteit en inclusiviteit bij inkoop	67
4.1 Inleiding: het sturen van de markt in een inclusieve richting	67
4.2 Wat is (het verschil tussen) diversiteit en inclusiviteit?	68
4.3 De rol van keurmerken binnen aanbestedingen	69
4.4 Hoe kunnen sociale en inclusieve criteria worden meegewogen bij de gunning?	70
4.5 Kunnen sociale en inclusieve uitvoeringsvoorwaarden worden opgenomen?	72
4.6 Conclusie	72
5. Effectief en efficiënt gebruikmaken van uitsluiting en selectie	74
5.1 Inleiding: uitsluiting en selectie in de praktijk	74
5.2 Marktverkenning en -consultatie: het belang van marktkennis	75
5.3 Voorbehouden opdracht: verzekerd zijn van sociaal toegevoegde waarde	76
5.4 Het kiezen en toetsen van uitsluitingsgronden	80
5.5 Geschiktheidseisen: kansen voor non-discriminatiebeleid	86
5.6 Conclusie	89

Samenvatting

Met het Werkplan Aanpak Arbeidsmarktdiscriminatie wenst de gemeente Amsterdam arbeidsmarktdiscriminatie te voorkomen en te bestrijden in de verschillende rollen van de gemeente. Om dit doel te bereiken bij inkoop heeft de gemeente opdracht gegeven tot een onderzoek naar ‘sociaal en inclusief opdrachtgeverschap’. Dit rapport vormt de eerste stap in dit onderzoek en beslaat onder meer de vraag of, en zo ja in hoeverre, internationale, Europese en nationale bepalingen omtrent (arbeidsmarkt)discriminatie kunnen worden gehandhaafd bij inkoop en aanbesteding door de uitsluiting van gegadigden en inschrijvers die het non-discriminatiebeginsel hebben geschonden.

Naast het gebruik van uitsluitingsgronden, wat centraal staat in dit rapport, is het aan te bevelen om bij vervolgonderzoek verder in te gaan op de mogelijkheden om keurmerken, gunningscriteria en bijzondere uitvoeringsvoorwaarden in te zetten om de positieve effecten die met sociaal opdrachtgeverschap kunnen worden bereikt te vergroten. Dit met het doel om het aanbestedingsrecht niet alleen in te zetten ter bestrijding van arbeidsmarktdiscriminatie in Amsterdam (repressief handelen), maar ook ter bevordering van diversiteit en inclusiviteit in ruime zin (preventief handelen).

1. Een verscheidenheid aan juridische instrumenten

Dit onderzoek vangt aan met een behandeling van de verschillende juridische instrumenten waarmee de overheid beleid kan voeren: inbesteden, publiek-publieke samenwerking, subsidies, vergunningen, open house-systemen en het aanbesteden van overheids- en concessieopdrachten. Hierbij komt aan bod welke van deze instrumenten onder het aanbestedingsrecht vallen en wordt kort aangestipt welke voorwaarden er gelden voor het gebruik van de verschillende instrumenten. Duidelijkheid omtrent de grenslijnen tussen de verschillende instrumenten vergroot de kansen voor de overheid om de meeste doelmatige en rechtmatige keuzes te maken, wat ook het bereiken van sociale doelen ten goede komt.

Allereerst moet worden opgemerkt dat de overheid vrij is in de keuze tussen deze instrumenten, maar dat zodra de keuze is gemaakt de regels en voorwaarden op Europees en nationaal niveau moeten worden nageleefd. Een eerste onderscheid tussen de instrumenten is die tussen de *publieke weg* waarbij de uitvoering in handen is van de overheid, en de *private weg* waarbij de uitvoering wordt verstrekt door derden.

Bij **uitvoering door de overheid** kan een onderscheid gemaakt worden tussen ‘zelfvoorziening’, wat inhoudt dat de organisatie de taak zelf uitvoert, en de samenwerking met andere publieke instellingen. Deze samenwerking kan meerdere vormen aannemen:

- Publieke uitvoering via een aparte rechtspersoon (verticale samenwerking); of
- Samenwerking met een andere overheid of publieke entiteit zonder aparte rechtspersoon (horizontale samenwerking).

De voorwaarden waaronder dit mogelijk is zijn geformuleerd in jurisprudentie van het Hof van Justitie en later gecodificeerd in de Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en de Aanbestedingswet 2012. Als aan deze voorwaarden, die in paragraaf 1.2 van deze quickscan worden behandeld, is voldaan, geldt er geen aanbestedingsplicht voor de betreffende aanbestedende diensten.

Bij de **private weg door verstrekking aan derden** is de eerste onderscheidende vraag of er sprake is van een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’. Hiermee wordt een overeenkomst bedoeld waarbij:

- iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie;
- deze prestatie voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhoudt, zoals wanneer de aanbestedende dienst eigenaar wordt van een werk waar de opdracht betrekking op heeft of hierover kan beschikken;
- de prestatie van de ondernemer rechtens afdwingbaar is naar nationaal recht; en
- een keuze gemaakt wordt tussen inschrijvingen en daarmee inschrijvers.

Als aan deze elementen is voldaan is er sprake van een overheidsopdracht. Subsidies bevatten vaak verplichtingen omtrent het terugbetalen van bedragen, indien deze niet worden benut voor de beoogde doeleinden, maar bevatten geen rechtens afdwingbare prestaties. Als een ‘subsidie’ voldoet aan de vier bovenstaande elementen is er sprake van een overheidsopdracht. Daarnaast zijn er overeenkomsten die lijken op overheidsopdrachten, maar die niet voldoen aan het laatste element en daardoor de vorm aannemen van een vergunningstelsel (open house-model).

Na het behandelen van deze grensgevallen gaat de rest van de paragraaf in op de gelaagde regulering van overheidsopdrachten op Europees, nationaal en lokaal niveau. Bepalend voor de toepasselijkheid van het Europees recht is of er sprake is van **een duidelijk grensoverschrijdend belang**. Boven de Europese drempelbedragen is Europees aanbesteden verplicht, maar onder de drempels moet de aanbestedende dienst alsnog een passende mate van openbaarheid en openstelling voor concurrentie bieden conform de Verdragen, wanneer er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, of, eenvoudig gezegd, wanneer potentiële inschrijvers uit andere lidstaten ook op de opdracht zouden kunnen inschrijven. Afhankelijk van de categorie waar de overheidsopdracht toe behoort gelden er dus andere regels:

- Categorie 1: Opdrachten boven de Europese drempels;
- Categorie 2: Onder de Europese drempels, maar met een duidelijk grensoverschrijdend belang;

- Categorie 3: Zuiver nationale situaties.

2. Het non-discriminatiebeginsel in internationaal, Europees en Nederlands recht

Het non-discriminatiebeginsel (ook wel gelijkheidsbeginsel genoemd) dat de gemeente Amsterdam wenst te handhaven door middel van het aanbestedingsrecht kent ook meerdere lagen aan regulering.

- Op internationaal niveau bestaan er meerdere mondiale verdragen van de Verenigde Naties en de Internationale Arbeidsorganisatie en regionale mensenrechtenverdragen, zoals het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens. Deze verdragen leggen verplichtingen op aan de ratificerende staten, maar kunnen ook rechtstreeks verplichtingen opleggen aan private partijen.
- Op EU-niveau bestaan er meerdere richtlijnen omtrent arbeidsmarktdiscriminatie die moeten worden omgezet door de lidstaten van de Unie. Terwijl non-discriminatie in de Europees Economische Gemeenschap (voorloper van de EU) eerst was opgenomen als een economisch beginsel, heeft het nu ook een sociale dimensie gekregen.
- De internationale normen en Europese richtlijnen omtrent (arbeidsmarkt)discriminatie zijn door Nederland geïmplementeerd in onder andere de Algemene wet gelijke behandeling.

De bepalingen waarin het non-discriminatiebeginsel is opgenomen kunnen van elkaar verschillen ten aanzien van de **non-discriminatiegronden** die ze beschermen, zoals ras, geslacht, handicap of chronische ziekte en leeftijd. Verder kunnen ook de mogelijke rechtvaardigingsgronden waaronder het maken van onderscheid legitiem is verschillen per bepaling en non-discriminatiegrond. Daarnaast wordt intimidatie en seksuele intimidatie gelijkgesteld aan discriminatie. Deze vormen van ongewenst gedrag houden verband met een van de non-discriminatiegronden of zijn seksueel van aard.

Hoewel paragraaf 2 laat zien dat het non-discriminatiebeginsel uitgebreid is gereguleerd, met name op het gebied van arbeidsmarktdiscriminatie, is het handhaven van deze bepalingen ingewikkeld. Dit vraagt dan ook om een brede aanpak van de problematiek door de overheid met verschillende instrumenten. Het aanbestedingsrecht kan een belangrijk instrument zijn om tot een betere handhaving van het non-discriminatiebeginsel te komen door bijvoorbeeld slechts niet-discriminerende marktpartijen toe te laten tot aanbestedingsprocedures.

3. Uitsluiting bij schending van het non-discriminatiebeginsel

In de derde paragraaf wordt antwoord gegeven op de kernvraag van deze quickscan: of, en zo ja in hoeverre, het mogelijk is om gegadigden en inschrijvers die internationale, Europese en nationale

bepalingen omtrent (arbeidsmarkt)discriminatie hebben geschonden van inkoop en aanbesteding uit te sluiten.

De uitsluitingsgronden in het aanbestedingsrecht zijn gereguleerd in artikel 57 van Richtlijn 2014/14/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en geïmplementeerd in artikelen 2.86-2.88 van de Aanbestedingswet 2012 (Aw). Er bestaan dwingende uitsluitingsgronden, die verplicht gelden bij Europese procedures, en facultatieve gronden, die de aanbestedende dienst kan kiezen wel of niet van toepassing te verklaren op de selectie van inschrijvers. Bij procedures onder de Europese drempelbedragen is het gebruik van uitsluitingsgronden überhaupt facultatief. De aanbestedingsbeginselen (gelijke behandeling en non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit) zijn op alle uitsluitingsgronden van toepassing.

In deze paragraaf wordt meer in detail ingegaan op **een voorselectie van drie uitsluitingsgronden** uit lid 1 van artikel 2.87 Aw die relevant kunnen zijn bij het handhaven van het non-discriminatiebeginsel:

- Sub a: Schending van verplichtingen op milieu-, sociaal en arbeidsrecht;
- Sub c: Ernstige beroepsfout; en
- Sub g: Past performance: aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij eerdere overheids- of concessieopdracht.

Deze drie gronden zijn vervolgens **vergeleken op basis van drie vragen**:

- Vallen schendingen van (vormen van) het non-discriminatiebeginsel binnen de reikwijdte van de uitsluitingsgrond?
- Met welke maatstaf dient te worden bewezen dat er aan de uitsluitingsgrond is voldaan?
- Voegt de bepaling beperkingen toe aan het gebruik van de uitsluitingsgrond, naast het algemene proportionaliteitsbeginsel, ter voorkoming van onredelijke uitsluitingen?

Op basis van deze vergelijking is de uitsluitingsgrond 'schending van verplichtingen op milieu-, sociaal en arbeidsrecht (sub a)' de meest voor de hand liggende keuze om discriminerende ondernemers mee uit te sluiten, want:

- Bepalingen omtrent non-discriminatie zouden binnen de reikwijdte van alle drie de gronden kunnen vallen;
- Qua bewijsmaatstaf bestaat er een taalkundig verschil tussen 'met elk passend middel aantonen' (sub a) en 'aannemelijk maken' (sub c). Gezien de andere taalversies, waarin op dit punt slechts een klein verschil bestaat of zelfs geen verschil (zoals in het Duits en Frans), lijkt het echter in lijn met de wil van de Europese wetgever om het verschil in de Nederlandse taalversie en de implementatie ervan in artikel 2.87 Aw beperkt op te vatten. De maatstaf van

de past performance-grond, zijnde dat de inschrijver of gegadigde de tekortkomingen heeft laten blijken, levert ook geen bewijstechnisch voordeel op; en

- Ten aanzien van het proportionaliteitsbeginsel en de beperkingen van de specifieke bepalingen heeft de ‘schending van verplichtingen op milieu-, sociaal en arbeidsrecht (sub a)’ een aantal grote voordelen. Zo is het amendement om deze grond te wijzigen naar ‘serieuze of herhaaldelijke schendingen’ niet opgenomen in de uiteindelijke formulering van de bepaling, terwijl de beroepsfout in sub c wel degelijk *ernstig* moet zijn. Daarnaast bevat de Gids Proportionaliteit geen bepaling om ‘zeer restrictief’ om te gaan met de uitsluitingsgrond omtrent milieu-, sociaal en arbeidsrecht, wat wel het geval is bij de andere twee uitsluitingsgronden. Verder is de past performance-grond (sub g) nog verder beperkt door de noodzaak dat de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij een eerdere overheidsopdracht hebben geleid tot een sanctie.

Tussenconclusie

Gezien de voordelen die sub a heeft ten aanzien van het proportionaliteitsbeginsel en gezien de specifieke beperkingen van de andere twee gronden, is de grond ‘schending van verplichtingen op milieu-, sociaal en arbeidsrecht’ (sub a) de meest voor de hand liggende uitsluitingsgrond om het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel te handhaven.

Het aanbestedingsrecht kent verdere enkele **voorwaarden en waarborgen** bij het gebruik van uitsluitingsgronden om onterechte en onredelijke uitsluitingen te voorkomen:

- Voor de hierboven besproken facultatieve gronden geldt een terugkijktermijn van drie jaar. Feiten die meer dan drie jaar geleden hebben plaatsgevonden mogen in beginsel niet worden meegenomen in de beoordeling.
- Verder dient de ondernemer de mogelijkheid te krijgen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen (zelfreinigend vermogen) door schade te vergoeden of toezeggen te vergoeden, bij te dragen aan opheldering van feiten en omstandigheden, of door concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen te nemen.
- In uitzonderingsgevallen heeft de aanbestedende dienst ook de mogelijkheid om toch af te zien van uitsluiting om redenen van algemeen belang of als de uitsluiting niet proportioneel zou zijn met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.

Bij **concessieopdrachten en speciale-sectoropdrachten** kan de uitsluitingsgrond betreffende verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht ook worden gebruikt. Bij opdrachten op **defensie- en veiligheidsgebied**, welke ook relevant kunnen zijn voor gemeentes, is deze grond geen optie, maar zou de ‘ernstige beroepsfout’ mogelijk gebruikt kunnen worden ter handhaving van het non-discriminatiebeginsel.

4. Het bevorderen van diversiteit en inclusiviteit bij inkoop

In de vierde paragraaf gaat het rapport kort in op de mogelijkheden die het aanbestedingsrecht biedt om diversiteit en inclusiviteit op de Amsterdamse arbeidsmarkt te bevorderen. Inkoop is bij uitstek geschikt om dit doel te bereiken vanwege de grote financiële waarde van de markt voor overheidsopdrachten en doordat niet alleen een selectie van inschrijvers op basis van minimumvereisten plaatsvindt, maar ook een competitieve gunning, wat ondernemers uitdaagt om verder te gaan dan de minimumvereisten en bijvoorbeeld met innovatieve oplossingen te komen.

De manieren waarop diversiteit en inclusiviteit bij aanbestedingen kunnen worden bevorderd zijn door:

- Het stellen van keurmerken;
- Het opnemen van een inclusief gunningscriterium; en
- Met inclusieve uitvoeringsvoorwaarden.

Keurmerken

Een voorbeeld van een keurmerk dat de mate van sociaal en inclusief ondernemen meet is de Prestatieladder Socialer Ondernemen (PSO), zoals is ontwikkeld door de Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek (TNO).

Bij het stellen van een keurmerk als gunningscriterium of als uitvoeringsvoorwaarde is het op basis van de aanbestedingsbeginselen van belang dat de keurmerkeisen betrekking hebben op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht en dat bijvoorbeeld ook gelijkwaardige keurmerken worden aanvaard door de aanbestedende dienst.

Gunningscriteria en gunningsmethodieken

Anders dan bij opdrachten die worden gegund op basis van de 'laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit' (i) of op basis van de 'laagste prijs' (ii), waar arbeidsmarktdiscriminatie kan worden bestreden via criteria voor selectie, kan de aanbestedende dienst — wanneer hij het gunningscriterium van de 'beste prijs-kwaliteitverhouding' (iii) in een procedure hanteert — ook criteria omtrent sociale, milieu- en innovatieve kenmerken inzetten om de inschrijvers uit te dagen om op dat vlak met hun inschrijving competitieve oplossingen te bedenken. Van belang is wel dat dergelijke criteria verband houden met het 'voorwerp van de opdracht'.

Zodra sociale overwegingen als een gunningscriterium zijn gesteld, dienen de gunningscriteria vervolgens gewogen te worden aan de hand van gunningsmethodieken. Dit is het meest cruciale moment bij een aanbesteding omdat de beoordeling van de inschrijvingen tot de winnaar(s) leidt, en uit onderzoek blijkt dat de gunningsmethodiek bepalend kan zijn voor dit resultaat. Uit UUCePP-onderzoek dat wordt besproken in paragraaf 4 is namelijk gebleken dat bij veel grote overheidsopdrachten voor uitzendwerk het prijscriterium een grotere rol speelde dan de kwaliteit door het gebruik van niet-objectieve gunningsmethodieken. Dit effect stond haaks op wat

door de opdrachtgever was beoogd. Het is daarom belangrijk om nader onderzoek te doen naar welke gunningsmethodieken gehanteerd kunnen worden om tot objectieve(re) en daarmee betere resultaten te komen en zodoende meer maatschappelijke waarde te realiseren.

Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden

Diversiteit en inclusiviteit op de arbeidsmarkt kunnen ook worden bevorderd met inclusieve uitvoeringsvoorwaarden, die wederom verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht. De Richtlijn 2014/24/EU (artikel 70) en de Aanbestedingswet 2012 (artikel 2.80) stellen expliciet dat uitvoeringsvoorwaarden verband kunnen houden met arbeidsgerelateerde en sociale overwegingen.

Uitvoeringsvoorwaarden vormen vaste vereisten, terwijl gunningscriteria meer ruimte laten aan marktpartijen om zelf met ideeën te komen over hoe zij diversiteit en inclusiviteit kunnen bevorderen. De aanbestedende dienst kan zelf kiezen of hij voor de sociale en inclusieve overwegingen gebruik wil maken van uitvoeringsvoorwaarden, gunningscriteria of een combinatie daarvan.

Kortom, het aanbestedingsrecht kent veel mogelijkheden om diversiteit en inclusiviteit te bevorderen en het gebruiken van deze mogelijkheden kan een grote maatschappelijke impact hebben, gezien de grote financiële waarde van inkoop en aanbestedingen. Het grondig beantwoorden van de vraag op welke manieren keurmerken, gunningscriteria en bijzondere uitvoeringsvoorwaarden hiervoor kunnen worden ingezet vergt diepgaand vervolgonderzoek.

5. Effectief en efficiënt gebruikmaken van uitsluiting en selectie

Het deelrapport dat is opgenomen in de vijfde paragraaf van dit rapport vormt een verdieping op de quickscan. Paragraaf 5 behandelt het effectief en efficiënt gebruikmaken van mogelijkheden om opdrachten voor te behouden in de zin van 2.82 en 2.82a Aw en om uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen toe te passen in het kader van discriminatie op de arbeidsmarkt. In deze paragraaf wordt gebruikgemaakt van vier casestudy's, zijnde openbare Europese aanbestedingen van de gemeente Amsterdam betreffende uitzendkrachten, giraal betalingsverkeer, verkeersregelaars en wegsleepdiensten (zie paragraaf 5.1).

Marktverkenning en-consultatie

Voor het effectief en efficiënt gebruikmaken van uitsluiting en selectie is het noodzakelijk om een goed beeld te hebben van de markt waarop de overheidsopdracht zal worden gegund. Het houden van een marktverkenning en -consultatie kan hierover inzichten bieden. Bij het houden van een marktconsultatie is het wel verplicht om een accurate verslaglegging van de inhoud en het proces van de marktconsultatie te overleggen. Uit de vier casestudy's blijkt dat de mate van volledigheid van zulke verslaglegging bij aanbestedingen van de gemeente Amsterdam sterk verschilt per aanbesteding.

Voorbehouden van overheidsopdrachten

Aanbestedende diensten hebben onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid om opdrachten voor te behouden in de zin van artikel 2.82 (sociale werkplaatsen) en 2.82a Aw (participatieorganisaties). Aan de voorwaarden voor een voorbehoud in de zin van artikel 2.82 Aw kan sinds de implementatie van Richtlijn 2014/24/EU makkelijker worden voldaan, omdat het minimumpercentage van gehandicapte of kansarme werknemers verlaagd is van 50 procent naar 30 procent. Aangezien het sterk afhangt van de aard van de sector of het mogelijk is om een dergelijk voorbehoud te maken, kan een zorgvuldige marktverkenning en -consultatie hier duidelijkheid over scheppen. Met name bij de aanbesteding voor verkeersregelaars zou het maken van een voorbehoud, of het opnemen van een hoger percentage bij de social return-verplichting, hebben kunnen bijdragen aan de sociaal toegevoegde waarde van de opdracht.

Uitsluitingsgronden

Ten aanzien van uitsluitingsgronden is in deze paragraaf gebleken dat het standaardbeleid van de gemeente Amsterdam om alle facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren op gespannen voet staat met het proportionaliteitsbeginsel en specifiek de Gids Proportionaliteit. Om deze spanning op te lossen zijn meerdere aanbevelingen gedaan in paragraaf 5.4 met mogelijke oplossingen. Verder kan een efficiënte toetsing van de uitsluitingsgrond in 2.87 lid 1 sub a Aw in de toekomst worden verbeterd door bijvoorbeeld een wijziging van de Gedragsverklaring Aanbesteden. Daarnaast is er bij de vier casestudy's niet voldaan aan het vereiste op basis van artikel 2.81 lid 2 Aw om een verklaring omtrent milieu-, sociaal en arbeidsrecht te verzoeken van de inschrijvers en gegadigden. In paragraaf 5.4 is een voorbeeld opgenomen van hoe een dergelijke verklaring eruit kan zien in het kader van het non-discriminatiebeleid van de gemeente Amsterdam.

Geschiktheidseisen

Verder biedt het opnemen van sociale geschiktheidseisen ook kansen voor sociaal en inclusief opdrachtgeverschap. Het vereisen dat organisaties en/of hun teams beschikken over specifieke ervaring en deskundigheid ten aanzien van non-discriminatie zou in het bijzonder passend kunnen zijn geweest bij de aanbesteding voor uitzendkrachten.

Doel en opbouw van het onderzoek

Dit rapport vormt het eerste deel van een onderzoek naar ‘sociaal en inclusief opdrachtgeverschap’ dat in opdracht van de gemeente Amsterdam wordt uitgevoerd door de Universiteit Utrecht. De gemeente Amsterdam heeft opdracht gegeven tot dit onderzoek in het kader van het Werkplan Aanpak Arbeidsmarktdiscriminatie.¹

Arbeidsmarktdiscriminatie kent vele vormen en kan per sector verschillen. Zo is er de afgelopen jaren veel aandacht geweest voor discriminatie door arbeidsbemiddelaars bij uitzendbureaus in de (landelijke) media en politiek. De ernst van dit probleem blijkt bijvoorbeeld uit een onderzoek van het programma *Radar*.² In dit onderzoek deden redacteurs van *Radar* zich voor als medewerkers van een bedrijf dat op zoek is naar werknemers, maar geen werknemers van Marokkaanse, Surinaamse of Turkse achtergrond wenst aan te nemen. Van de in totaal 78 benaderde uitzendbureaus ging 47 procent mee in het verzoek om personen van deze achtergronden uit te sluiten. Een verdere 14 procent legde de verantwoordelijkheid neer bij de opdrachtgever, 36 procent weigerde hieraan mee te werken en 3 procent nam geen beslissing tijdens het gesprek. Discriminatie door uitzendbureaus is ook specifiek in Amsterdam een veelvoorkomend probleem volgens het Meldpunt Discriminatie, regio Amsterdam.³

De gemeente wenst arbeidsmarktdiscriminatie te voorkomen en te bestrijden in de verschillende rollen van de gemeente: normsteller; werkgever; (mede-)eigenaar van deelnemingen; inkoper, subsidiegever en opdrachtgever; en partner van publieke en private bedrijven. In deze quickscan inventariseer ik of, en zo ja in hoeverre, internationale, Europese en nationale bepalingen omtrent (arbeidsmarkt)discriminatie kunnen worden gehandhaafd bij inkoop en aanbesteding door de uitsluiting van gegadigden en inschrijvers die het non-discriminatiebeginsel hebben geschonden.

De quickscan begint in paragraaf 1 met een bespreking van de juridische instrumenten (inbesteden, publiek-publieke samenwerking, subsidies, vergunningen, open house systemen en het aanbesteden van overheids- en concessieopdrachten) die de overheid ter beschikking staan om beleid te voeren in de hierboven genoemde rollen van de gemeente. Hierbij wordt besproken welke van deze instrumenten onder het aanbestedingsrecht vallen en wordt aangestipt welke voorwaarden er gelden voor het gebruik van de verschillende instrumenten.

Daarna volgt de kern van het onderzoek waarin discriminerend gedrag op de arbeidsmarkt wordt gekoppeld aan de mogelijkheden tot uitsluiting van inschrijvers in het aanbestedingsrecht. Deze eerste bespreking in deze quickscan is vooral theoretisch van aard. De analyse bestaat uit twee elementen. Allereerst zet ik in paragraaf 2 uiteen hoe het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel zijn gereguleerd en worden gehandhaafd in het internationaal, Europees en Nederlands recht. Vervolgens onderzoek ik in paragraaf 3 of het gelijkheidsbeginsel en het non-

¹ Gemeente Amsterdam, *Werkplan Aanpak Arbeidsmarktdiscriminatie 2019-2020*, p. 16-17.

² ‘Discriminatie door uitzendbureaus’, *Radar* 29 januari 2018.

³ M. Sevil, ‘Discriminatie uitzendbureaus ook in Amsterdam groot probleem’, *Het Parool* 31 januari 2018.

discriminatiebeginsel gehandhaafd kunnen worden door middel van het gebruik van een of meer uitsluitingsgronden in het aanbestedingsrecht.

De quickscan sluit vervolgens in paragraaf 4 af met een inventarisatie van factoren die van belang zijn om een inclusief beleid bij de gemeente Amsterdam te realiseren. Het gaat hierbij om factoren die gericht zijn op het bevorderen van diversiteit en inclusiviteit bij marktpartijen tijdens de gunningsfase en uitvoeringsfase van aanbestedingen en het meewegen hiervan bij het inkoop- en aanbestedingsbeleid.

De vijfde paragraaf van dit rapport bevat een verdieping op de quickscan en behandelt het effectief en efficiënt gebruikmaken van mogelijkheden om opdrachten voor te behouden in de zin van 2.82 en 2.82a Aw en om uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen toe te passen in het kader van discriminatie op de arbeidsmarkt. In deze paragraaf wordt gebruikgemaakt van vier casestudy's, zijnde openbare Europese aanbestedingen van de gemeente Amsterdam.

In dit onderzoek wil ik beklemtonen dat de complexe aard van arbeidsmarktdiscriminatie een brede aanpak van de problematiek vergt en dat inkoop en aanbesteding hier een belangrijke rol in kunnen spelen. Dit kan enerzijds door het voeren van een repressief beleid door middel van het gebruik van uitsluitingsgronden en anderzijds door middel van een proactief en preventief beleid, zoals kort wordt belicht in paragraaf 4 van deze quickscan. Op deze wijzen kan het aanbestedingsrecht zowel worden ingezet ter bestrijding van arbeidsmarktdiscriminatie als ter bevordering van diversiteit en inclusiviteit in Amsterdam.

Tom Huisjes

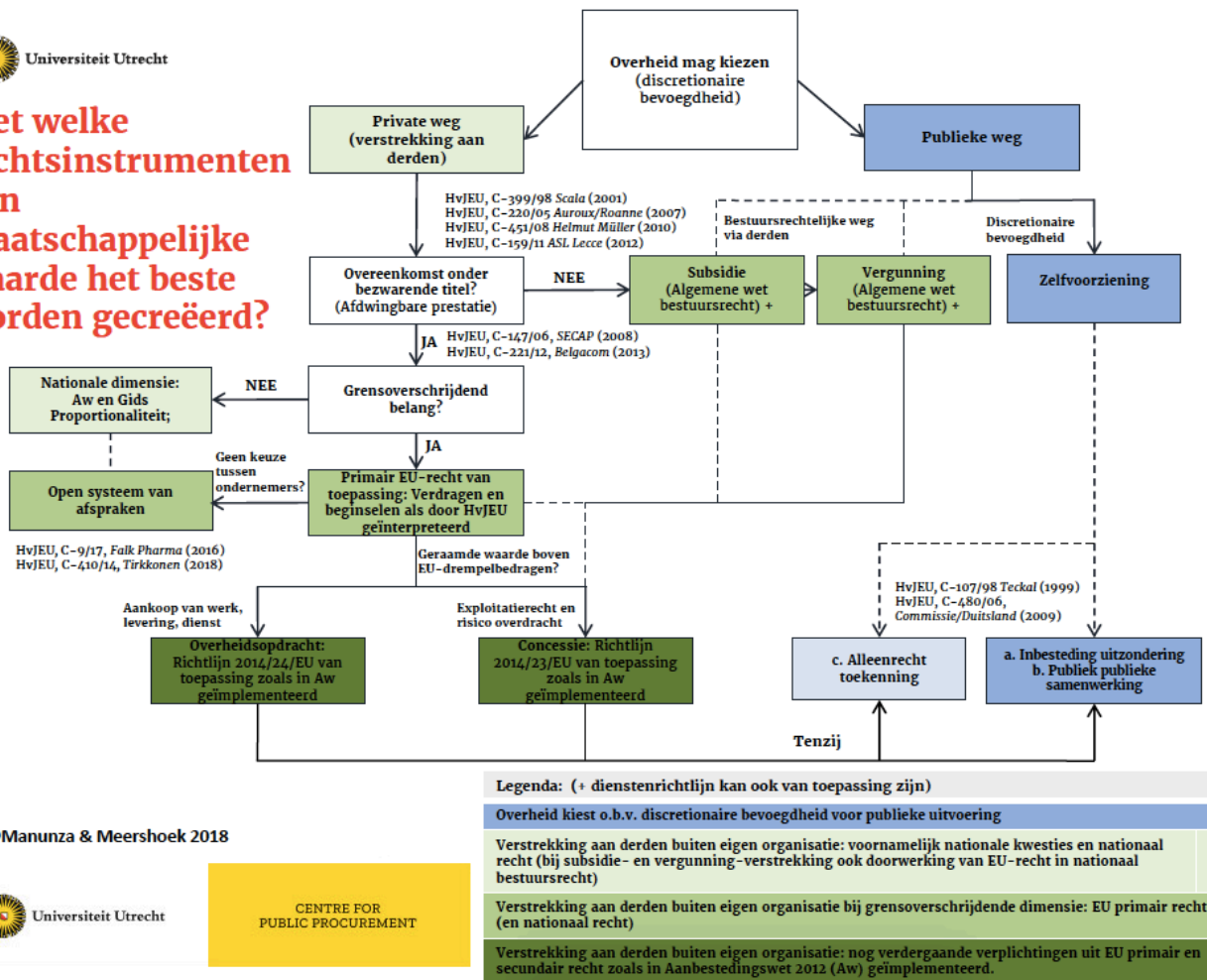
1. Een verscheidenheid aan juridische instrumenten

1.1 Inleiding: de overheid mag kiezen	15
1.2 Publieke weg: uitvoering is in handen van de overheid	17
1.3 Private weg: uitvoering via verstrekking van de opdracht aan derden	19
1.4 Verschillende lagen regulering zijn van toepassing op overheidsopdrachten	21
1.5 De Europese dimensie van opdrachten wordt bepaald door de aanwezigheid van een duidelijk grensoverschrijdend belang	22
1.6 Conclusie	23

1.1 Inleiding: de overheid mag kiezen

Om een uitspraak te doen over de mogelijkheden om discriminerende partijen uit te sluiten bij aanbestedingen dient allereerst stil te worden gestaan bij de verschillende juridische instrumenten die de overheid kan gebruiken om beleid uit te (laten) voeren. Het is namelijk niet altijd duidelijk wat de grenslijnen zijn tussen de verschillende instrumenten (waaronder uitbesteden, inbesteden, subsidies en vergunningen) en welke regels daarmee van toepassing zijn in een bepaald geval. Het maken van een passende keuze tussen deze instrumenten komt ook het bereiken van sociale doelen ten goede. De rechtsinstrumenten zullen in deze paragraaf worden behandeld aan de hand van het hieronder weergegeven schema van Manunza en Meershoek (figuur 1). De eerste keuze die de overheid dient te maken bij het (laten) uitvoeren van taken is of dit door de overheid zelf dient te gebeuren of door een of meerdere marktpartijen. De overheid is vrij om deze keuze te maken, aangezien er Europese noch nationale regels bestaan die deze discretionaire bevoegdheid inperken. Na deze keuze gemaakt te hebben gelden er echter wel degelijk regels op Europees en nationaal niveau voor de uitvoering van het beleid op de publieke dan wel de private weg.

Met welke rechtsinstrumenten kan maatschappelijke waarde het beste worden gecreëerd?



©Manunza & Meershoek 2018

Figuur 1: 'Met welke rechtsinstrumenten kan maatschappelijke waarde het beste worden gecreëerd?' © Manunza & Meershoek (2018).

1.2 Publieke weg: uitvoering is in handen van de overheid

Zelfvoorziening of samenwerking?

De overheid mag beslissen om zelf te voorzien in een behoefte, wat in de literatuur met verschillende benamingen wordt aangeduid. Soms wordt gesproken van ‘het recht op zelfvoorziening’, en soms van ‘in-house voorziening’ of van ‘inbesteden’. Hierbij voert de organisatie de taak zelf uit met haar eigen administratieve, technische of andere middelen zonder dat een beroep wordt gedaan op externe middelen.⁴

Daarnaast is het mogelijk om onder bepaalde voorwaarden samen te werken met andere publieke instellingen (publiek-publieke samenwerking). Deze mogelijkheid is erkend in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU en is in de laatste generatie aanbestedingsrichtlijnen uit 2014 gecodificeerd.

Publieke uitvoering via een aparte rechtspersoon (verticale samenwerking)

In de zaak *Teckal* uit 1999 heeft het Hof van Justitie enkele voorwaarden geformuleerd waaronder aanbestedende diensten kunnen samenwerken door middel van een aparte rechtspersoon zonder dat er een verplichting tot aanbesteden op hen rust.⁵ Een dergelijke samenwerking wordt ook wel ‘verticale samenwerking’ of ‘geïstitutionaliseerde samenwerking’ of ‘quasi-inbesteden’ genoemd. Het is hierbij niet van belang of de aparte rechtspersoon een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoon is. Deze uitzonderingsgrond is in latere jurisprudentie uitgekristalliseerd⁶ en uiteindelijk gecodificeerd in artikel 12 lid 1-3 van Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (R.O.). Deze uitzonderingsgrond is vervolgens geïmplementeerd in artikelen 2.24a en 2.24b van de Aanbestedingswet 2012 (Aw).

Artikel 2.24a lid 1 Aw bevat drie cumulatieve criteria: de aanbestedende dienst moet toezicht uitoefenen op de rechtspersoon zoals op zijn eigen diensten (sub a), meer dan 80 procent van de werkzaamheden van de gecontroleerde rechtspersoon moet plaatsvinden ten behoeve van de controlerende aanbestedende dienst (sub b) en er mag geen directe participatie van privékapitaal zijn in de gecontroleerde rechtspersoon (sub c).

Lid 3 verduidelijkt dat er sprake is van toezicht op de rechtspersoon zoals op de eigen diensten (sub a) wanneer de aanbestedende dienst zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke besluiten een beslissende invloed heeft. Het activiteitscriterium van 80 procent (sub b) wordt nader uitgewerkt in leden 4 en 5, die onder andere stellen dat het percentage wordt bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet, of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf, over de laatste drie jaren. Het verbod op de directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (sub c) geldt niet voor zover deze participatie is vereist krachtens

⁴ HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*), §48.

⁵ HvJ EG 18 november 1999, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal*), §50. Zie E. Manunza, ‘Incoherente ontwikkelingen in de relatie Markt en Overheid. ‘Uitvoering door de overheid’ v. ‘uitvoering door de markt’ (insourcing v. outsourcing/inbesteden v. uitbesteden)’ *Tijdschrift voor aanbestedingsrecht*, 2013 (6), p. 200-207.

⁶ Zie o.a.: HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*), §49-52; en HvJ EG 11 mei 2006, C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308 (*Carbotermo*), §72.

nationale regelgeving, welke verenigbaar is met de EU-Verdragen, geen controle of blokkerende macht inhoudt en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon. De vereisten voor deze vorm van samenwerking via een aparte rechtspersoon zijn noodzakelijk geacht om te voorkomen dat ondernemers een onrechtmatig voordeel krijgen ten opzichte van hun concurrenten.

Artikel 2.24b Aw biedt een soortgelijke mogelijkheid voor het geval dat meerdere aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uitoefenen op de rechtspersoon. Gezamenlijk toezicht bestaat eruit dat de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle aanbestedende diensten, deze aanbestedende diensten gezamenlijk beslissende invloed uit kunnen oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen, en de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

Hoewel de criteria voor enkelvoudig toezicht en gezamenlijk toezicht grotendeels overeenkomen, bestaat er wel een verschil ten aanzien van het gunnen van overheidsopdrachten door gecontroleerde rechtspersonen. Artikel 2.24a lid 2 biedt gecontroleerde rechtspersonen onder enkelvoudig toezicht de mogelijkheid om een overheidsopdracht te gunnen aan de controlerende aanbestedende dienst ('terugbesteding') en om een overheidsopdracht te gunnen aan een andere rechtspersoon die ook wordt gecontroleerd door dezelfde aanbestedende dienst ('zijwaarts gunnen'). Deze twee extra uitzonderingsgronden worden in de wetgeving niet geboden aan gecontroleerde rechtspersonen onder gezamenlijk toezicht.⁷

Samenwerken met een andere overheid of publieke entiteit (horizontale samenwerking)

Het Hof van Justitie heeft in 2009 in de zaak *Commissie tegen Duitsland* nog een verdere uitzondering op de aanbestedingsplicht geformuleerd voor de samenwerking tussen overheidsinstanties zonder dat hiervoor een aparte rechtspersoon is opgericht zoals in de zaak *Teckal* (horizontale/niet-geïstitutionaliseerde samenwerking).⁸ Deze publiek-publieke samenwerking zonder aparte instantie bestaat eruit dat meerdere overheidsinstanties samen hun taken van algemeen belang uitvoeren. Deze uitzonderingsgrond is later gecodificeerd in artikel 12(4) R.O. en geïmplementeerd in artikel 2.24c Aw. Dit artikel geeft wederom drie cumulatieve criteria voor de toepassing van de uitzonderingsgrond.

Ten eerste dient de overheidsopdracht te voorzien in of uitvoering te geven aan een samenwerking om te bewerkstelligen dat de openbare diensten worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen (sub a). Overweging 33 van Richtlijn 2014/24/EU laat zien dat de diensten die worden verleend niet identiek hoeven te zijn, maar ook

⁷ W.A. Janssen & A. van Onna, 'De implementatie van de inbestedingsdoctrine in de Nederlandse rechtsorde' *Tijdschrift voor aanbestedingsrecht*, 2015 (3), p. 134-144.

⁸ HvJ EG 9 juni 2009, C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357 (*Commissie tegen Duitsland*). Zie E. Manunza, 'Incoherente ontwikkelingen in de relatie Markt en Overheid. 'Uitvoering door de overheid' v. 'uitvoering door de markt' (insourcing v. outsourcing/inbesteden v. uitbesteden)' *Tijdschrift voor aanbestedingsrecht*, 2013 (6), p. 200-207.

complementair kunnen zijn. Daarnaast is het noodzakelijk dat de samenwerking uitsluitend berust op overwegingen in verband met het openbaar belang (sub b). Dit houdt in dat onderlinge vergoedingen tussen de aanbestedende diensten slechts kostendekkend mogen zijn. Als derde criterium geldt dat de deelnemende aanbestedende diensten niet meer dan 20 procent van de onder de samenwerking vallende activiteiten op de open markt voor hun rekening mogen nemen (sub c). Als aan deze drie voorwaarden is voldaan, geldt er geen aanbestedingsplicht voor de deelnemende aanbestedende diensten.

Alleenrecht

Bovendien bestaat er in artikel 2.24 sub a (niet te verwarren met artikel 2.24a) de mogelijkheid om overheidsopdrachten voor diensten aan een aanbestedende dienst te gunnen waaraan een uitsluitend recht is verleend, indien dit uitsluitend recht verenigbaar is met het Werkingsverdrag van de EU (VWEU). Hierbij kan worden getoetst aan de mededingingsregels en de vrijverkeersregels.⁹

1.3 Private weg: uitvoering via verstrekking van de opdracht aan derden

Indien de aanbestedende dienst ervoor kiest om een externe partij de taak te verstrekken, kan dit plaatsvinden door middel van een vergunnings- of subsidiestelsel of door het sluiten van een contract met de externe partij, zoals bij overheids- en concessieopdrachten. De overheid treedt in haar rollen als vergunnings- en subsidieverstrekker op in een publiekrechtelijke hoedanigheid. Bij vergunningsverlening geeft de overheid aan derden toestemming of ontheffing van een verbod en bij subsidies kunnen derden aanspraak maken op ‘financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten’.¹⁰

Het onderscheidende kenmerk van een overheidsopdracht is dat er sprake is van een aanbestedende dienst die met een derde partij een schriftelijke overeenkomst sluit *onder bezwarende titel* voor de verrichting van leveringen, diensten of werken. In tegenstelling tot bij vergunningen en subsidies treedt de overheidsinstantie hierbij op in een civielrechtelijke hoedanigheid. Of de wederpartij een particuliere onderneming is of een overheidsinstantie, is daarbij niet relevant. Met een overeenkomst onder bezwarende titel wordt een overeenkomst bedoeld waarbij:

- iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie;¹¹
- deze prestatie voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhoudt, zoals wanneer de aanbestedende dienst eigenaar wordt van een werk waar de opdracht betrekking op heeft of hierover kan beschikken;¹²

⁹ Zie artikelen 49, 56, 57, 101 en 102 van het VWEU.

¹⁰ Algemene wet bestuursrecht, artikel 4:21.

¹¹ HvJ EG 12 juli 2001, C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401 (*Scala*), §77; HvJ EG 18 januari 2007, C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31 (*Auroux/Roanne*), §45; HvJ EU 19 december 2012, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 (*ASL Lecce*), §25-29; HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (*IBA*), §28.

¹² HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*), §47-58.

- de prestatie van de ondernemer rechtens afdwingbaar is naar nationaal recht;¹³ en
- een keuze gemaakt wordt tussen inschrijvingen en daarmee inschrijvers.¹⁴

Subsidie of overheidsopdracht?

Het verschil tussen een overheidsopdracht en een subsidie is duidelijk naar voren gekomen in de zaak *IBA*.¹⁵ In deze zaak verstrekke de Italiaanse regio Veneto een ‘subsidie’ van 700.000 euro aan de instelling *Sacro Cuore* opdat deze instelling kosteloos een medicijn zou verstrekken aan regionale openbare ziekenhuizen. Subsidies bevatten vaak verplichtingen omtrent het terugbetalen van bedragen indien deze niet worden benut voor de beoogde doeleinden en zulke financiering van een activiteit valt doorgaans niet binnen het toepassingsgebied van de aanbestedingsrichtlijnen. In deze zaak was er echter sprake van een uitwisseling van prestaties en was de instelling verplicht om de tegenprestatie uit te voeren. Vanwege de afdwingbare aard van de tegenprestatie concludeerde het Hof van Justitie dat de overeenkomst wel degelijk een overheidsopdracht vormde.

Open house-model: overheidsopdracht of vergunningenstelsel?

Het Hof van Justitie heeft zich in de afgelopen jaren ook uitgesproken over het grensvlak tussen de overheidsopdracht en vergunningsregelingen. De zaak *Dr. Falk Pharma* betrof het sluiten van kortingsovereenkomsten voor geneesmiddelen door middel van een open toetredingssysteem (ook wel open house-model genoemd).¹⁶ Hierbij werden overeenkomsten gemaakt met alle ondernemers die zich wilden verbinden om de goederen te leveren tegen vooraf vastgestelde voorwaarden en kon elke ondernemer toetreden tot het systeem tijdens de gehele looptijd. Het Hof oordeelde op basis van het doel van de aanbestedingsrichtlijnen dat hier geen sprake was van een overheidsopdracht, omdat bij een dergelijk open systeem geen keuze gemaakt werd tussen ondernemers. Gezien het ontbreken van een keuze voor een inschrijving en daarmee een inschrijver vormen zulke open toetredingssystemen een vergunningenregeling. Hoewel het aanbestedingsrecht niet van toepassing is op deze systemen, geldt het primair EU-recht wel in het geval dat de contracten van interstatelijk belang zijn en kunnen nationaalrechtelijke bepalingen van toepassing zijn.

In Nederland wordt in het sociaal domein veel gebruik gemaakt van deze vergunningenconstructies, maar zulke toetredingssystemen kunnen ook voorkomen in andere sectoren, zoals in de zaak *Tirkkonen* over een landbouwadviseringssysteem.¹⁷ In deze zaak bevestigde het Hof de jurisprudentiële lijn uit de zaak *Dr. Falk Pharma*. Het feit dat er in deze zaak geen mogelijkheid

¹³ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*), §63.

¹⁴ HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Dr. Falk Pharma*).

¹⁵ HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (*IBA*), §24-32.

¹⁶ HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Dr. Falk Pharma*). Zie voor nadere uitleg: G. Bouwman, ‘Een open toetredingssysteem zonder selectie: een nieuwe rechtsfiguur die buiten de werkingsfeer van de aanbestedingsrichtlijnen valt?’ *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht (JAAN)*, 2016-13(8), p. 908-916.

¹⁷ HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*).

was om tussentijds toe te treden tot het systeem, maar slechts bij de examenmomenten, leidde niet tot een andere conclusie van het Hof.

De voorbeelden in de zaak *IBA* en de zaken omtrent het open-house model laten zien dat het voor de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht niet van belang is welke naam wordt gegeven aan overheidshandelen, maar van welke specifieke elementen sprake is.

1.4 Verschillende lagen regulering zijn van toepassing op overheidsopdrachten

De rechtsbronnen die van toepassing zijn op overheidsopdrachten zijn gelaagd in een internationaal, een Europees, een nationaal en een lokaal niveau. Op Unie-niveau, waar de belangrijkste regulering van dit rechtsgebied heeft plaatsgevonden, zijn de volgende bronnen van belang:

- de EU-Verdragen¹⁸ (t.a.v. vrij verkeer¹⁹ en mededinging²⁰);
- het Handvest van de grondrechten van de EU²¹;
- de Europese algemene rechtsbeginselen;
- verordeningen, waaronder het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA)²²
- richtlijnen, waaronder de aanbestedingsrichtlijnen²³; en
- de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU.

Op nationaal niveau geldt zowel formele wetgeving, waaronder de Aanbestedingswet 2012 (Aw) en de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied (Aw D&V), als materiële wetgeving, zoals

¹⁸ De geconsolideerde versies van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) vormen samen de wettelijke basis van de Europese Unie (*PbEU* 2016, C 202).

¹⁹ De interne markt (voorheen gemeenschappelijke markt) is een ruimte zonder binnengrenzen met vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal (artikelen 3 lid 3 VEU en 26 lid 1 VWEU). De Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn een uitwerking van het vrije verkeer van met name diensten (artikelen 56 en 57 VWEU), van de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) en het beginsel van non-discriminatie op basis van nationaliteit (artikel 18 VWEU).

²⁰ Terwijl het Europese aanbestedingsrecht gebaseerd is op de bepalingen van non-discriminatie en vrij verkeer in de EU-verdragen, kent het rechtsgebied raakvlakken met zowel het mededingingsrecht, waaronder het kartelverbod (artikel 101 VWEU) en het verbod op het misbruik maken van een machtspositie (artikel 102 VWEU), als met het staatssteunrecht (artikel 107 VWEU en verder).

²¹ Het Handvest van de grondrechten van de EU is geratificeerd op 7 december 2000 en heeft volledige rechtskracht gekregen op 1 december 2009 (*PbEU* 2012, C 326). De rechtskracht van het Handvest is gelijk aan die van de EU-verdragen.

²² Het UEA heeft onder andere als doel om administratieve lasten van aanbestedende diensten en ondernemers te verlichten. Zie Uitvoeringsverordening 2016/7 van de Commissie van 5 januari 2016 houdende een standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (*PbEU* 2016, L 3).

²³ Richtlijn 2014/23/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (*PbEU*, L 94); Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (*PbEU*, L 94); Richtlijn 2014/25/EU betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (*PbEU*, L 94); Richtlijn 2009/81/EG betreffende opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied (*PbEU*, L 216).

de Gids Proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken (ARW).²⁴ Daarnaast gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het privaatrechtelijke beginsel van redelijkheid en billijkheid. Verder is ook de Europese en nationale jurisprudentie van belang. Naast het EU-niveau en het nationale niveau kan ook, afhankelijk van de omstandigheden, de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van toepassing zijn, zoals ten aanzien van de rechtsbescherming van gegadigden en inschrijvers in het kader van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Op lokaal niveau kunnen verder bindende regelingen worden getroffen, zoals het inkoop- en aanbestedingsbeleid van een gemeente.

1.5 De Europese dimensie van opdrachten wordt bepaald door de aanwezigheid van een duidelijk grensoverschrijdend belang

Welke van deze rechtsbronnen van toepassing zijn op een specifiek geval is afhankelijk van de vraag of het geval binnen de werkingssfeer van het Europees recht valt doordat de overheidsopdracht van grensoverschrijdend belang is.

Er zijn hierin drie categorieën te onderscheiden: (1) opdrachten boven de Europese drempels, (2) onder deze drempels, maar wel met een duidelijk grensoverschrijdend belang, en (3) de zuiver nationale opdrachten. De huidige drempelbedragen voor overheidsopdrachten zijn in de Gedelegeerde Verordening 2019/1827 van de Commissie laatstelijk vastgesteld op:

- Werken: 5.350.000 euro;
- Leveringen en diensten voor centrale overheid: 139.000 euro;
- Leveringen en diensten voor decentrale overheid: 214.000 euro;
- Overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten: 750.000 euro.²⁵

Categorie 1: Opdrachten boven de Europese drempels

Bij opdrachten met een waarde boven de Europese drempels, welke om de twee jaar worden aangepast, zijn aanbestedende diensten verplicht om Europees aan te besteden als aan alle andere criteria is voldaan om de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing te doen zijn. In een dergelijk geval zijn zowel de hierboven genoemde Europese als de nationale bronnen van toepassing.

Categorie 2: Beneden de Europese drempels, maar met een ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’

Onder de drempelbedragen kan er alsnog sprake zijn van een ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’. In een dergelijk geval dient de aanbestedende dienst een passende mate van openbaarheid

²⁴ De Gids Proportionaliteit geeft invulling aan het proportionaliteitsbeginsel en het Aanbestedingsreglement Werken biedt een praktische invulling van de Aanbestedingswet 2012 voor de aanbesteding van werken. De Gids Proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken zijn algemene maatregelen van bestuur (AMvB) en vormen te volgen richtsnoeren. Het afwijken van deze richtsnoeren is toegestaan mits dit gemotiveerd gebeurt in de aanbestedingsstukken (‘pas toe of leg uit’). Zie het Aanbestedingsbesluit, artikelen 10 en 11 (Stb. 2018, 321).

²⁵ Gedelegeerde Verordening 2019/1828 van de Commissie tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU wat de drempels betreft voor overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken, en prijsvragen. Zie verder ook Verordening 2019/1827 (Concessieopdrachten), Verordening 2019/1829 (Speciale sectorbedrijven) en Verordening 2019/1830 (Defensie).

en openstelling voor concurrentie te bieden conform de Verdragen.²⁶ De aanbestedende dienst dient namelijk rekening te houden met het vrije verkeer (van diensten) en het non-discriminatiebeginsel binnen de interne markt. Of er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang wordt door de aanbestedende dienst in concreto beoordeeld op basis van objectieve criteria, zoals het aanzienlijke bedrag van de betrokken opdracht, de plaats van uitvoering van de werken of de technische kenmerken van de opdracht en de specifieke kenmerken van de betrokken producten.²⁷ Naast de bepalingen in de Verdragen omtrent de interne markt, zijn ook de bepalingen van het Handvest van de grondrechten van de EU van toepassing op overheidsopdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang.²⁸ Op basis van de aanwezigheid van een duidelijk grensoverschrijdend belang zou een rechter dus een procedure kunnen toetsen aan bijvoorbeeld artikel 47 van het Handvest omtrent effectieve rechtsbescherming.

Categorie 3: Zuiver nationale situaties

Indien er geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang dan behoort de situatie toe aan de interne aangelegenheden van de lidstaat en geldt geen Unierecht. Terwijl een groot deel van de Aanbestedingswet 2012 niet geldt in zuiver nationale situaties, gelden alsnog enkele afdelingen, waaronder de uitgangspunten en beginselen van het aanbestedingsrecht: 1.1 (begripsbepalingen), 1.2.1 (algemene bepalingen), 1.2.3 (uitgangspunten bij nationale aanbestedingen), 1.2.4 (uitgangspunten bij meervoudig onderhandse procedure), 1.3 (administratieve voorschriften), 1.4 (voorschriften voor aanbesteden van werken), 4.4 (arbitrage en klachten), 4.5 (evaluatiebepalingen), 4.6 (overgangs- en slotbepalingen). Verder gelden ook altijd de Gids Proportionaliteit en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Verder geldt het Aanbestedingsreglement Werken (ARW) voor alle opdrachten voor werken zowel onder als boven de Europese drempels.

1.6 Conclusie

In deze paragraaf is besproken welke rechtsinstrumenten de overheid kan gebruiken om opdrachten uit te (laten) voeren, zijnde inbesteden, publiek-publieke samenwerking, subsidies, vergunningen, open house systemen en het aanbesteden van overheids- en concessieopdrachten. De overheid is vrij in de keuze tussen deze instrumenten, maar dient zich na de keuze wel te houden aan de voorwaarden die gelden voor dat rechtsinstrument. Voorbeelden van de grenslijnen tussen de instrumenten hebben laten zien dat het voor de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht niet bepalend is welke naam wordt gegeven aan overheidshandelen, maar van welke specifieke elementen sprake is. Indien de overheid ervoor kiest om een overheidsopdracht op de markt te plaatsen, is voor het toepasselijke juridische kader bepalend of er sprake is van een

²⁶ HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277 (*SECAP SpA t. Comune di Torino*), §21; HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*).

²⁷ HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15, ECLI:EU:C:2016:747 (*Tecnoedi Costruzioni Srl t. Comune di Fossano*), §20.

²⁸ Het Handvest van de grondrechten van de EU is toepasbaar jegens de instellingen en organen van de Unie en tot de lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Zie HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*); HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Cruciano Siragusa t. Regione Sicilia*).

grensoverschrijdend belang. Op de specifieke bepalingen omtrent uitsluitingsgronden in de verschillende lagen regulering zal verder worden ingegaan in paragraaf 3, na een behandeling van het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel in paragraaf 2.

2. Het non-discriminatiebeginsel in internationaal, Europees en Nederlands recht

2.1 Inleiding: meerdere lagen regulering van het non-discriminatiebeginsel	25
2.2 Een gemengd beleid van formele en materiële gelijkheidsbegrippen	25
2.3 De non-discriminatiegronden veranderen en vermeerderen met de jaren	27
2.4 Internationale rechten en plichten van overheden, bedrijven en burgers omtrent gelijkheid	29
2.5 Non-discriminatie in de EU: van een economisch beginsel naar een mensenrecht	32
2.6 De implementatie van internationale verdragen en Europese richtlijnen in Nederland	36
2.7 Effectieve handhaving vergt een verbreding van de aanpak	39
2.8 Conclusie	40

2.1 Inleiding: meerdere lagen regulering van het non-discriminatiebeginsel

Het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel zijn de positieve en negatieve bewoordingen van een fundamenteel recht dat onderdeel vormt van een groot aantal internationale verdragen, van het EU-recht en de nationale grondwetten van (vrijwel) alle democratische rechtsstaten. Deze drie lagen van recht beïnvloeden elkaar, zoals wanneer de nationale wetgeving uitvoering geeft aan de internationale normen en Europese richtlijnen (*top down*), maar ook bij de totstandkoming van deze internationale en Europese bepalingen die zelf gebaseerd zijn op nationale tradities (*bottom up*).

In deze paragraaf wordt gereflecteerd op de betekenis van het gelijkheidsbeginsel en vervolgens zullen de relevante rechtsbronnen van het gelijkheidsbeginsel worden besproken. Hierbij zal aandacht uitgaan naar de soorten verplichtingen die de verschillende bepalingen opleggen aan staten en private partijen, en hoe deze bepalingen gehandhaafd worden. Op basis van deze paragraaf kan vervolgens in paragraaf 3 worden ingegaan op het gebruik van uitsluitingsgronden ter handhaving van het non-discriminatiebeginsel.

2.2 Een gemengd beleid van formele en materiële gelijkheidsbegrippen

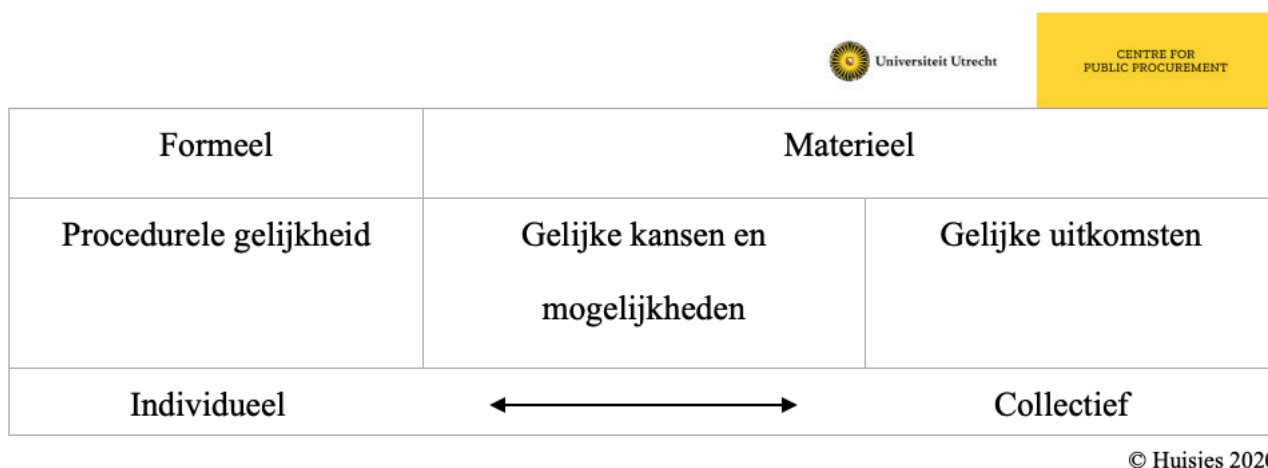
Het idee van de gelijke behandeling van mensen in gelijke situaties bestaat al millennia en kan bijvoorbeeld worden teruggevonden in het werk van Aristoteles²⁹ en de werken van de Verlichtingsdenkers. Aangezien geen twee mensen identiek zijn, is in zekere zin geen enkel mens gelijk aan een ander. Gezien deze taalkundige interpretatie van gelijkheid als ‘hetzelfde zijn’, wordt soms ook gesproken van gelijkwaardigheid in plaats van gelijkheid, hoewel de termen veelal door elkaar worden gebruikt. Van elkaar verschillende personen gelijk behandelen kan zelfs een ongelijke situatie opleveren, omdat specifieke karakteristieken van de twee personen een ongelijke

²⁹ Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Historische Uitgeverij Groningen, Boek V.6, 1131a-b. Aristoteles schrijft hier over gelijke behandeling in gelijke gevallen in de context van distributieve rechtvaardigheid in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel.

behandeling rechtvaardigen of vereisen. Er bestaan meerdere concepten van gelijkheid en hoe het gedefinieerd wordt is uiteindelijk een politieke keuze. Zo kan gekozen worden voor een identieke behandeling van personen, het garanderen van gelijke kansen, het creëren van gelijke startposities, of het stimuleren van gelijke uitkomsten voor (groepen van) individuen.

In de literatuur wordt ten aanzien van deze mogelijkheden een onderscheid gemaakt tussen formele gelijkheid en materiële gelijkheid (zie figuur 2).³⁰ Gelijkheid in formele zin houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden, of, in negatieve zin verwoord, dat er geen onderscheid mag worden gemaakt op basis van onredelijke of irrelevante gronden. Deze benadering van gelijkheid focust op de gelijkheid van de procedure in plaats van de uiteindelijke resultaten. Zolang personen behandeld worden als individuen op basis van hun eigen verdiensten in plaats van op basis van het behoren tot een bepaalde groep is voldaan aan deze formele interpretatie van gelijkheid. In zekere zin discrimineren mensen continu in de meer neutrale betekenis van het woord, zoals wanneer een werkgever aangeeft een sollicitant te zoeken met werkervaring of een bepaald diploma binnen het vakgebied. Daarom is het van belang te bepalen welke gronden onredelijk of irrelevant zijn, en op welke gronden ongelijke behandeling wel gerechtvaardigd is.

De formele benadering van gelijkheid leidt niet per se tot een werkelijk rechtvaardige uitkomst, omdat een overheid er bijvoorbeeld voor kan kiezen een voorkeursbehandeling geheel op te heffen in plaats van uit te breiden zodat iedereen profijt kan hebben van de regeling ('levelling down' in plaats van 'levelling up'). Daarnaast neemt de formele benadering van gelijkheid de onderliggende verschillen in de maatschappij niet in ogenschouw. Zo kan het een recht zijn voor eenieder om een bedrijf te starten, maar als vrijwel al het kapitaal in de maatschappij in handen is van (een) bepaalde groep(en) vanwege historische redenen, dan zullen de andere personen in de maatschappij hier niet op dezelfde wijze gebruik van kunnen maken.



Figuur 2: Een vergelijking van gelijkheidsbegrippen.

Aangezien de focus van de formele benadering op procedurele gelijkheid bestaande ongelijkheid in stand kan houden, wordt door sommigen materiële gelijkheid betoogd. Materiële gelijkheid komt in

³⁰ D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran, *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 3rd edition, p. 149-151.

twee vormen, zijnde gelijkheid in de kansen of mogelijkheden en gelijkheid in de uitkomsten. De eerste van deze noties stelt dat een samenleving pas gelijk kan zijn als personen niet alleen gelijk behandeld worden, maar ook dezelfde kansen hebben. Het doel van deze kansengelijkheid is dus dat eenieder vanaf dezelfde startpositie begint en vervolgens wordt beoordeeld op hun eigen verdienste. Op deze wijze worden personen alsnog als individuen behandeld, maar wordt er ook rekening gehouden met barrières die bestaan voor historisch benadeelde groepen.

Materiële gelijkheid, in de zin van uitkomstengelijkheid, gaat verder dan kansengelijkheid en poogt gelijkheid en gelijke vertegenwoordiging van bevolkingsgroepen te bewerkstelligen in het onderwijs, de arbeidsmarkt en de politiek. Dit kan worden gedaan door middel van informatiecampagnes om bijvoorbeeld de participatie van een bepaalde groep in een bepaald beroep te stimuleren. Uitkomstengelijkheid kan ook de vorm aannemen van bevoordeling van achtergestelde groepen, zoals door middel van quotasystemen voor specifieke beroepen of in de politiek. Hoewel quotasystemen tot gelijkere uitkomsten leiden voor groepen in de maatschappij, is deze ‘positieve discriminatie’ weer niet in lijn met de formele gelijkheid van individuen, omdat het de ongelijke behandeling in gelijke gevallen vereist.

In de rechtssystemen van de meeste landen, waaronder de lidstaten van de EU, is het gelijkheidsbeleid niet slechts gebaseerd op een van deze benaderingen van gelijkheid, maar bestaat het beleid uit inzichten van zowel de formele als de materiële benaderingen.

2.3 De non-discriminatiegronden veranderen en vermeederen met de jaren

Veelvoorkomende non-discriminatiegronden in wetgeving zijn: godsdienst, levensovertuiging³¹, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat, handicap of chronische ziekte, leeftijd, arbeidsduur (fulltime of parttime), en het soort contract (vast of tijdelijk). Welke karakteristieken van een persoon (ir)relevant zijn is afhankelijk van de context waarbinnen het onderscheid wordt gemaakt en van de morele en politieke overwegingen in een samenleving.

Deze morele en politieke overwegingen zijn aan verandering onderhevig, zoals blijkt uit de afschaffing van de ‘enkele feit-constructie’ in de Algemene wet gelijke behandeling in 2015.³² Voor 2015 konden instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag een onderscheid maken met betrekking tot meer kenmerken dan alleen godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid op het terrein van de arbeid en het vrije beroep indien dit onderscheid niet slechts gebaseerd was op ‘het enkele feit’ van o.a. de seksuele geaardheid van de persoon in kwestie. Indien er echter ‘bijkomende omstandigheden’ bestonden, zoals het uitkomen voor de seksuele geaardheid, dan konden deze instellingen hierop wel degelijk een onderscheid maken bij het aannemen of ontslaan van personen. Verder is er de laatste jaren ook meer aandacht gekomen

³¹ Het begrip levensovertuiging (of levensbeschouwing, of simpelweg overtuiging) omvat o.a. humanisme, pacifisme, veganisme en secularisme. Zie bijv. ECHR, *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights Freedom of thought, conscience and religion* (31 May 2018), p. 9-10.

³² Wet van 21 mei 2015 tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling in verband met het annuleren van de enkele-feitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling (Stb. 2015, 200).

voor discriminatie op basis van leeftijd en ten aanzien van transgender of intersekse personen.³³ Terwijl een aantal non-discriminatiegronden de laatste jaren meer aandacht heeft gekregen, zijn er in het verleden ook non-discriminatiegronden geweest die in de huidige maatschappij niet langer (op dezelfde wijze) relevant zijn. Zo benoemde de eerste versie van het huidige artikel 1 van de Grondwet in 1798 het maken van onderscheid op basis van ‘geboorte, bezitting, stand of rang’.³⁴

Intersectionele discriminatie

Wat een versterkend uitsluitend effect kan hebben is dat individuen tot verschillende meerderheids- en/of minderheidsgroepen kunnen behoren.³⁵ Intersectionele discriminatie vindt plaats wanneer bijvoorbeeld vrouwen worden gediscrimineerd op grond van hun geslacht in combinatie met hun migratie-achtergrond. De intersectionele aard van de discriminatie in een specifiek geval kan het lastig maken om een ‘gelijk geval’ te vinden om de situatie mee te vergelijken en daarmee de discriminatie te bewijzen.

Drie benaderingen: een open norm, een uitputtende lijst of een open einde?

De wijzen waarop non-discriminatiegronden genoemd zijn in wetsbepalingen kunnen worden ingedeeld in drie soorten benaderingen. Allereerst kan een bepaling een algemene garantie bieden van gelijkheid, zoals het Verdrag van San José dat stelt dat ‘All persons are equal before the law.’ zonder hierbij specifieke gronden te benoemen.³⁶ Een dergelijke open norm laat de ruimte aan de relevante instellingen, in dit geval het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens, om zelf non-discriminatiegronden te formuleren, zoals dit Hof in 2012 deed toen het voor het eerst ‘seksuele oriëntatie’ erkende als non-discriminatiegrond.³⁷ Daartegenover kan een bepaling ook specifiek de non-discriminatiegronden noemen in een uitputtende lijst, zoals in het VN-Vrouwenverdrag dat specifiek discriminatie op basis van geslacht omvat.³⁸ De derde optie, die het midden houdt tussen het niet noemen van specifieke non-discriminatiegronden en de limitatieve lijst, bevat een ‘open einde’ na de benoeming van meerdere specifieke gronden. Zo spreekt het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens van ‘zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status’. Een voordeel van een dergelijk ‘open einde’ van de bepaling is dat er expliciete

³³ Wet van 30 augustus 2019 tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling ter nadere invulling van het verbod om ongeoorloofd onderscheid te maken op grond van geslacht (Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en intersekse personen) (Stb. 2019, 302).

³⁴ Staatsregeling voor het Bataafsche Volk, artikel 3: Alle Leden der Maatschappij hebben, zonder onderscheiding van geboorte, bezitting, stand, of rang, eene *gelijke* aanspraak op derzelver voordeelen.

³⁵ K. Crenshaw, ‘Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics’, *u. Chi. Legal f.* 1989, afl. 1, p. 139-167.

³⁶ Verdrag van San José van 1969 (Amerikaans Verdrag van de Mensenrechten), artikel 24.

³⁷ Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens 24 februari 2012, zaak 12.502 (*Atala Riffo and Daughters v. Chile*).

³⁸ Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (1979).

bescherming wordt geboden ten aanzien van bepaalde gronden en dat er tegelijkertijd ruimte bestaat voor de rechter om mee te gaan in de morele en politieke tijdsgeest.

2.4 Internationale rechten en plichten van overheden, bedrijven en burgers omtrent gelijkheid

Ten aanzien van non-discriminatiebepalingen in internationale verdragen is het van belang om na te gaan of het verdrag een opdracht formuleert voor landen om regelingen te treffen of een recht formuleert waar personen zich bij een rechter op kunnen beroepen. In de Nederlandse context kunnen personen middels artikelen 93 en 94 van de Grondwet zich direct beroepen op ‘een ieder verbindende bepalingen’. Naast de doorwerking van internationale verdragen is het beginsel van non-discriminatie ook onderdeel geworden van internationaal gewoonterecht ten aanzien van in ieder geval discriminatie op grond van ras, geslacht en religie.³⁹

Verdragen van de Verenigde Naties

Het recht op gelijke behandeling en non-discriminatie is opgenomen in meerdere algemene en specifieke VN-verdragen. Zo is het beginsel opgenomen in artikel 1(3) van het Handvest van de Verenigde Naties; artikelen 1, 2(1) en 7 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens; en artikelen 2(2) en 3 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten van 1966. Onder auspiciën van de VN zijn ook verdragen gesloten die specifiek toezien op non-discriminatie, waaronder het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie van 1966, het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen van 1979, en het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap van 2006. Deze verdragen kunnen personen rechtstreeks rechten bieden waar ze zich op kunnen beroepen tegenover de rechter. Een voorbeeld hiervan is de zaak omtrent het standpunt van de SGP ten aanzien van het passief kiesrecht van vrouwen.⁴⁰ De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat de Staat maatregelen moest treffen om het passief kiesrecht bij vrouwen te garanderen bij de SGP op grond van de eenieder verbindende bepaling omtrent gelijke behandeling bij politieke verenigingen in artikel 7 onder c van het VN-Vrouwenverdrag.

Daarnaast heeft de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties in 2011 unaniem de UN Guiding Principles on Business and Human Rights onderschreven. Deze Guiding Principles zijn geen apart verdrag dat lidstaten kunnen ondertekenen en bieden zelf geen juridische verplichtingen, maar gelden als verduidelijking voor de reeds bestaande internationale verplichtingen. De Guiding Principles gaan in op de plicht van staten om internationaal erkende mensenrechten te beschermen, de verantwoordelijkheid van bedrijven om mensenrechten te respecteren en de noodzaak van het bestaan van effectieve rechtsmiddelen voor beroep in geval van schending. In de Guiding Principles zijn aanbestedingen expliciet genoemd als een instrument dat unieke mogelijkheden biedt om

³⁹ D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran, *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 3rd edition, p. 152.

⁴⁰ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549 (*SGP*).

respect voor mensenrechten bij bedrijven te bevorderen, bijvoorbeeld door middel van contractvoorwaarden.⁴¹

Verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie

Verder zijn op het gebied van arbeid en beroep specifieke verdragen gesloten door de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO), een gespecialiseerde organisatie van de VN, waaronder het IAO-Verdrag 100 betreffende gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde van 1951 en het IAO-Verdrag 111 betreffende discriminatie in arbeid en beroep van 1958. Deze verdragen bieden geen een ieder verbindende rechten aan burgers, maar leggen wel inspanningsverplichtingen op aan de staten die zich eraan verbinden.

Het IAO-verdrag van 1951, dat door Nederland is geratificeerd, vereist dat de leden door middelen het beginsel bevorderen dat mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten gelijk worden beloond voor arbeid van gelijke waarde (artikel 1). Deze verplichting voor de leden geldt ten aanzien van alle werknemers. De middelen om dit doel te bevorderen zijn nationale wetten of regelingen, stelsels voor het vaststellen van de bezoldiging, collectieve arbeidsovereenkomsten, of een combinatie van deze middelen (artikel 2). De verplichting om het beginsel te bevorderen vormt een inspanningsverplichting voor de leden, maar levert niet direct verplichtingen op voor marktpartijen, welke wel kunnen voortkomen uit bijvoorbeeld de wetgeving die leden aannemen ter implementatie van het IAO-verdrag.

Nederland heeft verder ook het IAO-verdrag van 1958 geratificeerd, dat landen ertoe verbindt om een nationaal beleid te formuleren en toe te passen dat is gericht op de bevordering van de gelijkheid van kansen en van de behandeling in arbeid en beroep, ten einde elke discriminatie ter zake op te heffen (artikel 2). Dit verdrag heeft een bredere reikwijdte dan het verdrag uit 1951, omdat het geldt ten aanzien van discriminatie gebaseerd op ras, huidskleur, geslacht, godsdienst, politieke overtuiging, nationale afstamming en sociale afkomst. Naast het aannemen en intrekken van wet- en regelgeving verbindt dit verdrag de leden er ook toe de aanvaarding en toepassing van het nationale beleid te bevorderen door onder andere te trachten de medewerking te verkrijgen van werkgevers- en werknemersorganisaties (artikel 3).

Europees recht met een internationaalrechtelijk karakter

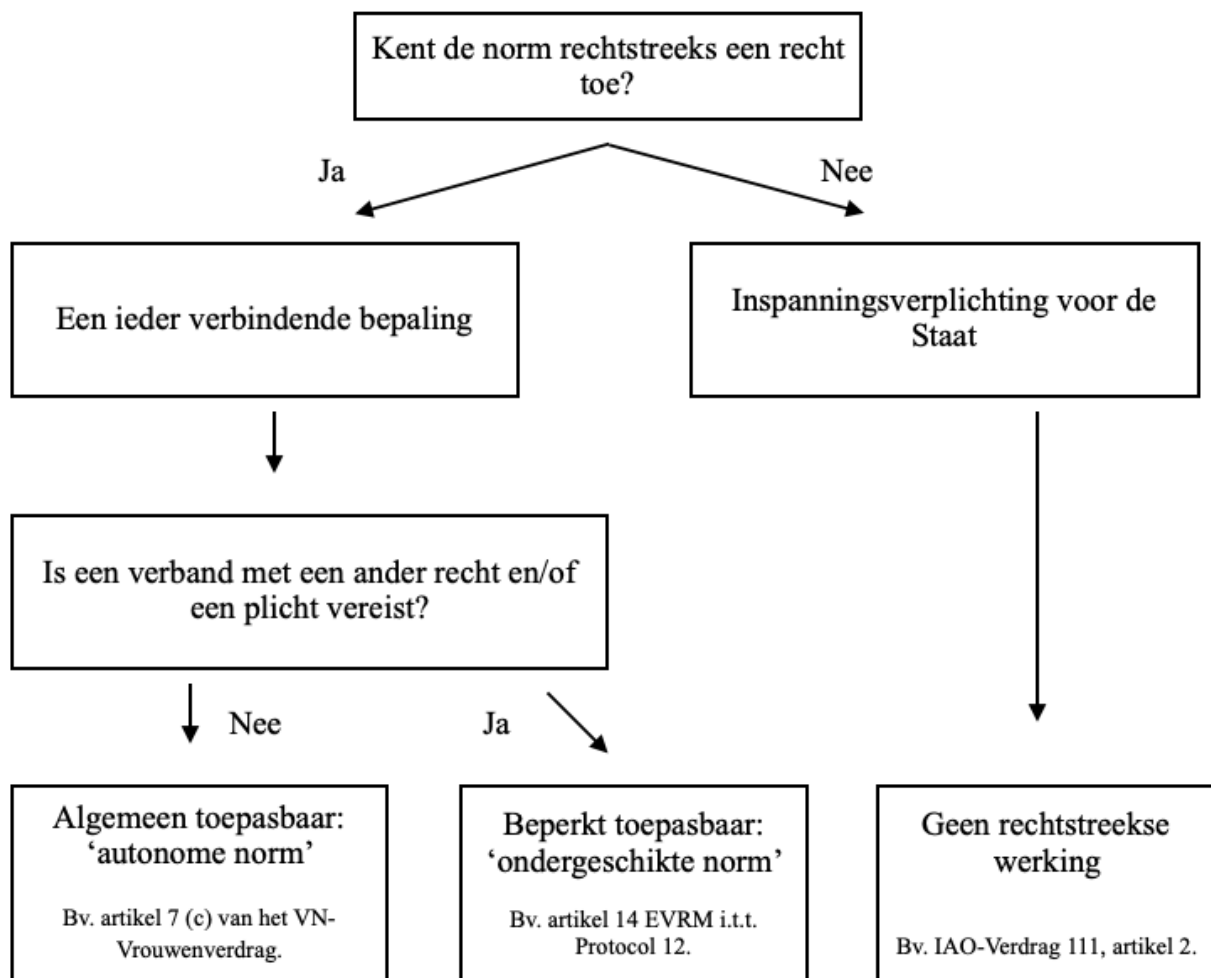
Verder is het non-discriminatiebeginsel onderdeel van regionale mensenrechtenverdragen, zoals het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) in artikel 14 en Protocol nr. 12 (artikel 1). Het EVRM is een van de verdragen van de Raad van Europa, een organisatie met 47 lidstaten waaronder alle 27 lidstaten van de EU. Artikel 14 en artikel 1 van Protocol nr. 12 vormen een ieder verbindende rechten en zijn beide ook open-einde bepalingen, wat het mogelijk maakt om de bepalingen ook toe te passen ten aanzien van andere non-discriminatiegronden dan genoemd zijn in de twee artikelen.

Waar artikel 14 het non-discriminatiebeginsel als een *ondergeschikte norm* formuleert, wat inhoudt dat het beginsel geldt ten aanzien van de andere rechten en vrijheden in het EVRM, gaat

⁴¹ UN Guiding Principles on Business and Human Rights (New York & Geneva, 2011), p. 8.

Protocol nr. 12 verder door de formulering van een *autonome norm*, wat betekent dat het non-discriminatiebeginsel geldt voor elk in een wet neergelegd recht (zie figuur 3). Protocol nr. 12 biedt dus een uitgebreidere bescherming dan artikel 14 van het EVRM, maar Protocol nr. 12 is slechts door een minderheid van de leden van de Raad van Europa (waaronder Nederland) geratificeerd. In geval van vermeende schending van deze bepalingen, kan men zich op het EVRM beroepen in nationale procedures en kan men een klacht indienen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), indien alle nationale rechtsmiddelen van de lidstaat van de Raad van Europa zijn uitgeput (art. 35 (1) EVRM).

Internationale rechten en plichten van overheden, bedrijven en burgers



© Huisjes 2020

Figuur 3.

Directe en indirecte discriminatie

Als een internationaalrechtelijke bepaling omtrent discriminatie van toepassing is op een geval dan wordt vervolgens een onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte discriminatie. Directe discriminatie komt overeen met de formele benadering van gelijkheid, namelijk het maken van onderscheid in de behandeling van personen. Verder kan er onder internationaal recht ook een schending van het non-discriminatiebeginsel optreden als er sprake is van ongelijke uitkomsten door indirecte discriminatie. Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer een op het oog neutrale regel een disproportionele impact heeft op bepaalde groepen. Dit onderscheid is ontwikkeld in het recht van de Verenigde Staten en de Europese Unie (toentertijd Europese Gemeenschap) en zal verder worden beschreven bij de bespreking van het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel in Europees recht. Het feit dat in een zaak een indirect onderscheid is gemaakt op basis van een van de non-discriminatiegronden betekent niet dat er ook daadwerkelijk een inbreuk is gemaakt op het recht op gelijke behandeling. Het maken van een dergelijk onderscheid is namelijk gerechtvaardigd als dit plaatsvindt op redelijke en objectieve gronden, voor een legitiem doel, en op proportionele wijze. Terwijl de bewijslast voor het vaststellen van het gemaakte onderscheid rust bij de individuele klager, verschuift de bewijslast bij deze rechtvaardigingstoets naar de staat om te bewijzen dat het onderscheid gerechtvaardigd is. Het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie en de toepassing van de rechtvaardigingstoets vindt plaats op internationaal, Europees en Nederlands niveau, maar de specifieke interpretatie van deze termen kan verschillen per (rechterlijke) instelling.

Positieve discriminatie

In het internationaal recht geldt, naast de plicht voor staten om zelf het gelijkheidsbeginsel te respecteren en dit beginsel te handhaven tegenover private actoren, tot op zekere hoogte ook een 'plicht om positief te discrimineren'.⁴² De maatregelen die de staat hiervoor dient te nemen kunnen bijvoorbeeld gebaseerd worden op artikel 3 van het VN-Vrouwenverdrag, dat stelt dat de staten alle passende (wetgevende) maatregelen nemen 'op alle gebieden, in het bijzonder op politiek, sociaal, economisch en cultureel gebied' om de volledige ontplooiing en ontwikkeling van vrouwen te verzekeren.

2.5 Non-discriminatie in de EU: van een economisch beginsel naar een mensenrecht

Het non-discriminatiebeginsel was in de Europees Economische Gemeenschap (voorloper van de EU) eerst opgenomen als een economisch beginsel, maar later kreeg het ook een sociale dimensie en werden er vanuit niet-economische overwegingen gronden aan toegevoegd. Non-discriminatie van werknemers op grond van nationaliteit (van een lidstaat) vormt een fundament van de interne markt, omdat deze markt erop gebaseerd is dat goederen, personen, diensten en kapitaal (de vier vrijheden) gelijk worden behandeld ongeacht of ze uit de eigen lidstaat of een van de andere lidstaten afkomstig zijn. Toen artikel 119 EEG (het huidige artikel 157 VWEU) de gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid vaststelde, was de

⁴² Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties, general comment 18, §10.

ratio achter deze bepaling ook van economische aard. Er bestond namelijk een zorg onder de lidstaten dat er gebruik kon worden gemaakt van goedkope vrouwelijke arbeid en er zo een ongelijk speelveld zou ontstaan voor landen die dit niet mochten omdat ze bovengenoemd IAO-verdrag hadden geratificeerd. Sinds de *Defrenne*-zaken, waarin een stewardess procedeerde over ongelijke beloning ten opzichte van mannelijke stewards, is de sociale en mensenrechtelijke basis van dit gelijkheidsbeginsel erkend en is de gelijke beloning van mannen en vrouwen ook erkend als een algemeen beginsel van Europees recht.⁴³

Tot de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam in 1999 bleven nationaliteit en geslacht de enige twee non-discriminatiegronden in het EU-recht, waarna de bevoegdheden van de Unie zijn uitgebreid door de invoering van artikel 13 EG (het huidige artikel 19 VWEU). Op grond van dit artikel kan de Raad met eenparigheid van stemmen maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden. Artikel 19 VWEU verschilt van de juridische basis voor gelijke beloning ongeacht geslacht (157 VWEU) en de basis voor gelijke behandeling ongeacht nationaliteit (18 VWEU), omdat artikel 19 VWEU enkel een basis is voor richtlijnen, voor het aannemen waarvan eenparigheid van stemmen, oftewel unanimiteit, is vereist onder de ministers in de Raad, terwijl artikelen 18, 45 en 157 VWEU niet eerst omgezet hoeven te worden in nationale wet- en regelgeving (directe werking).

Richtlijnen omtrent de toepassing van het gelijkheidsbeginsel

Kort na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam in 1999 zijn op grond van het nieuwe artikel 13 EG (het huidige artikel 19 VWEU) richtlijnen aangenomen, die de lidstaten moeten omzetten in hun nationale recht, omtrent gelijke behandeling en non-discriminatie in arbeid en beroep:

- Richtlijn 2000/43/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (*PbEU*, L 180);
- Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*PbEU*, L 303).

Ten aanzien van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen geldt onder andere⁴⁴:

- Richtlijn 2006/54/EG betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking)(*PbEU*, 204).

⁴³ HvJ EG 8 april 1976, C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56 (*Defrenne (nr. 2) v. Sabena*); HvJ EG 15 juni 1978, C-149/77, ECLI:EU:C:1978:130 (*Defrenne (nr. 3) v. Sabena*). Zie verder ook ten aanzien van het algemeen beginsel omtrent leeftijdsdiscriminatie: HvJ EG zaak 22 november 2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (*Mangold v. Rüdiger Helm*); HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (*Kücükdeveci*).

⁴⁴ Zie verder ook Richtlijn 2010/41/EU betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen (*PbEU*, L 180/1) en Richtlijn 92/85/EEG inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werknemers tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (*PbEU*, L 348).

Deze richtlijnen verschillen van elkaar ten aanzien van de non-discriminatiegronden die ze omvatten en de omstandigheden waaronder ze gelden. De hierboven genoemde Richtlijn 2000/78/EG (algemeen kader) omvat, hoewel de naam wellicht anders doet vermoeden, slechts de gelijke behandeling van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. Terwijl deze richtlijn ziet op de gelijke behandeling in arbeid en beroep, omvat bijvoorbeeld Richtlijn 2000/43/EG omtrent discriminatie op grond van ras of etniciteit veel meer omstandigheden, zoals toegang tot onderwijs en huisvesting. De verschillende richtlijnen vormen samen een bescherming tegen discriminatie in arbeid en beroep voor de meest voorkomende non-discriminatiegronden. Buiten de arbeidsmarkt bestaat er op Europees niveau echter nog een lacune ten aanzien van de gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. Een voorstel van de Europese Commissie om hierin te voorzien, waarvoor unanimititeit vereist is in de Raad, is tot op heden niet aangenomen.⁴⁵

Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel zijn verder opgenomen in artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, welke bindend is verklaard met het verdrag van Lissabon dat in werking trad in 2009. In tegenstelling tot de juridische bases in de Verdragen en de daarop gebaseerde Richtlijnen kent artikel 21 in het Handvest een open-einde formulering, wat inhoudt dat de toepasselijkheid ervan niet is beperkt tot de non-discriminatiegronden die expliciet worden genoemd. Daartegenover staat dat het Handvest slechts van toepassing is op de instellingen, organen en instanties van de Unie en op de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Een nationale regeling die niet in het kader van het Unierecht valt kan dus niet getoetst worden aan artikel 21 van het Handvest.

Directe en indirecte discriminatie

Zoals bij de beschrijving van de verplichtingen onder internationaal recht reeds genoemd, is het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie eerst ontwikkeld in het Unierecht (en het Amerikaanse recht).⁴⁶

Als er sprake is van directe discriminatie, de ongelijke behandeling in gelijke gevallen, bestaat er een beperkt aantal rechtvaardigingsgronden per Richtlijn.⁴⁷ Zo kent Richtlijn 2000/78/EG (algemeen kader) bijvoorbeeld in artikel 4 (2) een aparte uitzonderingsgrond voor beroepsactiviteiten binnen godsdienstige of levensbeschouwelijke organisaties. Een rechtvaardigingsgrond die in alle drie de genoemde Richtlijnen voorkomt is de aanwezigheid van een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste. Een dergelijk beroepsvereiste houdt in dat de aard van

⁴⁵ Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid (COM(2008) 426).

⁴⁶ Zie artikel 2 (1) sub a en b van Richtlijn 2006/54/EG (mannen en vrouwen); artikel 2 (2) sub a en b van Richtlijn 2000/78/EG (algemeen kader); en artikel 2 (2) sub a en b van Richtlijn 2000/43/EG (ras of etnische afstamming).

⁴⁷ Ten aanzien van leeftijd bestaan er meer mogelijkheden om onderscheid te maken dan bij de andere gronden vanwege de traditionele rol die leeftijd heeft in de arbeidsmarkt. Zie artikel 6 van Richtlijn 2000/78/EG (algemeen kader); C. Barnard & S. Peers, *European Union Law*, Oxford University Press (2017), p. 625.

een bepaalde beroepsactiviteit vereist dat er een onderscheid wordt gemaakt. Zo is het bijvoorbeeld legitiem en proportioneel om te vereisen dat de hoofdacteur in een biografische film qua uiterlijk en leeftijd lijkt op degene over wie de film gaat.

Bij indirecte discriminatie is de mogelijkheid groter om onderscheid op een van de non-discriminatiegronden te rechtvaardigen. De Bougnaoui-zaak en de Achbita-zaak, welke op dezelfde dag door het Hof van Justitie zijn behandeld, illustreren het verschil tussen directe en indirecte discriminatie.⁴⁸ In de Bougnaoui-zaak had de werkgever aan een van de werknemers verboden om haar hoofddoek te dragen op het werk na een klacht van een klant. Toen zij weigerde haar hoofddoek voortaan af te doen heeft de werkgever haar ontslagen. De werkgever poogde deze behandeling te rechtvaardigen door te stellen dat hier sprake was van een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste, maar het Europese Hof van Justitie concludeerde dat hiervoor sprake moet zijn van een objectief vereiste en dat daar in dit geval geen sprake van was. Daartegenover staat de Achbita-zaak, waarin een interne regel van de werkgever van Achbita centraal stond die stelde dat het niet was toegestaan om op het werk symbolen van een politieke, filosofische of religieuze aard te dragen. Het Hof bepaalde dat de regel neutraal was geformuleerd en dat er daarmee geen sprake was van een direct onderscheid op basis van religie of levensovertuiging. Het Hof stelde echter verder dat een neutrale regel bepaalde groepen meer kan benadelen dan andere groepen en dat de regel mogelijk indirect onderscheid vormt, tenzij de regel een legitiem doel heeft en zowel passend als noodzakelijk is. Het Hof concludeerde dat een beleid van politieke, filosofische, en religieuze neutraliteit tegenover klanten een legitiem doel is en liet de vraag of de maatregel voldoende passend en noodzakelijk was aan de nationale rechter. Hoewel in beide zaken de klager geen hoofddoek meer mocht dragen op haar werk, is er dus slechts in een van de gevallen een schending van het non-discriminatiebeginsel vastgesteld vanwege de aard van het gemaakte onderscheid.

In zaken zoals de Achbita-zaak waar er sprake is van indirecte discriminatie ligt de bewijslast allereerst bij de klager (gediscrimineerde) om te bewijzen dat een dergelijk onderscheid is gemaakt. Na de vaststelling hiervan verschuift de bewijslast, zoals ook in de Richtlijnen in opgenomen, naar de andere partij (bijvoorbeeld de staat of de werkgever) om te bewijzen dat het onderscheid gerechtvaardigd is.⁴⁹

Positieve discriminatie

Het Europees recht biedt verder de mogelijkheid tot positieve discriminatie ('positive action') in artikel 157(4) van het VWEU en artikel 3 van Richtlijn 2006/54/EG (mannen en vrouwen); artikel 5 van Richtlijn 2000/43/EG (ras of etnische afstamming); en artikel 7 van Richtlijn 2000/78/EG (algemeen kader). Deze mogelijkheid voor lidstaten om maatregelen te nemen met het oog op het creëren van materiële gelijkheid houdt echter geen verplichting in en de lidstaten zijn daarmee

⁴⁸ HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204 (*Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v. Micropole SA*); HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 (*Samira Achbita en Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding t. G4S Secure Solutions NV*).

⁴⁹ Zie artikel 19 van Richtlijn 2006/54/EG (mannen en vrouwen); artikel 10 van Richtlijn 2000/78/EG (algemeen kader); en artikel 8 van Richtlijn 2000/43/EG (ras of etnische afstamming).

onder het Europees recht vrij om een keuze te maken tussen een meer formele benadering of een meer materiële benadering van gelijkheid.

Intimidatie en seksuele intimidatie

Naast directe en indirecte discriminatie omvat de term discriminatie in de Richtlijnen ook 'intimidatie', waarvan sprake is indien er ongewenst gedrag plaatsvindt dat verband houdt met een van de non-discriminatiegronden en dat 'tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd'.

In de Richtlijn 2006/54/EG (mannen en vrouwen) wordt verder specifiek 'seksuele intimidatie' onder de term 'discriminatie' gebracht. Seksuele intimidatie wordt gedefinieerd als 'enige vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie (...)'. Hoewel (seksuele) intimidatie wordt aangemerkt als discriminatie, bestaat er, in tegenstelling tot directe en indirecte discriminatie, geen rechtvaardiging voor (seksuele) intimidatie.

2.6 De implementatie van internationale verdragen en Europese richtlijnen in Nederland

De Nederlandse grondwet bepaalt in artikel 1 dat allen die zich in Nederland bevinden, in gelijke gevallen gelijk worden behandeld en dat discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, niet is toegestaan. Deze positieve en negatieve verwoording van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel is niet beperkt tot een specifiek aantal non-discriminatiegronden, maar kent een open-eind ('op welke grond dan ook'). Andere gronden dan de expliciet genoemde gronden vallen dus ook onder artikel 1, maar het expliciet opnemen van extra gronden kan van symbolische waarde zijn. Daartegenover staat dat gronden die vervolgens niet genoemd zijn, zoals burgerlijke staat, als minder belangrijk kunnen worden gezien terwijl discriminatie op deze gronden evengoed illegaal is, wat kan worden gezien als een argument om slechts een algemene garantie van non-discriminatie te geven zonder specifieke non-discriminatiegronden te noemen. Een initiatiefwetsvoorstel om de non-discriminatiegronden handicap en seksuele gerichtheid toe te voegen aan de lijst van gronden in artikel 1 is nu aanhangig in de Tweede Kamer.⁵⁰

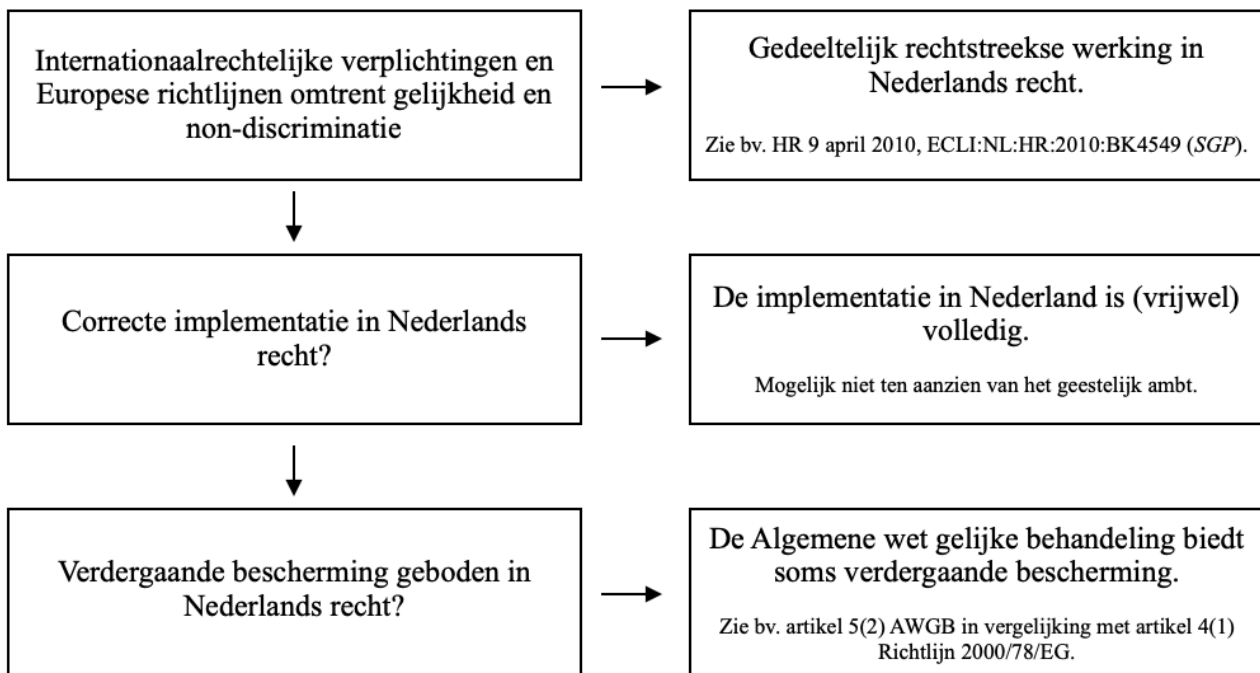
De internationale en Europese verplichtingen en de grondwettelijke norm van non-discriminatie zijn in verscheidene formele wetten uitgewerkt, waarvan de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) de belangrijkste is.⁵¹ De Algemene wet gelijke behandeling omvat discriminatie bij arbeid en het vrije beroep, bij het aanbieden van goederen en diensten, en bij sociale bescherming. In tegenstelling tot de algemene norm in de Grondwet geven de AWGB en de

⁵⁰ *Kamerstukken II 2009/10, 32411, nr. 2.*

⁵¹ Algemene wet gelijke behandeling; Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte; Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd; Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen; Wet onderscheid arbeidsduur; Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd. Burgerlijk Wetboek, artikelen 7:646-649. Wetboek van Strafrecht, artikelen 90quater, 429quater, en 137c-g.

andere formele wetten slechts bescherming ten aanzien van de specifiek genoemde non-discriminatiegronden, omdat deze bepalingen geen open-einde formulering hebben. In bepaalde opzichten heeft de Nederlandse wetgever verdergaande bescherming geboden dan strikt noodzakelijk is ter implementatie van de internationale en Europese verplichtingen (zie figuur 4). Zo is de uitzondering van een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste in artikel 5 (2) beperkt tot de non-discriminatiegronden van godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid, terwijl artikel 4 (1) van Richtlijn 2000/78/EC die uitzondering ook ten opzichte van andere non-discriminatiegronden toestaat. Daartegenover staat dat artikel 3 (sub b) van de AWGB stelt dat de wet niet van toepassing is op het geestelijk ambt, wat niet in lijn lijkt te zijn met artikel 4 (1, 2) van Richtlijn 2000/78/EG en recente jurisprudentie van het Hof van Justitie.⁵²

Relatie tussen internationaal en EU-recht omtrent gelijkheid en Nederlands recht



© Huisjes 2020

Figuur 4.

Niet-bindende oordelen van het College voor de Rechten van de Mens

Sinds 2012 is de Commissie Gelijke Behandeling opgegaan in het College voor de Rechten van de Mens. Bij dit college kunnen personen een discriminatieklacht indienen tegen bijvoorbeeld hun werkgever als ze een sterk vermoeden hebben dat ze zijn gediscrimineerd. De oordelen van het

⁵² T. Kooten, 'Gelijke behandeling en personeelsbeleid binnen kerkelijke organisaties: is artikel 3 Awgb over zijn juridische houdbaarheidsdatum?' *NTKR: Tijdschrift voor Recht en Religie* nr. 2 (2018), p. 131-147. Zie ook: HvJ EU 11 september 2018, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 (IR/JQ); HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie).

college zijn niet bindend, maar de uitspraken zijn wel gezaghebbend en leiden volgens het college in ongeveer 80 procent van de gevallen tot actie van de verweerder, zoals het aanbieden van excuses of het aanpassen van het beleid van de organisatie.⁵³ Indien het oordeel van het college niet wordt opgevolgd, kan de klager alsnog naar de rechter stappen. De rechtbank zal het oordeel van het college vervolgens meewegen in haar eigen vonnis.

Directe en indirecte discriminatie

Net als op Europees niveau wordt er in de AWGB een tweedeling gemaakt tussen direct en indirect onderscheid.⁵⁴ Tevens kent de AWGB de rechtvaardigingsgronden die opgenomen zijn in de Europese Richtlijnen. Zo kan onder de AWGB indirect onderscheid objectief gerechtvaardigd worden door een legitiem doel en als de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (artikel 2 lid 1).

Positieve discriminatie

Verder biedt de AWGB ook een mogelijkheid tot positieve discriminatie in artikel 2 (3) dat stelt dat ten aanzien van ‘vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep’ een bevoorrechte positie toegekend kan worden om feitelijke nadelen die verband houden met de gronden ras of geslacht op te heffen of te verminderen. Dit kan echter slechts plaatsvinden als het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dit doel. In dit kader heeft het College voor de Rechten van de Mens geoordeeld dat de TU Eindhoven een verboden onderscheid maakte op grond van geslacht door een te vergaand beleid van positieve discriminatie te voeren.⁵⁵ Het beleid bestond eruit om alle wetenschappelijke vacatures, voor een bepaalde periode, slechts open te stellen voor vrouwelijke kandidaten. Het College oordeelde dat dit beleid niet voldoet aan het evenredigheidsbeginsel, mede omdat het alle van elkaar verschillende wetenschappelijke functies op alle faculteiten betrof, en niet was gebleken dat het legitieme doel niet ook met minder vergaande maatregelen had kunnen worden bereikt.

Intimidatie en seksuele intimidatie

Net als op Europees niveau wordt ook op nationaal niveau intimidatie en seksuele intimidatie gelijkgesteld aan discriminatie. Deze vormen van ongewenst gedrag, die verband houden met een van de non-discriminatiegronden of seksueel van aard zijn, worden in de wet niet aangeduid met de gangbare term ‘ongewenst gedrag’. De reden hiervoor is dat het kabinet de term ‘ongewenst gedrag’ te subjectief vond en dat het gebruik van deze term ertoe zou leiden dat er over de innerlijke belevingswereld van betrokkenen zou worden gestreden.⁵⁶ Het begrip ‘intimidatie’ moet dan ook objectief worden uitgelegd. Verder zijn werkgevers verplicht om psychosociale arbeidsbelasting op het werk tegen te gaan op grond van artikel 3 lid 2 van de Arbeidsomstandighedenwet. Onder deze

⁵³ Zie de website van het College voor de Rechten van de Mens: [mensenrechten.nl](https://www.mensenrechten.nl).

⁵⁴ Algemene wet gelijke behandeling, artikel 1(1) sub b en c.

⁵⁵ College voor de Rechten van de Mens, oordeelnummer 2020-53 (2 juli 2020).

⁵⁶ *Kamerstukken II 2005/06, 30237, nr. 6.*

psychosociale arbeidsbelasting valt onder andere direct en indirect onderscheid, seksuele intimidatie en pesten op het werk.

2.7 Effectieve handhaving vergt een verbreding van de aanpak

Zoals hierboven is weergegeven bestaat er op internationaal, Europees en Nederlands niveau uitgebreide bescherming tegen discriminatie, zeker op het gebied van arbeidsmarktdiscriminatie. Hoewel er duidelijke verplichtingen bestaan voor overheden en marktpartijen om niet te discrimineren, is het lastig om toezicht te houden op discriminerende praktijken en het non-discriminatiebeginsel in de praktijk te handhaven door middel van bijvoorbeeld schadevergoedingen en boetes.

Een van de factoren die het toezicht en de handhaving compliceert is dat veel (arbeidsmarkt)discriminatie, soms zelfs bij de gediscrimineerde zelf, onbekend blijft. Zo bleek uit een rapport van het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) dat 10 procent van de ondervraagden twijfelden of een incident op het werk in 2018 te maken had met discriminatie.⁵⁷ Wanneer een vermoeden of een klacht van discriminatie eenmaal bestaat, kan het vervolgens echter moeilijk zijn om vergelijkbare situaties te vinden waarmee het onrechtvaardige onderscheid kan worden bewezen. Daarnaast is het soms ingewikkeld, zeker bij intersectionele discriminatie, om te bepalen op welke grond(en) de discriminatie heeft plaatsgevonden. Als een autoriteit eenmaal op de hoogte is van een ongelijke behandeling en bepaald heeft welke non-discriminatiegrond relevant is, dient zij, in het geval van indirecte discriminatie, te bepalen of het onderscheid verder gaat dan noodzakelijk. Deze afweging omtrent de proportionaliteit van de specifieke maatregel maakt de kans van slagen van een procedure onzeker. Deze factoren zijn er medeverantwoordelijk voor dat (ervaren) discriminatie over het algemeen weinig wordt gemeld.⁵⁸

De complexiteit van het toezicht op en de handhaving van het non-discriminatiebeginsel vraagt om een brede handhaving en zowel een repressieve als proactieve aanpak van de problematiek. Een van de wijzen waarop de aanpak kan worden verbreed is door de uitbreiding van de bevoegdheden van de Inspectie SZW, zoals voorgesteld door de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in het voorstel voor de Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie.⁵⁹ Indien aangenomen zou deze wet de Inspectie SZW de bevoegdheid te geven om toe te zien op de aanwezigheid van discriminatievrij wervings- en selectiebeleid bij bedrijven.

Verbreding van de aanpak van (arbeidsmarkt)discriminatie kan ook worden bewerkstelligd door de inzet van het aanbestedingsrecht, zoals door het uitsluiten van uitzendbureaus die zich schuldig maken aan discriminatie. Naast het steeds effectiever bestrijden van discriminerende partijen is het ook belangrijk om via proactieve maatregelen een divers en inclusief beleid bij ondernemingen (en de overheid) te stimuleren, omdat zelfs bij effectievere bestrijding van de problematiek er veel discriminatie onbekend zal blijven.

⁵⁷ SCP, *Ervaren discriminatie in Nederland II* (maart 2020), p. 16.

⁵⁸ SCP, *Ervaren discriminatie in Nederland II* (maart 2020), p. 17-18.

⁵⁹ *Kamerstukken II 2020/21*, nr. 35673, nr. 2.

2.8 Conclusie

Het non-discriminatiebeginsel is uitgebreid gereguleerd op internationaal, Europees en Nederlands niveau, zeker op het gebied van arbeidsmarktdiscriminatie, maar het toezicht op en de handhaving van dit mensenrecht is ingewikkeld. Om deze reden is het van belang dat de overheid de problematiek breed aanpakt met verschillende instrumenten. Een van de instrumenten waar gebruik van kan worden gemaakt om discriminatie te bestrijden is het aanbestedingsrecht. De volgende paragraaf zal behandelen op welke wijze de overheid gebruik kan maken van uitsluitingsgronden om zo slechts integere en betrouwbare marktpartijen toe te laten tot procedures en daarmee het non-discriminatiebeginsel kan handhaven.

3. Uitsluiting bij schending van het non-discriminatiebeginsel

3.1 Inleiding: non-discriminatie handhaven door uitsluiting	41
3.2 Wat zijn uitsluitingsgronden?	42
3.3 Verplicht en facultatief ondernemers uitsluiten binnen het kader van de aanbestedingsbeginselen	44
3.4 Welke uitsluitingsgronden zijn relevant voor de handhaving van het non-discriminatiebeginsel?	47
3.5 Verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht	48
3.6 Kan discriminatie ook worden aangemerkt als een ernstige beroepsfout?	53
3.7 Past performance: aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij een eerdere opdracht	56
3.8 Tussenconclusie: vergelijking van drie uitsluitingsgronden	58
3.9 Een gesloten systeem van uitsluitingsgronden?	58
3.10 Zelfreinigend vermogen: een tweede kans voor marktpartijen	61
3.11 Afzien van uitsluiting: algemeen belang en proportionaliteit	61
3.12 Concessies, speciale-sectoren en defensie- en veiligheidsgebied	64
3.13 Conclusie	66

3.1 Inleiding: non-discriminatie handhaven door uitsluiting

In de paragraaf over het non-discriminatiebeginsel is de verscheidenheid aan bronnen aan bod gekomen waarin het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel als norm zijn opgenomen. In deze paragraaf zal worden onderzocht of, en zo ja in hoeverre het mogelijk is om gegadigden en inschrijvers die deze internationale, Europese en nationale normen hebben geschonden van inkoop en aanbesteding uit te sluiten. Uitsluitingsgronden zien niet op de inschrijvingen, maar op de inschrijvers zelf en omstandigheden die in het algemeen uitsluiting van deelname aan een aanbesteding kunnen rechtvaardigen.⁶⁰ Ter integratie van de Europese markt voor overheidsopdrachten heeft de Europese wetgever in de aanbestedingsrichtlijnen objectieve, niet-discriminerende, transparante en proportionele regels opgesteld, waaronder uitsluitingsgronden.⁶¹ Deze regels voor aanbestedingsprocedures waren noodzakelijk om protectionisme binnen de interne markt door discriminatie van inschrijvers op grond van nationaliteit uit te bannen.

Allereerst worden in deze paragraaf de verschillende typen criteria voor selectie kort aangestipt. Hierna volgt een theoretische bespreking van de dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden uit de Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (R.O.) en de Aanbestedingswet 2012 (Aw). In het bijzonder wordt bij dit laatste onderdeel specifiek ingegaan op de grond(en) die relevant kunnen zijn voor de handhaving van het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel. Daarna worden de uitzonderingsgronden op basis waarvan de

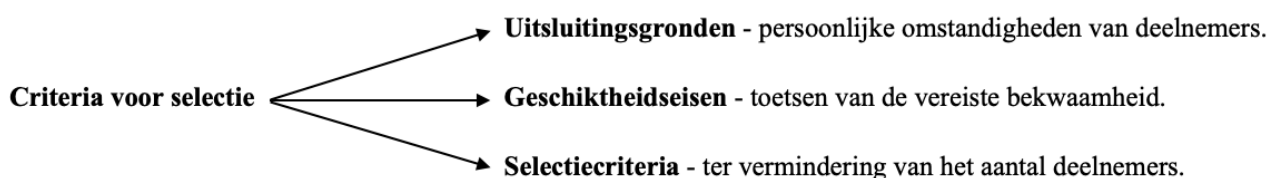
⁶⁰ Gids Proportionaliteit, punt 3.5 (*Eisen & Criteria*).

⁶¹ Zie bijv. F.J.L. Pennings & E.R. Manunza, *The Room for Social Policy Conditions in Public Procurement Law*. In Ton van den Brink, Michiel Luchtman & Miroslava Scholten (Eds.), *Sovereignty in the Shared Legal Order of the EU - Core Values of Regulation and Enforcement*, Antwerp: Intersentia (2015), p. 173-196.

aanbestedende dienst afziet van de toepassing van een uitsluitingsgrond besproken. Tot slot behandelt deze paragraaf het gebruik van uitsluitingsgronden bij concessieopdrachten, speciale-sectoropdrachten en opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied.

3.2 Wat zijn uitsluitingsgronden?

Tijdens de selectiefase selecteert de aanbestedende dienst kandidaten uit de gegadigden of inschrijvers en beoordeelt dus nog niet de inschrijvingen zelf. Selectie vindt plaats aan de hand van drie soorten criteria voor selectie (zie figuur 5): uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, en selectiecriteria.⁶²

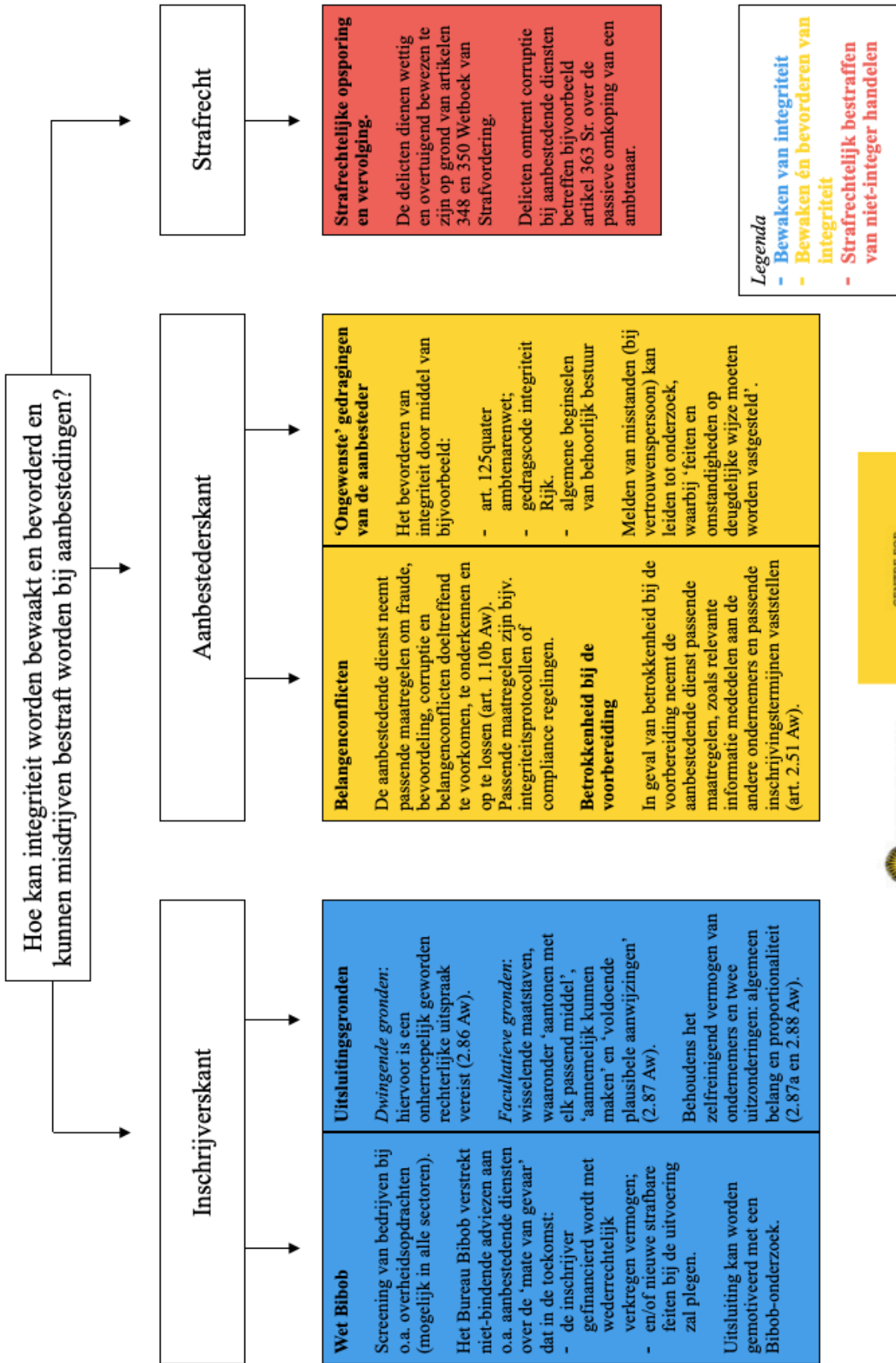


Figuur 5.

De termen zoals gebruikt in deze indeling worden in de praktijk soms door elkaar gebruikt. Zo worden de termen ‘selectie-eisen’ en ‘selectiecriteria’ soms gebruikt voor zowel geschiktheidseisen als selectiecriteria. Het is van belang om hier onderscheid in aan te brengen, omdat geschiktheidseisen de bekwaamheid van partijen toetsen en selectiecriteria worden gebruikt om het aantal deelnemers te beperken. Een uitsluitingsgrond ziet op omstandigheden die de gegadigde of inschrijver zelf betreffen en de uitsluiting van de gegadigde of inschrijver van deelname aan de aanbesteding kunnen rechtvaardigen.

Uitsluitingsgronden zien specifiek op de ‘professionele integriteit, kredietwaardigheid of betrouwbaarheid van de ondernemer’. Integriteit bij aanbestedingen wordt ook op andere wijzen nagestreefd (zie figuur 6). Zo kan het Bureau Bibob in het kader van de Wet Bibob (Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur) niet-bindende adviezen geven aan aanbestedende diensten over de ‘mate van gevaar’ dat in de toekomst de inschrijver gefinancierd wordt met wederrechtelijk verkregen vermogen en/of nieuwe strafbare feiten zal plegen bij de uitvoering. Daarnaast wordt integriteit bevorderd aan de kant van de aanbesteder door middel van wet- en regelgeving, zoals artikel 125quater van de Ambtenarenwet dat onder andere een integriteitsbeleid vereist dat is gericht op het bevorderen van goed ambtelijk handelen bij het rijk, de provincies, de gemeenten en de waterschappen. In zeer ernstige gevallen kan er ook aanleiding zijn voor een strafrechtelijke vervolging, zoals bij omkoping van ambtenaren.

⁶² M.J.J.M. Essers & C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Deventer: Vakmedianet, vijfde druk (2017), p. 229 en verder.



© Tom Huisjes 2020



UNIVERSITEIT
Utrecht



Figuur 6.

3.3 Verplicht en facultatief ondernemers uitsluiten binnen het kader van de aanbestedingsbeginselen

Uitsluitingsgronden kunnen worden toegepast bij Europese en nationale procedures. Bij rechtmatige onderhandse procedures vindt uitsluiting impliciet plaats, in plaats van expliciet via uitsluitingsgronden, omdat alle andere ondernemingen reeds zijn uitgesloten van deelname.

Ten aanzien van Europese procedures zijn er dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden opgenomen in art. 57 R.O. en artikel 2.86-87 Aw. Onder de Europese drempelbedragen is het stellen van uitsluitingsgronden überhaupt facultatief.⁶³ Als de aanbestedende dienst onder de drempelbedragen kiest voor de analoge toepassing van de uitsluitingsgronden in de Richtlijn 2014/24/EU en Aanbestedingswet 2012, is hierbij het gebruik van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) wel verplicht (art. 1.19 lid 1 Aw).⁶⁴ In het UEA geeft de ondernemer in een eigen verklaring aan of er uitsluitingsgronden op hem van toepassing zijn en of hij voldoet aan de geschiktheidseisen, de technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden, en de selectiecriteria.

Bij zowel Europese als nationale procedures dient de aanbestedende dienst de aanbestedingsbeginselen — het gelijkheidsbeginsel, non-discriminatiebeginsel, transparantiebeginsel en proportionaliteitsbeginsel — in acht te houden. Het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel houden binnen het aanbestedingsrecht in dat de aanbestedende dienst de ondernemers in gelijke gevallen gelijk behandelt en niet discrimineert op grond van bijvoorbeeld nationaliteit (art. 1.8, 1.12 en 1.15 Aw). Het transparantiebeginsel is hier sterk aan gerelateerd en houdt in dat een passende mate van openbaarheid wordt geboden bij de aanbesteding (art. 1.9, 1.12 en 15 Aw). Op basis van deze beginselen is het noodzakelijk om uitsluitingsgronden op ondubbelzinnige en duidelijke wijze te vermelden in de aanbestedingsdocumentatie.⁶⁵ Het proportionaliteitsbeginsel bij aanbestedingen betekent dat aanbestedende diensten keuzes dienen te maken en eisen en voorwaarden te stellen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (art. 1.10, 1.13 en 1.16 Aw). Dit houdt bijvoorbeeld in dat de uitsluitingsgrond niet zwaarder wordt toegepast op onderaannemers en dat de grond slechts wordt toegepast op onderaannemers op wie een beroep wordt gedaan voor het voldoen aan de gestelde eisen.⁶⁶

Dwingende uitsluitingsgronden

Aanbestedende diensten zijn bij Europese procedures op grond van artikel 57 (1) R.O. en artikel 2.86 (1 en 2) Aw verplicht om de dwingende uitsluitingsgronden toe te passen als de gegadigde of inschrijver onherroepelijk is veroordeeld voor een of meerdere van zes typen misdrijven. Deze delicten zijn (in het kort): deelname aan een criminele organisatie, omkoping, fraude met EU-

⁶³ Gids Proportionaliteit, punt 3.5.1.

⁶⁴ Het UEA heeft onder andere als doel om administratieve lasten van aanbestedende diensten en ondernemers te verlichten. Zie Uitvoeringsverordening 2016/7 van de Commissie van 5 januari 2016 houdende een standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (*PbEU* 2016, L 3).

⁶⁵ HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (*Staat/KPN*), r.o. 3.6.4. Zie ook Rb. Noord-Holland 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:9802, r.o. 4.3; Rb. Rotterdam 4 feb. 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:692, r.o. 4.5.

⁶⁶ Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.5 A.

subsidies, witwassen, terroristische misdrijven, en kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel.

De aanbestedende dienst is ook verplicht om de onderneming uit te sluiten indien een persoon die lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan of die daarin vertegenwoordigings-, beslissings-, of controlebevoegdheid heeft onherroepelijk veroordeeld is voor een of meerdere van deze misdrijven.

Een verdere dwingende uitsluitingsgrond betreft ondernemingen die onherroepelijk veroordeeld zijn voor het niet voldoen aan het betalen van belastingen of sociale zekerheidspremies (art. 2.86 lid 4-5 Aw). Deze grond geldt niet als de onderneming sinds de veroordeling heeft voldaan aan de verplichting (lid 5) of als uitsluiting kennelijk onredelijk zou zijn (zie art. 2.86a Aw). De hardheidsclausule dat de uitsluiting niet onredelijk moet zijn ziet op situaties waarin de ondernemer onvoldoende tijd heeft gehad om tot betaling over te gaan of wanneer het bedrag dermate klein is dat uitsluiting disproportioneel zou zijn.⁶⁷ Deze uitsluitingsgrond omtrent het niet voldoen aan het betalen van belastingen of sociale zekerheidspremies kent een soortgelijke facultatieve uitsluitingsgrond in artikel 2.87 (leden 1 (j) en 3), waarvoor geen onherroepelijke veroordeling is vereist. De dwingende uitsluitingsgronden bieden geen duidelijk aanknopingspunt voor toepassing bij het handhaven van het verbod op arbeidsmarktdiscriminatie.

Terugkijktermijn bij dwingende uitsluitingsgronden

Daarbij geldt dat uitsluitend rechterlijke uitspraken die onherroepelijk zijn geworden in de vijf jaar voorafgaand aan het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving beslissend mogen zijn voor de aanbestedende dienst bij de uitsluiting op grond van de bovengenoemde misdrijven (2.86 lid 7 Aw). Het ontbreken van een dergelijke terugkijktermijn zou disproportionele uitsluitingen tot gevolg hebben. De Europese wetgever heeft vastgesteld dat de nationale wetgever moet voorzien in een maximale terugkijktermijn voor deze delicten (art. 57 lid 7 R.O.). De Nederlandse wetgever heeft vervolgens voor de langst mogelijk maximale terugkijktermijn van vijf jaar gekozen vanwege de ernstige aard van de misdrijven.⁶⁸

Facultatieve uitsluitingsgronden

Naast de verplichte uitsluitingsgronden hebben aanbestedende diensten ook de mogelijkheid om gegadigden en inschrijvers uit te sluiten op grond van facultatieve uitsluitingsgronden in artikel 2.87 lid 1 Aw⁶⁹, welke hier in verkorte vorm zijn opgenomen:

a.	Schending van verplichtingen op milieu-, sociaal en arbeidsrecht;
b.	Faillissement of liquidatie;

⁶⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3, p. 68 (MvT).

⁶⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3, p. 68 (MvT). De terugkijktermijn voor zowel de dwingende als facultatieve uitsluitingsgronden was voorheen vier jaar.

⁶⁹ Dit artikel is een implementatie van artikel 57 lid 2, 4 en 7 van Richtlijn 2014/24/EU.

c.	Ernstige beroepsfout;
d.	Mededingingsvervalsing;
e.	Belangenconflict;
f.	Betrokkenheid bij voorbereiding van de aanbesteding;
g.	Aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij eerdere overheids- of concessieopdracht;
h.	Valse verklaringen in aanbestedingsdocumenten;
i.	Oneerlijke beïnvloeding besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst;
j.	Niet voldoen van belastingen of sociale zekerheidspremies.

Om gebruik te maken van deze facultatieve gronden dient de aanbestedende dienst de specifieke gronden vooraf van toepassing te hebben verklaard. Gezien het proportionaliteitsbeginsel is het niet altijd nodig om alle facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren en daarom dient de aanbestedende dienst bij elke opdracht een afweging te maken of, en zo ja welke, facultatieve uitsluitingsgronden relevant zijn voor de betreffende opdracht.⁷⁰

Overigens kunnen lidstaten op grond van artikel 57 lid 4 R.O. de aanbestedende diensten er ook toe verplichten om deze uitsluitingsgronden toe te passen, maar Nederland is hier tot dusver niet toe overgegaan. Zeker in het geval van het handhaven van het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel zou deze stap passend kunnen zijn. Non-discriminatie als mensenrecht, zoals besproken in paragraaf 2, vormt namelijk een verplichting voor zowel de Nederlandse overheid als voor elke onderneming die wil meedoen aan een aanbestedingsprocedure. Als Nederland deze stap zet dan zou dit inhouden dat de aanbestedende diensten verplicht een van de bovengenoemde ‘facultatieve gronden’ moeten toepassen.

Bewijs en motivering bij facultatieve uitsluitingsgronden

Terwijl bij dwingende uitsluitingsgronden een onherroepelijke veroordeling is vereist, is dit bij facultatieve uitsluitingsgronden niet noodzakelijk en de bewijscriteria voor deze gronden verschillen ook onderling. Zo dient de aanbestedende dienst onder sub (d) te beschikken over ‘voldoende plausibele aanwijzingen’ en dient de aanbestedende dienst bij sub (j) het niet voldoen aan de verplichtingen tot betaling van belastingen of sociale zekerheidspremies aan te tonen met ‘elk passend middel’.

Het proportionaliteitsbeginsel vereist dat de aanbestedende dienst inhoudelijk beoordeelt of uitsluiting proportioneel is, wat inhoudt dat een automatische uitsluiting niet mogelijk is.⁷¹ Aangezien uitsluiting een zwaar middel is om in te zetten tegen een marktpartij, is het bij deze

⁷⁰ Zie artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 Aw en voorschrift 3.5 A van de Gids Proportionaliteit.

⁷¹ G. Bouwman, ‘Connexion Taxi Services arrest. Spanning tussen het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheids- en transparantiebeginsel bij het uitsluiten van ondernemingen in het aanbestedingsrecht’, *Nederlands Tijdschrift voor Europees recht* 2017, afl. 3, p. 53-61.

inhoudelijke beoordeling onder andere relevant of de fout zich eenmalig, herhaaldelijk of structureel heeft voorgedaan. Verder is het relevant wie binnen de onderneming de fout heeft begaan en in welke context. Zodra de beslissing is genomen dient de aanbestedende dienst dit zo spoedig mogelijk schriftelijk mede te delen aan de uitgesloten gegadigde of inschrijver (artikel 2.103 lid 1 Aw). Deze mededeling hoeft niet gemotiveerd te zijn, maar het is op grond van het transparantiebeginsel wel van groot belang dat de uitgesloten partijen kennis kunnen nemen van de redenen voor de uitsluiting.⁷² Om die reden kunnen gegadigden en inschrijvers schriftelijk verzoeken om uitleg betreffende de uitsluiting te ontvangen. De aanbestedende dienst moet vervolgens zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen vijftien dagen na ontvangst van het schriftelijk verzoek, de redenen voor de uitsluiting mededelen (artikel 2.103 leden 2 en 3). De kennisgeving van de motivering door de aanbestedende dienst maakt het vervolgens mogelijk voor de ondernemer om zich te verdedigen tegenover de aanbestedende dienst of de rechter.

Terugkijktermijn bij facultatieve uitsluitingsgronden

In tegenstelling tot de dwingende uitsluitingsgronden geldt voor de aanbestedende dienst bij de toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden een terugkijktermijn van drie jaar (2.87 lid 2 Aw).⁷³ Onder bepaalde omstandigheden is het mogelijk om feiten van voor deze periode mee te wegen in de beoordeling als er sprake is van een patroon van fouten die gedeeltelijk binnen de periode van drie jaar vallen en voldoende samenhang hebben.⁷⁴

3.4 Welke uitsluitingsgronden zijn relevant voor de handhaving van het non-discriminatiebeginsel?

De facultatieve uitsluitingsgronden die gegeven hun aard relevant kunnen zijn voor de handhaving van het verbod op arbeidsmarktdiscriminatie zijn de schending van verplichtingen van milieu-, sociaal en arbeidsrecht (sub a), de ernstige beroepsfout (sub c), en de past performance (sub g). Deze drie uitsluitingsgronden zullen in de volgende subparagrafen besproken en met elkaar vergeleken worden aan de hand van de drie volgende vragen:

- Vallen schendingen van (vormen van) het non-discriminatiebeginsel binnen de reikwijdte van de uitsluitingsgrond?
- Met welke maatstaf dient te worden bewezen dat er aan de uitsluitingsgrond is voldaan?
- Voegt de bepaling beperkingen toe aan het gebruik van de uitsluitingsgrond, naast het algemene proportionaliteitsbeginsel, ter voorkoming van onredelijke uitsluitingen?

De grond betreffende de schending van verplichtingen van milieu-, sociaal en arbeidsrecht zal eerst worden besproken, waarna de ernstige beroepsfout en de past performance-grond aan bod komen.

⁷² Rb. Den Haag 9 maart 2015, ECLI:2015:2523, r.o. 4.11.

⁷³ *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 71 (MvT).

⁷⁴ Rb. Amsterdam 19 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9689 (*Infra Dam Amsterdam B.V. t. Gemeente Amsterdam*), r.o. 4.8.

Daarna wordt de vraag behandeld welke van deze drie gronden het beste kan worden toegepast ter uitsluiting van discriminerende gegadigden en inschrijvers.

3.5 Verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht

Aanbestedende diensten kunnen een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure indien deze bepaalde milieu-, sociaal en arbeidsrechtelijke verplichtingen heeft geschonden. De rechtsgrond hiervoor is artikel 57 lid 4 (a) van Richtlijn 2014/24/EU:

indien de aanbestedende dienst met elk passend middel aantoont dat de in artikel 18, lid 2, genoemde toepasselijke verplichtingen zijn geschonden;

Artikel 18 lid 2 van Richtlijn 2014/24/EU stelt:

De lidstaten nemen passende maatregelen om te waarborgen dat de ondernemers bij de uitvoering van de overheidsopdrachten voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

Deze twee bepalingen zijn omgezet in de Aanbestedingswet 2012 in artikelen 2.87 lid 1 (a) en 2.81 lid 2. Artikel 57 lid 4 (a) is nieuw en voor het eerste ingevoerd met Richtlijn 2014/24/EU; de implementatiebepaling (artikel 2.87 lid 1 (a) Aw) is toegevoegd aan de Aanbestedingswet 2012 op 1 juli 2016.⁷⁵

⁷⁵ De uitsluitingsgrond betreffende schendingen van milieu-, sociaal en arbeidsrecht heeft significante wijzigingen ondergaan sinds het voorstel van de Commissie (artikel 55) en de aangenomen tekst. Zo voegde het conceptrapport van het Europees Parlement verwijzingen naar verplichtingen in het nationaal recht en in collectieve arbeidsovereenkomsten toe aan de verwijzingen naar Europees en internationaal recht in het originele voorstel van de Commissie (amendement 91). De informele aard van de onderhandelingen tussen de Raad, het Europees Parlement en de Europese Commissie maakt het echter ingewikkeld om te achterhalen wat de specifieke motivering voor enkele van de wijzigingen was. Daarnaast heeft de nationale wetgever de ‘passende maatregelen’ uit artikel 18 lid 2 van Richtlijn 2014/24/EU zo geïmplementeerd in artikel 2.81 lid 2 Aw dat aanbestedende diensten de inschrijvers of gegadigden dienen te verzoeken om aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de bovengenoemde verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht. Zie de volgende bronnen:

- Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, COM(2011) 896 definitief (20.12.2011). Zie ook overweging 34 van dit voorstel en de toelichting bij artikel 55 onder ‘5. Aanvullende informatie’ - ‘Nadere uitleg van het voorstel’ - ‘2) Strategisch gebruik van overheidsopdrachten bij nieuwe uitdagingen’ - ‘Bestrafing van schendingen van dwingend sociaal, arbeids- of milieurecht’.
- Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)), 3.5.2012.
- Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)), 11.1.2013.
- Council of the European Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Outcome of the European Parliament's first reading (Strasbourg, 13 to 16 January 2014), 22.1.2014.
- Position of the European Parliament adopted at first reading on 15 January 2014 with a view to the adoption Directive 2014/.../EU of the European Parliament and of the Council on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC (EP-PE_TC1-COD(2011)0438), 15.1.2014.

Hof van Justitie: Tim SpA t. Consip SpA

Op 30 januari 2020 heeft het Hof van Justitie in de zaak-*Tim* artikel 18 lid 2 van Richtlijn 2014/24/EU behandeld. De prejudiciële vraag die aan het Hof werd gesteld was of Richtlijn 2014/24/EU en het proportionaliteitsbeginsel zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan de aanbestedende dienst een ondernemer automatisch van de aanbestedingsprocedure moet uitsluiten wanneer wordt vastgesteld dat de in artikel 57, lid 4, onder a), van die richtlijn bedoelde uitsluitingsgrond van toepassing is op een van de in de inschrijving van die ondernemer vermelde onderaannemers (§30). In de beantwoording van deze vraag overwoog het Hof onder andere dat de Europese wetgever het vereiste uit artikel 18 lid 2 in beginsel op dezelfde voet heeft willen plaatsen als de andere aanbestedingsbeginselen (gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie, proportionaliteit, en het verbod op kunstmatige beperking van de mededinging). Het Hof vervolgde dat het vereiste uit artikel 18 lid 2 een kernwaarde vormt van de Richtlijn en door de lidstaten moet worden gewaarborgd (§38).

Het Hof concludeerde dat de uitsluitingsgrond onpersoonlijk is verwoord en dat de grond daarmee ook kan worden gebruikt om de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend uit te sluiten van deelname wanneer een van de onderaannemers een van de verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht heeft geschonden (§43). Verder concludeerde het Hof dat een automatische uitsluiting echter niet verenigbaar is met de aanbestedingsbeginselen, specifiek het proportionaliteitsbeginsel, omdat de ondernemer de mogelijkheid dient te krijgen om gedetailleerde informatie te verstrekken over de situatie en de aanbestedende dienst deze informatie moet kunnen beoordelen (§54).

HvJ EU 30 januari 2020, C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58.

Vallen schendingen van (vormen van) het non-discriminatiebeginsel binnen de reikwijdte van verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht?

Een van de vragen die deze bepalingen oproepen is welke verplichtingen vallen onder ‘verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht’ en specifiek of de discriminatieverboden hieronder vallen. Het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht omvat een grote hoeveelheid aan verplichtingen.⁷⁶

Artikel 18 lid 2 van de Richtlijn noemt geen specifieke voorbeelden van verplichtingen uit hoofde van het Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten, maar verwijst wel naar een limitatieve lijst van internationale verdragen die zijn opgenomen in bijlage X. Deze bijlage bevat vier milieurechtelijke verdragen en acht verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie

⁷⁶ Zo noemt overweging 101 van de Richtlijn 2014/24/EU de ‘regels inzake de toegankelijkheid voor gehandicapten’ als een voorbeeld van sociale verplichtingen. Daarnaast laat de wetsgeschiedenis op nationaal niveau zien dat nationale verplichtingen op het gebied van milieurecht voortvloeien uit bijvoorbeeld de Wet milieubeheer en dat nationale verplichtingen op het gebied van sociaal- en arbeidsrecht onder andere bestaan uit de Arbeidsomstandighedenwet en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (*Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 63 (MvT)).

(IAO). Twee van de in bijlage X genoemde IAO-verdragen betreffen het verbod op discriminatie, namelijk IAO-Verdrag 111 betreffende discriminatie in arbeid en beroep en IAO-Verdrag 100 betreffende gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde. Deze twee IAO-verdragen, die verplichtingen opleggen op het gebied van arbeidsmarktdiscriminatie aan de landen waarvoor de verdragen gelden, zijn reeds aan bod gekomen in de vorige paragraaf betreffende het non-discriminatiebeginsel. De andere in bijlage X genoemde IAO-Verdragen betreffen uiteenlopende sociale thema's, waaronder de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen⁷⁷, het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen⁷⁸, gedwongen of verplichte arbeid⁷⁹, en kinderarbeid⁸⁰.

De aanwezigheid van de IAO-verdragen 100 en 111 in bijlage X toont aan dat (arbeidsmarkt)discriminatie onderdeel vormt van het gebied 'milieu-, sociaal en arbeidsrecht'. Naast de verplichtingen uit hoofde van deze twee internationale verdragen omtrent discriminatie vallen ook andere discriminatieverboden onder de reikwijdte van de verplichtingen op het gebied van 'milieu-, sociaal en arbeidsrecht'. Naast de IAO-verdragen verwijst artikel 18 lid 2 van de Richtlijn namelijk ook naar de verplichtingen op het gebied van 'milieu-, sociaal en arbeidsrecht' uit hoofde van het Unierecht, het nationale recht en collectieve arbeidsovereenkomsten. Door deze verwijzing omvat de reikwijdte van dit artikel ook een groot deel van de andere bronnen van het discriminatieverbod die in de vorige paragraaf betreffende het non-discriminatiebeginsel aan bod kwamen. Op EU-niveau omvat het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht daarmee onder andere de verplichtingen in Richtlijn 2006/54/EG (mannen en vrouwen), Richtlijn 2000/78/EG (algemeen kader) en Richtlijn 2000/43/EG (ras of etnische afstamming). Verder omvat de bepaling ook nationale discriminatieverboden, zoals in de Algemene wet gelijke behandeling. Het schenden van een van de discriminatieverboden, zoals die behandeld zijn in de vorige paragraaf over het non-discriminatiebeginsel, zijn dus voorbeelden van het schenden van een verplichting op het gebied van 'milieu-, sociaal en arbeidsrecht'.

De maatstaf om deze uitsluitingsgrond te bewijzen is 'aantonen met elk passend middel'

De maatstaf voor de toepassing van de uitsluitingsgrond in sub a was in het originele Commissievoorstel dat de aanbestedende dienst 'op de hoogte was' van de schending van milieu-, sociaal en arbeidsrecht (in het Engels: 'becomes aware of'). In de toegevoegde toelichting van de Commissie werd deze maatstaf omschreven als het 'vaststellen van de inbreuken van de verplichtingen' (in het Engels: 'if it identifies infringements'). In de uiteindelijke formulering in artikel 57 lid 4 (a) Richtlijn 2014/24/EU, is de maatstaf echter gewijzigd naar 'aantonen met elk

⁷⁷ IAO-Verdrag 87 betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht.

⁷⁸ IAO-Verdrag 98 betreffende de toepassing van de beginselen van het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen.

⁷⁹ IAO-Verdrag 29 betreffende de gedwongen of verplichte arbeid en IAO-Verdrag 105 betreffende de afschaffing van gedwongen arbeid.

⁸⁰ IAO-Verdrag 138 betreffende de minimumleeftijd voor toelating tot het arbeidsproces en IAO-Verdrag 182 over de ernstigste vormen van kinderarbeid.

passend middel’, wat de noodzaak voor de aanbestedende dienst om de schending te bewijzen beter benadrukt dan het zinsdeel ‘op de hoogte zijn van schendingen’.

De Europese Unie kent 24 officiële talen en de verschillende taalversies zijn alle gelijkelijk authentiek. Het kan daarom nuttig zijn om deze verschillende versies met elkaar te vergelijken om een beter begrip te krijgen van de betekenis van een bepaling. Bovendien heeft het Hof van Justitie overwogen dat een vergelijking van de verschillende taalversies vereist is voor de uitlegging van een bepaling van Europees recht.⁸¹ De maatstaf voor het gebruik van de uitsluitingsgrond in artikel 57 lid 4 (a) R.O. lijkt in de meeste talen – waaronder de Engelse, Italiaanse, Franse en Spaanse taalversies⁸² – opgenomen te zijn zoals in de Nederlandse versie met een verwijzing naar ‘aantonen met elk passend middel’. Onder andere de Duitse taalversie lijkt echter een andere interpretatie mogelijk te maken. In het Duits is de maatstaf omschreven als ‘auf geeignete Weise (...) nachweisen’⁸³, wat vertaald kan worden als ‘op passende wijze aantonen’. Terwijl de terminologie ‘aantonen met elk passend middel’ enigszins opmerkelijk is, omdat iets per definitie niet kan worden aangetoond met een middel dat daar niet passend voor is, kan een aanbestedende dienst wel degelijk een schending aantonen ‘op een niet gepaste wijze’ door bijvoorbeeld het bewijs te vergaren op een onrechtmatige wijze. Aangezien de aanbestedende dienst schendingen slechts mag aantonen op rechtmatige wijze in lijn met de rechtsbeginselen en de rechten van de onderneming, kan de bepaling worden opgevat als een verplichting tot het ‘op passende wijze aantonen’ van de schending.

Welke bewijsstukken kunnen ‘een passend middel’ vormen?

Op nationaal niveau geeft de wetsgeschiedenis enkele voorbeelden van wat valt te kwalificeren als ‘aantonen met elk passend middel’. Zo kan men denken aan een rapport van de Inspectie SZW en verder is een onherroepelijke rechterlijke of administratieve beslissing die betrekking heeft op het niet naleven van een van de genoemde rechtsgebieden in ieder geval ook een passend middel.⁸⁴ Het belang van de rapporten van de Inspectie SZW zal waarschijnlijk toenemen als het voorstel voor de Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid wordt aangenomen.⁸⁵ Dit wetsvoorstel geeft de Inspectie SZW namelijk

⁸¹ HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT*), punt 18. Zie ook: S. van der Jeught, ‘Current Practices with Regard to the Interpretation of Multilingual EU Law: How to Deal with Diverging Language Versions.’ *Eur. J. Legal Stud.* 11 (2018), p. 5-38.

⁸² Engels: ‘demonstrate by any appropriate means’; Italiaans: ‘dimostrare con qualunque mezzo adeguato’; Frans: ‘peut démontrer, par tout moyen approprié’; Spaans: ‘demostrar por cualquier medio apropiado’.

⁸³ De volledige uitsluitingsgrond in sub (a) in de Duitse taalversie is: ‘Der öffentliche Auftraggeber kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltenden Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 nachweisen.’

⁸⁴ *Kamerstukken II 2015/16*, 34329, nr. 3, p. 69 (MvT). De uitsluitingsgrond omtrent het niet voldoen van belastingen of sociale zekerheidspremies in sub j bevat ook de maatstaf ‘aantonen met elk passend middel’ en de wetsgeschiedenis stelt hierover dat onder andere gedacht kan worden aan een verklaring van de Belastingdienst, zie *Kamerstukken II 2015/16*, 34329, nr. 3, p. 70 (MvT). Verdere standaard bewijsstukken voor andere uitsluitingsgronden, zoals een uittreksel uit het handelsregister, zijn genoemd in artikel 2.89 Aw.

⁸⁵ *Kamerstukken II 2020/21*, nr. 35673, nr. 2.

toezichthoudende bevoegdheden op de aanwezigheid van een discriminatievrij wervings- en selectiebeleid van werkgevers en intermediairs.

Hoewel de oordelen van het College voor de Rechten van de Mens (zie paragraaf 2.6) niet expliciet genoemd zijn in de wetsgeschiedenis kunnen deze oordelen waarschijnlijk ook gebruikt worden als ‘passend middel’ om discriminatie bij de gegadigde of inschrijver aan te tonen, omdat deze niet-bindende oordelen in het openbaar plaatsvinden op basis van hoor en wederhoor en de gang naar de rechter openstaat na het oordeel van het College. Indien de onderneming maatregelen treft naar aanleiding van de uitspraak van het College, moeten deze worden meegenomen in de keuze over de toepassing van de uitsluitingsgrond en als de aanbestedende dienst kiest voor uitsluiting dan kan de onderneming deze maatregelen ook aandragen bij het gebruik van zijn zelfreinigend vermogen (zie paragraaf 3.10).

Als een aanbestedende dienst zelf bewijsstukken zou moeten aanvoeren dan zou dit op gespannen voet kunnen staan met de rechten van de onderneming. De gemeente Amsterdam heeft in zijn Werkplan Aanpak Arbeidsmarktdiscriminatie ook reeds gesteld dat de gemeente niet op de stoel van de rechter wil zitten, maar de vraag of een werkgever heeft gediscrimineerd wil overlaten aan de ‘partijen die daartoe bevoegd zijn: de rechter, het College voor de Rechten van de Mens of de Inspectie SZW’.⁸⁶

Daarnaast is het ook relevant of het onderzoek van niet-gouvernementele organisaties (ngo’s) de basis mag vormen van een uitsluiting op grond van artikel 2.87 lid 1 (a) Aw. Dit zou dan kunnen inhouden dat een onderzoek van een op het gebied van discriminatie gespecialiseerde ngo gebruikt wordt om aan te tonen dat bijvoorbeeld een uitzendbureau (structureel) heeft gediscrimineerd op basis van afkomst. Een dergelijk onderzoek kan plaatsvinden aan de hand van ‘mystery guests’, waarbij men zich voordoet als medewerkers van een bedrijf dat op zoek is naar werknemers en hierbij discriminatoire verzoeken doet, zoals het bij ‘Doel en opbouw van het onderzoek’ genoemde onderzoek van *Radar*. De wetsgeschiedenis stelt niet expliciet dat met de maatstaf ‘elk passend middel’ slechts publieke of semi-publieke bronnen wordt bedoeld, maar aanbestedende diensten dienen in ieder geval wel voorzichtig te zijn met een beoordeling op basis van informatie uit private bronnen. Ter voorkoming van willekeur is het namelijk van groot belang dat aan bepaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt voldaan, zoals het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. De aanbestedende dienst zal het onderzoek van de ngo moeten beoordelen op de zorgvuldigheid en diepgang van het onderzoek en de marktpartij moet over de inhoud van het onderzoek geïnformeerd worden, zodat de ondernemer zich ertegen kan verzetten.

Het proportionaliteitsbeginsel garandeert rechtvaardigheid: wanneer is uitsluiten onredelijk?

Net als bij de andere (facultatieve) uitsluitingsgronden dient het proportionaliteitsbeginsel in acht te worden genomen bij de toepassing van de grond in art. 2.87 lid 1 (a) Aw. Allereerst dient de aanbestedende dienst te beslissen of de uitsluitingsgrond van toepassing wordt verklaard op de aanbesteding in kwestie. Deze voorbereidingsbeslissing is mogelijk disproportioneel als de

⁸⁶ Gemeente Amsterdam, *Werkplan Aanpak Arbeidsmarktdiscriminatie 2019-2020*, p. 7.

uitsluitingsgrond voor alle overheidsopdrachten van toepassing wordt verklaard, maar een standaard toepassing kan wellicht proportioneel zijn ten aanzien van een sector waar veel discriminatie in voorkomt volgens bijvoorbeeld de rapporten van de Inspectie SZW. Vervolgens is het proportionaliteitsbeginsel ook van toepassing bij de selectiebeslissingen in een specifiek geval. Richtlijn 2014/24/EU stelt in overweging 101 bij uitsluiting op grond van milieu-, sociaal en arbeidsrecht in het algemeen:

Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden. Doen zich echter herhaaldelijk kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer en reden tot uitsluiting zijn.

Het Europees Parlement heeft geprobeerd een proportionaliteitstoets aan de grond in artikel 57 lid 4 sub a R.O. toe te voegen met de woorden ‘serious or repeated violations’, zodat uitsluiting slechts zou kunnen plaatsvinden indien er serieuze of herhaaldelijke schendingen hadden plaatsgevonden (amendement 170).⁸⁷ Deze formulering zou de toepasselijkheid van deze uitsluitingsgrond hebben beperkt, maar de toevoeging is niet overgenomen in de uiteindelijke versie van de richtlijn. Terwijl de ‘ernstige beroepsfout’-grond expliciet stelt dat de fout ‘ernstig’ moet zijn geweest, is dit woord dus niet opgenomen in artikel 57 lid 4 sub a R.O., ondanks een voorstel hiertoe van het Europees Parlement.

Desondanks zal op basis van het proportionaliteitsbeginsel niet automatisch elke schending van het non-discriminatiebeginsel mogen leiden tot uitsluiting van de marktpartij. Of de eenmalige, herhaaldelijke of structurele schending kan worden gebruikt ter handhaving van het non-discriminatiebeginsel, zal altijd moeten worden beantwoord op basis van de concrete omstandigheden van het geval.

3.6 Kan discriminatie ook worden aangemerkt als een ernstige beroepsfout?

De uitsluitingsgrond van de ‘ernstige fout in de uitoefening van een beroep’ vereist dat de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken dat de inschrijver of gegadigde een dergelijke fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken. De ernstige beroepsfout is een open norm die lastig toe te passen is, omdat de norm voor meerdere soorten uitleg vatbaar is.⁸⁸ In de Memorie van Toelichting zijn de volgende voorbeelden genoemd van ernstige beroepsfouten:

In het algemeen kunnen als ernstige beroepsfout worden aangemerkt overtredingen van voorschriften betreffende de gezondheid, arbeidsomstandigheden, milieudelicten en overtredingen van de Rijttijdenwet. Ook overtredingen van de Mededingingswet en het hebben begaan van een onrechtmatige daad in het kader van de uitvoering van een opdracht

⁸⁷ Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)), 11.1.2013, p. 101-102.

⁸⁸ Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.5 A.

*waaruit ernstige schade is voortgevloeid, kunnen als ernstige beroepsfout aangemerkt [worden]. Aangenomen mag worden dat hiermee de meest in aanmerking komende gedragingen voor de toepassing van het criterium ernstige beroepsfout zijn opgenoemd.*⁸⁹

In 2012 heeft het Hof van Justitie van de EU echter in de Forposta-zaak overwogen dat:

27. Dienaangaande zij opgemerkt dat, (...), het begrip “fout bij de beroepsuitoefening” elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer (...)

29. Derhalve kan de niet-nakoming door een marktdeelnemer van zijn contractuele verplichtingen in principe worden aangemerkt als een fout bij de beroepsuitoefening.

*30. Niettemin moet worden aangenomen dat het begrip “ernstige fout” gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. (...)*⁹⁰

De interpretatie van het Hof van Justitie is geldend voor de reikwijdte van de uitsluitingsgrond, maar het begrip ‘ernstige fout bij de beroepsuitoefening’ kan verder gepreciseerd en verduidelijkt worden in nationaal recht.⁹¹ Zoals in de vorige paragraaf is behandeld vormen het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel een fundamenteel mensenrecht en is het schenden van de discriminatieverboden door bedrijven onrechtmatig. Daarmee kan het schenden van het non-discriminatiebeginsel invloed hebben op de professionele geloofwaardigheid van de marktdeelnemer. Deze mogelijkheid is door de Europese Commissie ook erkend in een interpretatieve mededeling, waarin staat dat de nationale wetgever de ‘ernstige beroepsfout’ zo kan interpreteren dat er bepaalde sociale verplichtingen onder vallen, zoals bepalingen omtrent gelijke behandeling.⁹²

De toepassing van de uitsluitingsgrond ‘ernstige beroepsfout’ (ten aanzien van discriminatie) wordt echter beperkt door de Gids Proportionaliteit, die voorschrijft dat de aanbestedende dienst ‘zeer restrictief’ moet omgaan met het stellen van de uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout.⁹³ De Gids Proportionaliteit schrijft deze terughoudendheid voor, omdat de

⁸⁹ *Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 80 (MvT).*

⁹⁰ HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*), §27, 29 en 30. Zie bijvoorbeeld ook Rb. Den Haag 18 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:3338, r.o. 3.4.

⁹¹ HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*), §26.

⁹² Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren (COM(2001) 566 definitief), p. 11-12.

⁹³ Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.5 A. De Gids Proportionaliteit is een algemene maatregel van bestuur (AMvB) en vormt een te volgen richtsnoer. Het afwijken van dit richtsnoer is toegestaan mits dit gemotiveerd gebeurt in de aanbestedingsstukken (‘pas toe of leg uit’). Zie het Aanbestedingsbesluit, artikel 10 (Stb. 2018, 321).

ernstige beroepsfout een open norm is die voor meerdere uitleg vatbaar is en daardoor lastig is toe te passen. Deze geboden terughoudendheid ten aanzien van de ernstige beroepsfout-grond maakt het gebruik van deze uitsluitingsgrond ter handhaving van het non-discriminatiebeginsel ingewikkeld.

De bewijsmaatstaf bij de ernstige beroepsfout is ‘aannemelijk maken’

De maatstaf waarmee de aanbestedende dienst de uitsluitingsgrond kan toepassen is het ‘aannemelijk maken’ van de ernstige beroepsfout. Het is niet vereist, zoals dat wel het geval is bij dwingende uitsluitingsgronden, dat er een onherroepelijk vonnis is uitgevaardigd jegens de gegadigde of inschrijver. Zo kan ook een ingesteld strafrechtelijk onderzoek of ingestelde strafvervolgning gebruikt worden om een ernstige fout aannemelijk te maken.⁹⁴ Verder is het ook mogelijk om transacties met het Openbaar Ministerie mee te wegen bij de beoordeling of er sprake is van een ernstige beroepsfout.⁹⁵ Gezien het proportionaliteitsbeginsel mag een aanbestedende dienst echter niet een ondernemer automatisch uitsluiten in het geval van bijvoorbeeld een transactie uit het verleden.

Is de bewijsmaatstaf ‘aannemelijk maken’ bij de ernstige beroepsfout (sub c) breder dan ‘met elk passend middel’ bij een schending van milieu-, sociaal en arbeidsrecht (sub a)?

In een aantal taalversies van de Richtlijn bestaat er geen verschil in de maatstaven voor uitsluiting onder sub a wegens een schending van milieu-, sociale of arbeidsverplichtingen en onder sub c vanwege een ernstige beroepsfout. Zo gebruiken de Duitse en Franse taalversies van de richtlijn respectievelijk ‘auf geeignete Weise nachweisen’ en ‘démontrer par tout moyen approprié’ in zowel sub a als sub c van artikel 57 lid 4. In de Engelse taalversie – en in de Italiaanse en Spaanse versies⁹⁶ – wordt echter een onderscheid gemaakt tussen ‘can demonstrate by *any* appropriate means’ in sub a en ‘can demonstrate by appropriate means’ in sub c. Een mogelijke verklaring voor dit verschil in terminologie is dat de toegevoegde waarde van ‘met elk passend middel’ eruit bestaat dat het woord ‘elk’ de lidstaten ervan weerhoudt om bij de implementatie de aanbestedende diensten te beperken in hun mogelijkheden om een schending van de verplichtingen aan te tonen. Dit zou kunnen betekenen dat de nationale wetgever ten aanzien van de uitsluitingsgrond ‘ernstige fout’ wel de mogelijkheid heeft om bepaalde passende middelen uit te sluiten, maar niet bij de grond betreffende schending van milieu-, sociale of arbeidsverplichtingen.

In de Nederlandse taalversie van Richtlijn 2014/24/EU lijkt een duidelijker onderscheid te bestaan tussen de maatstaven ‘aantonen met elk passend middel’ in sub a en ‘op enige passende wijze aannemelijk maken’ in sub c. Bij de implementatie van deze uitsluitingsgronden heeft de

⁹⁴ Rb. Amsterdam 19 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9689, r.o. 4.4.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 26485, nr. 305.

⁹⁶ De Italiaanse versie van de Richtlijn stelt in sub a: ‘dimostrare con qualunque mezzo adeguato’ (demonstrate by *any* appropriate means) en in sub c: ‘dimostrare con mezzi adeguati’ (demonstrate with appropriate means). De Spaanse versie van de Richtlijn stelt in sub a: ‘demostrar por cualquier medio apropiado’ (demonstrate by *any* appropriate means) en in sub c: ‘demostrar por medios apropiados’ (demonstrate by appropriate means).

Nederlandse wetgever vervolgens de maatstaf in sub a gelijk gelaten en in sub c verkort naar ‘kan aannemelijk maken’.

Het vereiste van ‘aantonen met elk passend middel’ impliceert een hogere eis voor de aanbestedende dienst dan ‘kan aannemelijk maken’, omdat iets aannemelijk gemaakt kan worden zonder dat het ook aangetoond wordt.

Aangezien de bovengenoemde andere taalversies van de Richtlijn op dit punt slechts een klein verschil bevatten of zoals in het geval van het Duits en Frans zelfs identiek zijn, lijkt het in lijn met de wil van de Europese wetgever om het verschil in de Nederlandse taalversie en de implementatie ervan in artikel 2.87 Aw beperkt op te vatten.

Dit houdt in dat de typen bewijsstukken die passend zijn om een schending van milieu-, sociale of arbeidsrechtelijke verplichtingen aan te tonen of die de aanwezigheid van een ernstige beroepsfout aannemelijk maken, naar alle waarschijnlijkheid ook afdoende zijn voor uitsluiting op basis van de andere grond. Hierbij kan gedacht worden aan het meewegen van een ingesteld strafrechtelijk onderzoek, een ingestelde strafvervolgning of een transactie met het Openbaar Ministerie bij de beoordeling of de uitsluitingsgrond van toepassing is. Het gebruik van de grond ‘ernstige beroepsfout’ lijkt dan ook geen voordeel op te leveren ten aanzien van de te gebruiken bewijsmaatstaf in vergelijking met de uitsluitingsgrond omtrent milieu-, sociale en arbeidsrechtelijke verplichtingen.

3.7 Past performance: aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij een eerdere opdracht

Een derde facultatieve uitsluitingsgrond die relevant zou kunnen zijn voor het bestrijden van arbeidsmarktdiscriminatie is de uitsluiting van een gegadigde of inschrijver die blijk heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij een eerdere overheidsopdracht (past performance).⁹⁷ Het is hierbij van belang dat de tekortkomingen plaatsvonden bij de uitvoering van een ‘wezenlijk voorschrift’ en dat dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties.

Een wezenlijk voorschrift omvat zowel grove wanprestatie als wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer, zoals uit de Europese wetsgeschiedenis blijkt:

Hij moet voorts gegadigden of inschrijvers kunnen uitsluiten die zich bij eerdere overheidsopdrachten schuldig hebben gemaakt aan grove wanprestatie, bijvoorbeeld niet-levering of niet-uitvoering, levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de

⁹⁷ Het feit dat de onderneming blijk moet geven van de tekortkomingen toont aan dat de tekortkomingen binnen de invloedssfeer van de onderneming moeten liggen en dus bijvoorbeeld niet het gevolg zijn van overmacht (*Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 70 (MvT)).

*dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel, en wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer. (...)*⁹⁸

Optie 1: wanprestatie

Er is sprake van wanprestatie als een partij zijn contractuele verplichtingen niet nakomt, zoals door slechts gedeeltelijk te presteren, en dit de partij kan worden toegerekend. Indien het alsnog nakomen van de verplichtingen blijvend onmogelijk is, dan heeft de wederpartij recht op schadevergoeding en het recht op ontbinding bij wederkerige overeenkomsten (artikelen 6:74 en 6:265 Burgerlijk Wetboek). Als de nakoming nog wel mogelijk is dan kunnen deze rechtsgevolgen pas intreden als er sprake is van verzuim (6:74 lid 2). Op enkele uitzonderingen na (artikelen 6:83 en 6:248 lid 1) treedt het verzuim in na een ingebrekestelling (6:82).

Optie 2: wangedrag

Naast wanprestatie is ook wangedrag genoemd in overweging 101 van Richtlijn 2014/24/EU, maar het begrip ‘wangedrag’ is in deze overweging noch in de Memorie van Toelichting bij artikel 2.87 lid 1 sub g Aw gedefinieerd. Het feit dat naast grove wanprestatie ook wangedrag een grond kan vormen voor het toepassen van de past performance-grond lijkt aan te geven dat ook tekortkomingen betreffende algemenere integriteitsnormen die niet zijn opgenomen in de contractvoorwaarden binnen de reikwijdte van deze uitsluitingsgrond vallen. Dergelijke algemenere integriteitsnormen zouden het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel kunnen omvatten.

De tekortkoming hoeft verder niet te hebben plaatsgevonden bij een opdracht van dezelfde aanbestedende dienst, wat het mogelijk maakt voor aanbestedende diensten om een register bij te houden met aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van ondernemers.⁹⁹ Een dergelijk register dient vanzelfsprekend wel gepaard te gaan met een zorgvuldige procedure met hoor en wederhoor, de terugkijktermijn en toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel, zodat uitsluiting alleen plaatsvindt wanneer dat terecht is.

Ten aanzien van de aanzienlijke of voortdurende aard van de tekortkomingen laat de wetsgeschiedenis zien dat de past performance-grond bedoeld is voor uitzonderlijke situaties, zoals het niet leveren of het niet uitvoeren van een opdracht. Terwijl terughoudendheid überhaupt geboden is bij de toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden, benoemt de Gids Proportionaliteit specifiek bij zowel de ernstige beroepsfout als bij past performance de noodzaak om ‘zeer restrictief’ om te gaan met het stellen van de grond. De toepasselijkheid van de past performance-grond ter handhaving van het non-discriminatiebeginsel wordt dus beperkt door enerzijds de noodzaak dat de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen hebben geleid tot een sanctie en anderzijds door het strikt moeten toepassen van het proportionaliteitsbeginsel.

⁹⁸ Overweging 101 van Richtlijn 2014/24/EU.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 70 (MvT).

3.8 Tussenconclusie: vergelijking van drie uitsluitingsgronden

Het schenden van het non-discriminatiebeginsel kan onder de reikwijdte van meerdere uitsluitingsgronden worden gebracht. De uitsluitingsgrond ten aanzien van ‘verplichtingen op gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht’ is qua reikwijdte de meest voor de hand liggende keuze, omdat discriminatie in arbeid en beroep expliciet genoemd wordt in bijlage X van Richtlijn 2014/24/EU, in tegenstelling tot de meer open normen van de ernstige beroepsfout en de past performance-grond.

Ten aanzien van de te gebruiken maatstaf om een uitsluitingsgrond toe te passen lijken, ondanks het taalkundige verschil, de maatstaven ‘met elk passend middel aantonen’ (sub a) en ‘aannemelijk maken’ (sub c) zeer vergelijkbaar, zo niet gelijk aan elkaar, te zijn. De maatstaf van de past performance-grond, zijnde dat de inschrijver of gegadigde de tekortkomingen heeft laten blijken, levert ook geen bewijstechnisch voordeel op ten opzichte van de andere twee uitsluitingsgronden.

De voornaamste reden dat de grond betreffende ‘verplichtingen op gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht’ te verkiezen is boven de andere twee gronden bij de bestrijding van discriminatie is de rol van het proportionaliteitsbeginsel. Zo moet er bij het gebruik van de ernstige beroepsfout-grond uiteraard sprake zijn van een ‘ernstige’ beroepsfout, maar geldt er verder ook een ‘zeer restrictieve houding’ ten aanzien van deze grond op basis van de Gids Proportionaliteit.¹⁰⁰ Daarnaast is het gebruik van de ‘past performance’-grond beperkt door zowel de noodzaak dat de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen hebben geleid tot een sanctie, als door het feit dat er op grond van de Gids Proportionaliteit wederom zeer restrictief moet worden omgegaan met deze uitsluitingsgrond. Daarentegen lijkt er bij de grond betreffende ‘verplichtingen op gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht’ eerder aan het proportionaliteitsbeginsel te zijn voldaan, gezien de Europese wetsgeschiedenis en de Gids Proportionaliteit. Zo is het amendement om deze grond te wijzigen naar ‘serieuze of herhaaldelijke schendingen’ niet opgenomen in de uiteindelijke formulering van de bepaling en bevat de Gids Proportionaliteit geen specifieke terughoudendheid ten opzichte van deze grond, zoals bij de andere twee uitsluitingsgronden.

Hoewel de toepassing van de uitsluitingsgrond ten aanzien van ‘verplichtingen op gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht’ verder onderzocht zal moeten worden, lijkt deze uitsluitingsgrond de meest voor de hand liggende uitsluitingsgrond te zijn om het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel te handhaven.

3.9 Een gesloten systeem van uitsluitingsgronden?

De aanbestedingsrichtlijnen laten ruimte over aan de lidstaten om zelf te regelen wat niet reeds uitputtend is geregeld in de richtlijnen, zoals het HvJ van de EU heeft benadrukt in het Beentjes-arrest:

¹⁰⁰ Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.5 A. De Gids Proportionaliteit is een algemene maatregel van bestuur (AMvB) en vormt een te volgen richtsnoer. Het afwijken van dit richtsnoer is toegestaan mits dit gemotiveerd gebeurt in de aanbestedingsstukken (‘pas toe of leg uit’). Zie het Aanbestedingsbesluit, artikel 10 (Stb. 2018, 321).

*Er zij nog aan herinnerd, dat de richtlijn geen eenvormige en uitputtende communautaire regeling behelst, doch dat de Lid-Staten binnen het kader van de gemeenschappelijke regels die zij bevat, vrij blijven om materiële en procedureregels inzake aanbesteding van openbare werken te handhaven of vast te stellen, mits zij daarbij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen (...)*¹⁰¹

In hoeverre materie, zoals de uitsluitingsgronden, uitputtend geregeld is kan worden afgeleid uit de tekst en het doel van de bepaling. De uitsluitingsgronden in de Richtlijn 2014/24/EU en de Aanbestedingswet 2012 worden veelal omschreven als limitatief en uitputtend, omdat de letterlijke tekst van de bepaling de dwingende en facultatieve gronden opsomt als een gesloten systeem, waaraan de lidstaten geen gronden kunnen toevoegen. Dit gesloten karakter van de uitsluitingsgronden in de Richtlijn 2014/24/EU is ook benadrukt in de jurisprudentie van het HvJ van de EU.¹⁰²

Het systeem van uitsluitingsgronden is echter niet gesloten, zoals het op het eerste gezicht lijkt, omdat er uitsluitingsgronden zijn (met name de ernstige beroepsfout-grond) die door de lidstaten nader geïnterpreteerd kunnen worden.¹⁰³ Het doel van de bepaling in Richtlijn 2014/24/EU toont verder dat de uitsluitingsgronden in artikel 57 R.O. alleen de vereisten betreffen die zien op de professionele kwaliteit van de inschrijver.¹⁰⁴ De Europese wetgever heeft namelijk slechts uitsluitingsgronden opgenomen ten aanzien van de ‘professionele integriteit, kredietwaardigheid of betrouwbaarheid van de inschrijver’.

Verder mogen lidstaten wel andere materieelrechtelijke verplichtingen op leggen voor zover die niet in strijd zijn met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit.¹⁰⁵ In de Forposta-zaak heeft het Hof deze overwegingen als volgt samengevat:

Alleen wanneer de betrokken uitsluitingsgrond geen verband houdt met de professionele kwaliteiten van de marktdeelnemer, en derhalve niet voorkomt in deze limitatieve

¹⁰¹ HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Gebroeders Beentjes BV t. Staat der Nederlanden*), §20.

¹⁰² HvJ EG 9 februari 2006, de gevoegde zaken C-226/04 en C-228/04, ECLI:EU:C:2006:94 (*La Cascina*), §22; HvJ EG 16 december 2008, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731 (*Michaniki*), §43; HvJ EG, C-538-07, ECLI:EU:C:2009:317 (*Assitur*), §20; HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*), §38.

¹⁰³ E.R. Manunza, ‘Is een zwarte lijst van bouwbedrijven verenigbaar met het Europees recht?’, *Bouwrecht*, 40e jg., (2003), p. 747-757. Zie ook: E. Manunza & R. Bleeker, *De invloed van het Europees recht op het Nederlandse aanbestedingsrecht*. In A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann & M.H. Wissink (Eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht* (p. 741-810), Kluwer (2014), Deel 81-II, Bijzonder deel, p. 782-789.

¹⁰⁴ HvJ EG 9 februari 2006, de gevoegde zaken C-226/04 en C-228/04, ECLI:EU:C:2006:94 (*La Cascina*), §21; HvJ EG 16 december 2008, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731 (*Michaniki*), §42; HvJ EG, C-538-07, ECLI:EU:C:2009:317 (*Assitur*), §19; HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*), §38.

¹⁰⁵ HvJ EG 16 december 2008, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731 (*Michaniki*), §44; HvJ EG, C-538-07, ECLI:EU:C:2009:317 (*Assitur*), §21.

*opsomming, kan worden overwogen deze grond toe te laten ten aanzien van de Unierechtelijke beginselen of andere regels inzake overheidsopdrachten.*¹⁰⁶

Of een extra uitsluitingsgrond kan worden geformuleerd, is afhankelijk van de betekenis van de term ‘professionele kwaliteiten’. Als onderdeel van deze professionele kwaliteiten noemt het HvJ van de EU zowel het economische en financiële vermogen van de marktdeelnemer om de overheidsopdracht tot een goed einde te brengen, als ook de ‘professionele integriteit’ (in de Michaniki-zaak: ‘professionele rechtschapenheid’) van de marktdeelnemer.¹⁰⁷

Met de toevoeging van de uitsluitingsgrond in artikel 57 lid 4 sub a R.O. betreffende verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht heeft de Europese wetgever duidelijk gemaakt dat o.a. discriminatie in arbeid en beroep een grond mag vormen voor de uitsluiting van de gegadigde of inschrijver. Terwijl discriminatie in arbeid en beroep niet het vermogen van de marktdeelnemer om de overheidsopdracht tot een goed einde te brengen in twijfel trekt, valt deze uitsluitingsgrond wel duidelijk onder de professionele integriteit en betrouwbaarheid van de ondernemer. Aangezien verplichtingen omtrent discriminatie in arbeid en beroep reeds genoemd zijn in de opgesomde lijst van uitsluitingsgronden lijkt het verder onwaarschijnlijk dat er op nationaal niveau een extra grond gesteld kan worden ter uitsluiting van inschrijvers en gegadigden die schuldig zijn aan een of meer schendingen van het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel. Een dergelijke grond zal namelijk sterk gerelateerd moeten zijn aan de reeds bestaande grond in artikel 57 lid 4 sub a R.O. en zal daarmee ook zien op de professionele kwaliteit van de gegadigde of inschrijver.

Dit neemt niet weg dat op nationaal niveau vereisten kunnen worden gesteld die strekken tot de uitvoering van de uitsluitingsgrond in 57 lid 4 sub a R.O. Zo heeft het HvJ van de EU geoordeeld in het Berlaymont-arrest dat een fiscale registratieplicht geen extra uitsluitingsgrond vormde,

*(...) indien zij is opgevat als een wijze van uitvoering van deze bepaling, waarmee uitsluitend wordt beoogd het bewijs te verifiëren dat de aannemer die wenst deel te nemen aan een overheidsopdracht, niet onder de uitsluitingsgronden valt, met name die ter zake van de betaling van socialezekerheidsbijdragen en belastingen.*¹⁰⁸

Dit houdt in dat er ook vereisten gesteld kunnen worden aan gegadigden en inschrijvers op het gebied van discriminatie in arbeid en beroep, indien deze vereisten bedoeld zijn om de aanbestedende dienst in de gelegenheid te stellen te achterhalen of de marktdeelnemer wel of niet valt onder de uitsluitingsgrond in artikel 57 lid 4 sub a R.O. Op grond van de Richtlijn 2014/24/EU zou het dus mogelijk kunnen zijn dat gegadigden en inschrijvers verplicht worden om zich in te schrijven in een potentieel register betreffende het nakomen van verplichtingen in de context van discriminatie in arbeid en beroep. Ter voorkoming van onterechte uitsluitingen dient een dergelijk

¹⁰⁶ HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*), §39.

¹⁰⁷ HvJ EG 16 december 2008, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731 (*Michaniki*), §42.

¹⁰⁸ HvJ EU 15 juli 2010, C-74/09, ECLI:EU:C:2010:431 (*Berlaymont 2000 SA*), §44.

register wel gepaard te gaan met afdoende waarborgen, zoals een procedure met hoor en wederhoor, de terugkijktermijn en een toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel.

3.10 Zelfreinigend vermogen: een tweede kans voor marktpartijen

Indien een van de dwingende of facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing is op een gegadigde of inschrijver, dient de aanbestedende dienst op grond van artikel 57 lid 6 R.O. en artikel 2.87a Aw deze ondernemer in de gelegenheid te stellen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen (het zelfreinigend vermogen). De gegadigde of inschrijver kan zijn betrouwbaarheid aantonen door schade te vergoeden of toezeggen te vergoeden, bij te dragen aan opheldering van feiten en omstandigheden, of door concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen te nemen. Zo kan een onderneming zijn betrouwbaarheid aantonen door bijvoorbeeld de verantwoordelijke werknemers te ontslaan.¹⁰⁹ Overweging 102 van Richtlijn 2014/24/EU noemt verder als voorbeeld van een maatregel ‘het opzetten van een interne controlestructuur voor toezicht op de naleving’, wat in het geval van het non-discriminatiebeginsel neerkomt op het opzetten en uitvoeren van beleid ter voorkoming van discriminatie. De beoordeling van deze maatregelen door de aanbestedende dienst neemt de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafbare feiten of fouten in acht. Als de aanbestedende dienst de genomen maatregelen onvoldoende acht om de betrouwbaarheid van de gegadigde of inschrijver aan te tonen, deelt de aanbestedende dienst dit gemotiveerd mee aan de ondernemer (2.87a lid 3 Aw). De aanbestedende dienst dient bij deze beoordeling steeds in lijn te handelen met het proportionaliteitsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel.¹¹⁰

3.11 Afzien van uitsluiting: algemeen belang en proportionaliteit

Indien een van de dwingende of facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing is op de gegadigde of inschrijver en deze zijn betrouwbaarheid niet heeft kunnen aantonen, kan de aanbestedende dienst alsnog afzien van de toepassing van de uitsluitingsgrond om dwingende redenen van algemeen belang of als de uitsluiting niet proportioneel zou zijn met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.¹¹¹ Artikel 57 lid 3 van Richtlijn 2014/24/EU noemt hierbij als voorbeelden de volksgezondheid en de bescherming van het milieu. Het Hof van Justitie van de EU heeft de term ‘dwingende redenen van algemeen belang’ breed geïnterpreteerd. Hier valt onder andere onder: openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid, doelstellingen van het sociaal beleid, dierenwelzijn, handhaving van het financieel evenwicht van het socialezekerheidsstelsel, voorkoming van fraude, en voorkoming van oneerlijke concurrentie.¹¹² Het gebruik van deze uitzonderingsgrond moet echter wel noodzakelijk en proportioneel zijn, zoals bijvoorbeeld het geval is bij de uitbraak van een epidemie, waarbij zeer

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 71 (MvT).

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 71 (MvT).

¹¹¹ Artikel 2.88 Aanbestedingswet 2012 en artikelen 18 lid 1 en 57 lid 3 en lid 7 Richtlijn 2014/24/EU.

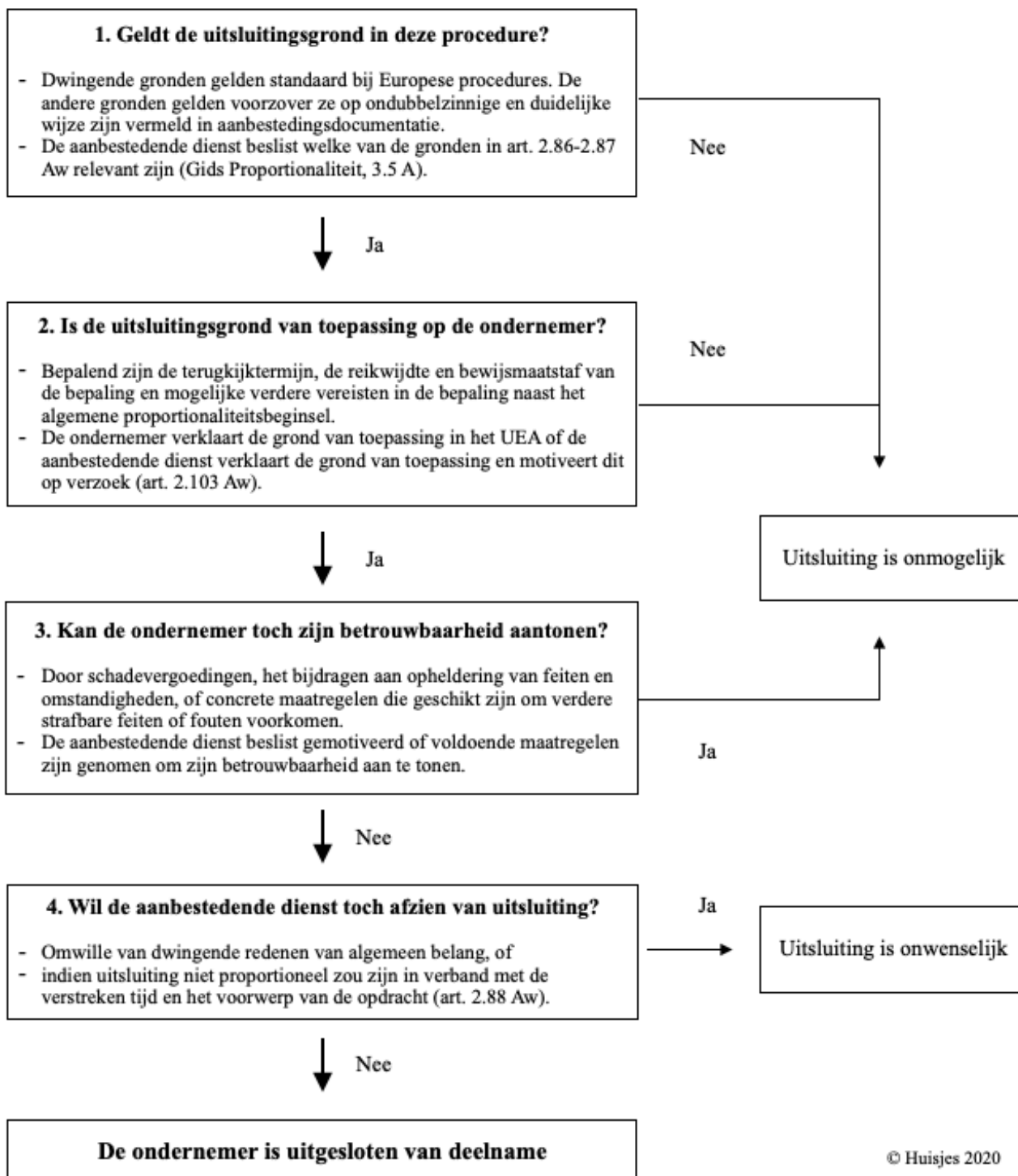
¹¹² *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 81 (MvT).

snel vaccins of nooduitrustingen moeten worden aangeschaft die alleen te verkrijgen zijn bij een gegadigde of inschrijver op wie een uitsluitingsgrond van toepassing is.¹¹³

Het afzien van uitsluiting vormt de laatste van vier stappen die zijn behandeld in deze paragraaf die een aanbestedende dienst moet volgen om tot uitsluiting van een ondernemer over te gaan. Deze stappen zijn hieronder in figuur 7 nogmaals schematisch weergegeven.

¹¹³ Overweging 100 van Richtlijn 2014/24/EU.

Het uitsluiten van ondernemers in vier stappen



Figuur 7.

3.12 Concessies, speciale-sectoren en defensie- en veiligheidsgebied

De regels betreffende uitsluitingsgronden bij concessieopdrachten, speciale-sectoropdrachten en opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied verschillen in meer of mindere mate van de regels omtrent uitsluitingsgronden bij overheidsopdrachten, zoals hierboven is besproken.

Concessieopdrachten

Een concessieopdracht voor een dienst of een werk verschilt van een overheidsopdracht doordat de tegenprestatie bij een concessieopdracht bestaat uit het recht om de dienst of het werk te exploiteren, of uit dit recht en een betaling.¹¹⁴

Concessieopdrachten vallen onder meer vormvrije Europese regelgeving (Richtlijn 2014/23/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten) en zijn op nationaal niveau gereguleerd in deel 2A van de Aanbestedingswet 2012. Artikel 38 van Richtlijn 2014/23/EU omtrent uitsluitingsgronden komt grotendeels overeen met artikel 57 van Richtlijn 2014/24/EU betreffende uitsluitingsgronden bij het plaatsen van overheidsopdrachten. In deel 2A verwijst de wetgever voornamelijk naar de artikelen in deel 2 van de Aw. Zo zijn artikelen 2.86, 2.86a en 2.87 (met uitzondering van het eerste lid, onderdeel f) van overeenkomstige toepassing verklaard in artikelen 2a.43 en 2a.44 Aw. Bij het toepassen van deze uitsluitingsgronden bij concessieopdrachten bestaat ook het zelfreinigend vermogen van ondernemingen (self-cleaning), omdat artikel 2.87a Aw overeenkomstige toepassing kent op grond van artikel 2a.45 Aw.

Hoewel concessieopdrachten verschillend zijn gereguleerd van overheidsopdrachten, kan de uitsluitingsgrond omtrent verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht (art. 2.87 lid 1 sub a Aw), op gelijke wijze worden toegepast ter uitsluiting van discriminerende ondernemingen bij Europese procedures voor concessieopdrachten.

Speciale-sectoropdrachten

Voor enkele specifieke economische sectoren, zijnde water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, is voorzien in een aparte regulering in Richtlijn 2014/25/EU.¹¹⁵ Deze speciale sectoren, voorheen nutssectoren genoemd, worden gekenmerkt door overheidsinvloed en marktafsluiting. Vanwege de bijzondere aard van deze sectoren legt Richtlijn 2014/25/EU minder regels op dan de richtlijn voor overheidsopdrachten. Verder is het toepassingsgebied van Richtlijn 2014/25/EU breder dan de richtlijn voor overheidsopdrachten, omdat ‘speciale-sectorbedrijf’ niet alleen aanbestedende diensten, maar ook overheidsbedrijven en instellingen met bijzondere of uitsluitende rechten onder de reikwijdte vallen.

Richtlijn 2014/25/EU regelt in artikel 80 de overeenkomstige toepassing van uitsluitingsgronden in artikel 57 van de richtlijn voor overheidsopdrachten. Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 3.65 lid 3-5 van de Aanbestedingswet 2012. In lid 3 is bepaald dat speciale-sectorbedrijven de dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden uit artikel 2.86 en 2.87

¹¹⁴ Zie verder artikel 5 (definities) en artikel 8 (drempelbedrag) van Richtlijn 2014/23/EU. Zie ook de Gedelegeerde Verordening 2019/1827 (Drempelbedragen bij concessieopdrachten).

¹¹⁵ Zie artikel 1 (onderwerp en toepassingsgebied) en artikel 15 (drempelbedragen) van Richtlijn 2014/25/EU. Zie ook de Gedelegeerde Verordening 2019/1829 (drempelbedragen bij speciale sectorbedrijven).

Aw mogen toepassen bij de beoordeling van gegadigden en inschrijvers. Hierbij gelden ook de gronden om af te zien van uitsluiting in artikelen 2.86a en 2.88 Aw en het zelfreinigend vermogen van ondernemingen op grond van 2.87a Aw (lid 4). Voor specifieke speciale-sectorbedrijven, zijnde de Staat, gemeenten, provincies, waterschappen, publiekrechtelijke instellingen en samenwerkingsvormen van deze overheden of instellingen, is in lid 5 een verplichting opgenomen om de dwingende uitsluitingsgronden in artikel 2.86 Aw toe te passen, zoals ook geldt bij procedures voor overheidsopdrachten.

Hoewel de regulering van uitsluitingsgronden voor speciale-sectoropdrachten niet volledig overeenkomt met de regels betreffende overheidsopdrachten, kan de uitsluitingsgrond omtrent verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht (art. 2.87 lid 1 sub a Aw) ook bij Europese procedures voor speciale-sectoropdrachten worden toegepast ter uitsluiting van discriminerende inschrijvers en gegadigden.

Opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied

De markt voor materiaal, diensten en werken op defensie- en veiligheidsgebied heeft een bijzonder karakter, omdat defensie voornamelijk een nationale en intergouvernementele aangelegenheid is binnen de EU. Zo kunnen lidstaten op basis van artikel 346 VWEU de regels van de interne markt niet toepassen ter bescherming van de wezenlijke belangen van hun veiligheid. Daarnaast is het op deze markt van groot belang dat gegevens beveiligd zijn en er zekerheid is over de bevoorrading van materiaal.

Naast materiaal, diensten en werken van een specifiek militaire aard, vallen binnen dit gebied ook leveringen, werken en diensten die een gevoelig karakter hebben, omdat ze bestemd zijn voor veiligheidsdoeleinden en gerubriceerde gegevens een rol spelen.¹¹⁶ Veiligheidsdoelen omvatten onder andere de bestrijding van terrorisme en georganiseerde misdaad, grensbewaking en crisisbeheersing.

Opdrachten in deze sector zijn gereguleerd in Richtlijn 2009/81/EG betreffende opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied.¹¹⁷ Deze richtlijn is geïmplementeerd in de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied (Aw D&V), in tegenstelling tot de andere bijzondere sectoren die geïmplementeerd zijn in een apart deel van de Aanbestedingswet 2012.

Het gebruik van uitsluitingsgronden is in artikel 39 van Richtlijn 2009/18/EG opgenomen, dat is geïmplementeerd in artikelen 2.76-2.78 van de Aw D&V. Deze uitsluitingsgronden komen deels overeen met de gronden in Richtlijn 2014/24/EU betreffende overheidsopdrachten. Zo kent artikel 39 een extra uitsluitingsgrond die niet voorkomt bij de klassieke sectoren, namelijk de mogelijkheid om een gegadigde of inschrijver uit te sluiten als de onderneming niet de betrouwbaarheid vertoont die nodig is om risico's voor de veiligheid van de lidstaat uit te sluiten (artikel 39 lid 2 sub d). Daarnaast ontbreken op defensie- en veiligheidsgebied enkele

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 2010-2011, 32768, nr. 3, p. 4 (MvT).

¹¹⁷ Zie artikel 2 (toepassingsgebied) en artikel 8 (drempelbedragen). Zie ook de Gedelegeerde Verordening 2019/1830 (Drempelbedragen op defensie- en veiligheidsgebied).

uitsluitingsgronden die wel voorkomen in de richtlijnen van 2014, waaronder de grond betreffende verplichtingen op gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht en de past performance-grond. Aanbestedende diensten kunnen op dit gebied wel gebruik maken van de ernstige beroepsfout-grond. Artikel 2.77 lid 2 Aw D&V geeft voor deze uitsluitingsgrond een terugkijktermijn van vier jaar. Daarnaast is hierbij ook het zelfreinigend vermogen van toepassing en de uitzonderingsgronden betreffende dwingende redenen van algemeen belang en het proportionaliteitsbeginsel (2.78 Aw D&V).

Aangezien de grond betreffende verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht niet is opgenomen in de Aw D&V, kan arbeidsmarktdiscriminatie niet op dezelfde wijze worden bestreden als bij andere sectoren, maar het zou wel mogelijk kunnen zijn om de ernstige beroepsfout-grond te gebruiken. Zoals in paragraaf 3.6 is besproken, heeft de Europese Commissie namelijk de mogelijkheid erkend dat de nationale wetgever de ‘ernstige beroepsfout’ zo interpreteert dat er bepaalde sociale verplichtingen onder vallen, zoals bepalingen omtrent gelijke behandeling.¹¹⁸ De toepasselijkheid van de ernstige beroepsfout-grond wordt echter wel beperkt doordat dit een open norm is en het proportionaliteitsbeginsel moet worden nageleefd. Het gebruik van uitsluiting ter bestrijding van discriminatie is dus bij opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied minder voor de hand liggend dan bij andere sectoren.

3.13 Conclusie

De uitsluitingsgrond omtrent verplichtingen op gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht vormt de meest voor de hand liggende uitsluitingsgrond ter handhaving van het gelijkheidsbeginsel bij discriminatie door bijvoorbeeld arbeidsbemiddelaars bij uitzendbureaus. De ‘ernstige fout’- en ‘past performance’-gronden bieden, gezien hun aard en de beperkingen in de Gids Proportionaliteit, minder mogelijkheden om deze norm te handhaven.

De toepassing van de grond betreffende milieu-, sociaal en arbeidsrecht is wel afhankelijk van de aanwezigheid van ‘passende middelen’ om de schending van een of meer van deze verplichtingen aan te tonen en is begrensd door meerdere waarborgen en uitzonderingsgronden. Zo dient de aanbestedende dienst non-discriminatoire, transparant en proportioneel te handelen en te voorzien in de mogelijkheid voor gegadigden en inschrijvers om hun betrouwbaarheid aan te tonen als een uitsluitingsgrond op hen van toepassing is. Verder biedt het aanbestedingsrecht de aanbestedende diensten de mogelijkheid om af te zien van uitsluiting wegens redenen van algemeen belang of als de uitsluiting niet proportioneel zou zijn.

¹¹⁸ Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren (COM(2001) 566 definitief), p. 11-12.

4. Het bevorderen van diversiteit en inclusiviteit bij inkoop

4.1 Inleiding: het sturen van de markt in een inclusieve richting	67
4.2 Wat is (het verschil tussen) diversiteit en inclusiviteit?	68
4.3 De rol van keurmerken binnen aanbestedingen	69
4.4 Hoe kunnen sociale en inclusieve criteria worden meegewogen bij de gunning?	70
4.5 Kunnen sociale en inclusieve uitvoeringsvoorwaarden worden opgenomen?	72
4.6 Conclusie	72

4.1 Inleiding: het sturen van de markt in een inclusieve richting

Terwijl de vorige paragraaf de mogelijkheid tot repressief beleid omtrent arbeidsmarktdiscriminatie betrof, gaat deze paragraaf in op het positieve beleid dat de gemeente Amsterdam zou kunnen voeren om een inclusieve arbeidsmarkt te creëren. Het gaat hier om een korte beschrijving van enkele mogelijkheden binnen het aanbestedingsrecht om ervoor te zorgen dat aanbieders inclusief beleid voeren.

De grote financiële waarde van de markt voor overheidsopdrachten biedt een uitgelezen kans om inkoop en aanbestedingen te gebruiken als instrument om algemenere beleidsdoelstellingen, zoals ten aanzien van diversiteit en inclusiviteit, na te streven. De gemeente heeft in april 2020 de ambitie bekendgemaakt om van Amsterdam een zogenaamde ‘donuteconomie’ te maken.¹¹⁹ De term ‘donut’ slaat op de vorm van het centrale diagram van dit economische model, waarin de buitenrand van de donut het bestaande ecologische plafond weergeeft dat niet overschreden mag worden en de binnenrand het sociaal fundament dat niet mag worden aangetast. Sociaal opdrachtgeverschap kan een belangrijke rol vervullen in het creëren van een dergelijke economie.¹²⁰

De mogelijkheid om sociale overwegingen zoals social return in aanbestedingsprocedures te betrekken is al decennialang door de hoogste EU-rechter aanvaard¹²¹ en met de herziening van de aanbestedingsrichtlijnen in 2014 zijn de mogelijkheden voor sociaal opdrachtgeverschap toegenomen.

¹¹⁹ E. van Riel, ‘De donuteconomie in de praktijk: hoe Amsterdam socialer en duurzamer wil worden’, *Vrij Nederland* 25 augustus 2020. Zie ook het boek waarin dit model uiteengezet is: K. Raworth, *Donuteconomie. In zeven stappen naar een economie voor de 21e eeuw*, Nieuw Amsterdam, tiende druk.

¹²⁰ E. Manunza, ‘Sociaal opdrachtgeverschap. Ruimte geven voor sociale en duurzame overwegingen in aanbestedingen en sociale diensten via aanbestedingen inkopen’, in: M. Essers, K. Schofaerts & Ph. S. Weijers (eds.), *Sociaal Opdrachtgeverschap en Sociaal Ondernemen. Op zoek naar bouwstenen voor een menselijke participatiemaatschappij*, Vogelenzang: Centrum van de Sociale Leer van de Kerk 2015, pp. 37-63. Zie ook E. Manunza & N. Meershoek, ‘Fostering the social market economy through public procurement? Legal impediments for new types of economy actors’ *Public Procurement Law Review* 2020 (6), p. 343-358; N.S. Bosma, G.J.A. Hummels, E.R. Manunza, A. Argyrou, S. Kamerbeek, N.A. Meershoek & E.R. Helder, ‘*Versnelling en verbreding van sociaal ondernemerschap - Een onderzoek naar de wenselijkheid van nieuwe juridische kaders*’ (06-02-2019).

¹²¹ HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Gebroeders Beentjes BV t. Staat der Nederlanden*).

Overheidsopdrachten zijn bij uitstek geschikt om sociale doelen na te streven, omdat niet alleen een selectie plaatsvindt, zoals bij subsidies, vergunningen en het open house-model, maar ook een gunning aan de inschrijver met beste inschrijving. Bij de selectiefase kan de aanbestedende dienst slechts minimumvereisten stellen waaraan de ondernemer moet voldoen. Dit kan ook maatschappelijke waarde opleveren, maar het daagt de ondernemers niet uit om verder te gaan dan de minimumeisen. In tegenstelling tot andere rechtsinstrumenten bestaat er bij overheidsopdrachten door het competitieve element bij de gunning wél de mogelijkheid voor aanbestedende diensten om marktpartijen te stimuleren in hun inschrijvingen verder te gaan dan de minimumvereisten. Dit competitieve element geeft ondernemers ook de mogelijkheid om innovatieve ideeën aan te dragen omtrent inclusiviteit.

In het kader van sociaal opdrachtgeverschap kan de overheid ook het maatschappelijk middenveld benutten door vaker ‘maatschappelijk aan te besteden’. In het *Juridisch leaflet Maatschappelijk Aanbesteden*, geschreven door UUCePP-wetenschappers in opdracht van het ministerie van BZK, wordt onder deze term verstaan dat de taak wordt verstrekt aan sociale ondernemers, maatschappelijke instellingen en/of verenigde burgers.¹²² Kenmerkend voor deze aanbestedingen is ‘het sociale karakter van de aanbieders, de intensieve samenwerking met doelgroepen vroeg in het traject en de focus op maatschappelijke resultaten (outcome) in plaats van uitsluitend op de te leveren producten (output)’. Het *Juridisch leaflet Maatschappelijk Aanbesteden* noemt veertien technieken waarmee dit kan worden vormgegeven, onder ander door de deelname aan aanbestedingen voor te behouden aan sociale werkplaatsen (art. 2.82 Aw), het betrekken van de gebruikers van een dienst, werk of levering, het stellen van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden en het stellen van maatschappelijke gunningscriteria. In dit verband kan ook gedacht worden aan het voeren van gesprekken met bewoners over de voorkeuren van de wijk of gemeente. Op deze wijze kunnen burgers de overheid sturen in hoe ze vervolgens de economie stuurt.

In rest van deze paragraaf zal eerst gereflecteerd worden op de termen ‘diversiteit’ en ‘inclusiviteit’. Daarna zullen de mogelijkheden van het gebruik van keurmerken, gunningscriteria en bijzondere uitvoeringsvoorwaarden kort uiteengezet worden in het kader van het bevorderen van inclusiviteit op de arbeidsmarkt.

4.2 Wat is (het verschil tussen) diversiteit en inclusiviteit?

Voor de veelvoorkomende termen ‘diversiteit’ en ‘inclusiviteit’ bestaat nog geen *communis opinio*. De twee begrippen overlappen voor een significant deel en worden veelal door elkaar gebruikt, maar zijn geen synoniemen van elkaar.

Diversiteit wordt over het algemeen gezien als het aanwezig zijn van werknemers uit verschillende groepen, zoals deze voorkomen in de samenleving. Inclusiviteit ligt in het verlengde hiervan. Volgens de Sociaal-Economische Raad (SER) heeft inclusiviteit namelijk ‘betrekking op het vermogen van een organisatie om een cultuur te scheppen waarin elke werknemer zich

¹²² E.R. Manunza, W. Lohmann & G. Bouwman, *Juridisch leaflet Maatschappelijk Aanbesteden. Juridische mogelijkheden om de kracht van de samenleving te benutten bij aanbestedingen*, p. 5.

gewaardeerd en gerespecteerd voelt'.¹²³ De SER refereert in zijn advies aan Miller en Katz (2002), die stellen dat inclusiviteit het volgende omvat: '...a sense of belonging: feeling respected, valued for who you are; feeling a level of supportive energy and commitment from others so that you can do your best.'¹²⁴ Diversiteit kan gezien worden als (te) gefocust op de aanwezigheid van verschillende groepen en daarmee op de verschillen tussen deze groepen. Inclusiviteit kan daarentegen worden gezien als meer gefocust op het persoonlijke vermogen van de verschillende werknemers en daarmee op de ontplooiing van individuen.

De aanwezigheid van verschillende groepen lijkt op het eerste gezicht makkelijker meetbaar dan de mogelijkheid tot individuele ontplooiing, omdat de mate waarin mensen hiertoe in staat zijn per persoon kan verschillen. Diversiteit is echter ook niet eenvoudig meetbaar, omdat het niet reduceerbaar is tot een verdeling van personen in twee categorieën — een meerderheidsgroep en een minderheidsgroep — aangezien individuen gelijktijdig tot verschillende meerderheids- en/of minderheidsgroepen kunnen behoren.¹²⁵ Bovendien zijn er groepen die (nog) niet wettelijk zijn erkend, zoals personen met overgewicht.¹²⁶ Het gebruik van een keurmerk omtrent de mate van diversiteit en inclusiviteit van een onderneming zou het betrekken van dergelijke sociale overwegingen in aanbestedingsprocedures eenvoudiger maken.

4.3 De rol van keurmerken binnen aanbestedingen

Het beoordelen van de mate van sociaal ondernemerschap ten aanzien van non-discriminatie, diversiteit en inclusiviteit, door middel van een label, code of keurmerk, moet objectief en onpartijdig plaatsvinden met het oog op fundamentele rechtsbeginselen (behoorlijk bestuur, aanbestedingsbeginselen, en fundamentele rechten). Een voorbeeld van een keurmerk dat aspecten van de mate van sociaal en inclusief ondernemen meet is de Prestatieladder Socialer Ondernemen (PSO), zoals is ontwikkeld door de Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek (TNO).¹²⁷

Het Hof van Justitie heeft in 2012 een uitspraak gedaan omtrent het gebruik van keurmerken in de Koffie-zaak.¹²⁸ In dit arrest heeft het Hof duidelijk gemaakt dat het vereisen van een specifiek keurmerk, zoals i.c. EKO of Max Havelaar, niet toegestaan is, maar dat onder omstandigheden de

¹²³ SER, *Diversiteit in de top. Tijd voor versnelling. Deel II Analyse* (2015), p. 15-16.

¹²⁴ F.A. Miller & J.H. Katz, *The inclusion breakthrough: Unleashing the real power of diversity*. San Francisco, CA: Berrett-Koehler 2002.

¹²⁵ K. Crenshaw, 'Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics', *u. Chi. Legal f.* 1989, afl. 1, p. 139-167.

¹²⁶ C.W. Rudolph, C.L. Wells, M.D. Weller, B.B. Baltes, 'A meta-analysis of empirical studies of weight-based bias in the workplace', *Journal of Vocational Behavior* 2009, afl. 74(1), p. 1-10. Deze categorie is ook genoemd bij de conferentie van 23 september 2020 over diversiteit en inclusiviteit op de Amsterdamse arbeidsmarkt, zie: 'Samen naar een inclusieve arbeidsmarkt in Amsterdam #2', dezwijger.nl.

¹²⁷ Prestatieladder Socialer Ondernemen (PSO), pso-nederland.nl.

¹²⁸ HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284 (*Koffiezaak*).

onderliggende eisen wel gesteld mogen worden.¹²⁹ Door dezelfde eisen te stellen die door het keurmerk worden gesteld, hebben aanbieders ook de mogelijkheid om met andere bewijsstukken aan te tonen dat ze aan de vereisten voldoen. De aanbestedende dienst kan die onderliggende eisen stellen bij de technische specificaties, als gunningscriterium of als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde.

In artikel 2.78a Aw zijn de voorwaarden opgenomen waaronder een aanbestedende dienst een keurmerk kan vereisen. Op grond van lid 1 van dit artikel is het noodzakelijk dat het keurmerk is vastgesteld in een open en transparante procedure en voor alle betrokken partijen toegankelijk is. Daarnaast moeten de keurmerkeisen betrekking hebben op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht, gebaseerd zijn op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria en zijn vastgesteld door een derde partij. In lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie moet de aanbestedende dienst ook gelijkwaardige keurmerken aanvaarden (lid 3). Verder dient de aanbestedende dienst, indien de inschrijver een keurmerk niet tijdig kon verkrijgen, ook andere bewijsmiddelen te accepteren waaruit blijkt dat aan de eisen is voldaan (lid 4).

De precieze wijze waarop de Prestatieladder Socialer Ondernemen tot stand is gekomen, in de praktijk werkt en de vraag of de ladder voldoet aan de voorwaarden van artikel 2.78a Aw zal in vervolgonderzoek aan bod komen. Terwijl keurmerken als voordeel kunnen hebben dat ze eisen en wensen standaardiseren en meetbaar maken, kunnen ze daarentegen ook statisch worden, waardoor innoverende eisen en wensen ontbreken.

4.4 Hoe kunnen sociale en inclusieve criteria worden meegewogen bij de gunning?

De gunningsfase bestaat uit het beoordelen van de inschrijvingen aan de hand van (sub)gunningscriteria en gunningsmethodieken en het vervolgens nemen van een gunningsbeslissing. Net als bij uitsluitingsgronden is het bepalend voor het toepasselijke recht of er sprake is van (1) opdrachten met een economische waarde boven de Europese drempels, (2) beneden deze drempels, maar met een grensoverschrijdend belang, of van (3) zuiver nationale aanbestedingen.

Op grond van de Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (artikel 67) en de Aanbestedingswet 2012 (artikel 2.114) gunt de aanbestedende dienst de opdracht op basis van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving (EMVI). Dit kan op drie manieren worden vastgesteld, zijnde op basis van de:

- beste prijs-kwaliteitverhouding;
- laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten; of
- laagste prijs.

¹²⁹ F.J.L. Pennings & E.R. Manunza, *The Room for Social Policy Conditions in Public Procurement Law*. In Ton van den Brink, Michiel Luchtman & Miroslava Scholten (Eds.), *Sovereignty in the Shared Legal Order of the EU - Core Values of Regulation and Enforcement*, Antwerp: Intersentia (2015), p. 173-196. Zie ook: A.C.M. Fischer-Braams, 'De koffie is klaar', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* (2013), nr. 3, p. 69-76.

De gunning vindt standaard plaats op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, tenzij de aanbestedende dienst hier gemotiveerd van afwijkt. Wanneer de aanbestedende dienst inderdaad de beste prijs-kwaliteitverhouding aanhoudt, stelt de aanbestedende dienst op grond van artikel 2.115 Aw ook nadere criteria in de aankondiging van de overheidsopdracht. Een van de mogelijkheden is om hierbij ‘sociale, milieu- en innovatieve kenmerken’ mee te wegen in de beoordeling (art. 2.115 (2e) Aw).

Onder deze bepaling is het mogelijk om het al dan niet verkrijgen van een positieve beoordeling omtrent non-discriminatie, diversiteit en inclusiviteit mee te wegen in de gunningsfase. Hierbij geldt echter wel de voorwaarde dat dit criterium verband moet houden met het ‘voorwerp van de opdracht’, waarvan sprake is wanneer zij betrekking hebben op de te verrichten werken, leveringen of diensten, ‘in alle opzichten en in elk stadium van hun levenscyclus, met inbegrip van factoren die te maken hebben met: a.) het specifieke productieproces, het aanbieden of de verhandeling van deze werken, leveringen of diensten, of b.) een specifiek proces voor een andere fase van hun levenscyclus, zelfs wanneer deze factoren geen deel uitmaken van hun materiële basis’ (art. 2.115 (3) Aw). In andere woorden, het is niet toegestaan om eisen omtrent maatschappelijk verantwoord ondernemen te stellen aan het algemene beleid van de onderneming, maar in de gunningscriteria kan de onderneming wel worden beoordeeld voor zover deze betrekking hebben op het voorwerp van de opdracht. Verder wetenschappelijk onderzoek kan uitwijzen wat in de praktijk onder dit vereiste kan worden gebracht.

Als sociale overwegingen eenmaal zijn opgenomen in de gunningscriteria dienen de verschillende factoren te worden gewogen middels gunningsmethodieken om een vergelijking van de inschrijvingen mogelijk te maken. Vragen die hierbij moeten worden beantwoord door de aanbestedende dienst zijn op welke schaal de gunningscriteria een score krijgen en welk gewicht de verschillende criteria hebben. Het goed toepassen van gunningsmethodieken is essentieel om de sociale overwegingen in de gunningscriteria te vertalen naar maatschappelijke waarde. Onderzoek van Lohmann, Manunza en Telgen (2013) heeft echter bij een analyse van grote overheidsopdrachten voor uitzendwerk aangetoond dat bij veel aanbestedingen het prijs criterium een grotere rol speelde dan was beoogd door de opdrachtgever.¹³⁰ Verder wetenschappelijk onderzoek is noodzakelijk om aan te tonen welke gunningsmethodieken meer objectieve en daarmee betere resultaten opleveren bij het omzetten van sociale overwegingen in gunningscriteria naar maatschappelijke waarde.

Functioneel aanbesteden

Naast het laten concurreren van marktpartijen op basis van de sociale gunningscriteria, zoals hierboven beschreven is, kunnen aanbestedende diensten de marktpartijen nog verder stimuleren door de eisen en wensen in de aanbestedingsstukken functioneel te omschrijven (2.76 lid 1 sub b

¹³⁰ W. Lohmann, E. Manunza & J. Telgen, *Hoe wordt uitzendwerk gegund? Analyse van aanbestedingen. Onderzoek naar gunningsmethodieken voor uitzendwerk: een economische en juridische analyse*, Enschede-Utrecht: Public Procurement Research Centre. Zie ook W. Lohmann, E. Manunza & J. Telgen, ‘Gunningsmethodieken voor uitzendwerk’ *Deal!* (2013), p. 28-31; E. Manunza, *Achieving a sustainable and just society through public procurement? On the limits of relative scoring and the principles of equal treatment and transparency*. In E. Manunza & F. Schotanus (Eds.), *The Art of Public Procurement - Liber Amicorum Jan Telgen*, Enschede: NetzoDruk, p. 139-158.

Aw). Zulke specificaties zijn gericht op een bepaald resultaat, maar laten marktpartijen vrij om te bepalen hoe het resultaat wordt bereikt. Dit maakt het mogelijk voor marktpartijen om innovatieve sociale oplossingen aan te dragen waar de aanbestedende dienst niet aan zou hebben gedacht bij het opstellen van technische specificaties. Zo zou een marktpartij bijvoorbeeld een inschrijving kunnen doen waarbij een plan van aanpak is opgenomen om de problematiek omtrent laaggeletterdheid te verminderen, terwijl de aanbestedende dienst hier zelf nog niet aan had gedacht.

Wederom gelden hier wel weer juridische grenzen, waaronder dat de kenmerken verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht en in verhouding moeten zijn tot de waarde en doelstellingen daarvan (artikel 2.75 lid 2 en 3 Aw). Verder moeten de functionele specificaties gelijke toegang bieden aan de inschrijvers en de mededinging niet ongerechtvaardigd belemmeren (artikel 2.75 lid 6 Aw).

4.5 Kunnen sociale en inclusieve uitvoeringsvoorwaarden worden opgenomen?

De laatste fase waarin de sociale doelen van non-discriminatie, diversiteit en inclusiviteit kunnen worden nagestreefd is de uitvoeringsfase. Wederom is het voor het toepasselijke recht van belang of er sprake is van een geval met een economische waarde (1) boven de Europese drempels, (2) beneden deze drempels, maar met een duidelijk grensoverschrijdend belang, of (3) een zuiver nationaal geval.

Het Hof van Justitie van de EU heeft reeds in de jaren tachtig gesteld dat aanbestedende diensten bijzondere voorwaarden kunnen verbinden aan contracten die stellen hoe de uitvoering van de opdracht eruit moet zien.¹³¹ Artikel 70 van Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.80 van de Aanbestedingswet 2012 stellen expliciet dat deze voorwaarden verband kunnen houden met arbeidsgerelateerde en sociale overwegingen.

Zulke uitvoeringsvoorwaarden dienen echter wel in overeenstemming te zijn met het EU-recht, waaronder de aanbestedingsbeginselen, en moeten vermeld zijn in de aankondiging of de aanbestedingsstukken. Op grond van het proportionaliteitsbeginsel dienen de bijzondere uitvoeringsvoorwaarden net als de gunningscriteria ‘verband te houden met het voorwerp van de opdracht’.

De aanbestedende dienst kan zelf kiezen of hij de sociale en inclusieve overwegingen wil opnemen als uitvoeringsvoorwaarden of als gunningscriteria, waarbij uitvoeringsvoorwaarden het voordeel hebben dat ze vaste vereisten vormen en gunningscriteria het voordeel hebben dat ze meer ruimte laten aan marktpartijen om zelf met ideeën te komen over hoe zij diversiteit en inclusiviteit kunnen bevorderen.

4.6 Conclusie

Binnen het aanbestedingsrecht bestaan er meerdere juridische mogelijkheden om diversiteit en inclusiviteit bij overheidsopdrachten te bevorderen. Gezien de grote financiële waarde van inkoop

¹³¹ HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Gebroeders Beentjes BV t. Staat der Nederlanden*). Zie ook F.J.L. Pennings & E.R. Manunza, *The Room for Social Policy Conditions in Public Procurement Law*. In T. van den Brink, M. Luchtman & M. Scholten (Eds.), *Sovereignty in the Shared Legal Order of the EU - Core Values of Regulation and Enforcement*, Antwerp: Intersentia (2015), p. 173-196.

en aanbestedingen door de publieke sector kan het gebruik van deze juridische mogelijkheden een grote impact hebben op de mate van inclusiviteit op de Amsterdamse arbeidsmarkt. Het grondig beantwoorden van de vraag op welke manieren keurmerken, gunningscriteria en bijzondere uitvoeringsvoorwaarden hiervoor kunnen worden ingezet vergt diepgaand onderzoek.

5. Effectief en efficiënt gebruikmaken van uitsluiting en selectie

5.1 Inleiding: uitsluiting en selectie in de praktijk	74
5.2 Marktverkenning en -consultatie: het belang van marktkennis	75
5.3 Voorbehouden opdracht: verzekerd zijn van sociaal toegevoegde waarde	76
5.4 Het kiezen en toetsen van uitsluitingsgronden	80
5.5 Geschiktheidseisen: kansen voor non-discriminatiebeleid	86
5.6 Conclusie	89

5.1 Inleiding: uitsluiting en selectie in de praktijk

Deze paragraaf vormt de eerste fase van het vervolgonderzoek na de oplevering van de eerste vier paragrafen van dit rapport als quickscan in oktober 2020. In deze paragraaf zal antwoord gegeven worden op de vraag in hoeverre de gemeente Amsterdam effectief en efficiënt gebruikmaakt van de mogelijkheden om opdrachten voor te behouden in de zin van 2.82 en 2.82a Aw en om uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen toe te passen in het kader van discriminatie op de arbeidsmarkt. Deze vraag wordt mede beantwoord aan de hand van vier casestudy's, zijnde deze openbare Europese aanbestedingen van de gemeente Amsterdam:

Naam aanbesteding	TED-kenmerk aankondiging	TenderNed-kenmerk	CPV-code(s)
Inzet van Uitzendkrachten	534991-2018	205608	Diensten voor de terbeschikkingstelling van personeel, met inbegrip van tijdelijk personeel (79620000-6)
Betalingsverkeer, Onderdeel Giraal	443486-2019	236766	Diensten van centrale banken (66111000-1)
Verkeersregelaars en coördinatoren	137167-2020	256061	Diensten voor openbaar bestuur, defensie en sociale verzekering (75000000-6) Diensten voor openbare orde (75241000-7)
Wegsleepdiensten — Inhuur kraanwagen en/of chauffeur	319274-2020	272174	Verhuur van vrachtwagens met chauffeur (60181000-0)

Deze paragraaf begint met een bespreking van de mogelijkheid om een marktverkenning en /of -consultatie te houden en het belang dat deze instrumenten hebben gehad of hadden kunnen hebben bij de bovengenoemde en andere aanbestedingen (paragraaf 5.2). Daarna zal in paragraaf 5.3 worden ingegaan op het maken van een voorbehoud in de zin van artikel 2.82 en 2.82a Aw. Paragraaf 5.4 behandelt het beleid om alle facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren en hoe deze uitsluitingsgronden dienen te worden getoetst. De paragraaf eindigt met een evaluatie van de mogelijkheid om geschiktheidseisen toe te passen en welke rol deze hadden kunnen spelen bij de bovenstaande aanbestedingen (paragraaf 5.5).

5.2 Marktverkenning en -consultatie: het belang van marktkennis

Voor een succesvolle aanbesteding is kennis van de markt waarop gezocht wordt naar een opdrachtnemer van cruciaal belang. Zo is het van belang na te gaan hoeveel potentiële inschrijvers er bestaan, wat onder andere afhangt van de complexiteit van de opdracht, de omvang van deze partijen ten opzichte van elkaar, of er sociale werkplaatsen actief zijn in de sector, et cetera. Een aanbestedende dienst kan een marktverkenning houden door bijvoorbeeld informatie te zoeken over de aard van de sector bij bronnen op het internet, bij brancheorganisaties, of bij congressen en beurzen.

De Aanbestedingswet schrijft hieromtrent voor dat aanbestedende diensten ook een marktconsultatie kunnen houden (artikel 2.25 Aw).¹³² Dit is een georganiseerde informatie-uitwisseling van de aanbestedende dienst met belanghebbenden, zoals potentiële opdrachtnemers, waarbij de aanbestedende dienst de inkoopstrategie kan toetsen en een beeld kan krijgen van de opbouw en samenstelling van de markt.¹³³ Overigens worden in de praktijk de termen ‘marktverkenning’ en ‘marktconsultatie’ dikwijls door elkaar gebruikt.

Het verkennen van de markt en specifiek het houden van een marktconsultatie kan de aanbestedende dienst helpen om te bepalen waartoe de markt in staat is op het gebied van sociaal en inclusief opdrachtgeverschap. Zo kan uit een marktverkenning en -consultatie blijken dat er veel sociale ondernemers actief zijn in de sector, wat onder andere relevant kan zijn bij de keuze om een opdracht wel of niet voor te behouden in de zin van artikel 2.82 of 2.82a van de Aanbestedingswet (zie paragraaf 5.3). Daarnaast kan bij de informatie-uitwisseling besproken worden welke sociale gunningscriteria, zoals (aanvullende) gunningscriteria omtrent social return, haalbaar zouden zijn voor de marktpartijen. Door deze onderwerpen vóór het begin van de aanbestedingsprocedure te bespreken met marktpartijen kan de aanbestedende dienst voorkomen dat er ofwel te hoge sociale eisen worden gesteld waar geen of te weinig partijen aan kunnen voldoen, ofwel dat te weinig wordt gevraagd van marktpartijen die in staat zouden zijn meer bij te dragen aan het creëren van sociale impact.

Het gebruik van een marktconsultatie wordt begrensd door de beginselen van gelijkheid en transparantie en mag niet tot gevolg hebben dat de mededinging wordt vervalst. Dit is vastgelegd in artikel 40 van Richtlijn 2014/24/EU. Dit is van belang omdat ondernemers door de uitwisseling van informatie een kennisvoorsprong kunnen krijgen, de gunningscriteria in hun voordeel kunnen beïnvloeden of zelfs de mededinging kunnen uitschakelen.¹³⁴ Op grond van artikel 41 van de Richtlijn zijn aanbestedende diensten daarom verplicht om passende maatregelen te nemen om te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst, zoals door een accurate verslaglegging van de inhoud en het proces van de marktconsultatie die vervolgens aan de aanbestedingsstukken wordt gevoegd (zie punt 2.5 van de Gids Proportionaliteit).

¹³² Artikel 2.25 Aw vormt een implementatie van artikel 40 van Richtlijn 2014/24/EU.

¹³³ Zie ook paragraaf 2.5 van de Gids Proportionaliteit.

¹³⁴ Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974 (Transvision), r.o. 6.9.2.

Bij drie van de vier vergeleken aanbestedingen heeft de gemeente Amsterdam gebruikgemaakt van een marktconsultatie (Inzet van Uitzendkrachten, Giraal Betalingsverkeer en Wegsleepdiensten). De aanbestedingsdocumenten van de drie aanbestedingen met marktconsultatie geven onder andere aan met hoeveel marktpartijen contact is geweest. Bij de aanbesteding voor uitzendkrachten is in een bijlage de vragenlijst opgenomen die is gebruikt bij de consultatie.¹³⁵ Deze vragenlijst bevatte enkele algemene vragen, maar geen vragen die specifiek zagen op social return, non-discriminatie, diversiteit of inclusie. Bij de aanbesteding voor giraal betalingsverkeer is voorzien in een bijlage met zowel de vragenlijst als een samenvatting van de reactie hierop.¹³⁶ Bij deze marktconsultatie is specifiek aandacht besteed aan de toegevoegde (sociale) waarde die gecreëerd kan worden met deze opdracht. Hieruit blijkt onder andere dat alle giraal betaalinstanties die meededen aan de marktconsultatie reeds beleid hadden ten aanzien van social return. De definitie van de doelgroep voor social return die door deze ondernemingen wordt gehanteerd is meestal breder dan de aanwezigheid van een ‘afstand tot de arbeidsmarkt’.¹³⁷ Bij de aanbesteding voor wegsleepdiensten is geen aparte bijlage opgenomen met het resultaat van de marktconsultatie, maar in de aanbestedingsleidraad zelf zijn wel enkele zaken omtrent de werkwijze van deze ondernemingen opgenomen.¹³⁸ Uit deze paragraaf blijkt niet dat sociaal beleid is besproken bij deze marktconsultatie.

Bij deze drie aanbestedingen met marktconsultatie kan geconcludeerd worden dat bij de aanbesteding voor giraal betalingsverkeer de meest volledige verslaglegging heeft plaatsgevonden, omdat zowel de vragen als de samengevatte antwoorden zijn opgenomen. Daarnaast is bij de vraagstelling bij deze marktconsultatie ook gericht aandacht geweest voor de sociale en inclusieve aspecten van de aanbesteding.

5.3 Voorbehouden opdracht: verzekerd zijn van sociaal toegevoegde waarde

Er bestaan twee wettelijke mogelijkheden voor aanbestedende diensten om overheidsopdrachten voor te behouden aan organisaties met een bijzonder sociaal karakter. Op deze manier is de aanbestedende dienst van de sociaal toegevoegde waarde bij de opdracht verzekerd, maar hiervoor gelden wel specifieke wettelijke voorwaarden. Daarnaast is het afhankelijk van de markt of het maken van een voorbehoud praktisch mogelijk is, omdat er geen of te weinig marktpartijen kunnen zijn in een specifieke sector die aan de wettelijke voorwaarden voldoen.

Sociale werkplaatsen, de integratie van gehandicapten of kansarmen, en beschermde arbeid

De meest bekende vorm van het voorbehouden van een overheidsopdracht is neergelegd in artikel 20 van Richtlijn 2014/24/EU en is geïmplementeerd in artikel 2.82 Aw. Deze mogelijkheid houdt in dat aanbestedende diensten opdrachten kunnen voorbehouden aan sociale werkplaatsen, aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen

¹³⁵ Zie §1.5 en bijlage 9 van de Aanbestedingsleidraad voor Uitzendkrachten (TenderNed-kenmerk: 205608).

¹³⁶ Zie §2.6 en bijlage 8 van de Aanbestedingsleidraad voor Giraal betalingsverkeer (TenderNed-kenmerk: 236766).

¹³⁷ Bijlage 8 van de Aanbestedingsleidraad voor Giraal betalingsverkeer, p. 10.

¹³⁸ Zie §1.5 van de Aanbestedingsleidraad voor Wegsleepdiensten (TenderNed-kenmerk: 272174).

tot hoofddoel hebben, of aan programma's voor beschermde arbeid. Hierbij geldt wel als voorwaarde dat ten minste 30 procent van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn. Terwijl dergelijke werkplaatsen, ondernemingen of programma's op de reguliere markt moeilijk kunnen concurreren met andere marktpartijen, maken zij dankzij het gebruik van dit voorbehoud een betere kans op het verwerven van overheidsopdrachten.

Artikel 20 van de Richtlijn 2014/24/EU verschilt sterk van het eerdere artikel 19 uit Richtlijn 2004/18/EG, omdat in de eerdere versie een minimum van 50 procent werd vereist en dit met de meest recente Richtlijn is verlaagd naar 30 procent. Verder is naast de categorie 'gehandicapten' nu ook de categorie 'kansarmen' opgenomen in het artikel, wat in Nederland veelal als 'personen met een afstand tot de arbeidsmarkt' wordt omschreven. Daarnaast is artikel 2.82 Aw uitgebreid door niet alleen sociale werkplaatsen te noemen, maar ook programma's voor beschermde arbeid en ondernemingen met als hoofddoel de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen.¹³⁹

Het verrichten van een marktverkenning en -consultatie (zie paragraaf 5.2) kan van groot belang zijn bij het beoordelen van de mogelijkheid tot het voorbehouden van een overheidsopdracht. Dit kan het namelijk eenvoudiger maken voor een aanbestedende dienst om goed in te schatten of, en zo ja hoeveel, organisaties in de specifieke sector voldoen aan de gestelde voorwaarden. Daarnaast dient nagegaan te worden of deze organisaties de capaciteit zouden hebben om de opdracht daadwerkelijk uit te voeren.

Indien er wel zulke organisaties zijn op de markt, maar deze niet in staat zijn om aan de opdracht te kunnen voldoen, kan de aanbestedende dienst ook overwegen om de opdracht op te delen in percelen. De uitvoering van specifieke percelen van een grotere overheidsopdracht kan dan weer voorbehouden worden aan de organisaties uit artikel 2.82 Aw. De Aanbestedingswet biedt namelijk de mogelijkheid om een of meer percelen 'buiten de aanbesteding' te houden als de gehele opdracht boven de Europese drempelbedragen uitkomt (2.18 lid 3 en 2.19 lid 3 Aw). Voorwaarde hiervoor is wel dat elk afzonderlijk perceel dan niet meer bedraagt dan 1 miljoen euro voor werken en 80.000 euro voor diensten en leveringen. Daarnaast mag de gezamenlijke waarde van die percelen niet meer dan 20 procent procent van de totale waarde van de opdracht bedragen.

Om in de praktijk te bewijzen dat aan de voorwaarde van artikel 2.82 Aw is voldaan, die stelt dat minimaal 30 procent van de werknemers gehandicapten of kansarmen dienen te zijn, kunnen bedrijven bijvoorbeeld een toegewezen certificaat *PSO-30+* van de Prestatieladder Sociaal Ondernemen tonen.¹⁴⁰

In de vier vergeleken aanbestedingen heeft de gemeente Amsterdam geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die geboden wordt in artikel 2.82 Aw. Dit is deels te verklaren door de aard van

¹³⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 64.

¹⁴⁰ Zie deze website over de PSO van TNO: pso-nederland.nl/over-de-pso/pso-30-abw-certificaat. Zoals aangegeven in paragraaf 4.3 van dit rapport zal de wijze waarop de Prestatieladder Sociaal ondernemen tot stand is gekomen, in de praktijk werkt en de vraag of de ladder voldoet aan de voorwaarden van artikel 2.78a Aw in vervolgonderzoek aan bod komen.

de sector waarbinnen de aanbesteding plaatsvond. Een vergelijking van de aanbesteding voor giraal betalingsverkeer en de aanbesteding voor verkeersregelaars maakt dit verschil duidelijk.

De aanbesteding voor giraal betalingsverkeer bood geen mogelijkheid om een voorbehoud in de zin van art. 2.82 Aw te maken, omdat er slechts een beperkt aantal marktpartijen actief zijn op deze markt, waarvan uiteindelijk slechts drie marktpartijen hebben meegedaan aan de aanbestedingsprocedure. Uit een gesprek met iemand die direct betrokken was bij deze aanbesteding bleek ook dat de uiteindelijke gunning plaatsvond op basis van de prijs, aangezien op de andere gunningscriteria, waaronder social return en integriteit, zeer vergelijkbaar werd gescoord door de partijen. In een sterk gereguleerde markt voor dienstverlening zoals giraal betalingsverkeer, met een beperkt aantal potentiële ondernemers, ligt het meer voor de hand om haalbare uitvoeringsvoorwaarden te stellen dan om door middel van een voorbehoud in de zin van art. 2.82 Aw of door gunningscriteria sociaal toegevoegde waarde proberen te creëren.

Bij de aanbesteding voor verkeersregelaars daarentegen was een dergelijk voorbehoud wel logisch geweest, omdat de basisopleiding voor een verkeersregelaar slechts drie dagen duurt en de sector daarmee goed toegankelijk is voor personen uit de doelgroep voor social return. Uit een gesprek met iemand die direct betrokken was bij deze aanbesteding bleek dat vanwege capaciteit samenwerking met de voor de hand liggende partij, Pantar, in deze aanbesteding niet mogelijk was. Pantar is het sociale leer- en werkbedrijf in de regio Amsterdam en Diemen en zou een goede optie zijn geweest voor deze opdracht, aangezien de medewerkers bij Pantar een afstand tot de arbeidsmarkt hebben door een lichamelijke, verstandelijke of psychische beperking en Pantar ervaring heeft met het uitvoeren van diensten voor verkeersregelaars.¹⁴¹ Er had echter verder gekeken kunnen worden naar andere partijen die de opdracht hadden kunnen uitvoeren en die voldoen aan de eisen van artikel 2.82 Aw, of een hoger percentage dan 5 procent bij de uitvoeringsvoorwaarde voor social return hadden kunnen bieden, wat een grotere sociale toegevoegde waarde zou hebben kunnen scheppen. Het houden van een marktconsultatie, wat bij deze aanbesteding in tegenstelling tot de andere drie casestudy's niet heeft plaatsgevonden, had in dit kader nuttig kunnen zijn.

Participatieorganisaties

De tweede wettelijke mogelijkheid om een overheidsopdracht voor te behouden is opgenomen in artikel 77 van Richtlijn 2014/24/EU, zoals geïmplementeerd in artikel 2.82a Aw, en betreft de participatieorganisatie. Een dergelijk voorbehoud kan gemaakt worden ten aanzien van bepaalde expliciet in artikel 77 van de Richtlijn genoemde diensten op het gebied van gezondheid, sociale en culturele diensten. Een organisatie moet aan vier voorwaarden voldoen om als 'participatieorganisatie' te gelden en daarmee in aanmerking te komen voor het voorbehoud in artikel 77:

- Allereerst moet het doel van de organisatie een taak van algemeen belang inhouden die verband houdt met een van de in artikel 77 van de Richtlijn genoemde diensten. De

¹⁴¹ Zie de website van Pantar: pantar.nl.

doelstelling kan blijken uit onder andere de statuten, reglementen of samenwerkingsovereenkomsten.¹⁴²

- Daarnaast is het noodzakelijk dat de winsten terugvloeien in de organisatie om het doel verder te behartigen óf dat de winsten bij herverdeling en uitkering op grond van participatieve overwegingen worden herverdeeld en uitgekeerd. De uitkering of verdeling van winst kan dus niet plaatsvinden op basis van de waarde van aandelen.
- Verder dienen de beheers- of eigendomsstructuren te zijn gebaseerd op werknemersaandeelhouderschap, beginselen van participatie of de actieve participatie van werknemers, gebruikers of belanghebbenden.
- Als laatste vereiste geldt dat een organisatie niet in aanmerking komt voor de voorbehouden opdracht als in de laatste drie jaar door de aanbestedende dienst reeds uit hoofde van dit artikel een opdracht voor dezelfde dienst is gegund.

Voorbeelden van zulke participatieorganisaties zijn: ‘buurtplatforms, samenwerkingen van mantelzorgers of zorgcoöperaties’¹⁴³, en ‘sociale ondernemingen, door werknemers geleide onderlinge maatschappijen en liefdadigheidsinstellingen’¹⁴⁴. Verder geldt dat de looptijd van een overeenkomst met een participatieorganisatie maximaal drie jaar is.

Bij de vier vergeleken aanbestedingen heeft de gemeente Amsterdam geen voorbehoud gemaakt in de zin van 2.82a Aw. Of dit mogelijk zou zijn geweest hangt, zoals hierboven is beschreven, af van de aard van de overheidsopdrachten. Van de vier vergeleken aanbestedingen valt alleen bij de aanbesteding voor verkeersregelaars en coördinatoren een CPV-code onder de lijst in bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU van sociale en andere specifieke diensten (CPV: Diensten voor openbaar bestuur, defensie en sociale verzekering — 75000000-6). Hoewel dit het mogelijk maakte om voor deze aanbesteding de procedure voor sociale en andere specifieke diensten toe te passen (de ‘lichte regeling’)¹⁴⁵, betekent dit niet dat ook een voorbehoud kon worden gemaakt in de zin van artikel 2.82a Aw. Artikel 77 lid 1 van de Richtlijn maakt namelijk een limitatieve selectie van de diensten op de lijst in bijlage XIV waarvoor het mogelijk is om een dergelijk voorbehoud te maken. Deze selectie betreft bepaalde diensten op het gebied van gezondheid, sociale en culturele diensten en de CPV-code ‘Diensten voor openbaar bestuur, defensie en sociale verzekering’ (75000000-6) valt hier niet onder. Hoewel het voorbehouden van opdrachten aan ‘participatieorganisaties’ significant kan bijdragen aan het creëren van toegevoegde sociale waarde was daar bij deze casestudy’s dus geen mogelijkheid toe.

¹⁴² *Kamerstukken II 2015/16*, 34329, nr. 3, p. 66.

¹⁴³ *Kamerstukken II 2015/16*, 34329, nr. 3, p. 65.

¹⁴⁴ Europese Commissie, *Mededeling van de Commissie “Sociaal kopen — Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen (tweede editie)”* (C(2021) 3573 final), p. 73.

¹⁴⁵ Zie artikelen 74-76 van Richtlijn 2014/24/EU zoals geïmplementeerd in 2.38 en 2.39 Aw. Voor deze diensten geldt onder andere een hogere drempelwaarde van 750.000 euro.

5.4 Het kiezen en toetsen van uitsluitingsgronden

Het van toepassing verklaren van alle facultatieve uitsluitingsgronden

In de vier vergeleken aanbestedingen heeft de gemeente Amsterdam alle facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing verklaard. Uit het format dat de gemeente Amsterdam gebruikt voor de bestekteksten bij openbaar Europees aanbesteden blijkt dat dit standaardbeleid is, wat in tegenstelling tot andere delen van het format niet omschreven is als een optioneel deel van het format.¹⁴⁶

Uit de Gids Proportionaliteit, een te volgen richtsnoer ingesteld als algemene maatregel van bestuur (AMvB), blijkt echter dat het niet nodig is om bij alle opdrachten elke uitsluitingsgrond te stellen.¹⁴⁷ De Gids stelt namelijk dat bij elke opdracht vooraf dient te worden bekeken welke (facultatieve) uitsluitingsgronden relevant zijn vanuit het oogpunt van proportionaliteit. Het standaardbeleid om alle facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren is dus in beginsel niet in lijn met deze verplichting tot het maken van een beslissing per individuele aanbesteding.

Het is echter wel mogelijk om af te wijken van de voorschriften in de Gids Proportionaliteit door bijvoorbeeld zwaardere eisen te kiezen, mits dit gemotiveerd gebeurt: het zogeheten ‘pas toe of leg uit’-principe (art. 1.10 lid 3-4, 1.13 lid 3-4 en 1.16 lid 3-4 Aw).¹⁴⁸ In de inleiding van de Gids Proportionaliteit wordt ingegaan op wat een dergelijke motivering inhoudt.¹⁴⁹ De Gids bepaalt allereerst dat er niet algeheel kan worden afgezien van toepassing van de voorschriften in de Gids Proportionaliteit of gekozen kan worden voor ‘een algemene afwijkingsgrond’. Verder bepaalt de Gids dat de aanbestedende dienst moet kunnen motiveren waarom en in hoeverre in een specifieke situatie een afwijkend standpunt gerechtvaardigd is. Het standaard toepasselijk verklaren van alle facultatieve uitsluitingsgronden zou gezien kunnen worden als ‘een algemene afwijkingsgrond’, wat zou betekenen dat dit standaardbeleid ongeacht de opgenomen motivering in strijd is met de Gids Proportionaliteit.

De door de gemeente opgenomen motivering verwijst voor het van toepassing verklaren van alle facultatieve uitsluitingsgronden in het format voor openbare Europese procedures (en in de vier onderzochte aanbestedingen) naar de mede daarin opgenomen paragraaf over het integriteitsbeleid van de gemeente. In deze paragraaf wordt vervolgens doorverwezen naar de ‘Beleidsregel Integriteit en Overeenkomsten’ (BIO), die van toepassing is op alle privaatrechtelijke handelingen van de gemeente.¹⁵⁰ Artikel 5 van de BIO beslaat de facultatieve uitsluitingsgronden bij aanbestedingen en gaat in op de reikwijdte van ‘delicten in strijd met de beroepsgedragsregels’ en ‘ernstige fouten in de uitoefening van het beroep’, waarvan slechts de laatste nog in de huidige

¹⁴⁶ Format aanbestedingsleidraad openbaar Europees (januari 2021), §4.1.

¹⁴⁷ Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.5A.

¹⁴⁸ Zie ook het Aanbestedingsbesluit, artikel 10 (Stb. 2018, 321).

¹⁴⁹ Gids Proportionaliteit, §1.1 ‘Toelichting proportionaliteitsbeginsel’.

¹⁵⁰ Gemeente Amsterdam, ‘Beleidsregel Integriteit en Overeenkomsten’ (28 maart 2017).

versie van artikel 2.87 van de Aanbestedingswet is opgenomen. De Toelichting bij de BIO geeft aan dat de gemeente dezelfde uitsluitingsgronden toepast bij zowel opdrachten die verplicht worden aanbesteed als bij vrijwillig aanbestede opdrachten, omwille van de voorzienbaarheid en uniformiteit.¹⁵¹ De Toelichting stelt verder dat het redelijk en noodzakelijk wordt geacht om de twee genoemde uitsluitingsgronden altijd van toepassing te verklaren, omdat ‘het integriteitskader’ relevant is bij elke overheidsopdracht.¹⁵² Daarnaast stelt de Toelichting dat de gemeente, gezien de invulling van de open normen in de BIO om geschillen over interpretatie te voorkomen, het redelijk en proportioneel acht om de twee facultatieve uitsluitingsgronden altijd van toepassing te verklaren, ‘zonder de keuze hiervoor telkens afzonderlijk vooraf te hoeven motiveren’.¹⁵³ De motivering van de gemeente omtrent het standaardgebruik van alle facultatieve uitsluitingsgronden heeft dus slechts betrekking op twee uitsluitingsgronden, waarvan er één niet langer in artikel 2.87 van de Aanbestedingswet is opgenomen.

Op basis van het bovenstaande zijn de volgende aanbevelingen te maken aan de gemeente Amsterdam:

- Enerzijds kan de gemeente ervoor kiezen om in lijn met de Gids Proportionaliteit per opdracht een keuze te maken voor het wel of niet van toepassing verklaren van de verschillende facultatieve uitsluitingsgronden.
- Anderzijds zou de gemeente de motivering voor de afwijking van het voorschrift 3.5A van de Gids kunnen versterken door aan te geven waarom er volgens de gemeente geen sprake is van ‘een algemene afwijkingsgrond’ bij het standaard van toepassing verklaren van alle uitsluitingsgronden bij alle aanbestedingen, en door de ‘Beleidsregel Integriteit en Overeenkomsten’ en de bijbehorende Toelichting te herzien. Deze herziening dient te bestaan uit het actualiseren van de in de BIO behandelde uitsluitingsgronden en het specificeren van de motivering voor het afwijken van voorschrift 3.5A van de Gids Proportionaliteit.

Daartegenover bestaan er mogelijkheden voor wijziging van de nationale wet- en regelgeving die de bovenstaande aanbevelingen onnodig zouden maken:

- De Nederlandse wetgever kan gebruikmaken van de ruimte die artikel 57 lid 4 van Richtlijn 2014/24/EU expliciet biedt om aanbestedende diensten te verplichten om (bepaalde) facultatieve uitsluitingsgronden, zoals de grond betreffende verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht, toe te passen. Zeker in het kader van het bestrijden van discriminatie op de arbeidsmarkt door middel van artikel 2.87 lid 1 sub a zou dit passend

¹⁵¹ Gemeente Amsterdam, ‘Toelichting Beleidsregel Integriteit en Overeenkomsten’ (28-03-2017), p. 11.

¹⁵² Gemeente Amsterdam, ‘Toelichting Beleidsregel Integriteit en Overeenkomsten’ (28-03-2017), p. 16.

¹⁵³ Gemeente Amsterdam, ‘Toelichting Beleidsregel Integriteit en Overeenkomsten’ (28-03-2017), p. 17.

kunnen zijn, omdat non-discriminatie een mensenrecht is en zowel de Nederlandse overheid als elke gegadigde en inschrijver verplicht is dit recht te respecteren.

- Daarnaast kan een herziening van de Gids Proportionaliteit het mogelijk maken voor aanbestedende diensten om (zonder verplichte motivering) bepaalde of alle facultatieve uitsluitingsgronden standaard van toepassing te verklaren. Deze herziening zou inhouden dat de eerste drie zinnen van voorschrift 3.5A van de Gids Proportionaliteit worden ingetrokken.

Efficiënte toetsing van uitsluitingsgronden

Ongeacht of het van toepassing verklaren van (alle) facultatieve uitsluitingsgronden standaardbeleid is of een keuze per specifieke aanbesteding, dient de aanbestedende dienst alle van toepassing verklaarde gronden ook werkelijk toe te passen om niet in strijd te zijn met de gelijkheids- en transparantiebeginselen van het aanbestedingsrecht, zoals blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU.¹⁵⁴ Dit houdt in dat de gemeente Amsterdam door het van toepassing verklaren van artikel 2.87 lid 1 sub a zichzelf verplicht om de uitsluitingsgrond betreffende schendingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht ook werkelijk toe te passen ten aanzien van gegadigden en inschrijvers, bijvoorbeeld wanneer die zich schuldig hebben gemaakt aan discriminatie op de arbeidsmarkt.

Voor een effectieve controle van de toepasselijkheid van artikel 2.87 lid 1 sub a Aw op een inschrijver of gegadigde kan het bevorderlijk zijn om reeds in de aanbestedingsdocumenten op te nemen welke specifieke normen gecontroleerd gaan worden. Terwijl bijlage X van Richtlijn 2014/24/EU een specifieke lijst van rechtsbronnen noemt van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht, is het bij het recht van de EU, het nationale recht en collectieve arbeidsovereenkomsten minder helder aan welke bronnen gerefereerd wordt. Door hier vanaf het begin van de aanbestedingsprocedure duidelijkheid over te verschaffen kunnen inschrijvers en gegadigden hun Uniform Europees Aanbestedingsdocument beter invullen en hebben de ambtenaren van de aanbestedende dienst specifieke handvatten om deze verklaring te controleren.

In de quickscan is reeds ingegaan op de bewijsstukken die een passend middel zijn om de toepasselijkheid van artikel 2.87 lid 1 sub a Aw aan te tonen (paragraaf 3.5). Hiervan is in elk geval sprake bij een rapport van de Inspectie SZW en een onherroepelijke rechterlijke of administratieve beslissing die betrekking heeft op het niet naleven van een van de genoemde rechtsgebieden. Hoewel het niet expliciet is genoemd in de wetsgeschiedenis, beargumenteert paragraaf 3.5 van de quickscan ook dat uitspraken van het College voor de Rechten van de Mens en rapporten van niet-gouvernementele organisaties, behoudens de aanbestedingsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur, gebruikt zouden kunnen worden als passend middel.

Zonder feitelijke controle van deze bewijsstukken blijft de uitsluitingsgrond een ‘papieren tijger’ en daarom is het van groot belang dat de aanbestedende dienst actief zoekt naar dergelijke bewijsstukken. De inhoudelijke controle van artikel 2.87 lid 1 sub a Aw kan worden gezien als een (significante) administratieve last voor de aanbestedende dienst. De Aanbestedingswet heeft echter

¹⁵⁴ HvJ EU 6 november 2014, C-42/13, ECLI:EU:C:2014:2345 (*Cartiere dell’Adda*), §42, 44 en 48).

reeds voorzien in een efficiënte controle van de uitsluitingsgronden in artikel 2.101 lid 3 Aw. Dit lid bepaalt namelijk dat bij de toepassing van de openbare procedure de aanbestedende dienst slechts hoeft na te gaan of de inschrijver aan wie hij voornemens is te gunnen uitgesloten dient te worden. Aangezien slechts controle plaatsvindt van de winnaar(s), bespaart dit de aanbestedende dienst tijd en moeite.¹⁵⁵ De Gids Proportionaliteit bepaalt op dit punt ook dat de daadwerkelijke toetsing van de bewijsmiddelen achteraf plaats dient te vinden ten aanzien van diegene die voor de opdracht in aanmerking komt (§3.5.1.3).

Efficiënte toetsing door middel van de Gedragsverklaring Aanbesteden

De in artikel 2.89 Aw genoemde standaardbewijsstukken die een aanbestedende dienst kan vereisen van een ondernemer in verband met het van toepassing zijn van de uitsluitingsgronden zijn een uittreksel van het handelsregister (lid 1), de Gedragsverklaring Aanbesteden (lid 2) en een verklaring van de Belastingdienst (lid 3). Artikel 2.89 Aw is gebaseerd op artikel 60 van Richtlijn 2014/24/EU dat bepaalt dat voor bepaalde uitsluitingsgronden specifieke bewijsstukken als voldoende moeten worden aanvaard door aanbestedende diensten (zie onderstaande tabel).

	Gedragsverklaring Aanbesteden	Uittreksel van het Handelsregister	Verklaring Belastingdienst
Richtlijn 2014/24/EU	Art. 60 lid 2 sub a - Verwijzing naar art. 57 lid 1 (dwingende gronden)	Art. 60 lid 2 sub b - Verwijzing naar art. 57 lid 4 sub b (faillissement)	Art. 60 lid 2 sub b - Verwijzing naar artikel 57 lid 2 (belastingen en sociale zekerheidspremies)
Aanbestedingswet (huidige versie)	Art. 2.89 lid 2 - Verwijzing naar art. 2.86 (dwingende gronden) - Verwijzing naar art. 2.87 lid 1 sub c en d (ernstige beroepsfout en mededingingsvervalsing) t.a.v. onherroepelijke veroordeling/beschikking mededingingsregels	Art. 2.89 lid 1 - Verwijzing naar art. 2.87 lid 1 sub b (faillissement)	Art. 2.89 lid 3 - Verwijzing naar art. 2.86 lid 4 én art. 2.87 lid 1 sub j (belastingen en sociale zekerheidspremies)

Zoals blijkt uit de bovenstaande tabel dient geen van deze drie standaardbewijsstukken ertoe om de schendingen van milieu-, sociaal en arbeidsrechtelijke verplichtingen aan te tonen. Aangezien deze bewijsstukken er niet toe dienen om de (niet-)toepasselijkheid van artikel 2.87 lid 1 sub a Aw aan te tonen, moeten aanbestedende diensten actief het bestaan van ‘passende middelen’ controleren in openbare en gesloten bronnen om partijen uit te sluiten die discrimineren op de arbeidsmarkt. Dit roept de vraag op of een van de bovenstaande standaardbewijsstukken in de toekomst ook ingezet zou kunnen worden bij het toetsen van artikel 2.87 lid 1 sub a Aw om zo de toetsing efficiënter te maken.

¹⁵⁵ Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3, p. 76.

De Gedragsverklaring Aanbesteden (artikel 4.1 Aw) lijkt hier het aangewezen bewijsstuk voor. Deze verklaring van de Minister van Justitie en Veiligheid (Dienst Justis) wordt aangevraagd door de inschrijver of gegadigde wanneer de aanbestedende dienst dit vereist. De Dienst Justis, de screeningsautoriteit van het ministerie van Justitie en Veiligheid, onderzoekt zowel de onderneming als de werknemers met sleutelposities binnen het bedrijf. Hierbij wordt het Justitieel Documentatie Systeem geraadpleegd ten aanzien misdrijven in de zin van de dwingende uitsluitingsgronden uit artikel 2.86 Aw en wordt er na gegaan of er onherroepelijke beschikkingen van de Autoriteit Consument en Markt of de Europese Commissie zijn wegens mededingingsovertredingen (art. 4.7 lid 1 Aw). De Gedragsverklaring Aanbesteden mag op het tijdstip van de inschrijving of het indienen van het verzoek tot deelneming aan de procedure niet ouder zijn dan twee jaar (artikel 2.89 lid 2 Aw). Als de Gedragsverklaring Aanbesteden niet wordt verstrekt, maar de informatie op basis waarvan dit niet gebeurd niet relevant is binnen de aanbestedingsprocedure dan kan de aanbestedende dienst alsnog beslissen niet over te gaan tot uitsluiting.¹⁵⁶

Door middel van een wijziging van de Aanbestedingswet, specifiek artikelen 2.89 en 4.7 Aw, kunnen overtredingen van het non-discriminatiebeginsel worden toegevoegd aan de Gedragsverklaring Aanbesteden. In de eerste plaats kan de Gedragsverklaring dan rekening houden met strafrechtelijke veroordelingen, zoals artikel 429quater van het wetboek van strafrecht omtrent beroepsmatige discriminatie. Een gewijzigd artikel 2.89 lid 2 Aw kan er dan zo uitzien:

Lid 2

Een gegadigde of inschrijver kan door middel van een gedragsverklaring aanbesteden, die op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving niet ouder is dan twee jaar, aantonen dat de uitsluitingsgronden, bedoeld in de artikelen 2.86

- en 2.87, onderdeel a, voor zover het een onherroepelijke veroordeling wegens schending van de verplichtingen genoemd in artikel 2.81, tweede lid, betreft -

en 2.87, onderdelen b en c, voor zover het een onherroepelijke veroordeling of een onherroepelijke beschikking wegens overtreding van mededingingsregels betreft, op hem niet van toepassing zijn.

Naast de informatie die beschikbaar is in het het Justitieel Documentatie Systeem zou ook overwogen kunnen worden of het praktisch is om andere informatie omtrent discriminatie op de arbeidsmarkt op te nemen in toekomstige Gedragsverklaringen, zoals rapporten van de Inspectie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en uitspraken van het College voor de Rechten van de Mens. Een aanpassing van de nationale wetgeving om de GVA uit te breiden naar de overtredingen van verplichtingen in art. 2.87 lid 1 sub a Aw zou de toetsing van deze uitsluitingsgrond in elk geval wel efficiënter maken.

Verzoek in verband met verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht

Het artikel waarnaar de uitsluitingsgrond in artikel 2.87 lid 1 sub a Aw verwijst bevat naast de opsomming van rechtsbronnen van ‘verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en

¹⁵⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 111.

arbeidsrecht' een wettelijk vereiste voor aanbestedende diensten om inschrijvers en gegadigden te verzoeken om aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met deze verplichtingen (art. 2.81 lid 2 Aw). Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) bevat geen dergelijke verklaring en daarom dienen aanbestedende diensten een apart verzoek te doen aan de inschrijvers of gegadigden. Op grond van artikel 1.21a Aw geldt dit wettelijk vereiste zowel voor opdrachten boven als onder de aanbestedingsdrempels.¹⁵⁷

In het format dat de gemeente Amsterdam gebruikt voor de bestekteksten voor openbaar Europees aanbesteden en in de aanbestedingsstukken van de vier met elkaar vergeleken aanbestedingen is een dergelijk verzoek echter niet opgenomen.¹⁵⁸ Bij verschillende eerdere aanbestedingsleidraden van de gemeente Amsterdam was een dergelijke verklaring wel opgenomen.¹⁵⁹ PIANOo, het Expertisecentrum Aanbesteden, adviseert om een standaardtekst op te nemen in de aanbestedingsdocumenten.¹⁶⁰ De gemeente kan overwegen om deze standaardtekst verder uit te breiden door enkele specifieke normen van milieu-, sociaal en arbeidsrecht als voorbeelden te noemen. Afhankelijk van de aard van de aanbesteding kan het passend zijn om bepaalde voorbeelden expliciet aandacht te geven. Zo zal het soms gepast zijn om specifieke verplichtingen op het gebied van milieurecht te noemen, terwijl het bij een aanbesteding voor uitzendkrachten logisch is om rechtsbronnen betreffende non-discriminatie, welke zijn behandeld in paragraaf 2 van dit rapport, expliciet te noemen. Met een dergelijke uitbreiding ten aanzien van non-discriminatie zou de verklaring er zo uit kunnen zien:

<naam inschrijver> verklaart door ondertekening van zijn inschrijving dat hij bij het opstellen van deze inschrijving rekening heeft gehouden met de verplichtingen die gelden op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, uit hoofde van:

- a. de in bijlage X van richtlijn 2014/24/EU vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht
- b. het recht van de Europese Unie
- c. het nationale recht, waaronder:
 - i. Algemene wet gelijke behandeling;
 - ii. Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte;
 - iii. Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd;
 - iv. Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen;
 - v. Wet onderscheid arbeidsduur;
 - vi. Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd;
 - vii. Burgerlijk Wetboek, artikelen 7:646-649; en

¹⁵⁷ *Kamerstukken I* 2012/13, 32440, nr. M.

¹⁵⁸ Format aanbestedingsleidraad openbaar Europees (januari 2021).

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld de Aanbestedingsleidraad voor Reclame in het Metronet Amsterdam, bijlage 6 (TenderNed-kenmerk: 126742) en de Aanbestedingsleidraad voor Verlichting Piet Heingearage, bijlage 6 (TenderNed-kenmerk: 164546).

¹⁶⁰ Zie de website van PIANOo: pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/specificeren/verplichtingen-op-het-gebied-van-het-milieu-sociaal.

viii. Wetboek van Strafrecht, artikelen 90quater, 429quater, en 137c-g.¹⁶¹

d. de geldende collectieve arbeidsovereenkomst:

i. Cao voor Uitzendkrachten 2021.¹⁶²

Indien het wetsvoorstel daartoe wordt aangenomen, kan ook de Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie in de bovenstaande voorbeeldverklaring worden opgenomen.¹⁶³

Hoewel artikel 2.81 lid 2 Aw zelf geen duidelijk rechtsgevolg verbindt aan het niet doen van het verzoek, blijft het verzoek wel een wettelijke plicht voor de aanbestedende dienst. Hetzelfde geldt voor artikel 2.81a Aw dat een meldingsplicht bevat voor aanbestedende diensten om de niet-naleving van de toepasselijke verplichtingen op het gebied van arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden bij de uitvoering van de overheidsopdracht te melden bij de Inspectie SZW.¹⁶⁴

5.5 Geschiktheidseisen: kansen voor non-discriminatiebeleid

Geschiktheidseisen in het licht van de aanbestedingsbeginselen

Geschiktheidseisen zijn minimumeisen die betrekking hebben op de potentiële opdrachtnemer en waaraan voldaan moet worden voor verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure. De geschiktheidseisen zijn gereguleerd in artikel 58 van Richtlijn 2014/24/EU, zoals geïmplementeerd in artikelen 2.90 tot en met 2.97 Aw. Er bestaan drie soorten geschiktheidseisen, zijnde:

- de financiële en economisch draagkracht;
- de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid; en
- de beroepsbevoegdheid.¹⁶⁵

Het gebruik van een of meerdere geschiktheidseisen bij een aanbesteding is facultatief. Bij het stellen en toepassen van geschiktheidseisen dienen aanbestedende diensten zich te houden aan de aanbestedingsbeginselen. Geschiktheidseisen dienen daarom objectief en eenduidig te zijn en bekendgemaakt te zijn in de aanbestedingsstukken. Lid 8 van artikel 2.90 Aw bevat een concrete invulling van het algemene proportionaliteitsbeginsel en stelt dat geschiktheidseisen verband

¹⁶¹ De onder c) genoemde nationale wetgeving vormt de implementatie van zowel IAO-Verdrag 100 betreffende gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde van 1951 en IAO-Verdrag 111 betreffende discriminatie in arbeid en beroep van 1958, als van de volgende richtlijnen van de EU: Richtlijn 2000/43/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PbEU, L 180); Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PbEU, L 303); en Richtlijn 2006/54/EG betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking)(PbEU, 204).

¹⁶² Voor zover deze collectieve arbeidsovereenkomst toepasselijk is met het oog op de detacheringsrichtlijn. Zie de geconsolideerde versie van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PbEU 2018, L 173).

¹⁶³ *Kamerstukken II 2020/21*, nr. 35673, nr. 2.

¹⁶⁴ Op grond van art. 1.21a Aw geldt ook deze plicht zowel voor opdrachten boven als onder de aanbestedingsdrempels.

¹⁶⁵ Aanbestedingswet 2012, artikel 2.90 lid 2 en 4.

moeten houden met het voorwerp van de opdracht en in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht. In de Gids Proportionaliteit is dit verder uitgewerkt en daarin is onder andere bepaald dat aanbestedende diensten alleen geschiktheidseisen mogen stellen die verband houden met daadwerkelijke risico's die de opdracht meebrengt of terug te voeren zijn op de gewenste competenties.¹⁶⁶ Door de invulling van het proportionaliteitsbeginsel in artikel 2.90 Aw en de Gids Proportionaliteit is het potentiële gebruik van geschiktheidseisen significant ingeperkt. Zo hoeft de ervaring die vereist wordt met een geschiktheidseis omtrent de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid niet per se te zijn opgedaan bij een zeer vergelijkbare eerdere opdracht, omdat de relevante ervaring ook elders kan zijn opgedaan (art. 2.93 lid 3 Aw).

Het toetsen van geschiktheidseisen

Om de uniformiteit van bewijsstukken te bevorderen dient zo veel mogelijk gebruik te worden gemaakt van de online databank van certificaten *e-Certis*.¹⁶⁷ Daarnaast dienen inschrijvers en gegadigden gebruik te maken van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), waarin zij aangeven of zij voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen. Desgevraagd dienen inschrijvers en gegadigden bewijsstukken aan te leveren naast het UEA die bijvoorbeeld betrekking hebben op referentieopdrachten. Het verschilt per soort geschiktheidseis welke bewijsstukken relevant kunnen zijn. Bij de financiële en economische draagkracht wordt bijvoorbeeld gekeken naar bankverklaringen, verzekeringen tegen beroepsrisico's of jaarrekeningen, terwijl bij de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid veelal gevraagd wordt naar geschikte referenties van eerder uitgevoerde opdrachten die aantonen dat de inschrijver of gegadigde over voldoende ervaring beschikt.

Voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid dient de aanbestedende dienst kerncompetenties vast te stellen die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht (Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.5F). Het voldoen aan de kerncompetenties kan meetbaar worden gemaakt door de marktpartijen te vragen referenties aan te leveren. De Gids Proportionaliteit bepaalt hieromtrent dat maximaal één referentie wordt gevraagd per kerncompetentie.¹⁶⁸ Verder mag de aanbestedende dienst niet vragen om een referentieproject met een waarde van meer dan 60 procent van de geraamde waarde van de betreffende overheidsopdracht. De referenties waarnaar gevraagd wordt zijn in beginsel niet meer dan vijf jaar oud bij opdrachten voor werken en niet meer dan drie jaar oud bij opdrachten voor leveringen of diensten (art. 2.93 lid 1 sub a en b jo. lid 4).

Andere bewijsstukken die relevant kunnen zijn voor de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid zijn bijvoorbeeld een beschrijving van de technische uitrusting, onderwijs- en beroepskwalificaties van het leidinggevend personeel van de onderneming, of vermelding van de maatregelen inzake milieubeheer (art. 2.93 Aw).

¹⁶⁶ Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.5B.

¹⁶⁷ Zie de website van e-Certis: <https://ec.europa.eu/tools/ecertis/#/homePage>.

¹⁶⁸ Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.5G.

Het gebruik van geschiktheidseisen in het kader van non-discriminatie

Aangezien technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid ziet op de personele en technische middelen en de ervaring waarover de gegadigde of inschrijver moet beschikken, biedt deze soort geschiktheidseis ruimte voor sociaal en inclusief opdrachtgeverschap. Hierbij geldt wel dat het vereiste een verband met het voorwerp van de opdracht moet hebben en dus geen vereiste oplegt aan de gehele bedrijfsvoering.

Een voorbeeld van sociaal en inclusief opdrachtgeverschap is het verlangen van een door een onafhankelijke instantie opgestelde verklaring dat de inschrijver of gegadigde voldoet aan normen omtrent de toegankelijkheid voor personen met een handicap (art. 2.96 lid 1 Aw).

De tweede editie van de Gids ‘Sociaal inkopen’ van de Europese Commissie omtrent het inacht nemen van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen noemt verder specifiek het volgende als voorbeeld van een geschiktheidseis in dit kader:

(...) criteria die vereisen dat organisaties en/of hun teams beschikken over specifieke ervaring en deskundigheid voor het aanpakken van sociale kwesties die van invloed zijn op uw opdracht, bv. met betrekking tot toegankelijkheid, gendergelijkheid en non-discriminatie;¹⁶⁹

Andere voorbeelden in deze Gids ‘Sociaal inkopen’ van soortgelijke sociale geschiktheidseisen zijn het beperken van eisen omtrent financiële draagkracht om zo de deelname van sociale ondernemingen, non-profitorganisaties en maatschappelijke organisaties niet te belemmeren, en het vereisen van technische capaciteit voor het monitoren van de arbeidspraktijken in de toeleveringsketen.

Vier casestudy's van de gemeente Amsterdam

In de vier vergeleken aanbestedingen zijn verschillende soorten geschiktheidseisen gebruikt. Op het gebied van financiële en economische draagkracht zijn bijvoorbeeld jaarverslagen vereist bij alle vier de aanbestedingen en verzekeringen bij de aanbestedingen voor uitzendkrachten, giraal betalingsverkeer en wegsleepdiensten. Ten aanzien van de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid zijn bij alle vier de aanbestedingen ook referenties vereist om aan te tonen dat voldaan is aan de kerncompetenties van de opdracht. Daarnaast is bij drie van de vier aanbestedingen (uitzendkrachten, giraal betalingsverkeer en wegsleepdiensten) een geschiktheidseis opgenomen betreffende integrale kwaliteitszorg en -borging in de zin van art. 2.96 Aw.

Bij drie van de vier aanbestedingen (uitzendkrachten, giraal betalingsverkeer en wegsleepdiensten) is ook een specifieke geschiktheidseis omtrent duurzaamheid en milieu opgenomen die stelt dat de inschrijver over een operationeel milieuzorgsysteem moet beschikken wat kan worden aangetoond door middel van een ISO14001-certificaat of door het overleggen van een actuele, door de directie ondertekende milieubeleidsverklaring. In beide gevallen moet de inschrijver ook binnen 10 dagen na een verzoek hiertoe van de gemeente

¹⁶⁹ Europese Commissie, *Mededeling van de Commissie “Sociaal kopen — Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen (tweede editie)”*, C(2021) 3573 final (26 mei 2021), §4.6.2..

Amsterdam bewijsstukken overleggen omtrent de ambities en doelstellingen van het bedrijf op het gebied van verduurzaming. Bij de aanbestedingen voor uitzendkrachten en giraal betalingsverkeer is dit verder gespecificeerd als het vereiste om het volgende te overleggen: i) een actieplan voor toekomstige stappen op het gebied van duurzaamheid, ii) een verslag over reeds genomen milieumaatregelen en iii) de naam en de functie-inhoud van een functionaris die is aangesteld om de milieumaatregelen van de organisatie te coördineren.

In geen van de vier aanbestedingen is echter een specifieke geschiktheidseis opgenomen die ziet op de doelstelling van non-discriminatie. De meest voor de hand liggende aanbesteding om dit bij te doen zou de aanbesteding voor uitzendkrachten zijn geweest, omdat naar de aard van de sector hierbij veel keuzes dienen te worden gemaakt door de opdrachtnemer met een risico op discriminatie. Bij deze aanbesteding waren al wel vereisten opgenomen omtrent non-discriminatie in punt 17 van de concepten voor de raamovereenkomsten. In punt 17 wordt ingegaan op het voeren van een actief beleid omtrent non-discriminatie en hoe dit kan worden uitgedragen. Hierbij wordt in punt 17.3 educatie genoemd om discriminatie te herkennen en hier op passende wijze op te kunnen reageren door bijvoorbeeld ‘trainingen in het herkennen van discriminatie, rollenspellen, trainingen in gesprekstechnieken om een gesprek een positieve draai te kunnen geven of technieken ten gunste van de weerbaarheid medewerkers’. Verder wordt er in punt 17 ingegaan op het bestaan van procedures in geval van discriminatie en de functie van een vertrouwenspersoon. De ondernemingen dienen binnen twee maanden aan de in punt 17 genoemde vereisten te voldoen. Indien de onderneming zich niet houdt aan de genoemde vereisten, behoudt de gemeente zich het recht voor de samenwerking met onmiddellijke ingang op te schorten en/of te beëindigen. Wat het handhaven van deze vereisten echter complex maakt zijn de nadelige effecten van het beëindigen van de overeenkomst, zelfs als er een wachtkamerraamovereenkomst is gesloten, wat bij de aanbesteding voor uitzendkrachten het geval was.

Hoewel het zeker passend is om de vereisten uit punt 17 op te nemen in de raamovereenkomsten, kan het daarom effectiever zijn om (ook) aan het begin van de aanbestedingsprocedure vereisten omtrent non-discriminatie op te nemen in geschiktheidseisen. Zoals blijkt uit de Gids ‘Sociaal inkopen’ kan reeds bij dit stadium van de procedure worden vereist dat organisaties en/of hun teams beschikken over specifieke ervaring en deskundigheid ten aanzien van non-discriminatie. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door ervaring met non-discriminatie op te nemen in de aanbestedingsleidraad als een aparte kerncompetentie. Op deze manier zou de gemeente ervan verzekerd zijn dat alle ondernemingen die meedoen aan de aanbestedingsprocedure op dit punt reeds ervaren zijn.

5.6 Conclusie

Voor het effectief en efficiënt gebruikmaken van uitsluiting en selectie is het noodzakelijk om een goed beeld te hebben van de markt waarbinnen de overheidsopdracht zal worden gegund. Het doen van een marktverkenning en -consultatie kan hierbij van belang zijn. Bij het houden van een marktconsultatie is het wel verplicht om een accurate verslaglegging van de inhoud en het proces

van de marktconsultatie te overleggen. De mate van volledigheid van zulke verslaglegging bij aanbestedingen van de gemeente Amsterdam verschilt sterk per aanbesteding.

In deze paragraaf is verder de mogelijkheid besproken om opdrachten voor te behouden in de zin van artikel 2.82 en 2.82a Aw. Aan de voorwaarden van artikel 2.82 Aw kan tegenwoordig makkelijker worden voldaan, omdat het minimumpercentage van gehandicapte of kansarme werknemers is verlaagd van 50 procent naar 30 procent. Aangezien het sterk afhangt van de aard van de sector of het mogelijk is om een dergelijk voorbehoud te maken, kan een zorgvuldige marktverkenning en -consultatie hier duidelijkheid over scheppen.

Ten aanzien van uitsluitingsgronden is in deze paragraaf gebleken dat het standaardbeleid van de gemeente Amsterdam om alle facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren op gespannen voet staat met het proportionaliteitsbeginsel en specifiek de Gids Proportionaliteit. Om deze spanning op te lossen zijn in deze paragraaf meerdere aanbevelingen gedaan met mogelijke oplossingen. Verder kan de toetsing van de uitsluitingsgrond uit artikel 2.87 lid 1 sub a Aw in de toekomst worden verbeterd door bijvoorbeeld een wijziging van de Gedragsverklaring Aanbesteden. Daarnaast is er bij de vier casestudy's niet voldaan aan het vereiste op grond van artikel 2.81 lid 2 Aw om een verklaring omtrent milieu-, sociaal en arbeidsrecht te verzoeken van inschrijvers en gegadigden.

Verder biedt het opnemen van sociale geschiktheidseisen ook kansen voor sociaal en inclusief opdrachtgeverschap. Het vereisen van specifieke ervaring omtrent non-discriminatie zou in het bijzonder passend kunnen zijn geweest bij de aanbesteding voor uitzendkrachten.