

Meer centraal gestuurd, eenduidig, niet vrijblijvend beleid om duurzame, inclusieve en geopolitiek veilige aanbestedingen te realiseren

Prof. Mr. E.R. Manunza, hoogleraar Europees en internationaal aanbestedingsrecht, Universiteit Utrecht, co-directeur [Utrecht University Centre for public procurement](#) (UUCePP), [UU Platform The transactional State as an Institution for Good](#)

Hoofdvraag bij het op 27 september 2023 aanstaande te houden rondetafelgesprek Aanbestedingsbeleid is:

“hoe het aanbestedingsbeleid verbeterd kan worden door kansen voor het Nederlandse bedrijfsleven en mkb (in de eigen regio) beter te benutten. Daarbij is een deelvraag: hoe kan de inzet op circulair aanbesteden worden vergroot?”

Aanbestedingspraktijk verbetert maar steeds (ook nieuwe) problemen

Er is de laatste jaren veel ingezet om de aanbestedingspraktijk in Nederland te verbeteren. Er worden betere procedures opgezet die tot betere resultaten leiden; er is ingezet op vorming en kennis; en op het vergroten van het vertrouwen tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Natuurlijk blijven er problemen bestaan en er ontstaan steeds nieuwe. Bij het Utrecht University Centre for Public Procurement (UUCePP) verrichten wij wetenschappelijk onderzoek gericht op oplossing van deze problemen. Hieronder bespreek ik daar een selectie van alsmede welk aanbestedingsbeleid aan de oplossing ervan kan bijdragen. Eerst volgt een opsomming van mijn aanbevelingen die in de hierna volgende pagina's meer specifiek worden uitgelegd.

Opsomming aanbevelingen:

1^e. Vernieuw de visie op aanbesteden: vermijd ondoelmatig wij-zij denken door de samenleving als partij centraal te stellen

- *Hanteer Goed opdrachtgeverschap* als concept; dit houdt een partnerschap in tussen alle partijen die bij het aanbestedingsproces betrokken zijn en voor wie ingekocht wordt en die dus baat dienen te hebben bij het resultaat/ de positieve effecten van aanbestedingen (eindgebruikers, burgers, de samenleving in brede zin dus ook het milieu);
- In *concreto* betekent dit dat alles wat negatieve effecten op de natuur en leefbaarheid heeft bij overheidsopdrachten, in de 'werkelijke' kosten moet worden meegenomen.

2e. Centraal, coherent en consistent beleid is hard nodig om impact te maken

- 2a. Geen ondoelmatige fragmentatie van beleid meer
- 2b. Ontwikkel centrale visie om nationale geopolitieke veiligheid te waarborgen en zorg voor adequate screeningssystemen
- 2c. Maak duidelijk welke rechtsinstrumenten voor welk beleid het meest effectief werken
- 2d. Zorg voor eenvoudige aanbestedingsprocedures op basis van innoverende contractvormen met goede risicoverdeling

3^e. Geen vrijblijvendheid meer om duurzaamheid te realiseren (in ruime zin, inclusief sociale aspecten):

- 3a. Verplicht duurzame inkoop door die bovenaan de prioriteitenlijst van beleid te plaatsen
- 3b. Streef daarbij naar het creëren van *beter* niet van *meer* competitie: creëer kansen voor innoverende partijen en sociaal ondernemerschap
- 3c. Benut beter de artikelen 2.82 en 2.82a Aw om maatschappelijk impact te versnellen

1. VERNIEUW DE VISIE OP AANBESTEDEN: VERMIJD ONDOELMATIG WIJ-ZIJ DENKEN DOOR DE SAMENLEVING ALS PARTIJ CENTRAAL TE STELLEN¹

Bestrijd het antagonisme - het “wij-zij denken” opdrachtgever v. opdrachtnemer - dat diep geworteld is in de aanbestedingspraktijk. Zorg voor een radicale mentaliteitsverandering om effectiviteit van beleid te vergroten. Dit ouderwetse denkbeeld brengt de kwaliteit van aanbestedingsprocedures en aanbestedingsresultaten in gevaar. Waarom? Het is niet alleen een kwestie van markt en overheid.

We leven in roerige tijden. Dat aanbestedingen kracht kunnen bijzetten aan beleid is van oudsher bekend. Dat komt door de grote economische relevantie die in Nederland goed is voor een uitgave door de overheid van meer dan 100 miljard euro per jaar. Na WOII werden aanbestedingen ingezet om werkgelegenheid te creëren en strategische industrie te beschermen. Tegenwoordig moeten we strijden voor bestaan én voortbestaan van mens en planeet: de klimaatverandering verandert onder menselijke beïnvloeding ons land én de wereld op ongekende wijze in razend tempo. Maar er is helaas nog een ander urgent gevaar: Rusland, China en andere autoritaire landen bedreigen onze open samenleving en onze vitale infrastructuur. Het is niet alleen een economische maar een ideologisch en militair expansieve strijd geworden die we inmiddels allemaal dagelijks aan den lijve ondervinden.

In het bijzonder deze twee problemen, milieu en veiligheid, dulden geen uitstel en vereisen een vernieuwde aanbestedingsvisie waarop beleid én regelgeving kan worden gebaseerd.

Geen enkele opdracht van de overheid aan de markt kan los gezien worden van de effecten op de omgeving, op burgers en maatschappij. Die maatschappij, die derde belanghebbende, heeft binnen aanbestedingen geen procedurele plaats, er zijn geen gereguleerde inspraakprocedures en dergelijke. Maar het perspectief van de goede opdrachtgever - en goede opdrachtnemer - moet wel op de belangen van de derden-belanghebbenden gericht zijn.

Wanneer wij spreken over doelmatigheid en rechtmatigheid gaat het om het besef dat bij iedere besteding van overheidsmiddelen niet alleen de aanbestedende en enkele marktpartijen betrokken zijn. Op de achtergrond is altijd de samenleving als geheel de ‘ware’ belanghebbende, de derde partij om wie het allemaal te doen is.

Verander radicaal de huidige visie op aanbesteden door te stoppen overheidsopdrachten te zien als contracten tussen aanbestedende en marktpartij.

Hanteer in plaats daarvan een *Goed opdrachtgeverschap* concept dat een partnerschap inhoudt tussen alle partijen die bij het aanbestedingsproces betrokken zijn en voor wie ingekocht wordt en die dus baat dienen te hebben bij het resultaat/ de positieve effecten van aanbestedingen.

Focus moet op gedachte dat het resultaat positieve effecten teweeg moet brengen voor de eindgebruikers, de burgers, de samenleving in brede zin dus ook het milieu.

Praktisch gesproken betekent dit dat alles dat negatieve effecten op de natuur en leefbaarheid heeft, bij overheidsopdrachten in de ‘werkelijke’ kosten moeten worden meegenomen.

Zie het onder ook afgebeeld:

¹ E. Manunza, “Public procurement as an expression of the rule of law: On How the Legislature and the Courts Create a Layered Dynamic Legal System Based on Legal Principles”, (2023) 32 P.P.L.R., Issue 5 © 2023 Thomson Reuters and Contributors.



2. CENTRAAL, COHERENT EN CONSISTENT BELEID IS HARD NODIG OM IMPACT TE MAKEN

2a. Geen ondoelmatige fragmentatie van beleid meer

Nederland is een bestuurlijk sterk gedecentraliseerd land. Beleid verschilt op de verschillende niveaus: centraal v. lokaal en lokaal niveau onderling. Dat geeft mogelijkheden voor maatwerk maar ook fragmentatie. Fragmentatie betekent inconsistent en dus ineffectief beleid voor zaken die iedereen aan gaan, zoals het klimaat of veiligheid. Fragmentatie van beleid verkleint de mogelijkheden van ondernemingen om impact te maken, de duurzame economische transitie en het realiseren van de overige doelen die hoog op de Europese én Nederlandse politieke agenda staan. Dat is een gemiste kans, want [centraal duurzaam inkoopbeleid kan zeer effectief zijn](#).

Ook aan de kant van ondernemingen leidt gefragmenteerd beleid tot extra kosten, verminderde kansen om kennis op te bouwen: wanneer iedere gemeente ander beleid hanteert en de ene teveel op dit en de andere juist op dat inzet, wordt het voor ondernemingen ondoelmatig en onvoorspelbaar om investeringen te realiseren die noodzakelijk zijn om de grote beleidsdoelen te halen.

De grote maatschappelijke opgaven realiseren vergt effectief aanbestedingsbeleid dat gebaseerd is op een meer gefocuste, consistente/ coherente én alerte visie.

Deze visie dient top down, meer centraal dus, gestuurd te zijn. Daarbij dient de vraag te worden beantwoord welke doeleinden een meer centraal gestuurde visie / beleid nodig hebben, en welke op het niveau van gemeenten en provincies.

Duurzaam, inclusief en geopolitiek veilig aanbestedingsbeleid vergt in ieder geval een centrale gestuurde visie én beleid.

2b. Ontwikkel centrale visie om nationale geopolitieke veiligheid te waarborgen en zorg voor adequate screeningssystemen

Soms is de *afwezigheid* van (centraal én lokaal) beleid de oorzaak van problemen, zoals bijvoorbeeld op het terrein van geopolitieke veiligheid. De aandacht voor het beschermen van veiligheidsbelangen bij overheidsaankopen is in de laatste twee jaar exponentieel gegroeid. De recente dramatische geopolitieke ontwikkelingen aan de Oostgrens van de Europese Unie hebben de bewustwording hierover in een razend tempo versterkt. Gevreesd wordt dat vijandige mogendheden van buiten Europa schade willen en kunnen aanrichten aan onze vitale infrastructuur door binnen belangrijke overheidsdiensten te infiltreren.

Lokale overheden zijn goed bekend met de problematiek maar in onvoldoende mate uitgerust met de kennis hoe die afdoende op te lossen. Ze willen wel maar ze weten niet hoe.

Evenmin bestaat er in Nederland een algemeen specifiek [op nationale veiligheid gericht screeningssysteem](#) bij overheidsaankopen, terwijl veel verschillende soorten overheden en

nutsbedrijven hiermee - gewild of ongewild - te maken krijgen. In dat licht moet het ons niet verbazen dat het voor overheden en nutsbedrijven moeilijk is om veiligheidsrisico's met de toepassing van de aanbestedingsregels af te stemmen.

Uit [UUCePP wetenschappelijk onderzoek](#) is komen te staan dat de juridische mogelijkheden om de nationale veiligheid te beschermen uit de EU richtlijn Defensie en Veiligheid bij overheidsopdrachten onvoldoende benut worden. Binnen UUCePP verrichten wij onder mijn begeleiding juridisch en multidisciplinair onderzoek naar het [effectief meewegen van veiligheidsrisico's](#) zowel specifiek bij [militaire overheidsopdrachten](#) alsmede meer algemeen bij overheidsopdrachten van [andere veiligheidsorganisaties, overheden en nutsbedrijven](#). Al in 2020 hebben wij voor het ministerie van defensie aangetoond dat het mogelijk is om [samen met het bedrijfsleven](#) een 'Ecosysteem Logistiek' op te zetten zonder aanbestedingsprocedure en zonder in strijd te handelen met het EU-aanbestedingsrecht. In 2022 hebben wij voor de [Nationale Politie](#) in kaart gebracht hoe de nationale veiligheid te waarborgen bij de aankopen van de politie. In 2023 hebben wij tenslotte opdracht gekregen van de Nationale Politie en de ministeries van Economische Zaken, Binnenlandse Zaken, Justitie & Veiligheid én het NCTV om in kaart te brengen hoe een effectieve screeningssysteem, conform aan de EU regelgeving, er uit moet zien.

Bij deze onderzoeken is ons duidelijk geworden dat deze kwesties voor de veiligheidsdiensten grote urgentie hebben, welk gevoel van urgentie bij overige aanbestedingen - dus ook op lokaal niveau - lijkt te ontbreken of ze willen wel maar ze weten niet hoe.

2c. Maak duidelijk welke rechtsinstrumenten voor welk beleid het meest effectief werken

Lokale overheden kunnen uit vele juridische rechtsinstrumenten kiezen om beleid na te streven. Naast concessie- en overheidsopdrachten (lees: aanbestedingen) op basis van de Aanbestedingswet, kan beleid worden uitgevoerd via subsidies, open house, vergunningen én inbestedingen. Er wordt overigens niet alleen ingekocht maar ook verkocht door lokale overheden (zie de [Didam zaak](#)). Feit is dat afgezien van de inbestedingen ook voor alle andere rechtsinstrumenten (inclusief overheidsverkoop) het recht een competitieve procedure verlangt. Te vergelijken dus met aanbestedingsprocedures.

Het ontbreken van kennis bij aanbesteders over hoe de scheidlijnen lopen om deze rechtsinstrumenten van elkaar te onderscheiden verhindert een goede toepassing daarvan met als gevolg minder effectief beleid.

Zo worden regelmatig subsidies verleend die eigenlijk als overheidsopdrachten hadden moeten worden aanbesteed omdat ze bijvoorbeeld een uitvoeringsverplichting inhouden. Of er wordt inbesteed met het gevolg dat er geen innovatie uit de markt wordt uitgelokt. Of pas achteraf realiseert een gemeente zich dat een grote hoeveelheid contracten – die met open house in de zorg zijn gesloten - ingewikkeld is te managen.

Het gevolg is dat de overheid niet het beste rechtsinstrument kiest om een specifiek beleid te bereiken. Kortom: er wordt verkeerd beleid ingezet. UUCePP heeft onder mijn begeleiding deze lijnen, voordelen en nadelen in kaart gebracht: zie hierover deze [UUCePP dissertatie uit 2022](#).

Zorg dat de wetenschappelijke kennis die voorhanden is (zie supra) over toepassingseisen en voor- en nadelen van ieder van deze rechtsinstrumenten verspreid wordt opdat gemeenten effectief beleid kunnen inzetten. Ook hier dient dat op consistente wijze plaats te vinden.

Laat niet iedere gemeente het wiel iedere keer opnieuw uitvinden. Dit ook leidt tot fragmentatie, inconsistent en incoherent beleid. Wellicht nog effectiever zou zijn om op centraler niveau keuzes te maken uit deze instrumenten.

2d. Zorg voor eenvoudige aanbestedingsprocedures op basis van innoverende contractvormen met goede risicoverdeling

Een hogere kwaliteit, snellere en voordeliger realisering van overheidsprojecten zijn sterk afhankelijk van goede samenwerking tussen overheid en markt. Dat kan niet uitsluitend door aanpassing van het aanbestedingsbeleid maar vereist contractvormen die deze samenwerking mogelijk maken. Een voorbeeld zijn de *twee fasen-contracten* die de laatste jaren in de bouwsector ontstaan, en waarin ontwerp en uitvoering in goede samenwerking centraal staat. Deze werkwijze behoeft een aanbestedingskader dat voldoende ruimte laat voor verwerking van inzichten die tijdens ontwerp en uitvoering ontstaan; om te voorkomen dat die gewijzigde inzichten een te krap gesteld aanbestedingskader te buiten gaan en de aanbesteding opnieuw moet. Tegelijk moet het aanbestedingskader wel voldoende bepaald zijn om een effectieve mededinging mogelijk te maken in overeenstemming met de EU juridische vereisten.

De samenwerkingscontracten zelf dienen een evenwichtige risicoverdeling te bevatten zodat voldoende belangstelling in de markt ontstaat en een eerlijke prijs ontstaat. Het verdient voorkeur om te streven naar een zekere standaardisering om ook hier te voorkomen dat alle aanbesteders zelf dit wiel moeten uitvinden en de marktpartijen geconfronteerd worden met een te grote verscheidenheid aan contractmodellen zodat ze het risicoprofiel niet goed kunnen bepalen en ook de inschrijvingskosten onnodig hoog worden.

Zorg voor een goede aansluiting van de aanbesteding op samenwerkingscontracten en streef naar een zekere standaardisering van de contractmodellen.

Onderzoek of deze contractvormen die doorgaans in de bouwsector ontstaan ook op andere sectoren kunnen worden toegepast.

Breng in kaart welke contractvormen in andere sectoren worden gehanteerd en maak daaruit verantwoorde keuzes die breed toegepast kunnen worden én gedragen.

3^e. GEEN VRIJBLIJVENDHEID MEER OM DUURZAAMHEID TE REALISEREN (in ruime zin, inclusief sociale aspecten)

3a. Verplicht duurzame inkoop door die bovenaan de prioriteitenlijst van beleid te plaatsen

Uit [wetenschappelijk onderzoek](#) is vast komen te staan dat het aanbestedingsrecht vele mogelijkheden bevat om duurzaam in te kopen (in ruime zin, ook de sociale aspecten daarvan) maar dat het voornaamste probleem is dat het behalen van duurzaamheidsdoelen in 2030 nog steeds als een keuze en niet als een verplichting wordt gezien. In deze UUCePP [oratie](#) wordt dan ook onder andere gepleit om inkopen met aandacht voor mens en milieu minder vrijblijvend te maken.

Door wettelijke ambiguïteit staat de effectiviteit van beleid echter op het spel: de Aanbestedingswet spreekt immers van ‘zorgdragen voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde’ (art. 1.4 lid 2). Opdrachtgevers én opdrachtnemers lezen hier geen prioriteit in maar een soort welkom bijproduct: mooi meegenomen als er ook wat maatschappelijke waarde wordt toegevoegd.

Daardoor wordt voorbijgegaan aan het feit dat het Hof van Justitie EU al in 2020 heeft uitgelegd - in het [TIM arrest \(30 januari\)](#) - dat de Uniewetgever het voldoen aan verplichtingen op het gebied van milieurecht op dezelfde voet heeft geplaatst als de andere fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht: gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie, evenredigheid; en dat volgens het Hof dit een kernwaarde vormt waarvan de eerbiediging door de lidstaten “moet” - niet kan - worden gewaarborgd (ro. 38 e.v.). Er zijn ook andere sterke juridische argumenten om te pleiten voor een

verplichte toepassing van duurzaamheidsaspecten in ruime zin (dus ook de sociale aspecten) in aanbestedingen die doorgaans aan de kant worden geschoven.

Verbeter de bewoordingen van art. 1.4 lid 2 en de toepassing daarvan door o.a. te verduidelijken dat duurzaam én inclusief inkopen niet vrijblijvend is maar een verplichting.

Zet de verplichting voor duurzame aanbestedingen hoog op de prioriteitenlijst van centraal beleid. Vergeet niet: **Circulair inkopen** kan een doeltreffend middel zijn om de klimaatverandering tegen te gaan en om afhankelijkheid van andere landen te verkleinen. Daartoe dient wel duidelijk te worden gemaakt dat de ‘herbruikbare’ producten *natuurlijk* zijn (denk bijvoorbeeld daarbij aan bouwisolatiemateriaal van hennep in plaats van uit de fossiele-stof industrie afkomstige producten die weer als plastic uiteindelijk in het milieu terecht zullen komen en niet of beperkt herbruikbaar zijn).

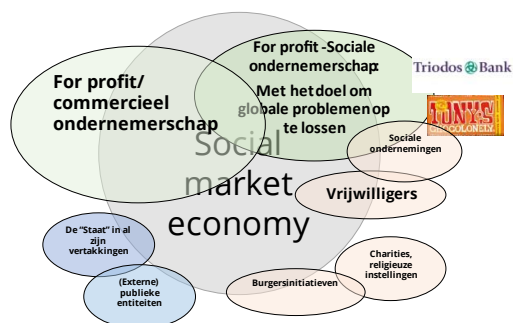
3b. Streef naar het creëren van *betere* niet van *meer* competitie: creëer kansen voor innoverende partijen en sociaal ondernemerschap²

Doorslaggevend om de grotere beleidsdoelen te realiseren is de keuze voor de aanbieder van de uitvoerende partij. Maar uit welke partijen bestaat de ‘markt’? In beleidsstukken vinden we met regelmaat een beeld van een eenzijdige markt. In onvoldoende mate wordt ingezien dat de markt uit een grote verscheidenheid van soorten partijen bestaat die grote verschillen met elkaar vertonen. Het is onmogelijk om mkbs in de bouwsector met de dezelfde grootte ondernemingen in de zorgsector te vergelijken.

Er zijn veel soorten partijen op de markt die met elkaar in concurrentie willen leveren/verkopen aan opdrachtgevers; in onderstaand schema ziet u hoe groot de verscheidenheid is in soorten ondernemingen die overheidsopdrachten kunnen en willen uitvoeren. Naast de reguliere for-profit bedrijven zijn op de markt ook niet-for profit bedrijven actief zoals burgerinitiatieven, sociale ondernemingen, vrijwilligers en zelfs religieuze instellingen. Zo wordt een belangrijk segment van de sociale diensten in de zorgsector in Amsterdam door het Leger des Heils uitgevoerd. In Duitsland zijn dat de protestante kerken en de diaconie.

In onderstaande schema is de for profit categorie geschetst in zacht groen. Let op want ook deze categorie is geen monoliet; er zijn grote verschillen. Zo hebben we in Nederland in de laatste jaren startups zien ontstaan die ‘**sociaal ondernemerschap**’ bedrijven: wel winst nastreven maar niet om die te maximaliseren maar om sociale vaak globale problemen op te lossen. Dat zijn Nederlandse ‘innovaties’ waar Nederland trots op moet zijn en die betere kansen dienen te krijgen in aanbestedingen om op te kunnen schalen.

Uitvervalsheid Utrecht Streven naar *Beter* niet naar *meer* Competitie door de markt beter te kennen



² Zie de publicatie in eerdere voetnoot genoemd.

Gezien de beslissende rol van de overheid in deze, dient er voor te worden gezorgd dat inkopers de markt goed kennen, via marktconsultaties, opdat eerlijke mededinging tussen alle soorten partijen daadwerkelijk wordt gecreëerd.

Bevorder sociaal ondernemerschap: dat is een innovatie waar Nederland trots op moet zijn. Te weinig rekening houden met deze aspecten belemmert de ontwikkeling van een goede visie op en de realisering van goed aanbestedingsbeleid.

3c. Benut beter de artikelen 2.82 en 2.82a Aw om maatschappelijk impact te versnellen

De grote verscheidenheid aan concepten en benamingen zorgt voor onduidelijkheid en belemmert opschaling van het 'sociale' mkb en behalen duurzame resultaten. Concepten en terminologie die in beleid worden gehanteerd dekken niet altijd de wettelijke concepten en zijn daarmee soms zelfs in strijd. Zo is er onduidelijkheid in beleid en praktijk over wat sociale ondernemingen zijn, laat staan wat [sociaal ondernemerschap](#) is en de definities die in beleid en praktijk gehanteerd worden komen niet overeen met de bepalingen in de Aanbestedingswet (art. 2.82 en 2.82a Aw 2012) die dit soort ondernemingen reguleren en die aan overheden kansen geven om aanbestedingen juist voor te behouden aan dit soort ondernemingen. Realiseer dat dit soort ondernemingen doorgaans juist tot het mkb behoren. Bij het onbenut blijven van deze kansen kunnen dit soort ondernemingen niet opschalen, een aantal zullen zelfs niet eens kunnen voortbestaan. [Sociale ondernemingen en overheidsinkoop zijn in potentie een zeer goede match, maar nog niet in de praktijk.](#)

De veelheid aan terminologie om vormen van duurzaam handelen aan te duiden is groot (MVI, MVOI, social return, Beter Aanbesteden, buy social, sociaal aanbesteden, inclusief aanbesteden, circulair inkopen, etc.). Hoewel in dit geval de verschillende benamingen wellicht gerechtvaardigd zijn omdat ook de concepten van elkaar verschillen, verlaagt deze verscheidenheid en de vrijblijvendheid van de keuzes de kans op het behalen van de beleidsdoelen (duurzaamheid in ruime zin, inclusief de sociale aspecten dus).

Bij UUCePP - in opdracht van het bureau Social Return van de gemeente Amsterdam - is er wetenschappelijk onderzoek uitgevoerd naar [hoe steden inclusief te maken via aanbestedingen, met een focus op de inzet van Social Return](#). Resultaten zijn al voorhanden maar er wordt nog gewerkt aan de vraag of en hoe dit zelfde instrument – SROI – uit te breiden naar een vorm van “*Enviromental Return*”. Resultaten zullen volgend jaar beschikbaar zijn.

Inkopers zijn eerder gebaat bij de beantwoording van de vraag: welke vorm leidt tot de beste resultaten om de klimaatverandering te mitigeren en inclusief in te kopen én in welke situatie dien ik ze toe te passen. Centraal daarin keuzes maken heeft de hoogste prioriteit.

Benut daarnaast op effectieve wijze de kansen die de wet (art. 2.28 en 2.28a Aw) geeft om sociale ondernemingen te laten opschalen door consistent (en meer centraal gestuurd) beleid.

Benut bovengenoemde wetenschappelijke resultaten hoe sociaal beleid te realiseren op brede / centraal gestuurde schaal.