

37. Bescherming van aarde en vrijheid vergt radicale mentaliteitsverandering in aanbestedingsbeleid

Over nieuwe verplichtingen en oude verantwoordelijkheden

PROF. MR. E.R. MANUNZA

Er is een sterk verband tussen democratische ontwikkeling, rechtsstaat en aanbestedingsrecht. Dat een eerlijke en transparante besteding van overheidsgelden cruciaal is voor het behoud én de kwaliteit van de democratie, wordt vaak – ook in Nederland – onderschat en soms zelfs helemaal niet erkend.

Inleiding

In 2024 gaat meer dan de helft van de wereldbevolking naar de stembus,¹ en toch kan 2024 niet tot het jaar van de democratie worden uitgeroepen. Het tegendeel is helaas waar, want democratieën overal ter wereld staan onder druk.² Volgens Freedom House³ – de organisatie die in 1941 in de VS werd opgericht om het bewustzijn van het publiek voor de fascistische dreiging te vergroten – nadert de strijd voor democratie een keerpunt na zeventien jaar van wereldwijde verslechtering.⁴

Rechtsstatelijke en democratische aspecten vormen van oudsher de kern van het Europees en Nederlands aankoopproces. In Nederland werden al in de negentiende eeuw overheidsaankopen – zoals die voor brood of aardappelen voor het leger – openbaar georganiseerd om een goede besteding van overheidsgeld te verzekeren en om corrup-

tie in de keten tegen te gaan.⁵ Europa voegde er direct na de Tweede Wereldoorlog nog een extra dimensie aan toe: ‘economische integratie leidt tot welvaartstoename en vermindert daardoor de kansen op oorlog’. Daartoe was het nodig de macht van de overheid te begrenzen ten gunste van burgers. Want het is tenslotte de Staat die uiteindelijk *top down* via deze procedures bepaalt hoe onze samenleving er uitziet en wie daar aan mag bijdragen en daarmee werkgelegenheid, innovatie, duurzaamheid, solidariteit én veiligheid kan stimuleren, maar ook beperken als de competitie niet eerlijk is en de keuze niet op verantwoorde wijze wordt gemaakt.⁶ Deze overweging ligt ten grondslag aan de invoering, vanaf de jaren 70, van harmonisatie- en liberaliseringsmaatregelen voor de Europese overheidsopdrachtenmarkt. Maar het lijkt erop dat wij vijftig jaar later in Nederland de reden voor deze *constitutionalisering*

1 Of zijn al geweest bij het verschijnen van deze publicatie. In 2024 wordt o.a. gestemd voor het Europees Parlement en zijn er presidentsverkiezingen in de VS.

2 Naar aanleiding hiervan organiseerde het strategische thema Institution for Open Societies van de Universiteit Utrecht op 1 februari 2024 de conferentie ‘The future of democracy’ (zie: <https://www.uu.nl/en/events/the-future-of-democracy>). In dat kader organiseerde Elisabetta Manunza samen met Tom Huisjes en Nathan Meershoek een sessie over ‘Open economy v. protecting democracy in a public procurement context’; een verslag daarvan is te vinden op: <https://www.uu.nl/nieuws/overheids-aanbestedingen-laveren-tussen-vrije-marktwerking-en-het-waarborgen-van-democratie>. De sessie werd onder de auspiciën van het Institution for Open Societies-Platform ‘The Transactional State as an Institution for Good’ georganiseerd, dat opgezet werd en geleid wordt door E. Manunza & W.A. Janssen.

3 <https://freedomhouse.org/>

4 <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2023/marking-50-years/policy-recommendations>

5 Sedert 1815 is in Nederland de openbare aanbesteding, althans in beginsel, de grondslag voor de aanbestedingen door de overheid. Het motief daarvoor ontwikkelde zich samen met het begrip ‘Staat’ en veranderde afhankelijk van de wijze waarop de Staat zich profileerde. Art. 1 van het Koninklijke Besluit van 11 november 1815 verplichtte de Rijksoverheid tot het openbaar aanbesteden van ‘(...) alle aannemingen van werken en leverancien (...) meerder dan vijf honderd guldens (...)’ met het oog op, volgens art. 5 van hetzelfde Besluit, het doelmatig gebruik van overheidsmiddelen en de bestrijding van corruptie onder ambtenaren. Art. 1 luidde: ‘Te beginnen met den dag van heden (...) alle aannemingen van werken en leverancien ten behoeve van den lande, meerder dan vijf honderd guldens moerende kostende in het openbaar moeten worden aanbesteed’. Art. 5 luidde: ‘Als zijnde het onze uitdrukkelijke wil en begeerte (...) dat iedere ambtenaar die zich in deze mogt misgrijpen, onverwijld en zonder aanzien des persoon van zijnen post worde gesitueerd, en zulks onverminderd de actie, welke den lande tot vergoeding van schade tegen hem mogt comperen’.

6 Deze aspecten komen aan bod in het onderzoek van de Utrecht University Platform ‘The transactional State as an Institution for Good’. Het doel daarvan is ‘to investigate the prismatic role of the transactional State in triggering “good” behaviour or in stimulating activities with the ultimate goal of creating social value or having a go at solving societal challenges’. Zie <https://www.uu.nl/en/research/institutions-for-open-societies/interdisciplinary-research/academic-foundations/the-transactional-state-as-an-institution-for-good>

vergeten zijn. We zijn namelijk het middel – economische integratie –, met het doel – het waarborgen van vrede, waarden en welzijn –⁷ gaan verwarren.⁸ Deze verwarring is gevaarlijk en heeft in Nederland zelfs geleid tot nieuwe vormen van protectionisme. Steeds vaker wordt geroepen dat aanbestedingen er niet toe mogen leiden dat aan een partij uit een aangrenzende gemeente wordt gegund, maar dat ze aan een lokaal gevestigde partij moeten worden gegund.⁹ Dat protectionisme economisch schadelijk is, is bekend: open economieën – gebaseerd op competitie – zoals de Nederlandse zijn aantoonbaar aanzienlijk welvarender. Doch de vraag die steeds harder doorklinkt is ‘tot welke prijs?’.

Het is daarom een goede zaak hier te onderscheiden tussen enerzijds de vraag of het open en competitieve economische model nog wel voldoet aan de in het laatste decennium ingrijpend veranderde internationale politieke, economische en sociale realiteit, en anderzijds de vraag hoe aan competitie vorm moet worden gegeven.

Deze publicatie gaat over dit spanningsveld – specifiek in relatie tot de markt voor overheidsopdrachten – en het beleid dat op nationaal niveau nu al ingezet dient te worden voor een goede functionering daarvan, in afwachting van de grotere hervormingen die de EU in de komende jaren zal ondergaan. Na een bespreking van de relatie tussen democratie, rechtsstaat en aanbestedingen, bespreek ik vervolgens een viertal aanbevelingen voor een meer impactvol en vernieuwend toekomstig aanbestedingsbeleid dat beter in staat is om aan de noden van de huidige tijd te beantwoorden.

Relatie democratie, rechtsstaat en aanbestedingsrecht

De Europese autoriteiten zijn zich van dit spanningsveld namelijk ook goed bewust. In dat kader is een grootschalige dialoog op gang gekomen, met publieke en private instellingen, maatschappelijke initiatieven en met de burgers, mede ter voorbereiding op de aankomende Europese verkiezingen. Als resultaat daarvan presenteerden onlangs Mario Draghi – op 16 april 2024 – en de voormalige Italiaanse minister president Enrico Letta – op 18 april 2024 – hun rapporten aan de EU-leiders over waarom, wat en hoe er

moet veranderen om de EU als een cruciale speler op het wereldtoneel te behouden. Draghi pleitte voor een radicale herziening van dat concept in zijn toespraak over de toekomst van de Europese competitiviteit¹⁰ *Radical Change – is What is Needed*. Letta pleitte in zijn rapport *Much more than a market* over de toekomst van de interne markt, voor een even radicale aanpassing van het concept interne markt. In hun visie zijn beide concepten, competitiviteit en interne markt, fundamenteel voor een welvarend en veilig Europa, maar alleen als ze beide radicaal worden aangepast om aan de nieuwe noden van de huidige wereld te kunnen voldoen.

Competitiviteit en interne markt zijn fundamenteel voor een welvarend en veilig Europa, maar alleen als ze radicaal worden aangepast

Bij deze hervorming kan, voor zover hier van belang, als uitgangspunt gelden dat naarmate het aanbestedingsrecht in landen beter is ontwikkeld,¹¹ de rechtsstaat in die landen beter functioneert; of andersom natuurlijk. In landen waar de democratie minder ontwikkeld is, heeft de burger scherp in de gaten dat een goed uitgewerkt en goed functionerend aanbestedingsrecht één van de middelen is die niet alleen welvaart opleveren maar die hand in hand gaan met de democratische rechtsstaat waar gewone burgers in al die landen naar streven – althans de goede. Dergelijke landen (buiten de Europese Unie) hebben over het algemeen aanbestedingsrechtelijke systemen die niet te vergelijken zijn met het aanbestedingsrechtelijke systeem van de Europese Unie dat op fundamentele rechtsbeginselen van de rechtsstaat is gebaseerd en zich meer richt op bescherming van individuele rechten dan op de vergroting van de concurrentie als zodanig.¹² Niet voor niets vormt de implementatie van het aanbestedingsrecht één van de kernpunten bij het toelatingsproces van landen die tot de Europese Unie willen behoren, zoals de westelijke Balkanlanden, Moldavië, Georgië en Oekraïne. In de met die landen gemaakte (of te maken) afspraken behoort het aanbestedingsrecht tot de ‘foundational’, naast waarborging van onafhankelijke rechtspraak en grondrechten, justitie, vrijheid, veiligheid en het functioneren van democratische instellingen en

7 Art. 3 lid 1 VWEU.

8 Zie meer uitgebreid hierover: E. Manunza (2023), ‘Public procurement Law 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’, *P.P.L.R.*, 32 (5), 319-334.

9 Zie de commotie die ontstond naar aanleiding van de ‘onttroning’ van de Fixbrigade in Amsterdam en die zelfs leidde tot het stellen van parlementaire vragen: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2024/02/05/beantwoording-vragen-over-het-bericht-hoe-kon-het-zo-misgaan-voor-de-veelgeprezen-amsterdamse-fixbrigade>

10 In art. 173 VWEU wordt dit ‘concurrentievermogen’ genoemd.

11 De stelling betreft de kwaliteit van de regels en niet noodzakelijkerwijs hun toepassing. De laatste kan ondermijnd worden door vormen van corruptie en collusie. Open en transparante aanbestedingsprocedures werken in ieder geval sterk afschrikwekkend tegen corruptie. Zie verder over de rol van het aanbestedingsrecht in relatie tot corruptie: E. Manunza & N. Meershoek (2020), ‘Fostering the Social Market Economy? Legal Impediments for New Types of Economic Actors’, *P.P.L.R.*, 29 (6), 343-359, par. 1.1-1.3, p. 347-350.

12 Zie meer uitgebreid hierover verder: E. Manunza (2023) eerder aangehaald.

hervormingen van het openbaar bestuur.¹³ Dergelijke issues zijn kernpunten waar deze landen onvoorwaardelijk aan moeten voldoen om tot de Europese Unie te mogen toetreden. Dat is niet het geval met aspecten zoals ‘concurrentievermogen en inclusieve groei’ of andere meer economisch gerelateerde zaken. Dit laat goed zien wat het constitutionele, rechtsstatelijke karakter van het aanbestedingsrecht is.

Bestaan en voortbestaan van aarde en vrijheid verkeren in ernstig gevaar

Op mondiaal niveau zijn drastische ontwikkelingen gaande die het verzekeren van de maatschappelijke opgaven die de Nederlandse aanbestedende diensten dienen te realiseren, ter discussie stellen. Het klimaat dat in razend tempo onder menselijke beïnvloeding verandert, veroorzaakt ongekende droogte, en daardoor voedsel- en watertekorten, verwoestende overstromingen, armoede, ziektes, met sociale ongerechtigheid als gevolg en dus vluchtelingenstromen van epische proporties die in de toekomst alleen maar dreigen toe te nemen. Er is helaas nog een ander urgent gevaar: Rusland en andere landen, zoals China, hekelen wat zij als westerse waarden beschouwen en bedreigen onze open samenleving en onze vitale infrastructuur. Het is inmiddels niet alleen een economische, maar een ideologische en militaire strijd geworden, die we allemaal dagelijks aan den lijve ondervinden. Ook hier is het aanbestedingsrecht veel belangrijker dan vaak gedacht wordt. In het kader van het hiervoor genoemde EU-toetredingsproces heeft een land als Oekraïne in de afgelopen jaren (al vóór 2022) veel geïnvesteerd in hervorming van haar aanbestedingsbeleid, in een intensieve dialoog met de Europese instellingen.¹⁴ Juist die oriëntatie op democratie, rechtsstaat en vrijheid staat daar nu op het spel op een manier die wij ons niet meer konden voorstellen, die wij niet eens meer voor mogelijk hielden op het Europese continent; en juist ook vanwege de oriëntatie op deze democratische beginselen. Het toont aan wat hier – bij ons – op het oude continent nu op het spel staat. Kortom: bestaan en voortbestaan van mens, planeet en democratie verkeren in ernstig gevaar en dat heeft gevolgen

waaraan inkoop en aanbesteding zich niet kunnen onttrekken.

Oude en nieuwe problemen vergen consistentere en meeromvattende organisatie van aanbestedingsvisie én -beleid

In Nederland is er de laatste jaren veel ingezet om de aanbestedingspraktijk 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.

Er blijven problemen bestaan en er ontstaan steeds nieuwe. Dit geldt natuurlijk niet alleen voor Nederland maar voor alle EU-lidstaten, zoals de Algemene Rekenkamer van de EU illustreert in haar – in december 2023 verschenen – ‘speciaal verslag’ *Overheidsopdrachten in de EU: minder concurrentie om opdrachten voor werken, goederen en diensten in de periode 2011-2021*.¹⁵ De Algemene Rekenkamer van de EU concludeert dat het concurrentievermogen tussen de jaren 2011 en 2021 is gedaald, aan de hand van de volgende indicatoren:

- het hoge aantal onderhandse gunningen in alle lidstaten, waarbij een percentage hoger dan 10% – zoals het geval is in Nederland waar dat rond de 20% ligt – als hoog wordt beschouwd (p. 31-34);
- de verdubbeling in tien jaar van het aantal overheidsopdrachten met maar één inschrijver, dat van 23,5% naar 41,8% is gestegen (p. 35-40), waarbij geldt dat dat in Nederland rond 20% is – ook dat wordt in het rapport een hoog percentage geacht;
- het kleine percentage rechtstreeks grensoverschrijdende opdrachten (5%)¹⁶;
- de afwezigheid van gegevens over de prijzen die betaald werden;
- dat overheidsopdrachten anders dan beoogd niet eenvoudiger zijn geworden (p. 48-56);
- dat de deelname van het mkb niet is gegroeid (p. 57-58);
- dat aanbesteders zeer weinig gebruikmaken van strategische aankopen (innovatie, ecologische en sociale aspecten) (p. 62-64);
- dat integriteit en transparantie nog altijd een uitdaging zijn (p. 65-66).

13 Zie Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, ‘Enhancing the Accession Process – A Credible Perspective to the Western Balkans’, COM(2020) 57 final, p. 7. Zie ook de ‘Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part’, OJ L 261, 30.8.2014, p. 4-743; Op deze website zijn ook de Deep and Comprehensive Free Trade Agreements tussen de EU en resp. Moldavië, Oekraïne te vinden: <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/content/deep-and-comprehensive-free-trade-agreements>

14 Zie bijvoorbeeld ProZorro (<https://prozorro.gov.ua/en>), een volledig online platform voor overheidsopdrachten en een samenwerkingsomgeving die open toegang tot overheidsopdrachten in Oekraïne verzekert. In 2016 volledig geïmplementeerd als hybride – zowel gecentraliseerd publiek als decentraal privaats – marktplaats. Sindsdien wordt het wereldwijd erkend als een van de meest innovatieve online systemen om overheidsopdrachten op te zetten die gericht zijn op de belangen van derden gebruikers, burgers, etc. en op een transparante, meest effectieve, eerlijke en voordeligste besteding van publiek geld.

15 https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2023-28/SR-2023-28_NL.pdf

16 Maar het aantal is dus meer dan verdubbeld ten aanzien van 2010, toen het 2% was: zie het rapport van Mario Monti ter attentie van de voorzitter van de EC over het functioneren van de interne markt, *Een nieuwe strategie voor de eengemaakte markt; ten dienste van de Europese economie en samenleving*, van 9 mei 2010, te vinden op http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_nl.pdf. Zie voor een analyse van het rapport van Monti uit 2010: E. Manunza (2010), ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’. in: J.M. Hebbly, E. Manunza & M. Scheltema (Eds.), *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht* (par. 2.4.3), Instituut voor Bouwrecht.

Daarnaast meldt de Algemene Rekenkamer van de EU dat de Europese Commissie tekortschiet in het monitoren van overheidsopdrachten (i), dat gegevens over het verloop van aanbestedingsprocedures systematisch ontbreken op Unie- en nationaal niveau (ii) (p. 67-82) en dat de lidstaten – waaronder Nederland – te weinig aandacht hebben voor de achterliggende oorzaken van deze problemen op nationaal niveau (iii) (p. 90-91).

Het negatieve beeld dat de Algemene Rekenkamer van de EU schetst verbaast mij niet. Enerzijds omdat het beeld herkenbaar is en overeenkomt met resultaten uit eigen en ander wetenschappelijk onderzoek.¹⁷ Anderzijds omdat vergelijkbare observaties al in 2010 door Mario Monti werden gemaakt bij de toenmalige evaluatie van de werking van de interne markt en in het bijzonder van de EU-overheidsopdrachtenmarkt, in zijn rapport naar aanleiding van de economische crisis die Europa trof in het eerste decennium van deze eeuw. Doch, hoewel het beeld toen absoluut niet rooskleuriger was dan nu, gaf Monti een zeer positief oordeel over de effecten die de EU-aanbestedingsregels op nationaal niveau hadden veroorzaakt:

‘(...) aanbestedingsprocedures “in de lidstaten” zijn transparanter dan in het verleden, zij hebben een zeer positieve invloed op de (nationale) mededinging gebracht, ze hebben gezorgd voor betere rechtsbeschermingsprocedures en voor een betere prijs-kwaliteitverhouding.’¹⁸

Volgens ramingen bespaarden toen overheidsaanbesteders gemiddeld 8% op de betaalde prijs.

Verduidelijking en vereenvoudiging van de aanbestedingsregels volstaan niet: een meeromvattende organisatie van het beleid, de visie en de regels is vereist

Mario Monti was sterk overtuigd van het belang van de openstelling van deze marktsector voor de Europese economie, maar erkende wel de noodzaak om het aanbestedingsbeleid en de aanbestedingsregels te verduidelijken en vereenvoudigen, want hoewel het aantal gepubliceerde opdrachten op EU-niveau was gestegen, bleef het aantal grensoverschrijdende opdrachten maar 2% (sic: nu 5%!).

17 In UUCePP-verband is er veel onderzoek op dit terrein uitgevoerd. Zie bijvoorbeeld – naast mijn eigen onderzoek – ook de output van o.a. Fredo Schotanus, Vita Titi, Willem Janssen, Nathan Meershoek, Bram Vroege, Niels Wittenberg, Tom Huisjes en Ruben Nikolaas, allen verbonden aan het Utrecht University Centre for Public Procurement. In de laatste UUCePP Nieuwsbrief wordt van een aantal daarvan melding gemaakt: zie de link naar de Nieuwsbrief op <https://www.uu.nl/onderzoek/centre-for-public-procurement-uucepp>

18 Mario Monti (2010), *Een nieuwe strategie voor de eengemaakte markt; ten dienste van de Europese economie en samenleving*, eerder aangehaald, p. 93.

Zijn aanbevelingen om de tegenvallende interstatelijke openstelling te verbeteren door het aanbestedingsbeleid en de aanbestedingsregels eenvoudiger, doeltreffender en minder belastend te maken voor nationale en lokale autoriteiten,¹⁹ blijven onveranderd actueel. Hetzelfde geldt voor zijn aanbeveling voor een meer strategische inzet van aanbestedingen om innovatie, groene groei en sociale integratie te stimuleren. Toch is deze verbetering na veertien jaar niet bereikt en ik vermoed om dezelfde redenen die ik toen voorspelde, namelijk dat verduidelijking en vereenvoudiging niet volstaan omdat een consistentere en meeromvattende organisatie van aanbestedingsbeleid, -visie en -regels vereist is.²⁰

Waar te beginnen om een meeromvattende en consistentere aanbestedingsvisie te ontwikkelen?

Een dergelijke meeromvattende visie ontbreekt nog steeds, maar is nu sterker nodig dan toen, omdat de omstandigheden die tot de totstandkoming van de oude regulering geleid hebben, inmiddels ingrijpend zijn veranderd. Het ontwikkelen van die visie vergt een globale analyse van de markt voor overheidsopdrachten in een grotere context van nationale, Europese en mondiale ontwikkelingen.²¹ Anders dus dan wat de Algemene Rekenkamer van de EU doet. Haar analyse – hoewel getalsmatig natuurlijk correct – schiet tekort omdat die uitsluitend is uitgevoerd in het licht van de beleidsdoelstellingen van de interne markt zoals die aan de basis liggen van de versie van de EU-aanbestedingsrichtlijnen uit 2014. Die analyse is dus niet voldoende om een toekomstige, effectieve visie op aanbestedingsbeleid en -recht te ontwikkelen. Daarvoor dient rekening te worden gehouden met de vele én ingrijpende ontwikkelingen die Europa en de wereld in de laatste twee decennia hebben getroffen: zoals de crises op het terrein van migratie, de rechtsstaat (Polen, Hongarije en steeds meer dossiers), supranationale gezondheidsfenomenen zoals de Covid19-pandemie, de invasie van Rusland in Oekraïne, de steeds groter wordende afhankelijkheid van landen van buiten de EU (zoals China, maar ook de VS, op het terrein van defensie en technologie) en zelfs – onlangs – de aanval van Hamas op Israël van 7 oktober 2023. Maar niet alleen dat.

We zullen bij die analyse ook moeten betrekken de redenen die in vele EU-lidstaten tot een radicale politieke koerswijziging naar rechts hebben veroorzaakt, met een toename van nationalistisch protectionisme als gevolg. Protectionisme dat daarnaast ook steeds meer als oplossing wordt gezien om klimaatverandering tegen te gaan, om maatschappelijke waarde op individueel en lokaal niveau te vergroten, om de nationale veiligheid te verzekeren en om

19 Mario Monti (2010), o.c., p. 93.

20 E. Manunza (2010), i.c., par. 2.4.3.

21 Dat een dergelijke meeromvattende analyse cruciaal is, bepleitte ik al in 2002 in mijn NWO-VENI project *Questioning the Fundamental Legal and Economic Presuppositions and Principles Underlying the EC Public Procurement Directives*.

strategische autonomie te vergroten. Ik durf te stellen dat de oorzaak voor de toename van de verschillende vormen van protectionisme in de steeds verdergaande globalisering dient te worden gevonden en dat die een verscheidenheid aan terechte én onterechte reacties oproept. Zo wordt competitie door velen als de grootste boosdoener achter een veelheid aan problemen gezien.

In zijn toespraak *‘Radical Change – is What is Needed’*²² uitgesproken te Brussel op 16 april 2024 op de conferentie over de Europese pijler van sociale rechten, concludeert Mario Draghi dat niet het concurrentievermogen – de competitie – een gebrekkig of verouderd concept is, maar dat Europa de verkeerde focus heeft gehad en dat deze focus radicaal moet worden gewijzigd. Want wij hebben volgens Draghi onterecht vertrouwd *‘op een gunstig internationaal klimaat, op het mondiale gelijke speelveld en de op regels gebaseerde internationale orde, in de verwachting dat anderen dat ook zouden doen. Maar nu verandert de wereld snel en dat heeft ons verrast.’* Daarnaast zijn we te veel met elkaar in concurrentie gegaan in plaats van die concurrentie buiten de EU-grenzen te zoeken. Hij pleit voor een radicale verandering in aanpak van de hele Europese economie:

‘We moeten kunnen vertrouwen op koolstofvrije en onafhankelijke energiesystemen; een geïntegreerd en adequaat, op de EU gebaseerd defensiesysteem; binnenlandse productie in de meest innovatieve en snelgroeiende sectoren; en een leidende positie in de diepgaande technologische en digitale innovatie die dicht bij onze productiebasis ligt. Maar omdat onze concurrenten snel evolueren, moeten we ook prioriteiten stellen. Er is onmiddellijke actie nodig in de sectoren die het meest blootstaan aan groene, digitale en veiligheidsuitdagingen.’

Al deze punten raken de markt voor overheidsopdrachten en vergen dus een radicale nieuwe visie op het aanbestedingsbeleid. Zelf pleitte²³ ik in dat kader om naar ‘betere’ in

plaats van naar meer competitie te streven, op basis van een minder beperkt ‘economie’-concept (zie hierna).²⁴ Competitie, interne markt en aanbestedingsregels zijn immers niets meer dan middelen om de hogere EU-doelstellingen te bereiken die in art. 3 lid 1 EU-Werkingsverdrag zijn neergelegd en zijn daar dus vanzelfsprekend aan ondergeschikt: de EU heeft tot doel de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen. Deze laatste blijven fundamentele uitgangspunten van het Europese project die als zodanig niet aan verandering onderworpen zijn. Hun invulling kan uiteraard wel aan evolutie onderhevig zijn. Maar de interne markt, competitie, de aanbestedingsregels zijn dynamische concepten. Hun invulling dient continu en in het licht van de hogere Verdragsrechtelijke doelen te worden geëvalueerd en waar nodig aangepast.

Competitie, interne markt en aanbestedingsregels zijn immers niets meer dan middelen om de hogere EU-doelstellingen te bereiken

Maar voor een dergelijke aanpassing dient eerst een visie te worden ontwikkeld, ook op nationaal niveau. En die visie dient gericht te zijn op de verwezenlijking van een samenleving die juist is omdat ecologisch,²⁵ inclusief en geopolitiek veilig.²⁶ Dat zijn waarden waarin de EU sterk gelooft, zoals ook beklemtoond wordt in het rapport van Enrico Letta over de toekomst van de interne markt. Alleen een dergelijke ‘bezielde’ visie kan een nationaal aanbestedingsbeleid én regelgeving verzekeren die effectief kan worden ingezet om de problemen die op het globaal toneel ontstaan, maar die direct en keihard in ons dagelijks bestaan ingrijpen, tegen te gaan. Of ten minste te mitigeren.

22 Download de integrale speech van deze site: <https://geopolitique.eu/en/2024/04/16/radical-change-is-what-is-needed/>

23 Zie bijvoorbeeld de toespraken van E. Manunza, ‘Constitutionalising Public Procurement’, CoCoT Conference ‘Europe and the Price of Well-Being: How to Secure “Good” Regulation and Enforcement in Europe?’, Universiteit Utrecht, 9 december 2022 (samen met Linda Senden georganiseerd); ‘Towards a More Coherent and Effective Public Procurement Legal System’, Public Procurement Global Revolution XI op 14 juni 2022; ‘Shaping a Just Society by Disclosing Public Procurement Data?’ keynote voor de Europese Conferentie ‘Open Procurement with Impact: how?’, BZK met Open State Foundation and Open Contracting Partnership, 30 mei 2022; ‘Public Procurement as an expression of the Rule of Law’, keynote, Pianoo congress, 16 juni 2022.

24 E. Manunza (2023), eerder aangehaald; ik lichtte de bevindingen uit die publicatie ook mondeling toe aan DG Trade, Europese Commissie, tijdens de conferentie ‘Challenges for public procurement in Europa and beyond’, 7 juni 2023, Brussel; zie ook: E. Manunza (2022), Paper ‘Towards a More Coherent and Effective Public Procurement Legal System’, Public Procurement Global Revolution XI, 14 juni 2022, gepubliceerd op de internal Conference Website.

25 Zie over het concept ‘ecologie’ en het verschil in benadering ten aanzien van een duurzaamheidsconcept bijvoorbeeld Peter D. Burdon (2012), ‘A Theory of Earth Jurisprudence’, *Australian Journal of Legal Philosophy*, 37, p. 28-60, maar zie ook bijvoorbeeld *Laudato Si* (Italiaans voor *Wees geprezen of Geprezen zijt Gij*), de encycliciek van paus Franciscus die op 24 mei 2015 werd uitgegeven.

26 Bij het Utrecht University Centre for Public Procurement (UUCePP) wordt wetenschappelijk en toegepast mono- en interdisciplinair onderzoek verricht gericht op oplossing van deze problemen. Het UUCePP werkveld bestrijkt vier thema’s: (i) de kunst van het kiezen; (ii) goed opdrachtgeverschap; (iii) nationale veiligheid en vitale infrastructuur; (iv) bevordering van de democratische staat.

In deze bijdrage breng ik een viertal kernaanbevelingen onder de aandacht²⁷ opdat de € 100 miljard die Nederland jaarlijks aan overheidsaankopen uitgeeft met nog meer impact kunnen worden besteed.



Competitie is geen doel maar ‘middel’



Schema 1

Eerste aanbeveling: streef naar betere in plaats van naar meer competitie

Een van de vooronderstellingen van economische regulering, waaronder het aanbestedingsrecht valt, is vaak dat concurrentie zoveel mogelijk moet worden aangemoedigd.²⁸ Maar om te garanderen dat er ook in de toekomst in de behoefte van de (wereld)bevolking kan worden voorzien, dient anders te worden omgegaan met de huidige behoeften. Daartoe dient ook de aankoopfocus te worden aangepast. Die moet niet meer liggen in het nastreven van steeds ‘meer’ concurrentie, maar in het streven naar ‘betere’ concurrentie om de economie daadwerkelijk te stimuleren en de duurzame economische transitie te bevorderen. Streven naar betere concurrentie dwingt ons om het concept ‘economie’ anders te benaderen en kosteneffectiviteit anders te berekenen bij aanbestedingsprocedures. Deze inschatting moet ook de kosten omvatten die nodig zijn voor de bescherming van de democratie en de rechtsstaat. Dit betekent praktisch gezien dat bij de discussie over bijvoorbeeld de vraag of, en zo ja in hoeverre, aanbestedingsgegevens openbaar moeten

worden gemaakt,²⁹ men zich niet alleen mag blindstaren op de kosten van die operatie maar zich dient te realiseren dat transparantie aan de basis ligt van een democratisch land en dat kennis over hoe overheidsgeld besteed wordt niet uitsluitend vanuit een doelmatigheidsoogpunt dient te worden gezien maar ook vanuit een rechtmatigheidsinvalshoek, omdat een transparante besteding van overheidsgeld een veel hoger – en fundamenteeler – doel dient.

Tweede aanbeveling: vernieuw de visie op aanbesteden door de samenleving als partij centraal te stellen³⁰

Bestrijd het antagonisme – het ‘wij-zij denken’ tussen opdrachtgever en opdrachtnemer – dat diep geworteld is in de aanbestedingspraktijk. 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 de Tweede Wereldoorlog werden aanbestedingen ingezet om werkgelegenheid te creëren en strategische industrie te beschermen. Tegenwoordig dulden in het bijzonder twee problemen, milieu en veiligheid, geen uitstel en vereisen een vernieuwde aanbestedingsvisie waarop beleid én regelgeving kan worden gebaseerd.

Zorg voor een radicale mentaliteitsverandering om effectiviteit van beleid te vergroten.

Geen enkele opdracht van de overheid aan de markt kan namelijk 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 overheidsgelden niet alleen de aanbesteder 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.

27 Op 27 september 2023 lichtte ik mijn visie voor het toekomstige aanbestedingsbeleid toe aan de vaste commissie van Economische Zaken van de Tweede Kamer. Enkele weken na die bespreking dienden ChristenUnie, Volt, SP, GroenLinks en PvdA het voorstel ‘Tien voorstellen voor een duurzaam en inclusief Inkoop- en aanbestedingsbeleid’ in. Het voorstel neemt diverse van mijn aanbevelingen voor een duurzamer en inclusiever aanbestedingsbeleid over en een aantal van Fredo Schotanus. Het gaat helaas volstrekt niet in op de noodzaak van de bescherming van de geopolitieke veiligheid en strategische autonomie.

28 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 13 december 2007, zaak C-337-06, ECLI:EU:C:2007:786 (*Bayerischer Rundfunk/GEWA-Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*), r.o. 39: ‘Wat specifiek overheidsopdrachten voor diensten betreft, heeft het Hof diezelfde hoofddoelstelling benadrukt, namelijk het vrije verkeer van diensten en de openstelling voor concurrentie in de lidstaten die niet vervalst wordt en zo ruim mogelijk is (zie in die zin zaak C-26/03, *Stadt Halle en RPL Lochau*, Jurispr. 2005, blz. I-1, r.o. 44 en 47).’

29 F. Schotanus (2022), *Open public procurement data by default – recommendations for the Dutch central government for making different types of public procurement data publicly available*, research report, Utrecht University, 7 april 2022.

30 Zie verder en meer uitgebreid E. Manunza (2023), eerder aangehaald.

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

Hanteer in plaats daarvan een goed-opdrachtgeverschapconcept, 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.

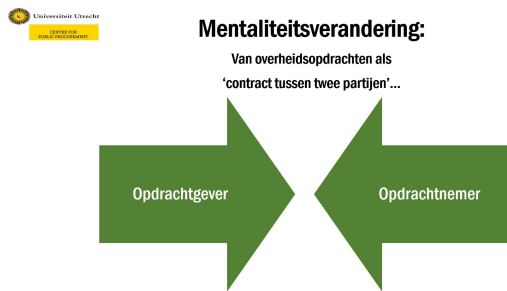
Focus op de gedachte dat het resultaat positieve effecten teweeg moet brengen voor de eindgebruikers, de burgers, de samenleving in brede zin dus ook het milieu.

Praktisch gesproken betekent dit dat alles dat negatieve effecten op de natuur en leefbaarheid heeft, inclusief geopolitieke veiligheid dus, bij overheidsopdrachten in de 'werkelijke' kosten moeten worden meegenomen.

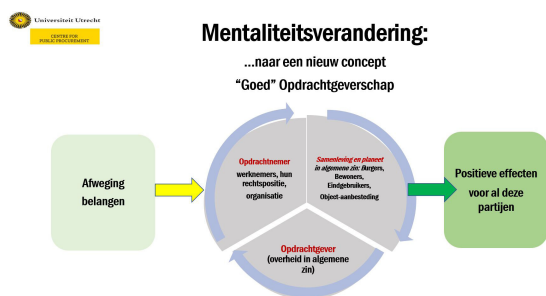
mische transitie en het realiseren van de overige doelen die hoog op de Europese én Nederlandse politieke agenda staan. Dat is een gemiste kans, want centraal inkoopbeleid kan zeer effectief zijn.

Ook aan de kant van ondernemingen leidt gefragmenteerd beleid tot extra kosten en minder kansen om kennis op te bouwen. Wanneer iedere aanbestedende dienst ander beleid hanteert en op verschillende doelen inzet wordt het voor ondernemingen ondoelmatig en onvoorspelbaar om investeringen te realiseren die noodzakelijk zijn om de grote beleidsdoelen te halen. Bedenk bijvoorbeeld hoe hinderlijk het is dat iedere gemeente ander beleid hanteert over dezelfde merken Chinese camera's.

Zie ook schema nr. 2 en nr. 3:



Schema 2



Schema 3

Derde aanbeveling: centraal, coherent en consistent beleid is hard nodig om effectief te zijn

3a. Geen ondoelmatige fragmentatie van beleid meer
Nederland is een bestuurlijk sterk gedecentraliseerd land. Beleid verschilt op de verschillende niveaus: centraal versus lokaal en lokaal niveau onderling. Dat geeft mogelijkheden voor maatwerk maar ook het risico op fragmentatie. Fragmentatie betekent inconsistent en dus ineffectief beleid voor zaken die iedereen aangaan, zoals klimaat of veiligheid. Fragmentatie van beleid verkleint de mogelijkheden van ondernemingen om impact te maken, de duurzame econo-

De grote maatschappelijke opgaven vergen 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 of centraal beleid nodig hebben, en welke beleid op gemeentelijk en provinciaal niveau.

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

3b. Ontwikkel centrale visie om nationale geopolitieke veiligheid te waarborgen en zorg voor adequate screenings-systemen

Soms is de *afwezigheid* van (centraal én lokaal) beleid de oorzaak van problemen, zoals bijvoorbeeld op het terrein van geopolitieke veiligheid.³¹ De aandacht voor het beschermen van veiligheidsbelangen bij overheidsaankopen is in de laatste twee jaar exponentieel gegroeid. Gebleken is dat vijandige mogendheden van buiten Europa die andere belangen hebben dan wij in Nederland, 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.

Nederland loopt achter op dit punt, mede wegens de misvatting dat uitsluiting in dergelijke gevallen niet mogelijk zou zijn door de Europese aanbestedingsregels, in het bijzonder omdat gelijke behandeling van inschrijvers moet worden gewaarborgd. Het zit anders in elkaar. Inschrijvers uit landen die niet tot de EU behoren, noch lid zijn van de *General Agreement on Public Procurement (GPA)* van de WTO, noch van landen afkomstig zijn waarmee bilaterale (aanbestedings)afspraken (bijvoorbeeld in bilaterale handelsverdragen) zijn gemaakt – zoals China – mogen

31 In 2019 heb ik een aanvang gemaakt met het opzetten van de enige in Nederland bestaande juridische expertise groep nationale veiligheid, strategische autonomie en aanbestedingen (<https://www.uu.nl/onderzoek/centre-for-public-procurement-uucepp/onderzoek/wetenschappelijk-onderzoek/nationale-veiligheid-en-vitale-infrastructuur>) als strategisch thema bij UUCePP.

van een aanbestedingsprocedure worden uitgesloten.³² Maar ook voor leveranciers die in de EU legaal zijn gevestigd, terwijl de goederen en/of diensten die ze aanbieden oorspronkelijk in landen buiten de EU zijn geproduceerd of ontwikkeld, heeft de EU mogelijkheden tot uitsluiting gecreëerd, onder andere met de Richtlijn Defensie en Veiligheid.³³ Uit wetenschappelijk onderzoek is echter vast komen te staan dat de Nederlandse wetgever die mogelijkheden niet of onvoldoende benut heeft bij de implementatie van de richtlijn in het nationaal recht.³⁴ De richtlijn is, anders dan velen denken, niet alleen relevant voor militaire aankopen maar ook voor de inkoop van ‘gevoelige’ diensten, werken en producten door Nederlandse aanbestedende diensten en entiteiten. Dat zijn producten, werken en diensten waaraan met een rubricering een bepaald niveau van veiligheidsclassificatie of een beveiligingsniveau is toegekend en die in het belang van de nationale veiligheid en uit hoofde van wettelijke voorschriften, beschermd moeten worden tegen ontvreemding, vernietiging, verwijdering, onthulling, verlies of toegang tot die gegevens of dat materiaal door een onbevoegde, of tegen enige andere vorm van compromittering.

Nationale veiligheid gaat namelijk niet alleen om de fysieke verdediging van nationaal grondgebied. De vragen die nu beantwoord dienen te worden om de vraag te beantwoorden of de nationale veiligheid in gevaar is, zijn: ‘Wat behoeft verdediging?’ en ‘Om wat voor dreiging gaat het?’

Nationale veiligheid gaat niet alleen om de fysieke verdediging van nationaal grondgebied

In de laatste jaren heeft er een verschuiving plaatsgevonden in het concept ‘bescherming van de nationale veiligheid’, die thans niet meer uitsluitend als territoriale verdediging

kan worden gezien maar ook als bescherming van fundamentele rechten en vitale behoeften zoals infrastructuur en mensenrechten. Zoals het Hof van Justitie EU in het arrest *La Quadrature du Net e.a.* van 6 oktober 2020 heeft geformuleerd, is nationale veiligheid de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat en omvat het de bescherming van de essentiële staatsfuncties en de fundamentele belangen van de samenleving, zoals het voorkomen en bestrijden van activiteiten die de fundamentele constitutionele, politieke, economische of sociale structuren van een land ernstig kunnen destabiliseren en, met name, een rechtstreekse bedreiging kunnen vormen voor de samenleving, de bevolking of de staat als zodanig.³⁵ Wat zijn de voordelen bij aanbesteden onder toepassing van de Richtlijn Defensie en Veiligheid? Naast meer flexibiliteit biedt het de mogelijkheid om onder bepaalde omstandigheden de nationale veiligheid goed te waarborgen en ook de mogelijkheid om onbetrouwbare inschrijvers te screenen en uit te sluiten.

Doch ook op dit punt is er in Nederland een groot probleem. Er bestaat namelijk in dit land geen algemeen specifiek op nationale veiligheid gericht screeningssysteem³⁶ bij overheidsaankopen, terwijl veel verschillende soorten overheden en nutsbedrijven hiermee – gewild of ongewild – te maken krijgen.³⁷ In dat licht moet het ons niet verbazen dat het voor overheden en nutsbedrijven moeilijk is om veiligheidsrisico’s met de toepassing van de juiste aanbestedingsregels af te stemmen. Uit wetenschappelijk onderzoek is tot slot gebleken dat ook andere – verdragsrechtelijke – juridische mogelijkheden om de nationale veiligheid te beschermen onvoldoende benut worden.³⁸

Uit onderzoeken is duidelijk geworden dat deze kwesties voor de veiligheidsdiensten grote urgentie hebben. Dit gevoel van urgentie lijkt bij overige aanbestedingen – dus ook op lokaal niveau – te ontbreken, of decentrale overheden willen wel maar weten niet hoe.

32 N. Meershoek, ‘Reciprocity as Security: Reconsidering Third Country Access to European Critical Infrastructure Procurement’, *European Foreign Affairs Review*, Special Issue 2023, p. 75-94.

33 Richtlijn (EG) 2009/81 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen (EG) 2004/17 en (EG) 2004/18.

34 E. Manunza & N. Meershoek (2022), *Beter screeningssysteem nodig om nationale veiligheid bij overheidsaankopen te waarborgen*, web publicatie Utrecht University: <https://www.uu.nl/achtergrond/beter-screeningssysteem-nodig-om-nationale-veiligheid-bij-overheidsaankopen-te-waarborgen>; N. Meershoek, E. Manunza, L. Senden e.a. (2022), *Naar een betere bescherming van veiligheidsbelangen bij de aankopen van de Nationale Politie: Een eerste verkenning van enkele aanbestedingsrechtelijke vraagstukken*. Rapport Universiteit Utrecht: https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/420121/Meershoek_Manunza_Senden_Geraedts_Scholte_2022_Veiligheidsbelangen_bij_aankopen_Nationale_Politie.pdf?sequence=1

35 HvJ EU 6 oktober 2020, gevoegde zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791; herhaald in zaak C-601/21 (*Commissie tegen Polen*) van 7 september 2023, r.o. 78.

36 E. Manunza & N. Meershoek (2022) en N. Meershoek, E. Manunza, L. Senden e.a. (2022), beide eerder aangehaald.

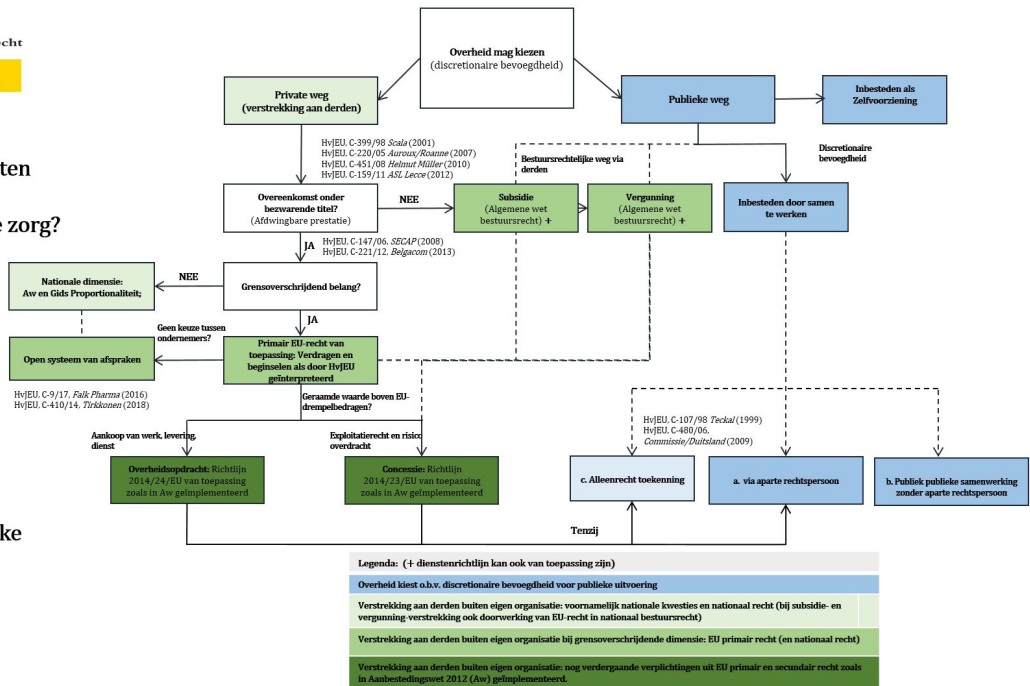
37 Wel is het Rijk in januari 2024 gestart met de ontwikkeling van de ABRO (Algemene Beveiligingsvoorschriften Rijks Opdrachten), op voorbeeld van de ABdO (Algemene Beveiligingsvoorschriften Defensie Opdrachten) die door defensie al sinds lange tijd wordt ingezet om leveranciers te screenen alvorens een contract met hen te sluiten.

38 Het gaat om art. 36, 51, 52, 62, 346 en 347 EUWV. Zie E. Manunza, N. Meershoek & L.A.J. Senden (2020), *Het Ecosysteem voor de militair-logistieke capaciteiten van de adaptieve Krijgsmacht: In het licht bezien van het NAVO-Verdrag, de EU-Verdragen en het nationale aanbestedings- en mededingingsrecht*, Rapport Universiteit Utrecht: <https://www.uu.nl/nieuws/militair-logistieke-dienstverlening-door-bedrijfsleven-aan-defensie-is-eu-proof>; N. Meershoek, E. Manunza & L.A.J. Senden (2022), *The Possibilities under EU Public Procurement Law for a Public-Private Ecosystem to Ensure Military-logistic Capabilities in a Changing Security Context*, p. 1-15, paper, Public Procurement Global Revolution IX, Nottingham; N. Meershoek, E. Manunza & L.A.J. Senden (2023), *Ensuring Military-logistic Capabilities through Discriminatory Public Procurement? Legal Routes to Overcome a Personnel Shortage*, *P.P.L.R.*, 32 (3), p. 141-156.



Welke rechtsinstrumenten Kiezen voor de Inrichting van de zorg?

Op basis van welke vragen en voorwaarden?



Schema 4

3c. 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 concessies en overheidsopdrachten op basis van de Aanbestedingswet 2012, kan beleid worden uitgevoerd via bijvoorbeeld subsidies, open house, vergunningen én inbestedingen. Er wordt overigens niet alleen ingekocht maar ook verkocht door lokale overheden.³⁹ 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 scheidslijnen lopen om deze rechtsinstrumenten van elkaar te onderscheiden verhindert een goede toepassing daarvan, met als gevolg minder effectief beleid.⁴⁰

Zo worden regelmatig subsidies verleend die eigenlijk als overheidsopdrachten hadden moeten worden aanbesteed omdat ze bijvoorbeeld een uitvoeringsverplichting inhou-

den. 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.

Zorg dat de wetenschappelijke kennis¹ die voorhanden is over toepassings-eisen 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. Ook dit leidt tot fragmentatie, inconsistent en incoherent beleid. Wellicht nog effectiever zou zijn om op centraal niveau keuzes te maken uit deze instrumenten.

1 Zie de reeds aangehaald dissertatie van G. Bouwman (2022).

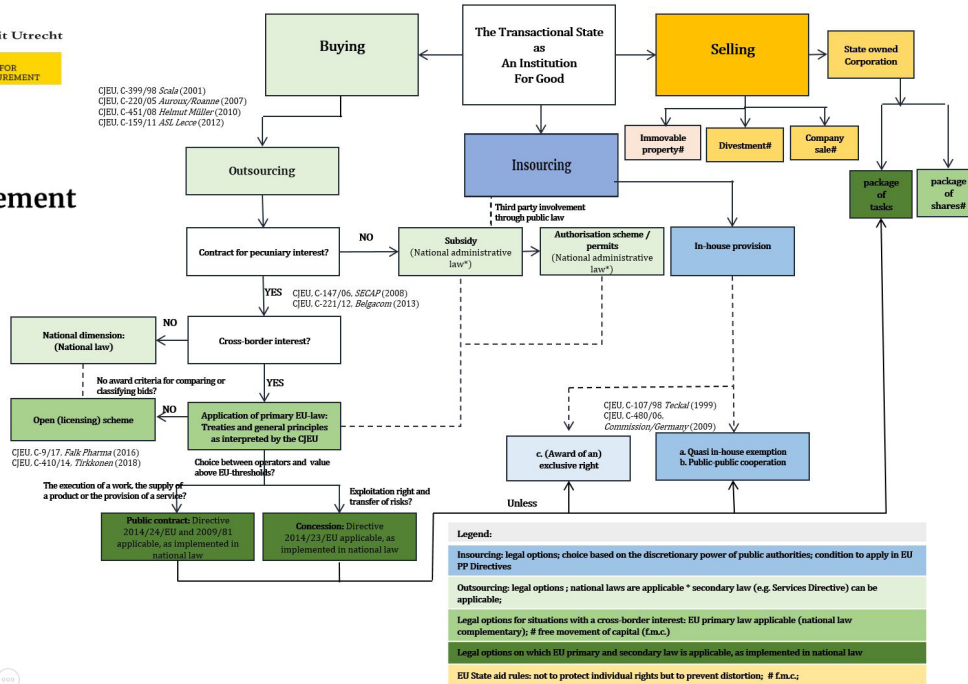
Het voorgaande is in de schema's 4 en 5 afgebeeld: het eerste schema geeft de verscheidenheid aan rechtsinstrumenten weer die voor de inrichting van de zorg kunnen worden ingezet; in het tweede schema is het aanbestedingsrecht in ruime zin afgebeeld, inclusief de verkopen door de overheid.

39 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*), BR 2022/7; hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911; rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46. Relevant zijn verder ook de volgende zaken, die goed de rol schetsen die de rechter moet aannemen bij afwezigheid van regulering: HR 27 maart 1987 (*Amsterdam tegen IKON*), NJ 1987/727; HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0852 (*Provincie Zeeland*); zie ook rb. Den Haag 27 februari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB3794, en rb. Amsterdam 19 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9336; hof Den Haag 26 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080 (*Gemeente Noordwijk*); hof Arnhem 26 april 2011, ECLI:NL:GHARN:2011; rb. 's-Hertogenbosch 10 september 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX7223, r.o. 4.6.

40 Zie uitgebreid hierover de dissertatie van G. Bouwman (2022), *Instrumenten voor het uitbesteden van diensten in het sociaal domein*, Universiteit Utrecht, uitgeverij Paris, p. 495.



Public Procurement in a Broad View



Schema 5

3d. Zorg voor eenvoudige aanbestedingsprocedures op basis van innoverende contractvormen met goede risicoverdeling

Een hogere kwaliteit en snellere en voordeligere 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 staan.⁴¹ 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 juridische vereisten van de EU.

De samenwerkingscontracten zelf dienen een evenwichtige risicoverdeling te bevatten, zodat voldoende belangstelling in de markt wordt gewekt en een eerlijke prijs ontstaat. Het verdient de voorkeur om te streven naar een zekere stan-

daardisering, 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 én gedragen kunnen worden.

Vierde aanbeveling: geen vrijblijvendheid meer om duurzaamheid te realiseren (in ruime zin, inclusief sociale aspecten)

4a. Verplicht duurzame inkoop door die bovenaan de prioriteitenlijst van beleid te plaatsen

Uit wetenschappelijk onderzoek is al lang vast komen te staan dat het aanbestedingsrecht vele mogelijkheden bevat om duurzaam in te kopen (in ruime zin, ook de sociale aspecten daarvan),⁴² maar dat het voornaamste probleem

41 R. Bleeker (2021), 'Een bouwcontract en geen juristencontract. Over een eenvoudig twee-fasencontract binnen de UAV-GC'; C. Jansen (2021), 'Over "twee-fasen-proces", "bouwteam met UAV-GC" en "alliantie": mogelijke oplossingen voor een verbeterde beheersing van het informatierisico bij de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde projecten'; G. Huith (2021), 'Eerlijk werk voor eerlijk geld? Enkele beschouwingen over het twee-fasen proces en daarbij behorende kritische succesfactoren', alle verschenen in 2021 in het *Themanummer TBR* van 8 augustus 2021.

42 E.R. Manunza, G. Bouwman, & W.M. Lohmann (2015). 'Juridisch leaflet Maatschappelijk Aanbesteden: Juridische mogelijkheden om de kracht van de samenleving te benutten bij aanbestedingen', ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/325564/86418_maatschappelijk_aanbesteden.pdf?sequence=1

is dat het behalen van duurzaamheidsdoelen in 2030 nog steeds als een keuze en niet als een verplichting wordt gezien.⁴³

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 Aanbw). 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 (HvJ EU 30 januari 2020, ECLI:EU:C:2020:58) – 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 (r.o. 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.⁴⁴

Verbeter de bewoordingen van art. 1.4 lid 2 Aanbw 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-stofindustrie afkomstige producten die uiteindelijk weer als plastic in het milieu terecht zullen komen en niet of beperkt herbruikbaar zijn).

43 E. Manunza (2019), ‘Green Procurement: Lessons from the Netherland’, 7 oktober 2019, *Bioeconomy Congress*, Lodz, Polen. Ook Schotanus pleitte in 2022 voor om inkopen met aandacht voor mens en milieu minder vrijblijvend te maken: zie F. Schotanus, *A better world starts with public procurement*, Inaugural address, Utrecht University, 1 July 2022.

44 Zie W.A. Janssen, R. Caranta (Red.) (2023), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law*, ISBN 9781509963973, Hart Publishing, 1 oktober 2023; W.A. Janssen & N. van Wijk (Red.), ‘Maatschappelijk verantwoord aanbesteden: van Mogelijkheden naar Verplichtingen’, *Themanummer Tijdschrift voor Bouwrecht* 2021/2; W.A. Janssen (2020), ‘Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden: een eerste verkenning van een paradigmaverandering’, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht & Staatssteun* 2020/3, (nr. 1), p. 19-30.

4b. Creëer kansen voor innoverende partijen en sociaal ondernemerschap⁴⁵

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 het mkb in de bouwsector met dezelfde grootte van ondernemingen in de zorgsector te vergelijken.

Er zijn vele soorten partijen op de markt die in concurrentie met elkaar aan de overheid hun diensten, producten en werken willen leveren: de staat zelf, andere publieke instanties, profit en non-profit actoren. Non-profit actoren omvatten vrijwilligersorganisaties, liefdadigheidsinstellingen en zelfs religieuze instellingen, burgerinitiatieven en sociale ondernemingen. 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 Deutschland.

Ook de categorie for-profit is geen monoliet; er zijn grote verschillen. Zo hebben we in Nederland in de laatste jaren startups zien ontstaan die ‘sociaal ondernemerschap’ bedrijven. Ondernemingen zoals Tony’s Chocolonely,⁴⁶ gericht op het ‘slavernijvrij’ maken van chocolade, en Triodos Bank,⁴⁷ die zich uitsluitend richt op investeren in projecten die tot doel hebben het oplossen van maatschappelijke problemen zoals duurzaamheid, zijn goede voorbeelden van for-profit ondernemingen die niet in de eerste plaats gericht zijn op het maximaliseren van winst, maar op het gebruiken van winst om maatschappelijke uitdagingen op het gebied van duurzaamheid en sociale integratie op te lossen.⁴⁸ Dat zijn Nederlandse ‘innovaties’ waar Nederland trots op moet zijn en die betere kansen dienen te krijgen in aanbestedingen om op te kunnen schalen.

Sociaal ondernemerschap, sociale ondernemingen en burgerinitiatieven worden dus steeds belangrijker voor de samenleving, waardoor de relatie tussen Staat en markt verandert. Het is uiteindelijk de Staat die bepaalt in een aanbesteding welke partij mag bijdragen aan dat wat wij ‘goed’ vinden in onze samenleving en wie ervoor zal zorgen, door te kiezen tussen de vele verschillende partijen. Kortom, de Staat dient niet *meer* maar ‘betere’ concurrentie te creëren door

45 N.S. Bosma, G.J.A. Hummels, E.R. Manunza, A. Argyrou, S. Kamerbeek, N.A. Meershoek, & E.R. Helder, (2019), *Versnelling en verbreding van sociaal ondernemerschap: Een onderzoek naar de wenselijkheid van nieuwe juridische kaders*. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/02/18/versnelling-en-verbreding-van-sociaal-ondernemerschap>.

46 Zie <https://tonyschocolonely.com/int/en>

47 Zie <https://www.triodos.nl/over-triodos-bank>

48 E. Manunza & N. Meershoek (2020), ‘Fostering the Social Market Economy? Legal Impediments for New Types of Economic Actors’, *6 P.P.L.R.* 343–359, par. 2, p. 350.

die partijen te kiezen die beter geschikt zijn om rechtvaardige en duurzame doelen daadwerkelijk te realiseren. Dit zal uiteraard aan de hand van een slimme vraagtechniek moeten geschieden waarbij de meest functioneel relevante criteria worden gekozen, maar die wel in overeenstemming dienen te zijn met alle aanbestedingsrechtelijke fundamentele uitgangspunten – objectieve, heldere, niet discriminerende en proportionele criteria.



Schema 6

Schema 6 geeft de verscheidenheid aan marktpartijen weer waaruit de overheid kan kiezen.

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.

4c. Benut art. 2.82 en 2.82a Aanbestedingswet om maatschappelijke impact te versnellen

De grote verscheidenheid aan concepten en benamingen zorgt voor onduidelijkheid en belemmert opschaling van het ‘sociale’ mkb en het behalen van duurzame resultaten. Concepten en terminologie die in beleid worden gehanteerd dekken niet altijd de wettelijke concepten en zijn daarmee soms zelfs in strijd.⁴⁹ 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 Aanbw 2012) die dit soort ondernemingen reguleren en die aan overheden kansen geven om aanbestedingen juist voor te behouden aan dit soort ondernemingen. Dit soort ondernemingen kan 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 over-

heidsinkoop zijn in potentie een zeer goede match, maar nog niet in de praktijk.⁵⁰

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).⁵¹

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 zijn die 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 Aanbw) geeft om sociale ondernemingen te laten opschalen door consistent (en meer centraal gestuurd) beleid.

Benut bovengenoemde wetenschappelijke resultaten en inzichten over hoe sociaal beleid te realiseren op brede, centraal gestuurde schaal.

Concluderend

Om terug te keren naar het begin en om af te sluiten. Het startsignaal om alert en gefocust het hoofd te kunnen bieden aan de ingrijpende wereldproblemen die Nederlandse aanbesteders dienen aan te pakken in de komende jaren, is al lang afgegeven. Vanwege wat op het spel staat dienen de overheid en de markt een bewust en betrokken voorvechter van de democratische en rechtsstatelijke Europese waarden te worden die aan de basis van het aanbestedingsrecht staan. Overheid en markt dienen de urgentie *samen* te voelen en er echt werk van te maken, en samen kan dit ongelofelijk snel tot enorme resultaten leiden. Daar-

50 Volgens F. Schotanus (2023) in: ‘Sociale ondernemingen en overheidsinkoop onder de drempels: een “match made in heaven” maar nog niet in de praktijk’, *Tender Nieuwsbrief*, juni 2023.

51 Zie T. Huisjes, *Social return in het licht van het Europees aanbestedingsrecht*, rapport Universiteit Utrecht (2022), https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/423948/Social_return_in_het_licht_van_het_Europees_aanbestedingsrecht_T._Huisjes_Eindversie_.pdf?sequence=1; zie verder ook T. Huisjes, *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*, rapport Universiteit Utrecht (2021), https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/420052/Huisjes_T._Sociaal_en_inclusief_opdrachtgeverschap_Quickscan_herziene_versie_en_eerste_deelrapport_juni_2021_.pdf?sequence=1; zie ook T. Huisjes (2021), ‘No race to the bottom for reserved procurement procedures, but where is the top?’, Web publication/site, EU Law Live, <https://eulawlive.com/analysis-no-race-to-the-bottom-for-reserved-procurement-procedures-but-where-is-the-top-by-tom-huisjes/>

49 Bosma, Hummels e.a. (2019), Eerder aangehaald. Het onderzoek heeft tot een wetsinitiatief geleid: <https://www.internetconsultatie.nl/bvm>

voor is wel een radicale mentaliteitsverandering nodig om een meeromvattende, consistentere, centraal gestuurde aanbestedingsvisie en -beleid te ontwikkelen. Althans als wij aarde en vrijheid echt willen beschermen.

Dit artikel is afgesloten op 28 april 2024.

Over de auteur

Prof. dr. mr. E.R. (Elisabetta) Manunza

Hoogleraar Europees en internationaal aanbestedingsrecht, Universiteit Utrecht, co-directeur Utrecht University Centre for Public Procurement (UUCePP), co-trekker UU Platform The Transactional State as an Institution for Good.

VIND: Het antwoord op elke vraag



Vind jij altijd de juiste informatie?

Alleen **VIND** levert gemeenten de unieke combinatie van werkprocessen én praktische informatie om de organisatie in de breedste zin te voorzien. De front- en backoffice sluiten daardoor naadloos op elkaar aan. Deze combinatie bespaart tijd én de dienstverlening naar burgers en ondernemers is professioneler, sneller en accurater.

Vind alle voordelen op sdu.nl/vind

Sdu