

Juli 2008

Eis voor het inzetten van werklozen bij een aanbesteding geoorloofd?

Vraag:

Onze gemeente heeft bij het aanbesteden van het beheer van de parkeergarages in de offerteaanvraag aangegeven dat tot 20 % van het in te zetten personeel werklozen dienen te zijn. Wanneer aan dit percentage niet wordt voldaan, moet dit worden gemotiveerd. Kan ik een dergelijke eis stellen? Indien dit kan, welk percentage is dan toegestaan?

Antwoord:

Wetgeving

In de bekendmaking, het conceptcontract of elders in het bestek kunnen volgens artikel 26 van Richtlijn 2004/18 (artikel 26 Bao) bijzondere uitvoeringsvoorwaarden worden vermeld waaronder de opdracht moet worden uitgevoerd. De Nota van Toelichting bij de Bao stelt dat deze bijzondere uitvoeringsvoorwaarden met name bedoeld zijn om de beroepsopleiding op de werkplek of de arbeidsparticipatie van moeilijk in het arbeidsproces te integreren personen te bevorderen, of de werkloosheid te bestrijden.

Op grond van het beginsel van proportionaliteit mogen echter geen disproportionele eisen worden gesteld. Bij het vermelden van dergelijke eisen in het bestek etc. dient de gemeente hiermee dan ook uitdrukkelijk in de argumentatie rekening te houden. Voorts moeten de bijzondere voorwaarden verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht, waaronder de bepalingen inzake vrij verkeer van diensten en goederen en de beginselen van non-discriminatie, transparantie naast proportionaliteit. Dit betekent o.a. dat bijzondere uitvoeringsvoorwaarden alleen gelden wanneer ze in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vermeld.

Jurisprudentie

In de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie zijn er twee uitspraken die meer duidelijkheid bieden over het stellen van eisen ten aanzien van werkgelegenheid binnen aanbestedingen: het arrest Beentjes en het arrest 'Nord Pas de Calais'.

Ten eerste het arrest [Beentjes](#) (zaak 31/87), wat interessant is vanwege het percentage in te schakelen personen bij een aanbesteding. In deze zaak werd gesteld dat 'het betreffende project diende te worden uitgevoerd door tenminste 70 % langdurig werklozen...'. Het Hof oordeelde in deze zaak dat het toegestaan is dergelijke bijzondere voorwaarden te stellen mits zij 'alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten.'

In het concrete geval van de zaak Beentjes werd gesteld dat de aanvullende bijzondere voorwaarde onverenigbaar was met het beginsel van het vrij verrichten van diensten. Vereist werd immers dat gebruik werd gemaakt van bij het GBA ingeschreven werklozen, wat feitelijk neerkomt op werklozen die in Nederland zijn ingeschreven. Bovendien was het percentage (70 %) werklozen dat moest worden ingezet bij de opdracht dermate hoog, dat het Hof stelde dat de eis een effectieve rem zette op de deelneming van buitenlandse aannemers. Er was hier sprake van indirecte discriminatie. Uit het arrest Beentjes blijkt dat een eis zoals die in deze zaak was geformuleerd (GBA-werklozen én het 70%-quotum) niet de juiste manier is om overheidsopdrachten te gebruiken als instrument van een lokaal werkgelegenheidsbeleid. Als de eis op deze manier wordt ingevuld dan is zij in strijd met het discriminatie- en proportionaliteitsbeginsel. Mogelijk had het Hof anders geoordeeld, als de inschrijver ook in andere lidstaten ingeschreven werklozen had mogen meetellen voor het volmaken van het 70 %-quotum.

Reacties en disclaimer:

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op info@europadecentraal.nl. Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.

praktijkvraag

Dit brengt ons op de beantwoording van de vraag welk percentage wél toegestaan zou zijn. Gezien het feit dat in het arrest Beentjes naar een te hoog percentage verwezen werd, lijkt het erop dat een bepaald percentage werklozen bij de opdracht ingezet moeten worden op zich wel kan, maar dit percentage niet onevenredig hoog mag liggen. Dergelijke bijzondere eisen mogen dus niet te omvangrijk worden in verhouding tot de hoofdopdracht. Een percentage van 20 % lijkt ons echter niet zodanig hoog dat het aangemerkt kan worden als een disproportionele eis.

Het tweede arrest dat belangrijk is in het kader van aanbesteden en werkgelegenheid is het arrest Commissie vs. Frankrijk ('[Nord Pas de Calais](#)' uit 2000, C-225/98. In deze zaak stelde het Hof dat de aanbestedende diensten een voorwaarde in verband met werkloosheidsbestrijding mogen stellen, mits de voorwaarde alle beginselen van het Gemeenschapsrecht eerbiedigt, en uitsluitend wanneer de aanbestedende diensten de keus hebben uit twee of meer economisch gelijkwaardige inschrijvingen. De betrokken lidstaat beschouwde deze voorwaarde als een aanvullend en niet-doorslaggevend criterium, dat pas werd toegepast nadat de inschrijvingen op puur economische gronden met elkaar was vergeleken. Het Hof oordeelde dat dit de juiste benadering was. Het Hof stelde in dit arrest dat een aanvullend gunningscriterium inzake werkloosheidsbestrijding toepast kan worden, mits dit voor inschrijvers uit andere lidstaten van de Gemeenschap geen direct of indirect discriminerende werking heeft. Als dat wel zo is zou het gunningscriterium uitdrukkelijk in de aankondiging moeten worden vermeld, zodat de aannemers van het bestaan ervan kennis kunnen nemen.

Uit het voorgaande blijkt dat eisen ten aanzien van werkgelegenheid mogelijk zijn. Volgens de wetgeving en jurisprudentie hebben zij hun plek binnen het bestek als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde of als aanvullend gunningscriterium. Het is hierbij van belang de algemene beginselen van non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit in acht te nemen. Indien u nog graag uitspraken van de nationale rechter over dit onderwerp wilt raadplegen, adviseren wij u uitspraak No. 70.378 van de Raad van Arbitrage 28 augustus 1998 te lezen.

Mocht u nog meer willen weten over de toepassing van andere sociale criteria dan op het gebied van werkgelegenheid, dan verwijzen wij u graag door naar de [Interpretatieve Mededeling](#) die de Commissie over de integratie van sociale aspecten in overheidsopdrachten heeft gepubliceerd. De mededeling is weliswaar enigszins verouderd (hij stamt uit 2001), maar in samenhang gelezen met recentere jurisprudentie (o.a. de zaken Wienstrom, Beentjes en Nord-Pas de Calais) kunt u toch een goed beeld krijgen van alle mogelijkheden die ter beschikking staan. Zie ook het dossier [Werkgelegenheid en Sociaal beleid van Europa decentraal](#)