

TBR 2015/22

# De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk 'maatschappelijke waarde' voor de publieke middelen

- Mr. dr. A.J. van Heeswijck<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

**A**rtikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zorg draagt voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid van dit artikel. Deze bepaling is via een amendement in de Aanbestedingswet 2012 terechtgekomen.<sup>2</sup> De Aanbestedingswet 2012 is inmiddels ruim anderhalf jaar van kracht en in die periode zijn over artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 al enkele uitspraken verschenen, zowel van de overheidsrechter als de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvA). In deze bijdrage wordt de toepassing van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 in deze uitspraken onder de loep genomen.

Hierna wordt in paragraaf 2 eerst aandacht besteed aan de wetsgeschiedenis van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012. In paragraaf 3 volgt een bespreking van de gepubliceerde uitspraken waarin deze bepaling aan de orde komt. In paragraaf 4 worden enkele opvallende en gemeenschappelijke aspecten uit die uitspraken belicht. Paragraaf 5 sluit af met enkele concluderende opmerkingen.

## 2. De wetsgeschiedenis van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012

**A**rtikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 komt zoals gezegd voort uit een amendement.<sup>3</sup> De toelichting bij dit amendement is summier. De strekking van het ingevoegde lid is volgens de indiener het doel van de wetgeving als beginsel te codificeren. Er zou sprake zijn van een groot maatschappelijk belang om de publieke middelen waarop de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, zo goed mogelijk te besteden, waardoor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde zou worden gecreëerd. Met gericht overheidsbeleid op het gebied van aanbesteden zouden belangrijke besparingen zijn te realiseren.<sup>4</sup> 'Maatschappelijke waarde' lijkt volgens de toelichting bij het amendement dus het besparen van de publieke middelen in te houden.

De indiener van het amendement heeft het begrip 'maatschappelijke waarde' tijdens de behandeling van het wetsvoorstel voor de aanbestedingswet in de Tweede Kamer nader toegelicht. Met het creëren van 'maatschappelijke waarde' zou zijn bedoeld 'maximaal waar voor je belastinggeld krijgen'. Het gaat daarbij om de beste prijs-kwaliteitsverhouding.<sup>5</sup> De indiener van het amendement lijkt, anders dan de toelichting bij het amendement in eerste instantie doet vermoeden, oog te hebben gehad voor meer dan alleen geld. Hij verwees in zijn nadere toelichting bij het begrip 'maatschappelijke waarde' naar een motie om social return in aanbestedingen te integreren en een amendement om het gunningscriterium 'de economisch meest voordelige inschrijving' als uitgangspunt te nemen, waardoor ruimte zou worden geboden aan duurzaam-

<sup>1</sup> Arthur van Heeswijck is advocaat bij PlasBossinade advocaten en notarissen. Dit artikel is op 21 oktober 2014 voltooid. Nadien verschenen uitspraken zijn niet in dit artikel verwerkt.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 46.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 46.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 46.

<sup>5</sup> Handelingen II 2011/12, 32 440, nr. 48, item 4, p. 14 - 15.

# I zoveel e' voor

## artikel 1.4 lid 2 12

estedingwet 2012  
een amendement.<sup>3</sup>  
ment is summier.  
e lid is volgens de  
eving als beginsel  
ijn van een groot  
publieke middelen  
12 van toepassing  
4, waardoor zoveel  
le zou worden ge-  
leid op het gebied  
rijke besparingen  
elijke waarde' lijkt  
endement dus het  
len in te houden.

nt heeft het begrip  
dens de behande-  
de aanbestedings-  
r toegelicht. Met  
lijke waarde' zou  
or je belastinggeld  
beste prijs-kwali-  
1 het amendement  
j het amendement  
en, oog te hebben  
Hij verwees in zijn  
'maatschappelijke  
il return in aanbe-  
ndement om het  
ch meest voorde-  
t te nemen, waar-  
n aan duurzaam-

heid en innovatie.<sup>6</sup> Maatschappelijke waarde zou namelijk niet altijd in euro's zijn uit te drukken.<sup>7</sup>

Ook bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de aanbestedingswet in de Eerste Kamer is het begrip 'maatschappelijke waarde' aan de orde gekomen. Daarbij werd dit begrip opnieuw in verband gebracht met sociaal aanbesteden. Eerste Kamerleden vroegen of onder 'zoveel mogelijk maatschappelijke waarde' ook kan worden verstaan het opnemen van voorwaarden om langdurig werklozen of arbeidsgehandicapten bij de uitvoering van een opdracht in te schakelen.<sup>8</sup> De minister beantwoordde deze vraag bevestigend. Hij voegde daar aan toe dat uit artikel 1.4 lid 2 van het wetsvoorstel niet voortvloeit dat altijd dergelijke voorwaarden hoeven te worden opgenomen. De beoordeling of daardoor 'zoveel mogelijk maatschappelijke waarde' wordt geleverd zou in het concrete geval aan de aanbestedende dienst zijn overgelaten.<sup>9</sup>

Eerste Kamerleden van een andere fractie vroegen of met het begrip 'maatschappelijke waarde' is bedoeld dat er bij aanbesteden meer oog moet zijn voor kwalitatieve aspecten en duurzaamheid en innovatie moeten worden beloofd, aspecten die eveneens bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer aan de orde waren gekomen. Daarnaast vroegen zij hoe voorkomen wordt dat aanbestedende diensten artikel 1.4 lid 2 van het wetsvoorstel aangrijpen om externe beleidsdoel-einden zonder specifieke wettelijke grondslag in het aanbestedingsbeleid te integreren.<sup>10</sup> De minister beantwoordde de eerste vraag bevestigend.<sup>11</sup> In antwoord op de tweede vraag gaf hij aan dat het creëren van 'zoveel mogelijk maatschappelijke waarde' betekent dat de aanbestedende dienst "de beste kwaliteit voor de beste prijs koopt". Dit is maatwerk. De aanbestedende dienst zou bij iedere aanbesteding opnieuw een afweging moeten maken. Hierin zouden volgens de minister ook externe beleidsdoelen mogen worden betrokken. Het wetsvoorstel, waaronder de beginselen en uitgangspunten, zouden voldoende garanties bieden tegen misbruik.<sup>12</sup> Wat de Eerste Kamerleden en de minister onder 'externe beleidsdoelen' verstaan blijkt overigens niet uit de parlementaire geschiedenis.

6 Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 25.  
7 Handelingen II 2011/12, 32 440, nr. 48, item 4, p. 14.  
8 Kamerstukken I 2011/12, 32 440, B, p. 5.  
9 Kamerstukken I 2011/12, 32 440, C, p. 7.  
10 Kamerstukken I 2011/12, 32 440, B, p. 7.  
11 Kamerstukken I 2011/12, 32 440, B, p. 10.  
12 Kamerstukken I 2011/12, 32 440, B, p. 10.

## 3. De toepassing van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 in uitspraken van (voorzieningen)rechters en de CvA

### 3.1 Rechtspraak

#### 3.1.1 Inleiding

Op het moment van schrijven van dit artikel zijn - voor zover mij bekend - drie uitspraken gepubliceerd op <www.rechtspraak.nl> waarin artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 aan de orde komt; twee uitspraken van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland en één van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag. Zij worden hierna achtereenvolgens besproken.

#### 3.1.2 Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland<sup>13</sup> had in zijn vonnis van 25 oktober 2013 de primeur. In deze zaak klaagt een afvalverwerker over het gunningscriterium, in het bijzonder de beoordelingssystematiek. De aanbestedende dienst had in zijn aanbestedingstukken aangegeven nascheiding te willen stimuleren. Door nascheiding aan te bieden bleef de inschrijver een aantal strafpunten bespaard. Volgens de klagende afvalverwerker maakt de beoordelingssystematiek het aanbieden van nascheiding echter onmogelijk, althans worden inschrijvers ontmoedigd dit te doen. Hierdoor zou van een daadwerkelijke stimulans om afval na te scheiden geen sprake zijn. Daarom is de beoordelingssystematiek volgens de klagende afvalverwerker in strijd met de uit artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 voortvloeiende verplichting om zorg te dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.

De voorzieningenrechter zoekt voor de interpretatie van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 steun in de parlementaire geschiedenis van deze bepaling. Hij overweegt dat artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 ertoe strekt dat aanbestedende diensten streven naar een zo goed mogelijke c.q. de beste prijs-kwaliteitsverhouding binnen het beschikbare budget. In zoverre zou deze bepaling "corresponderen" met artikel 2.114 van de Aanbestedingswet 2012, waarin het gunningscriterium 'de economisch meest voordelige inschrijving' als uitgangspunt is geformuleerd. Bij de vaststelling van de gunningscriteria komt de aanbestedende dienst ruime vrijheid toe, waarbij een terughoudende rechterlijke toetsing past. Die terughoudendheid geldt volgens de voorzieningenrechter in gelijke mate voor toetsing aan artikel 1.4 lid 2

13 Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:7100, JAAN 2014, 13, m.nt. Verweij.

van de Aanbestedingswet 2012.<sup>14</sup> Op basis van een waardering van de omstandigheden van het geval oordeelt de voorzieningenrechter dat de bezwaren van de klagende afvalverwerker ongegrond zijn.<sup>15</sup>

### 3.1.3 Vzgnr. Noord-Nederland 29 november 2013

De tweede rechterlijke uitspraak waarin artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 aan de orde komt, is net als de eerste afkomstig van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland<sup>16</sup> en betreft nota bene ook een aanbesteding van een opdracht voor afvalverwerking. De procespartijen verschillen wel. Een afvalverwerker heeft bezwaar tegen het gunningscriterium, dat in zijn ogen bedrijven die gebruik maken van de verwerkingstechniek vergisting bevoordeelt ten opzichte van bedrijven die gebruik maken van composteren. Bovendien is het gunningscriterium in zijn ogen onvoldoende transparant.

De voorzieningenrechter wijdt net als in het eerder genoemde vonnis enkele algemene overwegingen aan artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012. Hij herhaalt de overweging dat de betrokken bepaling ertoe strekt dat aanbestedende diensten moeten streven naar een zo goed mogelijke c.q. de beste prijs-kwaliteitsverhouding binnen het beschikbare budget en dat de bepaling in zoverre zou corresponderen met artikel 2.114 van de Aanbestedingswet 2012.<sup>17</sup> Vervolgens overweegt de voorzieningenrechter dat volgens vaste rechtspraak de aanbestedende dienst ruime vrijheid toekomt bij het vaststellen van de gunningscriteria, als 'de economisch meest voordelige inschrijving' het gunningscriterium is en dat de Aanbestedingswet 2012 hier geen verandering in heeft gebracht. De voorzieningenrechter oordeelt dat de aanbestedende dienst binnen de grenzen van deze vrijheid is gebleven en dat van strijd met de beginselen van het aanbestedingsrecht geen sprake is.<sup>18</sup> Bij de concrete beoordeling van de bezwaren tegen het gunningscriterium blijft artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 buiten beschouwing.

### 3.1.4 Vzgnr. Rb. Den Haag 25 februari 2014

In een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag<sup>19</sup> komt de verplichting van

de aanbestedende dienst om zorg te dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde zijdelings aan de orde. De zaak betreft een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor het leveren van multifunctionals, reprowerk en gerelateerde werkzaamheden met als gunningscriterium 'de economisch meest voordelige inschrijving'. Het geschil spitst zich toe het beoordelingssysteem op het onderdeel prijs, op basis waarvan minder punten worden toegekend naarmate de prijs afwijkt van het gemiddelde van de aangeboden prijzen. Een inschrijver meent dat dit beoordelingssysteem ondeugdelijk is, omdat het ertoe kan leiden dat bij een gelijke score op kwaliteit de inschrijver die met een hogere prijs heeft ingeschreven, als winnaar uit de bus komt.<sup>20</sup> Dit is volgens de betrokken inschrijver in de eerste plaats in strijd met artikel 2.114 van de Aanbestedingswet 2012, op basis waarvan de beste prijs-kwaliteitsverhouding de doorslag moet geven. In de tweede plaats zou het beoordelingssysteem in strijd zijn met de openbare orde en artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012, dat de aanbestedende dienst verplicht zorg te dragen voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde.

Deze bezwaren zijn naar het oordeel van de voorzieningenrechter gegrond. De voorzieningenrechter overweegt dat de aanbestedende dienst in beginsel vrijheid heeft bij het vaststellen van de gunningscriteria, maar dat die vrijheid wordt beperkt doordat hij enkel criteria kan kiezen die leiden tot gunning aan de inschrijver die de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. De economisch meest voordelige inschrijving komt neer op de inschrijving die de beste verhouding tussen prijs en kwaliteit biedt.<sup>21</sup> De voorzieningenrechter lijkt veel waarde te hechten aan recent arrest van het Gerecht van de Europese Unie.<sup>22</sup> De voorzieningenrechter voegt daar nog aan toe dat de betrokken aanbestedende dienst niet volledig privaet wordt gefinancierd en verbindt daaraan de consequentie dat hij verplicht is verantwoord om te gaan met overheidsgeld en zorg te dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.<sup>23</sup>

<sup>14</sup> Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:7100, r.o. 4.3.

<sup>15</sup> Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:7100, r.o. 4.4.

<sup>16</sup> Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 29 november 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:7367, JAAN 2014, 26.

<sup>17</sup> Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 29 november 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:7367, r.o. 4.2.

<sup>18</sup> Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 29 november 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:7367, r.o. 4.3-4.6.

<sup>19</sup> Vzgnr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965, JAAN 2014, 73, m.nt. Chen.

<sup>20</sup> Er was nog een inschrijver met vergelijkbare bezwaren, die zelfstandig een kort gedingprocedure is gestart. Zijn vorderingen strandden op een 'Grossman-verse', zodat de voorzieningenrechter niet aan een inhoudelijke beoordeling van de bezwaren toekwam. Zie Vzgnr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2966, JAAN 2014, 73, m.nt. Chen.

<sup>21</sup> Vzgnr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965, r.o. 4.10.

<sup>22</sup> Gerecht EU 16 september 2013, T-402/06, ECLI:EU:T:2013:445 (Spanje/Commissie).

<sup>23</sup> Vzgnr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965, r.o. 4.11.

zorg te dragen voor  
jk maatschappelijke  
De zaak betreft een  
ingsprocedure voor  
ls, reprowerk en ge-  
als gunningscriteri-  
delige inschrijving'.  
oordelingssysteem  
is waarvan minder  
nate de prijs afwijkt  
angeboden prijzen.  
oordelingssysteem  
e kan leiden dat bij  
inschrijver die met  
ven, als winnaar uit  
betrokken inschrij-  
et artikel 2.114 van  
basis waarvan de  
de doorslag moet  
het beoordelings-  
nbare orde en arti-  
gswet 2012, dat de  
zorg te dragen voor  
e waarde.

ordeel van de voor-  
De voorzieningen-  
stedende dienst in  
vaststellen van de  
vrijheid wordt be-  
n kiezen die leiden  
lie de economisch  
ft gedaan. De eco-  
rijving komt neer  
verhouding tussen  
orzieningenrechter  
recent arrest van  
nie.<sup>22</sup> De voorzie-  
an toe dat de be-  
et volledig privaet  
laaraan de conse-  
woord om te gaan  
agen voor het le-  
happelijke waarde

bezwaren, die zelfstan-  
deringen strandden op  
rechter niet aan een  
van. Zie Vzgnr. Rb. Den  
366, JAAN 2014, 73.

NL:RBDHA:2014:2965,

ECLI:EU:T:2013:445

NL:RBDHA:2014:2965,

### 3.2 Advies 48 van CvA van 27 januari 2014

Op het moment van schrijven van dit artikel heeft de CvA één advies op haar website gepubliceerd waarin artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 toepassing vindt.<sup>24</sup> Het advies betreft een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure voor de realisatie van werktuigkundige en elektro-technische installaties van een multifunctionele accommodatie. De klager is onder meer van mening dat de aanbestedingstukken onvoldoende ruimte bieden voor het indienen van varianten die tot een besparing in de exploitatie kunnen leiden. De met een alternatief, intelligenter energiesysteem te bereiken besparing op de exploitatiekosten zouden groter zijn dan de meerkosten van de realisatie van dit systeem. Volgens de klager handelt de aanbestedende dienst daardoor in strijd met artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012.

De CvA wijdt eerst een aantal algemene overwegingen aan artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012. Zij kwalificeert de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren expliciet als een zorgplicht. De CvA ziet net als de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland een verband tussen deze bepaling en artikel 2.114 van de Aanbestedingswet 2012, waarin het gunningscriterium 'de economisch meest voordelige inschrijving' als uitgangspunt is geformuleerd. Handelen in strijd met artikel 2.114 van de Aanbestedingswet 2012 kan volgens de CvA tot gevolg hebben dat de aanbestedende dienst er onvoldoende in slaagt een zo goed mogelijke prijs-kwaliteitverhouding binnen het beschikbare budget te realiseren, welk risico de wetgever met artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 zou beogen te beheersen. Aldus zou de doelstelling van artikel 2.114 van de Aanbestedingswet 2012 corresponderen met die van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012. Voor een schending van artikel 2.114 van de Aanbestedingswet 2012 volstaat de vaststelling dat de aanbestedende dienst zonder motivering heeft gekozen voor 'de laagste prijs' als gunningscriterium. De CvA overweegt dat voor het aannemen van een schending van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 meer nodig is. Daarvoor is noodzakelijk dat vastgesteld wordt dat de aanbestedende dienst gelet op de wijze waarop hij het proces van het aangaan van een overeenkomst heeft ingericht, niet voldoet aan zijn zorgplicht om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te leveren.<sup>25</sup>

De CvA overweegt dat de klager gelet op de aard, inhoud en strekking van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet kan volstaan met de

stelling dat de aanbestedingsprocedure ondoelmatig is en onnodig kostenverhogend uitpakt, enkel en alleen omdat de aanbestedende dienst potentiële inschrijvers niet de ruimte biedt een energiesysteem als variantoplossing aan te bieden waarmee besparingen op de exploitatiekosten zouden kunnen worden bereikt. Volgens de CvA lag het op de weg van de klager die stelling uit te werken, maar dat had hij naar het oordeel van de CvA nagelaten. Als de klager dit wel had gedaan, zo overweegt de CvA, dan zou het vervolgens op de weg van de aanbestedende dienst liggen om in reactie hierop te stellen en te bewijzen dat hij zijn zorgplicht van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 is nagekomen.<sup>26</sup>

### 4. Evaluatie uitspraken

Opvallend is dat in alle uitspraken over de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren een verband wordt gelegd met artikel 2.114 van de Aanbestedingswet 2012, waarin het gunningscriterium 'de economisch meest voordelige inschrijving' als uitgangspunt is geformuleerd. Met uitzondering van de uitspraak van de CvA werd artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 bovendien telkens tegen het gunningscriterium in stelling gebracht. In de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland van 25 oktober 2013 speelde duurzaamheid zijdeling nog een rol.<sup>27</sup> Maar aan andere aspecten waarmee het begrip 'maatschappelijke waarde' tijdens de parlementaire behandeling in verband is gebracht, zoals voorwaarden om langdurig werklozen of arbeidsgehandicapten bij de opdracht in te schakelen en innovatie,<sup>28</sup> is bij de toepassing van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 nog geen aandacht besteed. De potentie van de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren voor de publieke middelen lijkt dus nog niet volledig te zijn benut.

Slechts in één zaak, te weten die waarin Voorzieningenrechter van de Rechtsbank Den Haag vonnis wees,<sup>29</sup> had de klagende partij succes. In dit vonnis komt de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren echter zijdelings aan bod. Dat de voorzieningenrechter zonder het bestaan van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 tot een ander oordeel zou zijn gekomen, is uiterst onwaarschijnlijk. De invloed van de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren op de aanbestedingspraktijk lijkt tot dusver dus beperkt. Een mogelijke oorzaak hier-

<sup>26</sup> CvA 27 januari 2014, advies 48, r.o. 6.2.5.

<sup>27</sup> Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:7100.

<sup>28</sup> Zie hiervoor § 2.

<sup>29</sup> Vzgnr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965.

van is de soepele maatstaf die voorzieningenrechters, in het bijzonder de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland, hanteren voor het toetsen van het handelen van de aanbestedende dienst aan artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012.<sup>30</sup> In zijn vonnis van 25 oktober 2013 overwoog de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland dat de terughoudendheid die volgens hem geboden is bij de rechterlijke toetsing van de keuze van de aanbestedende dienst voor de gunningscriteria in gelijke mate geldt voor toetsing van gunningscriteria aan artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012.<sup>31</sup> In het vonnis van dezelfde voorzieningenrechter van 27 november 2013 lijkt zelfs in het geheel geen zelfstandige betekenis te zijn toegekend aan artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012. De beantwoording van de vraag of de aanbestedende dienst heeft voldaan aan zijn verplichting om zoveel maatschappelijke verplichting te creëren lijkt in deze uitspraak op te gaan in de toetsing van het bestreden gunningscriterium aan artikel 2.114 van de Aanbestedingswet 2012. Helemaal zeker is dit overigens niet. In deze zaak lijkt namelijk, anders dan in de zaak die tot het vonnis van 25 oktober 2013 leidde, geen beroep te zijn gedaan op artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012. Dit kan een reden zijn geweest voor de voorzieningenrechter om de toets aan deze bepaling achterwege te laten.

De CvA kent in haar tot dusver enige gepubliceerde advies over artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 blijkens haar overwegingen in ieder geval wel zelfstandige betekenis toe aan deze bepaling. Zij kwalificeert de uit deze bepaling voortvloeiende verplichting als een zorgplicht. Er is bovendien een gerede kans aanwezig dat de CvA een strengere maatstaf zal hanteren om na te gaan of de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf deze zorgplicht heeft nageleefd.<sup>32</sup> In haar advies van 27 januari 2014 overwoog zij dat wanneer de klager erin zou zijn geslaagd aannemelijk te maken dat zijn variantoplossing meer maatschappelijke waarde voor de publieke middelen zou hebben kunnen opleveren dan de besteksoplossing, het vervolgens op de weg van beklagde zou liggen te stellen en te bewijzen dat hij zijn zorgplicht van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 is nagekomen.<sup>33</sup> In tegenstelling tot de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland wekt de CvA in haar algemene overwegingen over artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet de indruk zich bij het toetsen van het handelen van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf aan deze bepa-

ling terughoudend op te zullen stellen.<sup>34</sup> Anders dan de voorzieningenrechter beschikt de CvA over een groep van experts die zij kan raadplegen met materiedeskundigheid op verschillende vakgebieden, waardoor zij waarschijnlijk beter in staat is dan de voorzieningenrechter te toetsen of de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de zorgplicht van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 is nagekomen.<sup>35</sup> Of de CvA daadwerkelijk intensiever zal toetsen dan de (voorzieningen)rechter, moet de toekomst echter leren. De CvA kwam in haar advies van 27 januari 2014 namelijk niet toe aan de toetsen van het handelen van de aanbestedende, doordat de klager niet aan zijn stelplicht had voldaan. Uit dit oordeel blijkt overigens dat tegenover de ogenschijnlijk intensievere toetsing hoge eisen staan aan de stelplicht van de klager. Hierdoor blijft het waarschijnlijk geen eenvoudige opgave voor een belangstellende ondernemer om een hem onwettelijke eis met een beroep op artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 te bestrijden.<sup>36</sup>

Tot slot verdient een overweging van Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag over de werkingssfeer van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 aandacht. De voorzieningenrechter overwoog dat de betrokken aanbestedende dienst niet (volledig) privaat wordt gefinancierd. Op basis daarvan oordeelde hij dat de aanbestedende dienst verplicht was verantwoord met overheidsgeld om te gaan en zorg te dragen voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.<sup>37</sup> Op basis van de tekst van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 is verdedigbaar, dat de uit deze bepaling voortvloeiende verplichting alleen geldt, wanneer publieke middelen in het geding zijn. Uit de wetsgeschiedenis valt echter niet af te leiden dat een dergelijke beperking is beoogd.<sup>38</sup> De strekking van de bepaling is het doel van de wetgeving als beginsel te codificeren. De bedoelde wetgeving is gelijkelijk van toepassing op aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven die wel en niet met publieke middelen worden gefinancierd. Logischerwijs zou de uit artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 voortvloeiende verplichting dan ook voor alle aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven moeten gelden, of zij met publieke middelen worden gefinancierd of niet. Wellicht is de indiener van het amendement dat aan artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 ten grondslag ligt, zich niet bewust geweest van het feit dat financiering met publieke middelen geen noodzakelijk voorwaarde is om een entiteit als

30 Zie ook M.P. van Leeuwen & S.G. Tichelaar, 'Eerste ervaringen met de Commissie van Aanbestedingsexperts', *TBR* 2014, p. 405.

31 V.zr. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:7100, r.o. 4.3.

32 Zie ook Van Leeuwen & Tichelaar 2014, p. 405.

33 CvA 27 januari 2014, advies 48, r.o. 6.2.5.

34 CvA 27 januari 2014, advies 48, r.o. 6.2.4.

35 Het kort geding leent zich immers niet goed voor het gelasten van een deskundigenbericht.

36 Zie ook Van Leeuwen & Tichelaar 2014, p. 405.

37 V.zgr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965, r.o. 4.11.

38 Zie hiervoor par. 2.

stellen.<sup>34</sup> Anders schikt de CvA over an raadplegen met billende vakgebieder in staat is dan en of de aanbestedorbedrijf de zorg: Aanbestedingswet CvA daadwerkelijk voorzieningen)rechen. De CvA kwam 1.4 namelijk niet toe 1 van de aanbestedzijn stelplicht had verigens dat tegenre toetsing hoge eile klager. Hierdoor eenvoudige opgave emer om een hem p op artikel 1.4 lid 2 te bestrijden.<sup>36</sup>

ing van Voorzienin-Den Haag over de 2 van de Aanbestedorzieningenrechter bestedende dienst nancierd. Op basis ibestedende dienst overheidsgeld om or zoveel mogelijk de publieke midvan artikel 1.4 lid 2 is verdedigbaar, loeiende verplichtelike middelen in hiedenis valt echelijke beperking is epaling is het doel e codificeren. De van toepassing op ciale-sectorbedrijmiddelen worden de uit artikel 1.4 12 voortvloeiende abestedende dienmoeten gelden, of n gefinancierd of het amendement Aanbestedingswet t bewust geweest publieke middelen om een entiteit als

aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf te kwalificeren en dus voor de toepasselijkheid van de aanbestedingsregels.

## 5. Conclusie

Artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 heeft nog geen revolutie veroorzaakt in de aanbestedingspraktijk. Uit het beperkte aantal rechterlijke uitspraken waarin de verplichting van de aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren voor de publieke middelen aan de orde kwam, kan voorzichtig de conclusie worden getrokken dat rechters zich terughoudend opstellen bij het toetsen van het handelen van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf. In één uitspraak lijkt zelfs in het geheel geen zelfstandige betekenis aan artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet te zijn toegekend.<sup>39</sup> De CvA lijkt een geheel andere aanpak voor te staan. In het tot dusver enige gepubliceerde

advies van de CvA is geen terughoudendheid in de toetsing te bespeuren. De CvA spreekt expliciet van een zorgplicht en kent zonder meer zelfstandige betekenis toe aan artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 naast artikel 2.114 van dezelfde wet. Wel stelt zij hoge eisen aan de stelplicht van de klager.

Er bestaat dus nog onduidelijkheid over implicaties van artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012 voor de aanbestedingspraktijk. Naar mijn mening doet de wetgever er verstandig aan hierover ter gelegenheid van de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 meer duidelijkheid te scheppen. Daarnaast is de aanbestedingspraktijk gebaat bij duidelijkheid over de werkingssfeer van de artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012. Als beoogd is de uit deze bepaling voortvloeiende verplichting te laten gelden voor alle aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven, of zij nu worden gefinancierd met publieke middelen of niet, ligt een redactionele aanpassing van het betrokken artikellid in de rede. ●

d voor het gelasten van

:05.  
:NL:RBDHA:2014:2965,

<sup>39</sup> Vzgnr. Rb. Noord-Nederland 29 november 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:7367.