

TBR 2021/20

Handhaving van duurzaamheidsverplichtingen bij aanbestedingen

- Mr. dr. A.J. van Heeswijck¹

1. Inleiding

De aanbestedingsregels bieden aanbestedende diensten al langere tijd ruimte om milieu- en sociale aspecten in overheidsopdrachten te integreren. Steeds vaker zijn aanbestedende diensten niet alleen bevoegd, maar ook verplicht om bij het gunnen van overheidsopdrachten rekening te houden met milieu- en sociale aspecten. De verwachting is dat het aantal verplichtingen in de toekomst verder zal toenemen. Zo moeten overheidsopdrachten een belangrijke rol spelen bij het bereiken van doelstellingen op het gebied van klimaat en milieu, zo valt te lezen in de door de Europese Commissie opgestelde Europese Green Deal.² Gedacht wordt aan het vaststellen van bindende milieucriteria.³

Deze tendens roept vragen op over handhaving van de regels bij het toepassen van criteria op het gebied van milieu en klimaat (hierna: duurzaamheid en duurzaamheidscriteria) door aanbestedende diensten. Is er een rol weggelegd voor ondernemers om via de rechter naleving van verplichtingen op het gebied van duurzaamheid af te dwingen? Zo ja, welke obstakels vinden zij op hun pad? En is de rechter toegerust voor het beoordelen of een aanbestedende dienst voldoende 'groen' inkoopt. In deze bijdrage ga ik op zoek naar antwoorden op deze vragen. De aandacht gaat uit naar

aanbestedingen die vallen onder de reikwijdte van deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012), waarin Richtlijn 2014/24/EU grotendeels is geïmplementeerd.⁴

Paragraaf 2 bevat een korte beschrijving van het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming bij aanbestedingen. Paragraaf 3 behandelt de rechtsbescherming van ondernemers bij de toepassing van duurzaamheidscriteria door een aanbestedende dienst. Hierbij komen drie verschillende gevalstypen aan de orde. Paragraaf 4 bevat een reflectie op de handhaving van duurzaamheidsverplichtingen bij aanbestedingen door de civiele rechter. Paragraaf 5 bevat conclusies.

2. Het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming

2.1 Unierechtelijk kader

Op grond van het Unierechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming zijn lidstaten verplicht ervoor te zorgen dat particulieren de rechten die zij aan het Unierecht ontleen, kunnen effectueren.⁵ Omdat de controlemechanismen van lidstaten naar het oordeel van de Commissie tekortschoten, is op voorstel van de Commissie Richtlijn 89/665/EEG (hierna: de Rechtsbeschermingsrichtlijn) vastgesteld.⁶ De Rechtsbeschermingsrichtlijn is in

¹ Arthur van Heeswijck is advocaat bij Van Heeswijck Aanbestedingsadvocaat.

² EU Commissie, De Europese Green Deal, COM(2019) 640 final, 11 december 2019, p. 9. Zie ook EU Commissie, Een nieuw actieplan voor een circulaire economie. Voor een schonere en concurrerende Europa, COM(2020) 98 final, 11 maart 2020, p. 6; EU Commissie, Sustainable Europe Investment Plan, European Green Deal Investment Plan, COM(2020) 21 final, 14 januari 2020, p. 11-12.

³ EU Commissie, Sustainable Europe Investment Plan, European Green Deal Investment Plan, COM(2020) 21 final, 14 januari 2020, p. 11-12.

⁴ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2014, L 94/65).

⁵ A.J. van Heeswijck, Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter, Den Haag: IBR 2020, p. 3.

⁶ Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PbEG 1989, L 395/33).

2007 door middel van Richtlijn 2007/66/EG aangescherpt om enkele zwakke plekken te dichtten.⁷

De Rechtsbeschermingsrichtlijn beoogt ondernemers tegen de willekeur van aanbestedende diensten te beschermen en voorziet in de eerste plaats in maatregelen voor benadeelde ondernemers om snel en doeltreffend beroep in te stellen tegen besluiten van aanbestedende diensten, in een stadium waarin aanbestedingsrechtelijke schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt.⁸ Een door de aanbestedende dienst in acht te nemen opschortende termijn moet ervoor zorgen dat benadeelde ondernemers niet voor een onomkeerbare situatie worden gesteld, doordat de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst al is gesloten, voordat zij kans hadden beroep in te stellen. In de tweede plaats dienen benadeelde ondernemers schadevergoeding te kunnen vorderen. In de derde plaats moet in een aantal welomschreven gevallen de mogelijkheid voor ondernemers bestaan om een overeenkomst 'onverbindend' te laten verklaren.

De in de Rechtsbeschermingsrichtlijn voorziene beroepsprocedures beogen te waarborgen dat de relevante regels van het Unierecht, in het bijzonder Richtlijn 2014/24/EU, worden nageleefd. De door lidstaten in te richten beroepsprocedures moeten dus voorzien in rechtmatigheidstoetsing. Lidstaten mogen - met inachtneming van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid - beroepsinstanties ruimere bevoegdheden toekennen en hen in staat stellen 'opportuniteitstoetsing' (doelmatigheidstoetsing) te verrichten.⁹

2.2 Implementatie

Par. 2.3.8.8. (art. 2.127-2.131) van de Aw 2012 bevat de implementatie van de richtlijnbepalingen over de opschortende termijn die de aanbestedende dienst voor het sluiten van de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst in acht moet nemen. De richtlijnbepalingen over 'verbindend verklaren' van overeenkomsten zijn geïmplementeerd in Hoofdstuk 4.3 van de Aw 2012 (art. 4.15-4.24). Er bestaat geen bijzonder procesrecht voor de effectuering van de rechten die ondernemers aan de Europese (en nationale) aanbestedingsregels ontfangen. De beslissingen van aanbestedende diensten bij het organiseren en afwickelen van een aanbestedingsprocedure die onder de reikwijdte van Deel 2 van de Aw 2012 valt, kwalificeren niet

als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb.¹⁰ Tegen deze beslissingen staat daarom geen beroep open bij de bestuursrechter. De civiele rechter is bevoegd kennis te nemen van geschillen over aanbestedingen waarop Deel 2 van de Aw 2012 van toepassing is.¹¹

De wijze van procederen bij de civiele rechter is geregeld in het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (hierna: Rv). Het Rv biedt de mogelijkheid in een vorderingsprocedure schadevergoeding of vernietiging van een overeenkomst te vorderen (art. 78 e.v. Rv). In spoedeisende zaken, waarin gellet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, kan de voorzieningenrechter deze geven (art. 254 lid 1 Rv).

In het Nederlandse rechtspraktijk ligt het zwaartepunt van de rechtsbescherming van ondernemers bij aanbestedingen in het kort geding. Verreweg de meeste aanbestedingsgeschillen worden in kort geding in eerste aanleg beslecht. Na de uitspraak van de voorzieningenrechter is de aanbestedende dienst niet langer verplicht het sluiten van de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst op te schorten, mits de opschortende termijn is verstreken. Als de aanbestedende dienst op dat moment overgaat tot het sluiten van de overeenkomst, is deze de facto onaanvaardbaar.¹² Beroep van vonnissen in kort geding komt mede hierdoor niet vaak voor bij aanbestedingsgeschillen. Bodemprocedures komen ook relatief weinig voor.¹³

Het kort geding kent in vergelijking met een bodemprocedure beperkingen. Er is in de regel geen plaats voor wisseling van conclusies of uitgebreid onderzoek naar de feiten en het bewijsrecht mist toepassing. De voorzieningenrechter kan voorts een voorziening weigeren, wanneer hij de zaak niet geschikt acht om in kort geding te worden beslecht. Bovendien moet hij bij het beoordelen van een voorlopige voorziening de daarbij betrokken belangen afwegen.¹⁴ Beperkingen op het gebied van procedurele waarborgen zijn inherent aan een procedure die gericht is op een snelle ordemaatregel. De Rechtsbeschermingsrichtlijn verzet zich daar blijkens het Van Spijker-arrest dan ook niet tegen.¹⁵

⁷ Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PbEU 2007, L 335/31).

⁸ HvJ EU 15 september 2016, de gevoegde zaken C-439/14 en C-488/14, ECLI:EU:C:2016:688 (SC Star Storage), ro. 41; HvJ EU 11 september 2014, zaak C-19/13 (Fastweb/Telecom Italia), ro. 59.

⁹ HvJ EU 11 december 2014, zaak C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435 (Croce Amica One Italia), ro. 42-45.

¹⁰ A. J. van Heeswijk, Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter, Den Haag: IBR 2020, p. 12.

¹¹ A. J. van Heeswijk, Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter, Den Haag: IBR 2020, p. 27.

¹² A. J. van Heeswijk, Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter, Den Haag: IBR 2020, p. 46-47.

¹³ Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2016-2018, eindrapport juli 2019, p. 5, bijlage bij de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 12 juli 2019 (Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr. 13).

¹⁴ A. J. van Heeswijk, Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter, Den Haag: IBR 2020, p. 31-32.

¹⁵ HvJ EU 9 december 2010, zaak C-568/08, ECLI:EU:C:2010:751 (Van Spijker), ro. 57-59.

De rechter toetst, zowel in bodemprocedure als in kort geding, vol of de bestreden beslissing of handeling van de aanbestedende dienst in strijd is met het geschreven of ongeschreven recht (rechtmatigheidstoetsing). Als een aanbestedende dienst beslissingsruimte toekomt¹⁶, is de rechter terughoudender en is er alleen plaats voor ingrijpen bij 'kennelijke procedurele of inhoudelijke fouten' (doelmatigheidstoetsing).¹⁷

3. Rechtsbescherming bij toepassing duurzaamheidscriteria

3.1 Inleiding

Bezwaren van ondernemers die verband houden met duurzaamheidsaspecten kunnen verschillende redenen hebben. Ten eerste kan een ondernemer van mening zijn dat een duurzaamheidscriterium onrechtmatig is, in welk geval hij verwijdering van dit criterium uit de aanbestedingsstukken zal nastreven. Ten tweede kan een ondernemer van mening zijn dat de aanbestedende dienst in strijd met wet- en regelgeving nalaat rekening te houden met duurzaamheidsaspecten. In dat geval zal de ondernemer willen bewerkstelligen dat de aanbestedende dienst dit alsnog doet. Ten derde kan de ondernemer van mening zijn dat de aanbestedende dienst een bevoegdheid om duurzaamheidscriteria toe te passen niet of onvoldoende benut. Deze drie gevaltypen worden hierna achtereenvolgens behandeld.

3.2 Onrechtmatige duurzaamheidscriteria

Zoals gezegd bieden Richtlijn 2014/24/EU en de Aw 2012 aanbestedende diensten op verschillende manieren ruimte op duurzaamheidsaspecten in overheidsopdrachten te integreren. De bevoegdheden van aanbestedende diensten zijn echter niet onbegrensd. Aanbestedende diensten zullen te allen tijde de toepasselijke voorschriften moeten naleven. Neem bijvoorbeeld het gebruik van keurmerken. Art. 2.78a lid 1 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst die voornemens is een werk, levering of dienst met specifieke milieu-, sociale of andere kenmerken aan te kopen, in de technische specificaties, gunningscriteria of contractvoorwaarden een specifiek keurmerk mag eisen als bewijs dat het werk, de levering of de dienst overeenstemt met de vereiste voorschriften. In de onderdelen a tot en met e van lid 1 en de leden 2 tot en met 5 van voor-

noemd artikel worden echter strenge voorwaarden verbonden aan het gebruik van keurmerken.¹⁸

Een ander voorbeeld betreft de mogelijkheid om bijzondere voorwaarden te verbinden aan de uitvoering van de opdracht, die betrekking kunnen hebben op milieu- en sociale aspecten. Art. 2.80 Aw 2012 staat de aanbestedende dienst dit toe, maar stelt hier wel voorwaarden aan. Zo moeten bijzondere voorwaarden verband houden met het voorwerp van de opdracht en moeten deze door de aanbestedende dienst in de aankondiging van de overheidsopdracht worden vermeld.

Naast de specifieke voorschriften die gelden voor het toepassen duurzaamheidscriteria moeten aanbestedende diensten te allen tijde de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht respecteren, te weten de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit.¹⁹

De specifieke voorschriften die de bevoegdheid van aanbestedende diensten om duurzaamheidscriteria toe te passen aan banden leggen en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht strekken tot bescherming van de rechten van ondernemers. Wanneer een aanbestedende dienst een voorschrift niet naleeft of een algemeen beginsel schendt, kan de voorzieningenrechter de aanbestedende dienst in kort geding bevelen de bestreden duurzaamheidscriteria te verwijderen en de aanbesteding in te trekken. Een ondernemer kan ook in een bodemprocedure schadevergoeding vorderen. Het gaat in deze gevallen om rechtmatigheidstoetsing. De aanbestedende dienst komt geen beslissingsruimte toe en de rechter zal het handelen van de aanbestedende dienst vol aan de toepasselijke regels en aanbestedingsrechtelijke beginselen moeten toetsen. De (voorzieningen)rechter biedt op dit terrein in het algemeen effectieve rechtsbescherming.

3.3 Schending verplichting tot toepassing van duurzaamheidscriteria

De regelgeving opent niet alleen mogelijkheden voor aanbestedende diensten om duurzaamheidsaspecten in overheidsopdrachten te integreren, soms bestaat daartoe een verplichting. In het oogt springt art. 1.4 lid 2 Aw 2012, dat de aanbestedende dienst (en het speciale-sectorbedrijf) verplicht zorg te dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke

¹⁶ In lijn met recente bestuursrechtspraak hanteer ik de nieuwe term 'beslissingsruimte', een overkoepelend begrip voor 'beoordelingsruimte' en 'beleidsruimte'. Zie over terminologie het jaarverslag van de RvS van 2017, par. 4.3. <<https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2017/download-of-bestel-jaarverslag/>>.

¹⁷ A.J. van Heeswijk, Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter, Den Haag: IBR 2020, p. 37-38 en 61.

¹⁸ Zie hierover uitgebreid G.J. Huith, 'Maatschappelijk verantwoord specificeren. Balanceren op het grensvlak tussen groene ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht', TBR 2020/14.

¹⁹ HvJ EG 17 september 2002, zaak C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495 (Finse Bussen), ro. 63; HvJ EG 4 december 2003, zaak C-448/01, ECLI:EU:C:2003:1003 (Wienstrom), ro. 56-58; HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284 (Max Havelaar), ro. 88.

middelen bij (onder meer) aanbestedingen.²⁰ 'Maatschappelijke waarde' is een abstract begrip. Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat 'maatschappelijke waarde' ruim moet worden uitgelegd en dat dit begrip verder gaat dan het verkrijgen van de laagste prijs. Daaronder kunnen ook kwalitatieve aspecten bij gunning of duurzaamheid en innovatie worden verstaan. Het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde vergt maatwerk. De aanbestedende dienst moet bij iedere aanbesteding opnieuw een afweging maken.²¹ Biedt art. 1.4 lid 2 Aw 2012 een kapstok voor ondernemers om de aanbestedende dienst, zo nodig in rechte, te bewegen bij een concrete aanbesteding (meer) rekening te houden met duurzaamheidsaspecten? Dat valt tot dusver tegen.

Ten eerste kan worden betwijfeld of art. 1.4 lid 2 Aw 2012 (mede) strekt tot bescherming van de rechten van ondernemers. Het creëren van zo veel mogelijk maatschappelijk waarde is onmiskenbaar een algemeen belang. Als met art. 1.4 lid 2 Aw 2012 niet is beoogd (tevens) de belangen te beschermen van ondernemers met belangstelling voor een bepaalde overheidsopdracht, en daar heeft het alle schijn van, zal zowel een voorlopige voorziening die erop gericht is te bewerkstelligen dat de aanbestedende dienst duurzaamheidscriteria toepast, als een schadevergoedingsvordering stranden.²² Dit punt is aangestipt in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam, maar hierop werd niet beslist.²³

Ten tweede houdt art. 1.4 lid 2 Aw 2012 geen concrete verplichting in voor de aanbestedende dienst of het speciale sectorbedrijf. Art. 1.4 lid 2 Aw 2012 van de Aanbestedingswet is een voorbeeld van een open norm.²⁴ Een aanbestedende dienst komt daardoor beslissingsruimte toe (zie par. 2.2) bij het geven van invulling aan de verplichting om

zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren. Voor rechterlijk ingrijpen is slechts plaats in geval van 'kennelijke procedurele of inhoudelijke fouten'. Uit de rechtspraak blijkt dat ondernemers tot dusver weinig succes hebben behaald met een beroep op art. 1.4 lid 2 Aw 2012. Toetsing aan art. 1.4 lid 2 Aw 2012 gaat vaak op in toetsing aan een ander, meer concreet voorschrift. Dit is vooral te zien in zaken waarin deze bepaling in stelling werd gebracht tegen het gunningscriterium. (Voorzieningen)rechters verwijzen in hun uitspraken naar art. 2.114 Aw 2012, waarmee art. 1.4 lid 2 Aw 2012 zou corresponderen. Als een gunningscriterium in overeenstemming is met art. 2.114 Aw 2012, voldoet de aanbestedende dienst ook aan zijn verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren.²⁵

Een ander voorbeeld biedt een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag over een aanbesteding van leermiddelen. Een ondernemer betoogde dat distributeurs door de wijze van aanbesteden en de gekozen gunningscriteria geen eerlijke kans maakten op gunning. De aanbestedende dienst handelde volgens deze partij in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en art. 2.113a Aw 2012, op grond waarvan de gunningscriteria de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging moeten waarborgen. De ondernemer beriep zich daarnaast op art. 1.4 lid 2 Aw 2012. De voorzieningenrechter toetst uitvoerig of de gekozen wijze van aanbesteden en de gunningscriteria de concurrentie inperken en in strijd zijn met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en art. 2.113a Aw 2012. Hij concludeert dat dit niet het geval is. Het beroep op art. 1.4 lid 2 Aw 2012 lijkt automatisch hetzelfde lot te zijn beschoren.²⁶

'Uit het voorgaande volgt dat de mededinging op de markt van leermiddelen met de door Carmel ingerichte aanbestedingsprocedure niet wordt ingeperkt en (aldus) van een schending door Carmel van de door TLN en Iddink genoemde aanbestedingsrechtelijke beginselen geen sprake is. Daarmee kan ten slotte evenmin worden geconcludeerd dat met deze wijze van aanbesteden, waarbij voor uitgevers en distributeurs een gelijk speelveld is gecreëerd, door Carmel niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de aan haar beschikbaar gestelde publieke middelen wordt gegenereerd.'

Een beroep op art. 1.4 lid 2 Aw 2012 lijkt in de hiervoor beschreven gevallen geen toegevoegde

²⁰ Zie hierover uitgebreid W.A. Janssen & G. Bouwman, 'Legislating societal value into Dutch public procurement law: from symbolism to substance?', *PPLR* 2020/2; A.J. van Heeswijk, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde' voor de publieke middelen, *TBR* 2015/22. Zie ook W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigmaverandering', *TA* 2020/3, p. 27-28; C.E.C. Jansen, De inschrijver als hoeder van het algemeen belang? Reactie op A.J. van Heeswijk, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde' voor de publieke middelen, *TBR* 2015/80.

²¹ *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, nr. C, p. 10.

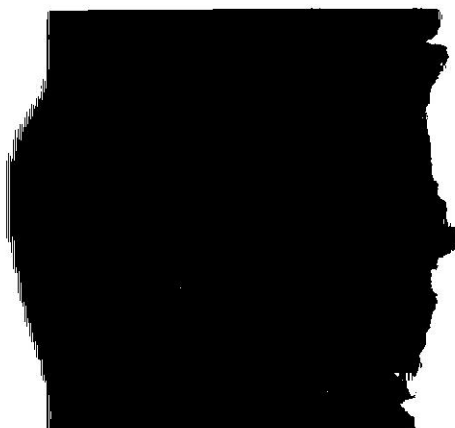
²² Art. 3:296 lid 1 BW en art. 6:163 BW. Zie ook E. Verweij in zijn noot onder *Vzgnr. Rb. Noord-Nederland* 25 oktober 2013, *ECLI:NL:RBNNE:2013:7100*, *JAAN* 2014/13; A.J. van Heeswijk, Naschrift bij C.E.C. Jansen, De inschrijver als hoeder van het algemeen belang? Reactie op A.J. van Heeswijk, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde' voor de publieke middelen, *TBR* 2015/80, p. 465.

²³ *Vzgnr. Rb. Amsterdam* 8 maart 2017, *ECLI:NL:RBAMS:2017:1504*, ro. 4.8.

²⁴ W.A. Janssen & E.E. Neele, 'De (in)effectiviteit van open en concrete aanbestedingsrechtelijke verplichting in de strijd tegen klimaatverandering', *TBR* 2021/16.

²⁵ *Vzgnr. Rb. Noord-Nederland* 25 oktober 2013, *ECLI:NL:RBNNE:2013:7100*; *Vzgnr. Rb. Noord-Nederland* 29 november 2013, *ECLI:NL:RBNNE:2013:7367*, ro. 4.2; *Vzgnr. Rb. Overijssel* 30 september 2016, *ECLI:NL:RBOVE:2016:3761*, ro. 4.2-4.3.

²⁶ *Vzgnr. Rb. Den Haag* 27 november 2018, *ECLI:NL:RBDHA:2018:13949*, ro. 5.6.



waarde te hebben. In zoverre is art. 1.4 lid 2 Aw 2012 als symboolwetgeving te beschouwen.²⁷

In zaken waarin art. 1.4 lid 2 Aw 2012 tegen andere aspecten dan het gunningscriterium in stelling wordt gebracht, stuitte het bezwaar af op de stel- en substantiëringsplicht²⁸, werd het beroep op art. 1.4 lid 2 Aw 2012 afgedaan als vergezocht²⁹, of fungeerde het³⁰. In 2015 concludeerde ik op basis van de rechtspraak tot dan toe, dat art. 1.4 lid 2 Aw 2012³¹. Anno 2021 is de invloed van het artikel op de aanbestedingspraktijk nog steeds beperkt.

De Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE) kwalificeert art. 1.4 lid 2 Aw 2012 als een zorgplicht en lijkt geneigd te zijn het handelen van de aanbestedende dienst strenger te toetsen dan de rechter. De klager moet zijn stellingen wel goed onderbouwen. Zo overwoog de CvAE in een advies over een Europese aanbesteding voor de realisatie van werktuigkundige en elektrotechnische installaties, dat klager niet kon volstaan met het poneren van de stelling dat de aanbestedingsprocedure ondoelmatig is en onnodig kostenverhogend uitpakt, enkel en alleen omdat geen ruimte is geboden een energiesysteem als variantoplossing aan te bieden waarmee besparingen op de exploitatiekosten zouden kunnen worden bereikt. Klager had die stelling moeten uitwerken. Zou klager dat hebben gedaan, dan zou het vervolgens op de weg van de aanbestedende dienst hebben gelegen om in reactie daarop te stellen en te bewijzen dat hij zijn zorgplicht van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 is nagekomen. Omdat klager zijn stellingen onvoldoende had onderbouwd, kwam de CvAE niet toe aan toetsing van de beslissing van de aanbestedende dienst. Hoe streng de CvAE die beslissing zou toetsen, is dus niet bekend.

Art. 2.116 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst om een toelichting op de voorgestelde prijs of kosten van de inschrijving verzoekt, indien de betreffende inschrijving in verhouding tot de te verrichten werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt. De aanbestedende dienst wijst op grond van art. 2.116 lid 5 Aw 2012 een

inschrijving af, indien hij heeft vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is, doordat zij niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van milieu- sociaal en arbeidsrecht. Indien de inschrijving door een andere oorzaak abnormaal laag is, bestaat er geen verplichting tot afwijzing. Inschrijvers hebben vaak in rechte een beroep gedaan op art. 2.116 Aw 2012 (en zijn voorgangers) in een poging de aanbestedende dienst ertoe te bewegen de gekozen inschrijving terzijde te leggen. Succesvol zijn die pogingen echter niet.³² Ten eerste blijkt het voor een ondernemer een lastige, zo niet onmogelijke, opgave om aan te tonen dat de inschrijving van een andere ondernemer abnormaal laag is.³³ Ten tweede oordelen lagere rechters dat art. 2.116 lid 1 Aw 2012, ondanks de dwingende formulering van deze bepaling en art. 69 lid 1 van Richtlijn 2014/24/EU, dat de aanbestedende dienst bevoegd, maar niet verplicht is onderzoek te doen naar een abnormaal lage inschrijving.³⁴ De regels over abnormaal lage inschrijvingen zouden zijn geschreven ter bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst.³⁵ Bij die rechtspraak zijn kanttekeningen te plaatsen. Volgens Den Houting houdt art. 2.116 lid 1 Aw 2012 wel degelijk een verplichting in om onderzoek te doen naar een abnormaal lage inschrijving.³⁶

Een verplichting om bij aanbestedingen rekening te houden met duurzaamheidsaspecten is ook buiten de Aw 2012 en Richtlijn 2014/24/EU te vinden. Richtlijn 2009/33/EG heeft ten doel de markt voor schone en energiezuinige wegvoertuigen te stimuleren en bevat voorschriften over de aankoop van voertuigen door (onder andere) aanbestedende diensten.³⁷ Deze richtlijn is geïmplementeerd art. 9.6.1 van de Wet milieubeheer en de Regeling bevordering aankoop schone en energiezuinige voertuigen (hierna: de Regeling schone en energiezuinige voertuigen). Art. 2 van de Regeling schone en energiezuinige voertuigen verplicht de aanbestedende dienst bij de aankoop van een of meer voertuigen rekening te houden met het energieverbruik

²⁷ W.A. Janssen & G. Bouwman, 'Legislating societal value into Dutch public procurement law: from symbolism to substance?', *PPLR* 2020, p. 96-98; W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigmaverandering', *TA* 2020/3, p. 28 en p. 30.

²⁸ Vzgr. Rb. Midden-Nederland 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016.104, ro. 4.91.

²⁹ Vzgr. Rb. Amsterdam 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017.1504, ro. 4.8.

³⁰ Vzgr. Rb. 12 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017.4854, ro. 4.1-4.5. Deze zaak gaat over een opdracht voor 'sociale en andere specifieke diensten'. Art. 2.114 Aw 2012 is hierop niet van toepassing. De rechter toetst daarom aan art. 1.4 lid 2 Aw 2012, maar hanteert in feite het criterium van art. 2.114 Aw 2012.

³¹ A.J. van Heeswijk, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk 'maatschappelijke waarde' voor de publieke middelen', *TBR* 2015/22, p. 135.

³² Zie ook W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigmaverandering', *TA* 2020/3, p. 26-27.

³³ Zie bijv. Vzgr. Rotterdam 13 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017.1182; Vzgr. Rb. Rotterdam 12 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019.10240, ro. 4.9.

³⁴ Zie bijvoorbeeld Vzgr. Rb. Den Haag 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017.1504, ro. 4.6.

³⁵ Vzgr. Rb. Midden-Nederland 31 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019.3633, ro. 3.2.9.

³⁶ J.S.O. den Houting, 'De abnormaal lage inschrijving als verplichting', *TBR* 2021/18.

³⁷ Richtlijn 2009/33/EG van het Europees parlement en de Raad van 23 april 1999 inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen, *PbEU* L 120/5. De richtlijn is gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2019/1161 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn 2009/33/EG inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen, *PbEU* L 188/116. Deze richtlijn moet uiterlijk 2 augustus 2021 zijn omgezet in nationaal recht. Dat is in Nederland nog niet gebeurd.

en de uitstoot van schadelijke stoffen in de technische specificaties, de gunningscriteria of de levensduurkosten, berekend overeenkomstig de in art. 6 van Richtlijn 2009/33/EG neergelegde methodiek. De aankoop van schone en energiezuinige voertuigen door aanbestedende diensten dient het algemeen belang van een schone lucht en beperking van CO₂-uitstoot. De vraag kan worden gesteld of art. 9.6.1 van de Wet milieubeheer en de Regeling schone en energiezuinige voertuigen (mede) strekken tot bescherming van het belang van ondernemers die belangstelling hebben voor een concrete overheidsopdracht voor de levering van voertuigen. De Nederlandse wetgever heeft zich niet expliciet over deze vraag uitgelaten, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat hij voor ondernemers die deelnemen aan aanbestedingen een taak ziet weggelegd om via de civiele rechter in kort geding naleving van de regels af te dwingen. Van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving is bewust afgezien³⁸:

'Door een burger of een bedrijf kan een beroep worden gedaan op artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, indien de op artikel 9.6.1 van de Wm gebaseerde regels niet worden nageleefd. Bij aanbestedingen is al gebruikelijk dat de naleving van de toepasselijke regels kan worden afgedwongen door middel van een kort geding bij de civiele rechter. Deze methode werkt in de praktijk snel en efficiënt.'

De Regeling schone en energiezuinige voertuigen heeft overigens weinig om het lijf. De Regeling schone en energiezuinige voertuigen bepaalt dat aanbestedende diensten rekening moeten houden met het energieverbruik en de uitstoot van schadelijke stoffen en op welke wijze. In zoverre is sprake van een concrete verplichting. Maar de Regeling schone en energiezuinige voertuigen bepaalt niet het niveau van het energieverbruik en de uitstoot van schadelijke stoffen. In zoverre is sprake van een open norm, die beslissingsruimte laat aan aanbestedende diensten. Voor rechterlijk ingrijpen is dus slechts plaats in geval van 'kennelijke procedure of inhoudelijke fouten'. Voor zover mij bekend is er geen rechtspraak over naleving van de Regeling schone en energiezuinige voertuigen bij aanbestedingen.

3.4 Mogelijkheid om duurzaamheidscriteria toe te passen niet of onvoldoende benut

Tot slot kan het voorkomen dat een aanbestedende dienst bevoegd is duurzaamheidscriteria toe te passen, maar die bevoegdheid in de ogen van een belangstellende ondernemer niet of onvoldoende benut. Voorbeelden in de rechtspraak zijn mij niet bekend. Een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland uit 2019 komt nog

enigszins in de beurt.³⁹ Deze zaak gaat over een Europese openbare aanbesteding van een overheidsopdracht voor de levering van minicontainers en aanverwante dienstverlening. Het gunningscriterium was de 'beste prijs-kwaliteitverhouding'. Een van de kwalitatieve criteria had betrekking op de CO₂-uitstoot. Naarmate de afstand tussen opdrachtgever (aangebestedende dienst) en de locatie waar opdrachtgever de minicontainers zou afhalen kleiner was, ontving de inschrijver meer punten. De eiser in deze zaak betoogde dat het criterium ondeugdelijk was, omdat het daarmee beoogde doel, een zo laag mogelijke CO₂-uitstoot, niet werd bereikt. Het criterium zou in strijd zijn met het transparantiebeginsel, niet bijdragen aan de 'beste prijs-kwaliteitverhouding', in strijd zijn met het *level playing field* en disproportioneel zijn.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat het aan de aanbestedende dienst is om het gunningscriterium te bepalen. Het stond de aanbestedende dienst daarom vrij bij het vaststellen van de gunningscriteria alleen belang te hechten aan beperking van CO₂-uitstoot van het vervoer van de containers dat hij zelf zou uitvoeren. Aan eiser kan worden toegegeven dat het vanuit het perspectief van het grotere geheel van de noodzaak van het streven naar reductie van CO₂-uitstoot weinig zinvol is slechts één stukje van de vervoersketen in de beschouwing te betrekken, maar niet kan worden gezegd dat het aanbestedingsrechtelijk in de gegeven omstandigheden ontoelaatbaar is. De uitspraak van de voorzieningenrechter laat in mijn ogen zien dat de beslissingsruimte van aanbestedende diensten en de daarmee gepaard gaande terughoudende toetsing van rechters het belangstellende ondernemers lastig maken in rechte toepassing van optimale duurzaamheidscriteria af te dwingen.

4. (Her)bezinning op toezicht op naleving van verplichtingen op het gebied van duurzaamheid

4.1 Knelpunten bij handhaving duurzaamheidsverplichtingen

Zoals in de inleiding van deze bijdrage is geconstateerd, neemt het aantal verplichtingen voor aanbestedende diensten om rekening te houden met duurzaamheidsaspecten toe. Het toezicht op de naleving van die verplichtingen krijgt naar mijn mening tot dusver te weinig te aandacht.

Om te beginnen dient nagedacht te worden over het karakter van de norm. Open normen laten de beslissingsruimte van aanbestedende diensten grotendeels intact, maar zijn voor ondernemers die belangstelling hebben voor een bepaalde overheidsopdracht, lastig te handhaven. Rechters blijken niet

³⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 357, nr. 3 (MvT), p. 8.

³⁹ Vzgnr. Rb. Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2019:3390.

snel geneigd te zijn in te grijpen. Illustratief hiervoor is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland, waarin het nut van een gunningscriterium met het oog op de reductie van CO₂-uitstoot openlijk in twijfel wordt getrokken, maar het gunningscriterium toch toelaatbaar wordt geacht.⁴⁰ Als de inhoud en strekking van de norm onduidelijk zijn, kan een verplichting om duurzaam in te kopen zelfs eindigen in symboolwetgeving, zo toont de rechtspraak over art. 1.4 lid 2 Aw 2012 aan. Vanzelfsprekend mag er geen twijfel over bestaan of er sprake is van een afdwingbare verplichting of slechts een bevoegdheid, zoals dat nu het geval is bij art. 2.116 Aw 2012.

Verder moet helderheid worden geschapen over het beschermingsbereik van de norm. Komt een ondernemer die belangstelling heeft voor een overheidsopdracht in rechte een beroep toe op een bepaling, als hij meent dat de aanbestedende dienst de daaruit voortvloeiende verplichting niet naleeft? Dit aspect lijkt systematisch aan de aandacht van de wetgever te ontsnappen. Zo is de handhaving van art. 9.6.1 van de Wet milieubeheer en de Regeling schone en energiezuinige voertuigen met een zekere vanzelfsprekendheid neergelegd bij de civiele rechter, die onder meer in kort geding aanbestedingsgeschillen beslecht. De wetgever noemde dit een *'methode (die) in de praktijk snel en efficiënt (werkt, toevoegingen auteur)'*.⁴¹ Over het beschermingsbereik van art. 9.6.1 van de Wet milieubeheer en de Regeling schone en energiezuinige voertuigen is door de wetgever met geen woord gerept. Anders dan de wetgever doet voorkomen, is het niet zo vanzelfsprekend dat een ondernemer in een geschil over een aanbesteding in rechte een beroep kan doen op verplichtingen op het gebied van duurzaamheid. Over het beschermingsbereik van art. 1.4 lid 2 en art. 2.116 Aw 2012 bestaat bijvoorbeeld al geruime tijd discussie.

In het verlengde van het voorgaande ligt de keuze voor strafrechtelijke, bestuursrechtelijke of civielrechtelijke handhaving. Om (ten minste) twee redenen zijn kanttekeningen te plaatsen bij de keuze voor civielrechtelijke handhaving van verplichtingen op het gebied van duurzaamheid bij aanbestedingen, althans in de huidige vorm. Ten eerste dienen duurzaamheidsverplichtingen een algemeen belang, terwijl het belang van een belangstellende ondernemer erin is gelegen zijn kansen op het verwerven van de aanbestede opdracht te maximaliseren.⁴² Aannemelijk is dat een belangstellende ondernemer alleen tegen eisen en beslissingen van

aanbestedende diensten zal ageren, als hij inschat dat hij daarmee zijn kans op het verwerven van de overheidsopdracht vergroot. Zonder concreet belang komt hem in elk geval geen rechtsvordering toe.⁴³ Als handhaving exclusief aan de civiele rechter wordt opgedragen, kunnen aan het licht gekomen schendingen van duurzaamheidsverplichtingen onbestraft blijven.

Ten tweede lijkt de civiele rechter onvoldoende toegerust op de handhaving van duurzaamheidsverplichtingen bij aanbestedingen. Bij toetsing of de aanbestedende dienst verplichtingen op het gebied van duurzaamheid naleeft, kan behoefte bestaan aan specifieke deskundigheid waarover de rechter zelf niet beschikt. Van de rechter kan bijvoorbeeld niet worden verwacht dat hij zelfstandig beoordeelt of de door de aanbestedende dienst opgestelde technische specificaties voldoende ruimte bieden voor milieuvriendelijke en energiezuinige oplossingen. Hiervoor is echter geconstateerd dat het zwaartepunt van de rechtsbescherming van ondernemers bij aanbestedingen in het kort geding ligt. In het kort geding is in de regel geen ruimte voor wisseling van conclusies of uitgebreid onderzoek naar de feiten. De voorzieningenrechter zal zelden een deskundigenbericht inlaten.

4.2 Mogelijke oplossing

Door een toezichthouder als bedoeld in art. 83 van Richtlijn 2014/24/EU aan te wijzen, waarvan in elk geval onderzoeksbevoegdheden worden verleend, zouden de geconstateerde problemen van civielrechtelijke handhaving kunnen worden verholpen. Aan de toezichthouder zou daarnaast de bevoegdheid kunnen worden verleend om op eigen initiatief of na ontvangst van informatie van derden klachten aan de civiele rechter voor te leggen.⁴⁴ Hem zou ook een eigen sanctiebevoegdheid kunnen worden verleend. De laatste oplossing sluit het beste aan bij bestaande toezichtstelsel en verdient daarom naar mijn mening de voorkeur. Er bestaat al een toezichthouder die aanbestedende diensten een sanctie kan opleggen, namelijk de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) maar die bevoegdheid bestaat alleen, wanneer een overeenkomst op grond van art. 4.15 lid 1 Aw 2012 vernietigbaar is en de rechter op grond van de in art. 4.18 Aw 2012 voorziene belangenafweging de overeenkomst in stand laat. Door de bevoegdheden van de ACM uit te breiden, kan worden voorzien in volwaardig toezicht als bedoeld in art. 83 van Richtlijn 2014/24/EU. Hebly heeft overigens overtuigend betoogd dat lidstaten verplicht zijn een dergelijke

⁴⁰ Vzgnr. Rb. Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2019:3390.

⁴¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 357, nr. 3 (MvT), p. 8.

⁴² HvJ EU 11 mei 2017, zaak C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358 (*Archus en Gama*), ro. 51-52. Zie ook C.E.C. Jansen, De inschrijver als hoeder van het algemeen belang? Reactie op A.J. van Heeswijck, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk "maatschappelijke waarde" voor de publieke middelen', TBR 2015/80, p. 463.

⁴³ A.J. van Heeswijck, *Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter*, Den Haag: IBR 2020 p. 29-31.

⁴⁴ Art. 83 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU.

toezichthouder aan te wijzen.⁴⁵ Door een toezichthouder aan te wijzen worden dus twee vliegen in één klap geslagen.

Handhaving door toezichthouders en rechters zijn naar mijn mening niet de enige manier om aanbestedende dienst ertoe te bewegen duurzamer in te kopen en hun verplichtingen op dit gebied na te leven. Vooral wanneer aanbestedende diensten beslissingsruimte toekomt bij het toepassen van duurzaamheidscriteria, is er naar mijn mening een rol weggelegd voor volksvertegenwoordigende organen, zoals gemeenteraden.⁴⁶ Doelmatigheid gaat onder meer over besteding van belastinggeld en ambities op het gebied van duurzaamheid. Voor zover de aanbestedende dienst beslissingsruimte toekomt, toetst de rechter enkel of er sprake is van 'kennelijke procedurele of inhoudelijke fouten', maar die beperking geldt niet voor de gemeenteraad. Een gemeenteraad zal niet elke aanbestedingsprocedure kunnen toetsen, maar hij kan wel het beleid sturen en bij grove schendingen het college van B en W ter verantwoording roepen.

5. Conclusies

Als aanbestedende diensten bij het toepassen van duurzaamheidscriteria inbreuk maken op de toepasselijke regels of in strijd handelen met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, hebben benadeelde ondernemers de mogelijkheid die schendingen in kort geding of in een bodemprocedure aan te vechten. De civiele rechter biedt in het algemeen effectieve rechtsbescherming tegen onrechtmatig handelen van aanbestedende diensten.

De handhaving door de civiele rechter van verplichtingen om bij aanbestedingen rekening te houden met duurzaamheidsaspecten verloopt moeizamer. De inhoud en strekking van normen zijn niet altijd duidelijk. Ook bestaat discussie over het beschermingsbereik van normen. Deze aspecten verdienen aandacht bij het introduceren van nieuwe duurzaamheidsverplichtingen. Een wetswijziging biedt ook gelegenheid opheldering te verschaffen over bestaande verplichtingen.

Anders dan de Nederlandse wetgever lijkt te veronderstellen is handhaving van duurzaamheidsverplichtingen door de civiele rechter niet vanzelfsprekend. Duurzaamheidsverplichtingen dienen een algemeen belang, terwijl het een belangstellende ondernemer te doen is zijn kansen op het verwerven van de aanbestede opdracht te maximaliseren. Daarnaast valt te betwijfelen of de civiele rechter voldoende toegerust is voor de handhaving van duurzaamheidsverplichtingen bij aanbestedingen. Van de rechter kan geen technische kennis worden verwacht. De meeste aanbestedingsgeschillen worden echter in kort geding beslecht en daarin bestaat geen ruimte voor uitgebreid onderzoek naar de feiten.

Het aanwijzen van een toezichthouder met eigen onderzoeksbevoegdheden kan een oplossing zijn voor de geconstateerde problemen bij handhaving van duurzaamheidsverplichtingen door de civiele rechter. Daarnaast is er een taak voor volksvertegenwoordigende organen om hun bestuur tot duurzaam inkopen te bewegen. ●

⁴⁵ J.M. Hebly, 'Over marktconsultatie, belangenconflicten en (gebrek aan) toezicht. Enkele beschouwingen over nieuwe aanbestedingsregels uit Brussel', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 153-154.

⁴⁶ A.J. van Heeswijk, Naschrift bij C.E.C. Jansen, 'De inschrijver als hoeder van het algemeen belang? Reactie op A.J. van Heeswijk, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk "maatschappelijke waarde" voor de publieke middelen', *TBR* 2015/80, p. 465.

