

Duurzaam specificeren!

Balanceren op het grensvlak tussen duurzame ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht

– Mr. G.J. Huith¹

1. Inleiding

Elike overheidsopdracht heeft potentiële milieueffecten. Inmiddels is iedereen ervan doordrongen dat met deze milieueffecten rekening moet worden gehouden. Aan overheidsaanbesteders wordt al geruime tijd een grote rol toebedeeld in het beteugelen van deze milieueffecten.² Overheden treden immers zelf op als vragende partij door hun inkoop- en aanbestedingsbeleid. Hierdoor creëren zij een enorme afzetmarkt voor bepaalde producten en diensten en vervullen zij tegelijkertijd een voorbeeldfunctie (*early adaptor*) voor andere partijen. Dit moedigt private partijen aan om het desbetreffende product of dienst aan te schaffen, zo is de gedachte.³ Zodoende kan de overheid optreden als *'launching customer'*, of zelfs als *'scaling-up customer'*.⁴ In de *European Green Deal* van de Europese Commissie (Commissie) is de rol van aanbesteders nog eens benadrukt.⁵

Het aanbestedingsrecht biedt diverse mogelijkheden om met milieueffecten rekening te houden en duurzaam aan te besteden. Sommigen lezen zelfs een verplichting daartoe in art. 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012).⁶ Dit artikellid

draagt aanbesteders op om bij hun inkopen 'maatschappelijke waarde' te creëren. Zij kunnen ondernemers via gunningscriteria stimuleren innovatieve en duurzame oplossingen aan te dragen.⁷ Het aanbestedingsrecht staat echter ook toe milieudoelstellingen te bereiken door duurzaam te specificeren. Maar hoe effectief is dat?

In deze bijdrage probeer ik deze vraag te beantwoorden door eerst de mogelijkheden tegen het licht te houden die het aanbestedingsrecht biedt om door middel van de technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden duurzaamheidsdoelstellingen te bereiken. Vervolgens bespreek ik welke belemmeringen aanbesteders tegenkomen wanneer zij duurzaam wensen te specificeren. Daarna beschrijf ik welke invloed duurzame specificaties hebben op de toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten, in het bijzonder het midden- en kleinbedrijf (MKB). Ten slotte besteed ik aandacht aan de naleving en handhaving van contractvoorwaarden die in verwezenlijking van duurzame ambities voorzien.

2. Mogelijkheden om duurzaam te specificeren

2.1 Keuzestress: uitnodigen tot concurrentie of voorschrijven?

Aanbesteders kunnen op verschillende manieren met duurzaamheid in hun inkoopproces rekening houden. Bij de totstandkoming van de Aanbestedingswet in 2012 is veel aandacht uitgegaan naar de mogelijkheden van het introduceren van duurzame aspecten bij het gunningscriterium Beste-Prijs-Kwaliteit-Verhouding (BPKV). Daarom wordt het oordeel of aanbesteders voldoende duurzaam aanbesteden veelal afgemeten aan de

¹ Georg Huith is advocaat bij Croon advocaten in Den Haag. Dit artikel is tot stand gekomen met medewerking van mw. mr. I.C.M. (Iris) Hogervorst, juridisch medewerker bij Croon advocaten.

² EU Commissie, *Interpretatieve mededeling Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren* (COM(2001) 274 definitief), 28 november 2001.

³ *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 300-XIII, nr. 87, De overheid als launching customer, Van best practice naar common practice, p. 4.

⁴ S.A.D. van Garsse, 'Aanbesteding als beleidsinstrument: de zoektocht naar innovatie', *TA* 2017/83.

⁵ EU Commissie, *European Green Deal* (COM(2019) 640 final), 11 december 2019, p. 9 en 25. Zie ook de bijdrage van W.A. Janssen en N. van Wijk – van Gilst in dit themanummer, (*TBR* 2021/13).

⁶ Zie voor de discussie hierover de bijdrage in dit themanummer van W.A. Janssen en E.E. Neele *TBR* 2021/16.

⁷ Zie over duurzame gunningscriteria de bijdrage in dit themanummer van D.R. Versteeg, *TBR* 2021/15.

mate waarin zij milieuaspecten in hun gunningssystematiek betrekken.⁸ Een recent onderzoek naar duurzame aanbestedingen levert de teleurstellende conclusie op dat Nederland in Europa bepaald niet voorop loopt.⁹ Hier valt dus nog een behoorlijke winst te behalen.¹⁰

Zonder twijfel kunnen duurzame aspecten in een gunningssystematiek een belangrijke bijdrage leveren bij het behalen van duurzame ambities. Wanneer het aantal duurzame gunningscriteria als enige graadmeter wordt gehanteerd, worden mijns inziens andere mogelijkheden om milieueffecten van overheidsinkopen te beperken, tekort gedaan. Het (totale) effect daarvan, wordt echter niet in TenderNed geregistreerd en is daarom minder makkelijk meetbaar.

Het antwoord op de vraag wat aanbesteders weerhoudt om duurzame aspecten in gunningscriteria te betrekken, geeft inzicht in beweegredenen van aanbesteders om technisch te specificeren. Uit een in 2018 gehouden enquête onder (Europese) aanbestedende diensten, volgt dat aanbesteders zich zonder meer bewust zijn van het strategische belang van duurzame gunningscriteria. Kennelijk zijn zij echter terughoudend deze toe te passen, om risico's op geschillen over de gunningsbeslissing te voorkomen. Het toepassen van duurzame gunningscriteria en het strategisch belang daarbij zou eerder kunnen leiden tot vragen over de rechtmatigheid van aanbestedingen in plaats van de focus te leggen op de doelmatige besteding van overheidsmiddelen. Het Europese Comité voor de Regio's (ECvR) rapporteert daarover¹¹:

'Zoals de resultaten van de enquête van het CvDR en de CEMR hebben aangetoond, zijn lokale en regionale overheden zich bewust van de mogelijkheid om groene, sociale en innovatieve gunningscriteria te hanteren, en worden deze criteria, zo blijkt uit de antwoorden, soms slechts mondjesmaat ingezet, omdat enerzijds de behoefte eraan ontbreekt en anderzijds de kans op gerechtelijke procedures toeneemt vanwege een grotere kans op fouten. Met name regionale en lokale overheden klagen over het gebrek aan professionaliteit om dit soort aanbestedingen te stimuleren.'

8 Zonder twijfel kunnen duurzame aspecten in een gunningssystematiek een belangrijke bijdrage leveren bij het behalen van duurzame ambities. Wanneer het aantal duurzame gunningscriteria als enige graadmeter wordt gehanteerd, worden mijns inziens andere mogelijkheden om milieueffecten van overheidsinkopen te beperken, tekort gedaan. Het (totale) effect daarvan, wordt echter niet in TenderNed geregistreerd en is daarom minder makkelijk meetbaar.

9 F. Schrotanus en K. Gaaikema, 'De status van circulair en duurzaam inkopen: van *best practice* naar *common practice*', TA 2020/104.

10 M.M. Fimerius, 'Duurzaamheid bij aanbestedingen: wel doelen, onvoldoende actie', TA 2020/103.

11 ECvR, *Advies van het Europees Comité van de Regio's over het uitvoeringsverslag inzake overheidsopdrachten*, 8 oktober 2019, Publicatieblad van de Europese Unie 2020/C 39/09, p. 43.

Het ECvR wijst er daarbij op dat bij aanbestedingsprocedures die op basis van de laagste prijs worden gegund mogelijkserwijs toch rekening is gehouden met milieu- of energie-efficiëntiecriteria en dat deze vaak net zo doeltreffend reeds bij de beschrijving van de opdracht kunnen worden aangegeven.¹²

In het rapport '*Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector*' signaleert Rijkswaterstaat eveneens een averechts effect van duurzame gunningscriteria. Blijkens het rapport zou 'het differentiëren op innovatie' het voor aannemers een (te) groot risico opleveren om een aanbesteding te winnen als andere partijen 'prijsduiken' en daarmee het BPKV-mechanisme ondermijnen.^{13,14} Rijkswaterstaat overweegt daarom in de toekomst explicietere eisen voor te schrijven voor algehele kwaliteit, levenscycluskosten, duurzaamheid, veiligheid, specifieke innovaties en bouwtechnieken.¹⁵

Bij elk inkooptraject zal een aanbesteder dus een keuze moeten maken op welke wijze de markt het beste in zijn (duurzame) behoefte kan voorzien en in welke mate het nodig is daarvoor concurrentie uit te lokken.

2.2 Keuzevrijheid: technisch en functioneel specificeren

Door middel van de technische specificaties formuleert een aanbesteder exact de kenmerken van de opdracht die hij aanbesteedt.¹⁶ Ook milieu- en sociale aspecten kunnen daar onder vallen, mits deze voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht.¹⁷ Deze aspecten behoeven niet specifiek betrekking te hebben op de te verrichten werken, leveringen of diensten zelf, maar mogen ook zien op het vervaardigingsproces van onderdelen en in elk stadium van hun levenscyclus. Aanbesteders hebben een ruime beoordelingsmarge wat het voorwerp van de opdracht is en daarmee welke eisen zij voorschrijven.¹⁸ De wijze waarop technische specificaties geformuleerd moeten worden, wordt echter in art. 2.76 lid 1 Aw 2012 dwingend

12 ECvR, *Advies van het Europees Comité van de Regio's over het uitvoeringsverslag inzake overheidsopdrachten*, 8 oktober 2019, Publicatieblad van de Europese Unie 2020/C 39/09, p. 45.

13 Rijkswaterstaat, *Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector*, p. 33.

14 Aannemelijk is dat met 'het differentiëren op innovatie' (ook) wordt bedoeld op het toepassen gunningscriteria gericht op duurzame innovaties.

15 Rijkswaterstaat, *Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector*, p. 41.

16 Art. 2.75 lid 1 Aw 2012.

17 Art. 2.75 leden 2 en 3 Aw 2012; zie ook: Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:891, bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2008.

18 M.J. Mutsaers, commentaar op art. 2.76 Aw 2012, in: J. Hebly e.a., *Tekst & Commentaar Aanbestedingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

voorgeschreven. De aanbesteder heeft grofweg drie mogelijkheden.

In de eerste plaats kan een aanbesteder gedetailleerde ‘technische specificaties’ voorschrijven. De term ‘technische specificaties’ is in de Aw 2012 niet gedefinieerd. In Bijlage VII bij Richtlijn 2014/24/EU wordt dit begrip wel nader ingevuld.¹⁹ Binnen deze kaders kunnen aanbesteders bouwtechnieken, bouwwijzen, basismaterialen of grondstoffen voorschrijven, als dit op dusdanige wijze tot de kenmerken van het werk bijdraagt dat dit werk beantwoordt aan het gebruik waarvoor het door de aanbestedende dienst is bestemd. Aanbesteders kunnen voor een specifieke opdracht voorschrijven welke materialen moeten worden gebruikt: bijvoorbeeld dat voor een specifieke opdracht de kozijnen in een overheidsgebouw van hout moeten zijn of dat gerecycleerd glas of ander gerecycleerd materiaal wordt gebruikt.²⁰ Aanbesteders kunnen daarbij verwijzen naar (technische) Europese en/of nationale normen.²¹ Normen kunnen een belangrijke rol spelen bij het beïnvloeden van het ontwerp van producten en processen, en vele normen omvatten milieukenmerken voor bijvoorbeeld materiaalgebruik en duurzaamheid.²²

In de tweede plaats kan een aanbesteder er voor kiezen technische specificaties in de aanbestedingsstukken te formuleren als prestatie of functionele eisen. Functionele eisen beschrijven het beoogde resultaat of de te leveren prestatie. Inschrijvers hebben vervolgens de ruimte om zelf te bepalen hoe zij dit resultaat zullen bereiken. Wanneer een aanbesteder de temperatuur in een museum of kantoorgebouw op een bepaald niveau wil houden, kan hij dat doen door zeer gedetailleerde technische omschrijvingen in zijn bestek op te nemen. Hij kan het echter ook aan inschrijvers overlaten om de verschillende opties aan te bieden.²³ De prestatie en functionele eisen dienen wel zodanig duidelijk, precies en ondubbelzinnig te zijn bepaald, dat inschrij-

vers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen.²⁴ Aanbesteders kunnen inschrijvers verzoeken bij inschrijving technische gegevens te verstrekken, waaruit blijkt dat de door hen voorgestelde oplossingen of technieken haalbaar zijn. Met name de naleving van de functionele eisen vergt nadere aandacht. Hierover meer in paragraaf 5 van deze bijdrage.

Een derde mogelijkheid is dat aanbesteders kiezen voor een combinatie van beide. In dat geval beschrijven aanbesteders hun specificaties functioneel, maar verwijzen zij daarbij tevens naar bepaalde normen en goedkeuringen uit de eerste optie.

Art. 2.76 lid 1 Aw 2012 bevat overigens geen Arangorde of prioritering. Aanbesteders zijn derhalve niet verplicht functioneel te specificeren als dat kan.²⁵ Technische voorschriften in de vorm van functionele eisen zullen de mededinging in de meeste gevallen echter minder sterk beperken dan uitvoerige specificaties met betrekking tot de technische kenmerken van de aan te schaffen goederen.²⁶ Om innovatie en verduurzaming te bereiken, geniet functioneel specificeren, volgens zowel de Europese als de nationale wetgever, de voorkeur.²⁷

2.3 Varianten als alternatief

Art. 2.83 Aw 2012 biedt de mogelijkheid varianten toe te staan of inschrijvers te verplichten één of meer varianten aan te bieden. Varianten kunnen een alternatieve oplossing of uitvoeringswijze inhouden voor de door een aanbesteder voorgeschreven constructie, bouwstoffen, werkwijze, hulpmiddelen of contractuele voorwaarden (bijvoorbeeld de financieringsvoorwaarden). Een variant behoeft geen wezenlijke wijziging in te houden ten opzichte van de voorgeschreven constructie etc., maar moet wel aan de door de aanbesteder voor varianten gestelde minimumeisen voldoen.²⁸ Aan welke minimumeisen varianten moeten voldoen en op welke wijze deze moeten worden ingediend, moet in de aanbestedingsstukken zijn vermeld.²⁹ In de zaak *Traunfellner* oordeelde het HvJ EU dat, indien deze minimumeisen niet in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen, ingediende varianten niet in aanmerking mogen worden genomen.³⁰

¹⁹ Bijlage IV bij Richtlijn 2014/24/EU bevat de volgende definitie van technische specificatie: 'b) (...): een specificatie die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product of dienst, zoals het niveau van kwaliteit, het niveau van milieuvriendelijkheid, een ontwerp dat aan alle vereisten voldoet (met inbegrip van de toegankelijkheid voor gehandicapten) en de overeenstemmingsbeoordeling, gebruiksgeschiktheid, gebruik, veiligheid of afmetingen van het product, met inbegrip van de voor het product geldende voorschriften inzake handelsbenaming, terminologie, symbolen, proefnemingen en proefnemingsmethoden, verpakking, markering en etikettering, gebruiksaanwijzingen, productieprocessen en -methoden, en overeenstemmingsbeoordelingsprocedures:'.

²⁰ EU Commissie, *Interpretatieve mededeling Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren* (COM(2001) 274 definitief), 28 november 2001, p. 12.

²¹ Art. 2.76 lid 1 sub a Aw 2012.

²² Europese Commissie, *Groen kopen! - Handboek over groene overheidsopdracht* (2016), 3e editie, par. 3.2.2.

²³ Voorbeeld ontleend aan: Europese Commissie, *Groen kopen! - Handboek over groene overheidsopdracht* (2016), 3e editie, par. 3.2.3.

²⁴ HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Max Havelaar*), ro. 56.

²⁵ CvAE 15 juni 2020, advies 522.

²⁶ EU Commissie, Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt (COM (2011) 15 definitief), 27 januari 2011, p. 47.

²⁷ Richtlijn 2014/24/EU, considerans overweging 37 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 74.

²⁸ CvAE 15 juni 2020 advies 522, overweging 5.3.7; Pijnacker Hordijk e.a., *Handboek Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, hoofdstuk 16.

²⁹ Art. 2.83 Aw 2012.

³⁰ HvJEU, zaak C-421/01, ro. 27 (*Traunfellner*).

Het verplichten of toestaan van varianten wordt veelal genoemd als een nuttige modaliteit om duurzaam aan te besteden, omdat het verschillende technische oplossingen mogelijk maakt binnen eenzelfde inschrijving.³¹ Dit geldt in het bijzonder indien de opdracht met specifieke technische specificaties wordt omschreven (op basis van normen). Via alternatieve oplossingen kunnen concurrentie en innovatie worden bevorderd.³² Met het verplichten of toestaan van varianten kan een aanbestedende dienst derhalve ruimte geven aan duurzame alternatieven ten opzichte van de in de aanbesteding voorgeschreven oplossing.³³

Ingevolge de considerans van Richtlijn 2014/24/EU moeten aanbestedende diensten, gelet op het belang van innovatie, 'zo vaak mogelijk worden aangemoedigd varianten toe te laten'.³⁴ De Gids Proportionaliteit is minder uitnodigend, maar verplicht aanbesteders het toestaan van varianten 'in overweging' te nemen.³⁵ Niettemin wordt in de praktijk weinig gebruik gemaakt van de mogelijkheid varianten toe te staan, laat staan te verplichten. Waarschijnlijk zijn aanbestedende diensten terughoudend bij het toestaan van varianten omdat het bewerkelijk is om de minimumeisen van varianten op te stellen en varianten van inschrijvers te beoordelen.³⁶ Wanneer een aanbestedende dienst daarentegen varianten niet toestaat, handelt hij niet zonder meer in strijd met de in art. 1.4 Aw 2012 opgenomen zorgplicht.³⁷

2.4 Milieukeurmerken

Het voorschrijven van keurmerken of certificaten is bij aanbesteders een populaire methode geworden om milieuaspecten in een aanbesteding te betrekken. Keurmerken kunnen een belangrijke rol vervullen bij het opstellen van technische specificaties, bijzondere uitvoeringsvoorwaarden en gunningscriteria, maar ook bij het verifiëren van

de naleving daarvan.³⁸ Milieukeurmerken hebben tot doel inkopers te helpen duurzame producten of diensten te herkennen.³⁹ Veel gevraagde certificaten zijn de ISO9001 en de ISO14001 certificering, VCA***-certificaten en branchekeurmerken zoals het CBF keurmerk voor goede doelen, het FSC keurmerk voor duurzaam hout of het 'Cradle to Cradle'-keurmerk voor circulair bouwen.⁴⁰

Waar in het verleden de verwijzing naar (milieu) keurmerken in technische specificaties slechts zeer beperkt mogelijk was, staat art. 2.78a lid 1 Aw 2012 dit juist uitdrukkelijk toe.⁴¹ Dit is mede het gevolg van het zogenoemde arrest *Max Havelaar*.⁴² In dit arrest verduidelijkte het HvJ EU dat de Richtlijn 2004/18/EG er niet aan in de weg staat dat naar een milieukeurmerk wordt verwezen, met dien verstande dat de vermelding dat de producten die ervan zijn voorzien, geacht worden aan de aldus vastgelegde specificaties te voldoen én onder het uitdrukkelijke voorbehoud dat elk ander passend bewijsmiddel is toegestaan.⁴³ Het arrest *Max Havelaar* is bij de implementatie van richtlijn 2014/24/EU gecodificeerd.⁴⁴

Het voorschrijven van een keurmerk is overigens niet zonder risico's. Art. 2.78a lid 1 Aw 2012 bevat immers een aantal strikte (cumulatieve) voorwaarden. Net als technische specificaties en bijzondere uitvoeringsvoorwaarden, mogen keurmerken alleen betrekking hebben op criteria die 'verband houden met het voorwerp van de opdracht' en geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van het werk, de levering of de dienst (sub a). Keurmerken dienen tevens te zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende

³¹ M.A. Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en aanbestedingsrecht. Jurisprudentie en Regelgeving, deel 21*, Den Haag: Paris 2017, p. 58.

³² M.J.J.M. Essers en C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Den Haag: Sdu 2017, p. 228.

³³ J. Geerts, 'Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten', *T.Gem.* 2017/01, p. 11.

³⁴ Richtlijn 2014/24/EU, considerans overweging 48.

³⁵ Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.7.

³⁶ M.J.J.M. Essers 2017, supra noot 28.

³⁷ Rb. Midden-Nederland 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:104, JAAN 2016/58, ro. 4.90 en 4.91; CvAE 15 juni 2020, advies 522, overweging 5.7.3, CvAE 27 juli 2018, advies 476, overweging 5.4.2; CvAE 23 juni 2017, advies 410, de aanbeveling in overweging 7; CvAE 30 januari 2017, advies 397, overweging 5.6; CvAE 13 oktober 2016, advies 307, overweging 5.2.1 en CvAE 27 januari 2014, advies 48, overweging 6.2.5.

³⁸ Art. 1.1 Aw 2012 definieert keurmerk als een document, certificaat of getuigschrift dat bevestigt dat een werk, product, dienst, proces, of procedure aan bepaalde eisen voldoet (de zogenoemde onderliggende keurmerken). Een keurmerk kan worden verstrekt door een overheidsinstantie of een private organisatie. Als een product, dienst, proces of procedure voldoet aan die onderliggende keurmerken, kan een keurmerk worden verkregen. Zie: *Kamerstukken II 2015/16*, 34 329, nr. 3, p. 24.

³⁹ Europese Commissie, *Groen kopen! - Handboek over groene overheidsopdracht* (2016), 3e editie, p. 19.

⁴⁰ G.R. Werkman-Bouwkamp, 'Meer ruimte voor keurmerken in aanbestedingen?', *TBR* 2016/186, par. 4.

⁴¹ Art. 2.76 lid 5 Aanbestedingswet 2012 (oud): 'Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, een merk, keurmerk of certificaat betreffende duurzaamheid, milieu of dierenwelzijn, dan wel gebaseerd op sociale overwegingen, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.'

⁴² HvJ EU d.d. 10 mei 2012, zaak C-368/10 (*Max Havelaar*).

⁴³ In art. 43 van de Richtlijn 2014/24/EU zijn de verplichtingen voor het verwijzen naar een keurmerk opgenomen. Ook in de considerans besteedt de Europese wetgever enkele overwegingen aan het gebruik van keurmerken, zie bijvoorbeeld overweging 75.

⁴⁴ Art. 43 van Richtlijn 2014/24/EU en de pendant daarvan in art. 2.76 en 2.78a Aw 2012.

criteria (sub b). Het keurmerk moet zijn vastgesteld in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden, waaronder overheidsinstanties, consumenten, sociale partners, fabrikanten, distributeurs en niet-gouvernementele organisaties, kunnen deelnemen (sub c). Het keurmerk moet voorts voor alle betrokken partijen toegankelijk zijn (sub d). Ten slotte moeten de keurmerkeisen zijn vastgesteld door een derde partij (sub e).

2.5 Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden

Ten slotte kunnen aanbesteders ook eisen stellen aan de wijze waarop werken of producten tot stand moeten worden gebracht. Zij kunnen een specifiek productieproces voorschrijven indien dit ertoe bijdraagt de (zichtbare of onzichtbare) prestatiekenmerken van het werk of dienst te specificeren. Dit betekent dat het werk of de dienst door de wijze van productie of het voorkomen (of de verschillen nu zichtbaar zijn of niet) afwijkt van identieke producten omdat een milieuvriendelijk productieproces is gebruikt. Te denken valt aan de toepassing van 'groene' elektriciteit. De Commissie wijst op verschillende mogelijkheden van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden die in overeenkomsten kunnen worden opgenomen, zoals:

- de wijze waarop een werk of dienst wordt uitgevoerd, bijvoorbeeld door toepassing van specifieke milieubeheermaatregelen, waar nodig in overeenstemming met een door een derde partij gecertificeerd systeem, zoals EMAS of ISO 14001;
- de opleiding van personeel van de aannemer: scholing van personeel in de milieueffecten van hun werk en in het milieubeleid van de overheidsdienst die de gebouwen bezit waar ze zullen werken;
- de wijze van vervoer van producten en hulpmiddelen naar de leveringsplaats, zoals het in geconcentreerde vorm aanleveren en ter plaatse verdunnen van producten, het moeten gebruiken van herbruikbare containers of verpakkingen om producten te vervoeren en de vermindering van CO₂- of broeikasgasemissies die aan vervoer verbonden zijn;
- Voorwaarden ten aanzien van de verwijdering van gebruikte producten of verpakkingen, producten of verpakkingen laten terugnemen door de aannemer voor hergebruik, recycling of passende verwijdering, streefcijfers voor de vermindering van de hoeveelheid stortafval.⁴⁵

Aanbesteders moeten er wel voor zorgen dat het voorschrijven van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden niet discriminerend is. Zij mogen bijvoorbeeld niet voorschrijven dat groene elektriciteit alleen door middel van windenergie mag zijn gegene-

reerd; ook waterkracht- en zonne-energie kunnen immers voor de productie van groene elektriciteit worden gebruikt, zodat het technische voorschrift moet luiden dat de groene elektriciteit met behulp van hernieuwbare energiebronnen moet zijn geproduceerd.⁴⁶

3. Aanbestedingsbeginselen als 'glazen plafond' (?)

Al met al biedt het aanbestedingsrecht een breed palet van mogelijkheden om aspecten van duurzaamheid te betrekken bij de specificatie van het voorwerp van de opdracht. Aanbesteders hebben een ruime keuzevrijheid bij het bepalen hoe en de mate waarin zij dat willen doen. De vraag rijst hoe deze keuzevrijheid zich verhoudt tot de drie fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Aanbesteders dienen immers in elke fase van een aanbesteding het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel na te leven.

Veel van de bepalingen in Richtlijn 2014/24/EU en de Aw 2012 geven een uitwerking of toepassing van (een van) deze drie leidende beginselen. Dat geldt ook voor de bepalingen die betrekking hebben op technische specificaties.⁴⁷ Soms kan tussen deze beginselen en duurzame beleidsdoelstellingen 'spanning' ontstaan. De vraag is in hoeverre deze beginselen duurzame ambities in de weg staan. Vormen de beginselen een 'glazen plafond' om deze ambities te halen?⁴⁸

3.1 Het gelijkheidsbeginsel 'of gelijkwaardig'

De keuzevrijheid die aanbesteders wordt geboden, wordt gerechtvaardigd door het feit dat het de aanbesteder is die het beste op de hoogte is van welke leveringen hij nodig heeft en het beste in staat is om de eisen te bepalen waaraan moet worden voldaan om de gewenste resultaten te bereiken.⁴⁹ In die zin staat het aanbestedingsrecht er dus geenszins aan in de weg dat keuze voor technische oplossingen gedreven zijn door duurzaamheidsoverwegingen. Aanbesteders mogen een hoger milieubeschermingsniveau vragen dan wettelijk verplicht is of door normen is vastgelegd, ook indien daarmee feitelijk duurdere producten worden ingekocht dan

⁴⁶ Europese Commissie, *Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt* (COM(2011) 15 definitief) 27 januari 2011, p. 13.

⁴⁷ Concl. A-G B.J. Driber, ECLI:NL:PHR:2019:891, bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2008.

⁴⁸ Ontleend aan A. Semple, 'The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?', in B. Sjøfjell & A. Wiesbrock (Eds.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder* (p. iii). Cambridge: Cambridge University Press, par. 3.

⁴⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, ro. 3.13.

⁴⁵ Europese Commissie, *Groen kopen! - Handboek over groene overheidsopdracht* (2016), 3e editie, 3e editie, par. 6.2.

op de markt verkrijgbaar zijn.⁵⁰ De aanbestede wordt bij de formulering van de technische specificaties, echter wel begrensd door de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.⁵¹

In het arrest *Roche Lietuva* heeft het HvJ EU echter benadrukt dat bij het vaststellen van de technische specificaties steeds het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel moeten worden geëerbiedigd.⁵² In deze zaak beklaagde Roche Lietuva zich erover, dat de technische specificaties in het bestek de mededinging tussen leveranciers onredelijk beperkten door hun zeer specifieke aard en dat zij in werkelijkheid aangepast waren aan de kenmerken van de producten van specifieke fabrikanten. Het HvJ EU oordeelde dat de aanbestedende dienst in beginsel zijn inkoopbehoefte bepaalt, maar dat de mate van detail van de technische specificaties wel aandacht behoeft. Daarbij benadrukte het HvJ EU tevens dat technische specificaties de inschrijvers gelijke toegang moeten bieden tot de aanbestedingsprocedures en dat zij er niet toe mogen leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de mededinging worden opgeworpen. Met deze overweging heeft het HvJ EU vorm gegeven aan het beginsel van gelijke behandeling.⁵³ Het HvJ EU grijpt daarbij terug op het al eerder genoemde arrest *Max Havelaar*⁵⁴ waarin het heeft geoordeeld dat de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie van cruciale betekenis zijn voor technische specificaties wegens het gevaar voor discriminatie in verband met de keuze van die specificatie of de formulering ervan.⁵⁵

Het gelijkheidsbeginsel lijkt dus in de weg te staan aan het verwijzen in aanbestedingsstukken naar merken, herkomst of bijzondere werkwijzen die kenmerkend zijn voor één specifieke ondernemer.⁵⁶ Dat is slechts toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is.⁵⁷ De uitzondering moet restrictief worden toegepast en worden gerechtvaardigd door het algemeen belang.⁵⁸ Een dergelijke rechtvaardiging deed zich voor in een aanbesteding met betrekking tot de

detectie van baarmoederhalskanker. Hier werd toegestaan een bepaalde detectiemethode (werkwijze) voor te schrijven, ondanks dat daardoor inschrijvers met een andere werkwijze, uitgesloten werden. Het hof Den Haag oordeelde dat de specifiek voorgeschreven detectiemethode de enige methode was waarvan met zekerheid gezegd kon worden dat die betrouwbaar was. Hierdoor was het gerechtvaardigd om voor te schrijven dat een bepaalde werkwijze gehanteerd diende te worden.⁵⁹ In veel gevallen zal het echter mogelijk zijn het voorwerp van de opdracht nauwkeurig te omschrijven.

Voor zover de vermelding van een fabricaat, merk of bijzondere werkwijze al mogelijk is, dient deze steeds vergezeld te gaan door de toevoeging 'of gelijkwaardig'. De in de aanbestedingsstukken genoemde producten mogen niet worden bevoordeeld. Aan het fabricaat of merk gelijkwaardige producten dienen derhalve op een objectieve en gelijkwaardige wijze te kunnen meedingen naar gunning.⁶⁰ Volgens vaste rechtspraak kan het feit dat in het bestek na de aanduiding van een bepaald product de vermelding 'of gelijkwaardig' is weggelaten, marktdeelnemers die dezelfde soort producten gebruiken ontmoedigen om in te schrijven.⁶¹

Het is aan de inschrijver om het bewijs van gelijkwaardigheid te leveren.⁶² Ingevolge art. 2.77 Aw 2012 dient een inschrijver in dat geval voldoende informatie en bewijsstukken bij zijn inschrijving te voegen om de gelijkwaardigheid te onderbouwen. Wanneer hij dat niet doet, loopt hij het gevaar dat zijn inschrijving op grond van art. 2.103 lid 3 AW wordt afgewezen. Inschrijvingen die niet (kunnen) voldoen aan de voorschriften in de aanbestedingsstukken, kunnen immers door de aanbestede wegens non-conformiteit niet in aanmerking worden genomen. De aspecten waarop de gelijkwaardigheid moet worden aangetoond en de wijze waarop de aanbestede dat beoordeelt kunnen aanleiding geven tot discussie. Veelal wordt dat niet in de aanbestedingsstukken vermeld, zodat daarover een geschil kan ontstaan.

Het gedetailleerd technisch specificeren kan voor aanbesteders aantrekkelijk zijn, indien met een specifieke norm, productie- of bijzondere bouwwijze dan wel keurmerk (milieu)doelstellingen aantoonbaar kunnen worden bereikt. Te denken valt

⁵⁰ EU Commissie, *Interpretatieve mededeling Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren* (COM(2001) 274 definitief), 28 november 2001, zie tevens HvJ EU d.d. 17 september 2002, zaak C-513/99 (*Concordia Bus*), ro. 55.

⁵¹ *Ibidem*, par II.1.

⁵² HvJ EU 25 oktober 2018, zaak C-413/17 (*Roche Lietuva*), ro. 45.

⁵³ Art. 18 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.

⁵⁴ HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10.

⁵⁵ HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10, (*Max Havelaar*) ro. 87 en 95.

⁵⁶ Art. 2.76 lid 3 Aw 2012. Zie ook: CvAE 23 mei 2016, advies 351, (overweging 5.3.4.) waarin de CvAE oordeelde dat het stellen van een herkomstseis (in casus: dat graniet uit Europa moet komen), in strijd is met het aanbestedingsrecht.

⁵⁷ Art. 2.76 lid 3 Aw 2012. Zie tevens CvAE 23 maart 2018, advies 442, JAAN 2018/108, m.nt. D. Versteeg.

⁵⁸ HvJ EU 12 juli 2018, zaak C-14/17 (*VAR c.s./Iveco*), ro. 21.

⁵⁹ Gerechtshof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1456.

⁶⁰ Art. 2.76 lid 2-4 Aw 2012; L.C. van den Berg, commentaar op artikel 2.76 Aw, in: G. Verberne en P. Juttman, *Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2016. Zie tevens: Vzgnr. Rb. Midden-Nederland 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685 (*Medtronic Trading/UMC Utrecht*).

⁶¹ HvJ EU 25 oktober 2018, zaak C-413/17 (*Roche Lietuva*), ro. 39 en HvJ EU 3 december 2001, zaak C-59/00 (*Vestergaard*), ro. 22.

⁶² L.C. van den Berg, commentaar op artikel 2.76 Aw, in: G. Verberne en P. Juttman, *Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2016; zie ook art. 2.77 Aw 2012.

aan een innovatie die bij een eerdere aanbesteding goed heeft uitgepakt, maar waarop de inschrijver een intellectueel eigendomsrecht heeft verkregen. Ook kan worden gedacht aan de stimulering van een *startup*, waarbij de overheid als *launching customer* kan fungeren of zelfs als *scale-up customer*. Deze stimulering kan aanleiding te geven tot het voorschrijven van maatwerk.

In de verplichting rekening te houden met het gelijkheidsbeginsel, ligt echter tevens de beperking besloten voor aanbesteders om maatwerk voor te schrijven. Zo overwoog de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) dat, indien slechts enkele ondernemingen in staat zijn aan de maatwerkeisen van die ene aanbestedende dienst te voldoen, al snel sprake zal kunnen zijn van eisen die niet meer in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (zie art. 1.10 lid 1 jo. art. 2.75 lid 2 Aw 2012). Mogelijk is zelfs sprake van eisen waarmee de aanbesteder de inschrijvers niet meer op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.⁶³ Daarvan zal - aldus de CvAE - nog sneller sprake zijn wanneer in een dergelijk geval bovendien slechts één onderneming in staat is aan die maatwerkeisen te voldoen, zeker wanneer blijkt dat die eisen, in strijd met de geldende regels, zijn toegeschreven naar die onderneming (zie art. 2.76 lid 3 Aw 2012). Van dat laatste zal in het bijzonder sprake zijn wanneer de aanbestedende dienst de maatwerkeisen heeft afgeleid van de wijze waarop de opdracht in het verleden is uitgevoerd door de zittende leverancier. Niettemin ziet de CvAE toch enige ruimte indien een aanbesteder innovaties wenst te stimuleren. Zij overweegt:

‘Het voorgaande laat echter naar het oordeel van de Commissie onverlet dat een aanbestedende dienst ter stimulering van innovatie, bijvoorbeeld op het gebied van duurzaamheid, als zogenoemde ‘launching customer’ nieuwe en van de standaard afwijkende producten kan uitvragen die op dat moment alleen nog maar door één of enkele ondernemingen worden geleverd. De aanbestedende dienst loopt in een dergelijk geval voorop bij de ontwikkeling van een nieuw product, dat in de toekomst mogelijk ook door andere organisaties, waaronder aanbestedende diensten, zal worden ingekocht. De aanbestedende dienst zal in het hiervoor bedoelde geval dergelijke innovatieve producten wel zoveel mogelijk functioneel moeten specificeren.’

Aldus wordt de keuzevrijheid van aanbesteders om het voorwerp van de opdracht zodanig gedetailleerd te specificeren dat producten of werkwijzen met bewezen gunstige milieueffecten worden bevoordeeld, beperkt door het gelijkheidsbeginsel. Weliswaar bestaat het alternatief om de opdracht

functioneel te specificeren, maar dit leidt niet zelden tot een verzwaarde administratieve last voor zowel de aanbesteder als de inschrijvers. Bij de rol van de overheid als *launching customer* of *scale-up customer*, kan dit een belemmering vormen.

3.2 Verband met het voorwerp van de opdracht

Ingevolge art. 2.75 lid 2 Aw 2012 moeten alle (technische) specificaties en voorschriften die in de aanbestedingsstukken staan vermeld, verband houden met het voorwerp van de opdracht. Ook artikelen 2.78a (keurmerken) en 2.80 Aw 2012 (bijzondere voorwaarden) bevatten deze verplichting.

Het criterium ‘*verband houden met het voorwerp van de opdracht*’ kent een lange geschiedenis in de (Europese) jurisprudentie.⁶⁴

De jurisprudentie van het HvJ EU is inmiddels gecodificeerd. Art. 2.75 lid 3 Aw 2012 regelt dat specificaties van de opdracht niet louter betrekking behoeven te hebben op een werk of de gevraagde dienst of levering. Ze kunnen ook zien op andere fasen van de levenscyclus van een product, zoals de productiefase.⁶⁵

De problematiek doet zich met name gevoelen bij het voorschrijven van keurmerken of specifieke keurmerkeisen. Dat is niet zonder reden: de voorwaarde dat sprake moet zijn van een verband met het voorwerp van de opdracht, geldt niet alleen voor alle onderliggende keurmerkeisen van

⁶⁴ Zie onder meer A. Semple, ‘The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?’, in B. Sjöfjell & A. Wiesbrock (Eds.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder* (p. lii). Cambridge: Cambridge University Press, par. 3.1; M. Martens and S. de Margerie, ‘The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social, Procurement’, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (EPPPL), 2013/1, p. 8. Het criterium ‘*verband houden met het voorwerp van de opdracht*’ is voor het eerst door het HvJ EU geïntroduceerd in het arrest *Concordia Bus* (HvJ EU 17 september 2002, zaak C-513/99). In lijn met het arrest *Beentjes* (HvJ EU 20 september 1988, zaak 31/87) oordeelde het HvJ EU in deze zaak dat een gunningscriterium niet noodzakelijkwijks van zuiver economische aard hoeft te zijn. Milieucriteria kunnen als gunningscriterium worden meegewogen, mits deze verband houden met het voorwerp van de opdracht. In het arrest *EVN en Wienstrom* (HvJ EU 4 december 2003, zaak C-448/01) oordeelde het HvJ EU daarentegen dat een gunningscriterium dat niet alleen zag op de levering van de jaarlijks te verwachten stroomhoeveelheden voor de betreffende aanbestedende dienst zelf, maar ook op hoeveelheden die de inschrijvers zouden leveren aan andere afnemers, niet geacht kan worden voldoende verband te houden met de opdracht. Vervolgens oordeelde het HvJ EU in het arrest *Max Havelaar* (HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10) dat een gunningscriterium, waarbij een voordeel werd toegekend aan producten die een biologisch en ‘*fair trade*’-keurmerk dragen, op zich voldoende verband toont met het voorwerp van de opdracht. Het HvJ EU stelt daaraan echter wel de voorwaarde dat de eisen van het keurmerk enkel de in het kader van die opdracht te leveren ingrediënten betreffen, zonder enige implicatie voor het algemene inkoopbeleid van de inschrijvers. Anders gezegd: keurmerkeisen mogen dus geen betrekking hebben op het algemene (milieu- of personeels) beleid van een ondernemer. In dat geval is immers onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 82.

⁶³ CvAE 16 januari 2017, advies 387. De CvAE verwijst daarbij naar art. 1.8 jo. art. 2.75 lid 6 Aw 2012.

een keurmerk.⁶⁶ Ook alle voorschriften waaraan een product, dienst, proces of procedure moet voldoen om een keurmerk te verkrijgen, dienen verband te houden met het voorwerp van de opdracht.⁶⁷ Aanbesteders mogen dus niet verlangen dat een ondernemer over een keurmerk beschikt dat deels onderliggende keurmerkeisen heeft die verband houden met het voorwerp van de opdracht, maar ook onderliggende keurmerkeisen heeft waarbij dat niet het geval is.⁶⁸

In advies 430 diende de CvAE te adviseren of een keurmerkeis, op grond waarvan een mal voor de te leveren minicontainers vóór de start van de productie moest worden getest, voldoende verband hield met het voorwerp van de opdracht. Naar het oordeel van de CvAE was dat niet het geval. Producten die niet vóór de start van de productie waren getest, maar wel aan alle kwaliteitseisen voldeden, werden door de keurmerkeis immers geblokkeerd.⁶⁹ Aldus achtte de CvAE het vereiste keurmerk in strijd met art. 2.78a lid 1, sub a Aw 2012.⁷⁰

Inmiddels bestaat een aanzienlijke hoeveelheid private en publieke keurmerken en certificaten waarmee wordt gepretendeerd duurzaamheid te garanderen. Het is echter zeer de vraag of alle keurmerken die zijn ontwikkeld en waarnaar veelvuldig wordt verwezen in aanbestedingsdocumenten, aan de strenge voorwaarden van art. 2.78a Aw 2012 kunnen voldoen.⁷¹

3.3 Proportionaliteit

De Gids Proportionaliteit vestigt er de aandacht op dat de keuze voor technisch of functioneel specificeren rechtstreekse gevolgen heeft voor de eisen die aan de inschrijver worden gesteld.⁷² In het eerste geval wordt immers vooral getoetst of de inschrijver in staat is iets te maken dat tot in detail omschreven is, terwijl in het tweede geval van belang is dat de inschrijver in staat is oplossingen voor de door de aanbesteder gestelde uitvraag te bedenken. Daarmee worden bij het opstellen van het programma van eisen keuzes gemaakt die een duidelijk proportionaliteitsaspect kunnen hebben.

Naarmate specificaties gedetailleerder zijn, zal het voor ondernemers lastiger worden hun producten op de uitvraag aan te passen dan wel te bewijzen dat de door hen aangeboden producten daar-

aan voldoen. Volgens de CvAE dienen aanbesteders op grond van het proportionaliteitsbeginsel bij hun technische specificaties zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de in de branche gebruikelijke normen en standaarden.⁷³ Indien dat niet mogelijk is, adviseert de CvAE aanbesteders functioneel te specificeren.

Ook bij het voorschrijven van keurmerken vergt het proportionaliteitsbeginsel bijzondere aandacht. In veel gevallen zal een ondernemer niet binnen de termijn van een aanbesteding het voorgeschreven keurmerk (alsnog) kunnen verkrijgen; procedures voor de verkrijging daarvan duren meestal (te) lang. Gelet daarop dienen aanbesteders dus ook andere bewijzen te accepteren, waarmee een inschrijver aantoonbaar aan de onderliggende keurmerkeisen te voldoen.⁷⁴ Dit kan bijvoorbeeld een technisch dossier zijn dan wel andere keurmerken of certificaten. Deze mogelijkheid bestaat echter alleen indien de inschrijver bewijst dat hij niet de mogelijkheid heeft gehad het specifieke keurmerk (of een gelijkwaardig keurmerk) tijdig voor deelname aan de aanbesteding te hebben kunnen verwerven vanwege redenen die hem niet aangerekend kunnen worden. Deze drempel zal met name het midden- en kleinbedrijf raken, nu de kosten van het hebben van een groot aantal keurmerken voor hen niet altijd op te brengen zijn.⁷⁵ De CvAE beveelt aanbestedende diensten daarom aan terughoudend te zijn met het vragen van keurmerken. Dit geldt, naar het oordeel van de CvAE, zeker bij standaardproducten waarvoor Europese normeringen bestaan, die in grote aantallen door nagenoeg alle marktpartijen worden aangeboden en waarbij veel inspanningen van die marktpartijen worden gevraagd om voor het behalen van dat keurmerk wijzigingen in hun aanbod aan te brengen.⁷⁶

Aanbesteders moeten zich tevens realiseren dat de A gelijkwaardigheidstoets van art. 2.78a leden 3 en 4 Aw 2012, voldoende kennis van de aanbesteder vereist om een alternatief bewijsmiddel te kunnen beoordelen. Het gevaar dat een (langdurige) discussie ontstaat over de gelijkwaardigheid van de bewijsmiddelen ligt daar dus op de loer.⁷⁷ Keurmerken of certificaten kunnen bovendien innovatie belemmeren omdat nieuwe, innovatieve oplossingen (nog) niet zijn gecertificeerd. Het eisen van certificaten kan derhalve duurzame innovaties in de weg staan. In dat opzicht dienen aanbestedende diensten een weloverwogen keuze te maken, het

⁶⁶ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 58-59.

⁶⁷ G.R. Werkman-Bouwkamp, 'Meer ruimte voor keurmerken in aanbestedingen?', *TBR* 2016/186, par. 3.2.

⁶⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 59.

⁶⁹ CvAE 29 januari 2018, advies 430, *JAAN* 2018/106.

⁷⁰ Inmiddels gecodificeerd in art. 2.115 lid 3 Aw 2012.

⁷¹ Zie ook G.R. Werkman-Bouwkamp, 'Meer ruimte voor keurmerken in aanbestedingen?', *TBR* 2016/186, met verwijzing naar Rb. Rotterdam 3 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2189, *JAAN* 2014/102, m.nt. W.M. Ritsema van Eck.

⁷² Gids Proportionaliteit, p. 14.

⁷³ CvAE 18 april 2019, advies 522, overweging 5.2.5.

⁷⁴ Art. 2.78a lid 3-4 en art. 2.78b lid 2-3 Aw 2012.

⁷⁵ M.G. Rauws, Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht, commentaar bij art. 2.78a Aw 2012, p. C.5.

⁷⁶ CvAE 29 januari 2018, advies 430, *JAAN* 2018/106.

⁷⁷ Zie voor een langdurige procedure hierover: Rb. Alkmaar 9 mei 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:5550 (tussenvonnis), Rb. Alkmaar 14 november 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:5592 (tussenvonnis) en Rb. Noord-Holland 16 september 2015 (eindvonnis).

eisen van een keurmerk hoeft niet perse verstandig en proportioneel te zijn.

4. Kansen voor het MKB (?)

In het verlengde van de problematiek rondom het proportionaliteitsbeginsel, ligt de vraag welke invloed de keuzevrijheid van aanbesteders heeft op de kansen van het MKB op gunning van overheidsopdrachten die duurzaam zijn gespecificeerd. Het halen van milieudoelstellingen is immers niet het enige nevendoeel dat met de modernisering van het aanbestedingsrecht wordt nagestreefd. Daarmee beoogde de Europese wetgever immers eveneens de toegang van het MKB tot overheidsopdrachten te vergroten.⁷⁸

Het MKB maakt een belangrijk deel uit van onze (nationale en Europese) economie. Naar schatting bestaat circa 99% van alle ondernemingen in Europa uit MKB-bedrijven. Het MKB wordt beschouwd als de ruggengraat van de Europese economie met een groot potentieel op het gebied van het scheppen van banen, groei en innovatie.⁷⁹ Daarbij wordt veelal gewezen op de hoge mate van specialisatie en expertise bij het MKB, de organisatorische flexibiliteit van de ondernemingen en het innovatieve potentieel (bij onder andere *start-ups* en *scale-ups*).⁸⁰

Tegelijkertijd zijn er signalen dat het potentieel van het MKB onvoldoende wordt benut. Nederland neemt daarbij in Europa beslist geen voortrekkersrol in en besteedt ten opzichte van andere Europese landen relatief weinig aan het MKB aan.⁸¹ Het ECvR signaleert dat 'strategische' aanbestedingen eerder een belemmering vormen voor deelname van het MKB dan dat het kansen biedt⁸²:

'Strategische aanbestedingsdoelstellingen vormen regelmatig een grote belemmering voor kmo's die deelnemen aan aanbestedingsprocedures, omdat

kmo's, vergeleken met professioneel georganiseerde grote ondernemingen, vaak niet over de nodige middelen beschikken om aan de strategische aanbestedingscriteria te voldoen. Het aanscherpen van de strategische aanbestedingscriteria druist mogelijk in tegen de passende en nastrevenswaardige doelstelling om de toegang van kmo's tot overheidsopdrachten te bevorderen en te vergemakkelijken.'

Het aanbestedingsrecht voorziet echter niet in een mogelijkheid overheidsopdrachten te reserveren voor het categorieën van ondernemingen, zoals het MKB.⁸³ Het bevoordelen van het MKB ten opzichte van grote bedrijven, stuit af op het gelijkheidsbeginsel. Zoals een voorzieningenrechter oordeelde: '*Aanbestedingsrecht is niet louter MKB-recht*'.⁸⁴ Aanbestedende diensten worden weliswaar aangemoedigd om overheidsopdrachten op grond van art. 1.5 lid 3 Aw 2012 te splitsen in percelen die voor het MKB aantrekkelijk zijn, maar onbekend is in hoeverre het splitsingsgebod wordt nageleefd. Empirisch onderzoek ontbreekt.⁸⁵ Gelet op de open normen die in art. 1.5 Aw 2012 zijn opgenomen, blijken het clusterverbod en het splitsingsgebod in rechte moeilijk afdwingbaar.⁸⁶

Een belangrijke belemmering voor het MKB om in te schrijven op aanbestedingen is de administratieve belasting die daarmee gepaard gaat.⁸⁷ Dit geldt ook voor aanbestedingen waar duurzaamheidsaspecten worden voorgeschreven, zoals het verkrijgen van keurmerken of certificaten.⁸⁸ Daarbij komt dat ondernemers de kosten die zij moeten maken om innovaties te leveren, vaak moeilijk kunnen terugverdienen binnen de (veelal) korte duur en beperkte omvang van een opdracht.⁸⁹ De bevestiging hiervan volgt uit het hiervoor genoemde rapport *Toekomstige Opgave RWS*. Hierin signaleert Rijkswaterstaat dat een gebrek aan langetermijnperspectief, sturing op individueel projectresultaat en onvoldoende lerend vermogen, innovaties in de weg staan.⁹⁰ Ook de overdracht van intellectuele eigendomsrechten aan aanbesteders, die in menig

⁷⁸ Considerans Richtlijn 2014/24/EU, overweging 2.

⁷⁹ EU Commissie. *Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt* (COM (2011) 15 definitief), 27 januari 2011, p. 30.

⁸⁰ S. Schoenmaekers, 'The role of SMEs in promoting sustainable procurement', in: B. Sjäffjell & A. Wiesbrock (Eds.), *Sustainable Public Procurement under EU Law*, Cambridge, Cambridge University Press 2015, par. 8.3.

⁸¹ Onderzoek in opdracht van de Europese Commissie: SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU, 2014; zie ook: <<https://www.pianoo.nl/nl/themes/mkb-vriendelijk-inkopen/mkb-vriendelijk-inkopen-toegelicht>>.

⁸² Advies van het Europees Comité van de Regio's over het uitvoeringsverslag inzake overheidsopdrachten d.d. 8 oktober 2019.

⁸³ S. Arrowsmith, *The Public and Utilities Procurement*, vol. 2. Third edition, 2018, p. 771.

⁸⁴ Vzgnr. Rb Oost-Brabant 26 juli 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3593, ro. 4.8.

⁸⁵ Brief Werkgroep 'Clusteren' d.d. 26 juni 2018 aan Staatssecretaris Keijzer in het kader van het Traject Beter Aanbesteden.

⁸⁶ Zie de bijdrage van W.A. Janssen en E.E. Neele in dit themanummer, TBR 2021/16.

⁸⁷ Considerans Richtlijn 2014/24/EU, overweging 84.

⁸⁸ Zie hiervoor in par. 3.3.

⁸⁹ Zie in gelijke zin: A. Beckers, 'Using Contracts to Further Sustainability? A Contract Law Perspective on Sustainable Public Procurement', in: Beate Sjäffjell and Anja Wiesbrock (eds), *Sustainable Public Procurement Under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge, Cambridge University Press 2015, par. 3.3.

⁹⁰ Rapport Rijkswaterstaat, Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector, mei 2019, p. 9.

contract is geregeld, zorgen voor een rem op innovaties.^{91,92}

Een ander probleem voor het MKB is dat voor elke aanbesteding andere eisen gelden. De ontwikkeling van Europese producteisen zou hiervoor een oplossing kunnen zijn. Producteisen zijn wettelijke veiligheids-, gezondheids- en milieuvoorschriften die gelden voor specifieke productgroepen.⁹³ Producteisen vormen dwingende voorwaarden en leggen aanbesteders verplichtingen op met betrekking tot wat zij aanschaffen. Voor de bouwsector zijn deze productgroepen overigens nog beperkt.⁹⁴ Het voordeel van producteisen is dat aanbesteders worden ontlast, omdat zij niet alles meer gedetailleerd behoeven te specificeren.⁹⁵ Zij kunnen volstaan met een verwijzing naar deze eisen. Tevens kunnen zij slechts nog producten inkopen die aan (minimale) milieuvoorschriften voldoen. Producenten en leveranciers zijn er weliswaar verantwoordelijk voor dat hun producten voldoen aan alle producteisen. Daar staat tegenover dat deze eisen in Europees verband gelden en de producten dus breed toepasbaar zijn. Dat biedt voor langere tijd perspectief.

5. 'Noblesse oblige', maar tot welke prijs?

'Als je het hebt over duurzaam ondernemen, wat we nu aan het doen zijn is: niet duurzaam ondernemen.'⁹⁶

Ongeacht de wijze waarop een aanbesteder maatschappelijke waarde in zijn inkoopproces trekt, voegt hij een secundaire (maatschappelijke) behoefte toe aan zijn primaire behoefte. Het gaat immers niet alleen nog om de realisatie van een weg, brug of een kantoorgebouw (primaire). Deze moeten ook duurzaam zijn of duurzaam tot stand zijn gekomen (secundaire). De volledige en juiste nakoming van (bilaterale) overeenkomsten is essentieel om de milieudoelstellingen daadwerkelijk te halen.⁹⁷ Overeenkomsten bieden doorgaans di-

verse remedies ter waarborging van de deugdelijke nakoming. Deze kunnen variëren van het vorderen van nakoming, het opleggen van (EMVI)boetes tot de ontbinding van de overeenkomst. Vanzelfsprekend kunnen opdrachtnemers ook positief worden gestimuleerd.

Ondanks deze contractuele waarborgen, blijkt - zoals wel vaker - de praktijk weerbarstiger dan de theorie. Een goed voorbeeld hiervan is te lezen in een recent verschenen rapport naar aanleiding van de evaluatie van de 'performance' van DBFM-projecten bij Rijkswaterstaat.⁹⁸ De evaluatie maakt duidelijk dat DBFM-projecten weliswaar voordelen bieden en bijdragen aan het (sneller) beschikbaar maken van infrastructuur dan bij gewone D&C-contracten het geval is. Echter, als gevolg van de tijdsdruk die ontstaat vanwege de financiële prikkels om (tijdig) het te realiseren bouwwerk beschikbaar te stellen, kan de kwaliteit van het werk onder druk komen te staan. Het rapport beschrijft dat 'spanning' ontstaat tussen enerzijds de noodzaak tot tijdige beschikbaarstelling van het werk en anderzijds het nakomen van verplichtingen duurzaamheid.

DBFM-projecten zijn (beslist) niet de enige projecten die met deze 'spanning' kampen. De spanning lijkt het logische gevolg van de ondergeschikte aard van (maatschappelijke) nevendoelen ten opzichte van het primaire doel. *In the heat of the moment* zal de (tijdige) beschikbaarstelling van de weg, brug of het (kantoor)gebouw al snel de prioriteit krijgen boven het realiseren van de (voorgescreven) maatschappelijke waarde. Het gevaar is dat het gebouw dat BENG ontworpen is, bij ingebruikname bijna BENG is, maar niet helemaal.⁹⁹

Vanwege het bilaterale karakter van een overeenkomst waarin de duurzaamheidsaspecten zijn meegenomen, zullen bij uitstek de contractspartijen verantwoordelijk zijn voor het daadwerkelijk realiseren ervan. In de eerste plaats dient de opdrachtnemer de verplichting die hij is aangegaan, na te komen. Schiet hij daarin tekort, dan staat de aanbesteder - in zijn hoedanigheid van opdrachtgever - contractuele remedies ter beschikking. Aanbesteders beschikken echter over een zekere discretionaire bevoegdheid om de remedies toe te passen (en dus ook niet). De toepassing van de remedies zal door aanbesteders worden afgewogen tegen het (negatieve) effect daarvan op de voortgang van de

91 Ibid, p. 34.

92 Andersoortige contract- of samenwerkingsvormen zouden daar verandering in kunnen brengen, waaronder de door Rijkswaterstaat voorgestelde portfolio-aanpak. Bij de portfolio aanpak worden projecten met een repeterend karakter of projecten binnen een ontwikkeltraject, gebundeld. Zodoende worden bouwbedrijven in staat gesteld over meerdere projecten heen risico's te reduceren, faalkosten te verminderen en innovatie te vergroten. Het verdient overigens aandacht hoe de portfolio-aanpak zich verhoudt tot de in art. 1.5 Aw 2012 geregelde clusterverbod en splitsingsgebod. Ik meen dat art. 1.5 Aw 2012 op zich niet aan de portfolio-aanpak in de weg hoeft te staan.

93 Zie ook: *Kamerstukken II 2019/20*, 22 112, nr. 2865.

94 <<https://www.rvo.nl/onderwerpen/tools/wet-en-regelgeving/eu-wetgeving/ce-markering>>.

95 Zie hiervoor in par. 2.2.

96 J.F.M. Koppenjan e.a., *Leren van 15 jaar DBFM-projecten bij RWS* (Eindrapport), uitgave van RWS en Bouwend Nederland, 12 oktober 2020, <<https://www.eur.nl/essb/nieuws/publiek-private-samenwerkingen-van-rijkswaterstaat-onderzocht>>, p. 22.

97 Europese Commissie, *Groen Kopen! Een handboek over groene overheidsopdrachten*, derde editie, par. 6.4.

98 J.F.M. Koppenjan e.a. tap. p. 22.

99 Richtlijn 2010/31/EU betreffende de energieprestatie van gebouwen (herschikking) definieert 'BENG' als 'gebouw met een zeer hoge energieprestatie (...). De dichtbij nul liggende of zeer lage hoeveelheid energie die is vereist, dient in zeer aanzienlijke mate te worden geleverd uit hernieuwbare bronnen, en dient energie die ter plaatse of dichtbij uit hernieuwbare bronnen wordt geproduceerd te bevatten'. Vanaf 1 januari 2021 is de richtlijn komen te vervallen en dienen kantoorgebouwen energieneutraal zijn ('ENG').

werkzaamheden of op de relatie met de opdrachtnemer.

Aanbestedingsrechtelijk wordt de discretionaire bevoegdheid slechts begrensd door het leerstuk van de wezenlijke wijziging van de opdracht.¹⁰⁰ Zo oordeelde voorzieningenrechter Den Haag dat het accepteren door een opdrachtgever van een partij strooizout van mindere kwalitatief dan was voorgeschreven, onrechtmatig kan zijn jegens een gepasseerde inschrijver. Dat geldt ook als de opdrachtgever voor de geleverde mindere kwaliteit een lagere prijs betaalt.¹⁰¹ Aldus was de aanbestedder in de betreffende zaak (feitelijk) gehouden de overeenkomst met de leverancier te ontbinden en het kwalitatief mindere goede zout terug te leveren.

Het toepassen van contractuele remedies is soms plastiger dan het lijkt. Anders dan bij de levering van producten (zoals strooizout), is ongedaanmaking van een reeds tot stand gebracht bouwwerk dat niet voldoet aan de voorgeschreven kwaliteit, in de meeste gevallen praktisch onmogelijk.¹⁰² Dit, terwijl het (alsnog) vorderen van nakoming disproportioneel kan zijn.¹⁰³ De ongedaanmaking van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden is doorgaans eveneens weinig realistisch. Het leerstuk van de wezenlijke wijziging wegens niet nakoming van duurzaamheidsaspecten in een overheidsopdracht boet daarmee aan effectiviteit in.

Los daarvan is waarschijnlijk dat de partij die zich doorgaans op een wezenlijke wijziging van de opdracht wenst te beroepen, een ander belang nastreeft dan het alsnog deugdelijk nakomen van de gegunde overeenkomst. Jansen typeert dat op een treffende wijze: een (potentiële of gepasseerde) inschrijver is niet de hoeder van het algemeen belang.¹⁰⁴ Hij dient vooral zijn eigen belang. Het valt te betwijfelen of een willekeurige burger, ten behoeve van wie de maatschappelijk waarde moet worden gecreëerd, een rechtens te respecteren belang heeft bij een vordering tot nakoming.¹⁰⁵

Het ondergeschikte belang van maatschappelijke (neven)doelen bij aanbestedingen - waaronder duurzaamheidsaspecten - maakt tevens dat de facultatieve uitsluitingsgronden van art. 2.87 Aw2012 weinig houvast bieden voor uitsluiting van marktpartijen wegens de niet-nakoming van

contractuele verplichtingen gericht op duurzaamheid.¹⁰⁶ Ten slotte ontbreekt in Nederland een autoriteit die op de naleving van overheidsopdrachten toeziet.¹⁰⁷ Wie is dan eigenlijk de 'eigenaar' van het probleem?¹⁰⁸

Een deel van de oplossing ligt mogelijk in de positieve benadering: het meewegen van goede milieuprestaties in een volgende aanbesteding. Oftewel: positieve 'past performance'.¹⁰⁹ Een goed voorbeeld hiervan is de door ProRail ontwikkelde CO2-prestatieladder die inmiddels ook door andere aanbestedende diensten wordt toegepast.¹¹⁰ De CO2-Prestatieladder is een gecertificeerd CO2-managementsysteem dat ondernemers stimuleert tijdens de uitvoering van werken minder CO2 uit te stoten. Des te succesvoller, hoe hoger een (gecertificeerde) ondernemer op de prestatieladder klimt. De trede op de ladder wordt vervolgens meegewogen. Inmiddels zijn de ervaringen positief.¹¹¹

6. Afsluiting

In het voorgaande kwam aan de orde dat het aanbestedingsrecht een ruim palet aan mogelijkheden biedt om als aanbestedder rekening te houden met maatschappelijke doelen, in het bijzonder innovatie en duurzaamheid. Indien hij deze aspecten niet wil overlaten aan de markt in het kader van kwalitatieve gunningscriteria, heeft aanbestedder de keuze tussen het voorschrijven van technische dan wel functionele specificaties, keurmerken en het voorschrijven van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden.

Waar door aanbesteders problemen worden gesignaleerd bij de toepassing van 'strategische' gunningscriteria, kunnen milieudoelstellingen evengoed worden bereikt door het voorwerp van de

¹⁰⁶Zie ook de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17.

¹⁰⁷Verschillende auteurs pleiten voor een aanbestedingsautoriteit als bedoeld in artikel 83 Richtlijn 2014/24/EU om toezicht te houden op de juiste naleving van de Richtlijn. Zie onder meer: J.M. Hebly, 'Over marktsconsultatie, belangenconflicten en (gebrek) aan toezicht' in: W.H. van Boom, C. Breedveld-de Voogd, Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M. de Deugd-Dijkman en J. Hijma, *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emiraat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 141-154, R.G.T. Bleeker en E.R. Manunza, 'Enkele kanttekeningen naar aanleiding van de evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts', *TBR* 2016/37 en E. Manunza en C.E.C. Jansen, 'Rechtsbescherming in aanbestedingszaken niet op orde', *Staatscourant* d.d. 12 juni 2018.

¹⁰⁸C.E.C. Jansen, 'De inschrijver als hoeder van het algemeen belang?', *TBR* 2015/80.

¹⁰⁹C.H.N.M. Petit, De nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn en Past Performance, *TA* 2015/2 en eveneens in Petit, 'Past en Present Performance', *TBR* 2010/143.

¹¹⁰Zie hierover de website van de Stichting Klimaatvriendelijk Aanbesteden & Ondernemen (SKAO), waarop ook een handleiding is gepubliceerd met de uitleg van de CO2-prestatieladder (<<https://www.skao.nl/nl>>).

¹¹¹A. Kadefors e.a., *Procurement Requirements for Carbon Reduction in Infrastructure Construction Projects*, 2019, The Autors 2019, p. 33-41.

¹⁰⁰Vzgnr. Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465; Vzgnr. Rb. Den Haag 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940.

¹⁰¹Vzgnr. Rb. Den Haag 12 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933, ro. 4.6.

¹⁰²Zie onder andere Asser/*Hartkamp & Sieburgh* 6-III* 2010/703.

¹⁰³HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (*Multi Vastgoed/Nethou*).

¹⁰⁴Zie hierover de interessante discussie: C.E.C. Jansen, 'De inschrijver als hoeder van het algemeen belang?', *TBR* 2015/80; en het naschrift van A.J. van Heeswijk.

¹⁰⁵Zie in dat kader ook: A. Beckers, Using contract to further sustainability? A contract law perspective on sustainable public procurement, par. 3.4.

opdracht duurzaam te specificeren. De milieueffecten van overheidsinkopen zijn echter minder eenvoudig te meten (en te analyseren), omdat registratie daarvan ontbreekt.

De rol die de overheid als aanjager van verduurzaming (inmiddels) inneemt, biedt kansen voor grote en kleine ondernemers. Het vergt echter de nodige stuurmanskunst van aanbesteders om het potentieel te benutten binnen de kaders van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Deze beginselen beperken aanbesteders in de mogelijkheden om als *launching customer*, of zelfs als *scale-up customer*, op te treden. Gesteld kan worden

dat deze beginselen een ‘glazen plafond’ vormen bij de duurzame aanbestedingen.

De daadwerkelijke milieueffecten van overheidsinkoop dienen, ten slotte, niet alleen te worden gemeten na gunning van de opdracht, maar ook na de uitvoering daarvan. Ondanks het secundaire karakter van milieudoelstellingen ten opzichte van de primaire behoefte van aanbesteders, mogen de uiteindelijke milieueffecten niet uit het oog worden verloren. De (Europese en nationale) wetgever zou zich bij een volgende modernisering van de regelgeving kunnen afvragen hoe de naleving van duurzame aspecten in overheidsopdrachten daadwerkelijk kan worden gewaarborgd. ●

licentie verstrekt aan
croon_advocaten@li.nl
Croon Advocaten
IBR Publicatie - 10-02-2021