

# Duurzaamheid en innovatie binnen het aanbestedingsrecht

## Van openstelling van de interne markt, naar instrumenten dienste van beleidsdoelstellingen

– Mr. A. Molina<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

**H**et aanbestedingsrecht heeft zich ontwikkeld van een rechtsgebied met als doel (verdere) openstelling van de interne markt naar een rechtsgebied dat als instrument wordt beschouwd voor het verwezenlijken van beleidsdoelstellingen, zoals innovatie, inclusiviteit en duurzaamheid. Openstelling van de interne markt trachtte de Europese wetgever te bewerkstelligen door transparantie en coördinatie te voeren op de aanbestedingsprocedures. Vanaf de beginjaren tot 2010 was primair het openstellen van de interne markt voor overheidsopdrachten de doelstelling van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Sinds het Monti rapport, de EU-2020 strategie en de Green Deal als opvolger van de EU-2020 strategie ziet de Europese wetgever weliswaar de aanbestedingsrichtlijnen nog steeds als wetgeving die de werking van de interne markt moet garanderen. Echter er is duidelijk aandacht voor aanbestedingen als instrumenten om ook andere beleidsdoelstellingen te verwezenlijken. Overheidsaankopen kunnen als aanjagers van innovatie en duurzaamheid fungeren. Via hun inkoopmacht kunnen aanbestedende diensten inschrijvers en daarmee de markt ertoe bewegen duurzame producten aan te bieden aan aanbestedende diensten. Deze omschakeling in het aanbestedingsrecht is van belang voor

de markt. Juist de bouwsector is bij uitstek de sector die een bijdrage kan en moet leveren aan beleidsdoelstellingen, zoals innovatie en duurzaamheid. Het is niet voor niets dat Bouwend Nederland een oproep heeft geplaatst om meer aandacht te besteden aan duurzaamheidscriteria bij aanbestedingen om de klimaatambities van Nederland voor 2050 te verwezenlijken.<sup>2</sup> De energietransitie en de reductie van emissiegassen kunnen als doelen alleen gehaald worden als de bouw investeert in duurzame oplossingen. Dit artikel beschrijft de accentverschuiving die het aanbestedingsrecht heeft ondergaan in de afgelopen 50 jaar. Door deze accentverschuiving beschrijft dit artikel de ruimte en aanbestedingsrechtelijke kaders die zijn ontstaan voor de bouw om duurzaamheidscriteria mee te kunnen nemen bij aanbestedingen.

### 2. De beginjaren

**N**og voor de oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (hierna: EGKS) in 1951 gebruiken overheden overheidsprojecten om werkgelegenheid te stimuleren in het kader van sociale doelstellingen.<sup>3</sup> Primair waren dergelijke projecten bedoeld om werkloosheid te bestrijden. Maar vaak werden deze overheidsprojecten ook gebruikt om mensen – met name mensen van lagere sociale klassen – her op te voeden. Een voorbeeld

<sup>1</sup> Alfredo Molina is werkzaam als senior bedrijfsjurist bij ICTU. Daarnaast is hij verbonden aan de Digicampus. Digicampus is een samenwerkingsverband op het gebied van digitale publieke dienstverlening tussen ICTU, Logius van het ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties, TU Delft en NL Digital. Dit artikel is op eigen titel gepubliceerd. Hij doet als buitenpromovendus onderzoek naar de (on)mogelijkheden binnen het aanbestedingsrecht op het moment dat aanbestedende diensten innovatieve producten en diensten wensen in te kopen.

<sup>2</sup> Uit een analyse van Bouwend Nederland voor Pianoo in 2021 blijkt dat duurzaamheidscriteria zijn meegenomen in 43% van alle bouwgerelateerde aanbestedingen (infra en bouw). De analyse onderstreept de noodzaak voor duurzaamheid in de bouw vanwege de ambitie van Nederland om in 2050 energieneutraal en klimaatbestendig te zijn.

<sup>3</sup> C. McCrudden, 'Corporate Social Responsibility and Procurement', in: D. McBarnet, A. Voiculescu en T. Campbell, *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2007.

hiervan in Nederland zijn de veenkolonies uit de 19<sup>de</sup> eeuw. Een ander voorbeeld is de New Deal van de Amerikaanse president Roosevelt. Met de New Deal beoogde de Amerikaanse federale overheid de grote recessie van de jaren 30 van de vorige eeuw te bestrijden. Dit deden de Amerikanen door zelf te investeren in grote infrastructurele projecten, zoals de aanleg van de Hoover-dam. De gedachte hierachter was om niet alleen een financiële injectie te geven aan de economie. Het is ook om grote groepen arbeiders aan het werk te houden.<sup>4</sup>

Na de Tweede Wereldoorlog was het formuleren en behalen van sociale doelstellingen vooral een binnenlandse aangelegenheid.<sup>5</sup> In Nederland kenmerkt zich dit in de jaren 50 en 60 met de sociale welvaartstaat. Sociale doelstellingen werden voornamelijk op Rijksniveau bepaald en uitgevoerd.<sup>6</sup> Er was in deze jaren sprake van een overheid die op zowel Rijksniveau als op decentraal niveau veel werkzaamheden intern uitvoerde, van jeugdzorg, interne schoonmaakdiensten tot het beheren van genationaliseerde infrastructuur- en nutsbedrijven.<sup>7</sup>

De verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog leidde tot de oprichting van de EGKS. De vrede bewaren op het Europese continent was de primaire doelstelling van de EGKS. Met de oprichting van de EGKS zien we ook de eerste stap in het formuleren van sociale doelstellingen als waarborg op die vrede. De EGKS had niet alleen als doel het creëren van een gemeenschappelijke markt voor kolen en staal. Het doel was ook het verbeteren van de arbeidsomstandigheden van de werknemers in de kolen- en staalsectoren.<sup>8</sup> De EGKS beoogde de economieën van de Europese landen in te vlechten. De welvaart van de Europese burgers moest worden verhoogd en de sociale positie van de werknemers verbeterd. Dit maakt de prijs om tot oorlog over te gaan te hoog. Oorlog voeren werd praktisch gezien onmogelijk. Deze sociale doelstellingen zijn samen met de doelstelling om een interne markt te creëren later in 1957 overgenomen in het Verdrag van Rome. Met dit Verdrag werd de Europese Economische Gemeenschap opgericht (hierna: EEG). Weer later zijn (met de samenvoeging van de EEG, de EGKS en de Europese Atoomenergie Gemeenschap) in 1967 alle doelstellingen overgenomen in de Europese Gemeenschappen (hierna: EG).

Onder het EG Verdrag traden in de jaren 70 de liberalisatierichtlijnen voor werken en leveringen in werking. Tegelijkertijd werd gewerkt aan de

richtlijn 71/305/EG als voorloper van de huidige aanbestedingsrichtlijnen.<sup>9</sup> In het EG Verdrag zijn de sociale doelstellingen opgenomen. Desondanks waren sociale doelstellingen geen prioriteit voor de liberaliseringsrichtlijnen. Hoewel er een discussie gaande was of sociale doelstellingen een onderdeel moesten zijn van de liberalisatierichtlijnen – neoliberalen vonden dat de aanbestedingen zich puur moest richten op het behalen van efficiency – nam de Europese wetgever geen standpunt in bij de totstandkoming van de liberalisatierichtlijnen.<sup>10</sup> De liberaliseringsrichtlijnen hadden als doel om discriminatie naar nationaliteit te verbieden door het creëren van een interne markt voor overheidsopdrachten zonder handelsbarrières tussen de lidstaten.<sup>11</sup> Van Romburgh spreekt hier van formele discriminatie.<sup>12</sup> Bij materiële discriminatie is er sprake van een regeling die op papier geen onderscheid maakt naar nationaliteit. Echter, de uitwerking maakt het wel degelijk lastig of zelfs onmogelijk voor buitenlandse ondernemers om hun producten of diensten aan te bieden in een bepaalde lidstaat.<sup>13</sup> Voor het bestrijden van materiële discriminatie waren de liberalisatierichtlijnen niet toereikend, omdat de liberalisatierichtlijnen uitgingen van het wegnemen van negatieve handelsbarrières en niet uitging van het actief bijeenbrengen van de lidstaten (ook wel: positieve integratie).<sup>14</sup> Om iedere vorm van discriminatie tegen te gaan werd meteen na inwerkingtreding van de liberalisatierichtlijnen daarom de coördinatierichtlijnen aangenomen, eveneens als voorlopers van de huidige aanbestedingsrichtlij-

4 McCrudden 2007, p. 27.

5 N. Nijdam, *Sturing in 3D*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2020.

6 Nijdam 2020.

7 McCrudden 2007, p. 13.

8 Art. 3 Verdrag Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal.

9 Richtlijn 64/427/EEG van de Raad van 7 juli 1964 betreffende de overgangsmaatregelen op het gebied van de anders dan in loondienst verrichte werkzaamheden van de be- en verwerkende nijverheid behorende tot de klassen 23 tot en met 40 van de I.S.I.C. (Industrie en Ambacht) (OJ 1964, 117/1871); Richtlijn 64/429/EEG van de Raad van 7 juli 1964 betreffende de verzevenlijking van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten voor anders dan in loondienst verrichte werkzaamheden op het gebied van de winning van delfstoffen (I.S.I.C.-klassen 11 tot en met 19) (OJ 1964, 117/1880); Richtlijn 71/304/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de opheffing van de beperkingen van het verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken door bemiddeling van agentschappen of filialen (OJ 1971, L 185); Richtlijn 70/32/EEG van de Raad van 17 december 1969 betreffende leveringen aan de Staat, aan zijn territoriale lichamen en aan andere publiekrechtelijke rechtspersonen (OJ 1970, L 13).

10 C. Barnard, 'To boldly go: social clauses in public procurement', *Industrial Law Journal* 2017/46 afl. 2, p. 211.

11 P. Trepte, *Public procurement in the EU, a practitioner's guide*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 29.

12 H.D. van Romburgh, *Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland: een proeve van een wet voor het verstrekken van overheidsopdrachten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 13.

13 Van Romburgh 2005, p. 13.

14 K. Hellingman en K.J.M. Mortelmans, *Economisch publiekrecht: Rechtswaarborgen en Rechtsinstrumenten*, Deventer: Kluwer 1989, p. 121.

nen voor werken en leveringen.<sup>15</sup> Het doel van de coördinatie-richtlijnen was het coördineren van de nationale procedures op het gunnen van overheidsopdrachten. Door de nationale procedures te coördineren beoogden de richtlijnen een omgeving te creëren waar EU-ondernemers toegang hebben tot overheidsopdrachten. Centraal hierin staat de plicht van de aanbestedende dienst om hun opdrachten te publiceren. Het is dan aan de ondernemer of hij geïnteresseerd is in de opdracht en of hij zich voor de opdracht wil aanmelden of inschrijven.<sup>16</sup>

### 3. De jaren 80 – de liberaliseringsgolf

In een hernieuwde poging om (internationale) handelsbarrières op te heffen zijn bepaalde overheidsactiviteiten in de jaren 80 en begin jaren 90 van de vorige eeuw geliberaliseerd. Overheidsactiviteiten werden in de markt geplaatst.<sup>17</sup> Bijgevolg van deze liberalisatie is dat diezelfde overheidsinstanties de verantwoordelijkheid voor het sociaal- en duurzaamheidsbeleid van die op afstand gezette activiteiten eveneens op de markt plaatsten.<sup>18</sup> De notie ontstond dat de markt leidend moest zijn en dat overheden enkel zich moeten richten op de randvoorwaarden voor een optimale marktwerking en pas mogen ingrijpen bij marktfalen. Deze randvoorwaarden zitten bijvoorbeeld op sociaal- en milieuterrein, zoals lonen, arbeidsomstandigheden en vervuiling.<sup>19</sup> Desalniettemin probeerden overheden sociale aspecten mee te nemen in de uitbestede contracten.<sup>20</sup>

De liberalisering en het daarbij opheffen van handelsbarrières tussen de lidstaten zou eveneens een positieve werking hebben voor de interne markt. Om de interne markt verder open te stellen en te voltooien, heeft de Europese wetgever in 1987 de Europese Akte ondertekend.<sup>21</sup> De Europese wetgever is van mening dat integratie van de interne markt stopt en dat – hoewel invoerrechten in 1968 al zijn afgeschaft – producten en diensten nog niet volledig vrij kunnen bewegen binnen de EEG. Het openzetten van de markt voor overheidsopdrachten is essentieel voor het volledig vrij kunnen bewegen van goederen en diensten binnen de EG.<sup>22</sup> De Europese Akte beoogt de samenwerking

op Europees niveau verder te intensiveren door gezamenlijk op te trekken op verschillende beleidsterreinen, zoals de economische en monetaire.<sup>23</sup> De Gemeenschap zal zich ook inzetten om economische en sociale samenhang tussen de lidstaten te verbeteren.<sup>24</sup> Aangezien milieu een onderwerp is dat de individuele lidstaten te boven gaat, zal de Gemeenschap zich ook inzetten om de milieudoelstellingen te halen.<sup>25</sup> Ten slotte zal de gemeenschap zich inzetten om technologische innovaties te stimuleren.<sup>26</sup> Binnen de Europese Akte werd via het Cecchini-rapport uitvoerig aandacht besteed aan de aanbestedingsrichtlijnen. Niet alleen dragen de aanbestedingsrichtlijnen bij aan de voltooiing van de Europese interne markt, maar de concurrentie die ontstaat bij een aanbestedingsprocedure biedt (financiële) voordelen die ten goede komen aan de Europese lidstaten.<sup>27</sup>

Niet veel eerder dan de ondertekening van de Europese Akte heeft de Europese Commissie in 1985 een witboek opgesteld met als onderwerp de voltooiing van de interne markt.<sup>28</sup> In dit witboek kondigt de Europese Commissie aan de aanbestedingsrichtlijnen grondig te herzien. De Europese Commissie is van mening dat de toen geldende aanbestedingsrichtlijnen ondoorzichtig zijn, waardoor lidstaten de neiging hebben hun aankopen en overeenkomsten binnen hun eigen land te houden.<sup>29</sup> Daarvoor moest de reikwijdte en daarmee de werking van de aanbestedingsrichtlijnen verruimd worden. Om dit te realiseren is volgens de Europese Commissie ten eerste wetgeving nodig om omzeiling van de aanbestedingsrichtlijnen te voorkomen. Daarvoor zijn specifieke proceduredetails nodig, zoals het splitsen van opdrachten, voorkomen van oneigenlijk gebruik van onderhandse aanbestedingen en procedures voor bijzondere aanbestedingen (zoals bij defensie). Ten tweede moet de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen worden vergroot door de aanbestedingsdrempel naar beneden bij te stellen.<sup>30</sup> Ten derde dient er een interne markt gecreëerd te worden voor overheidsopdrachten van diensten. Dit kan alleen als deze markt wordt opengesteld, net als bij de bouwsector.<sup>31</sup> Tenslotte moet er meer transparantie betracht worden, met

15 Richtlijn 71/305 van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, Brussel, OJ 1971, L185/1; Richtlijn 77/62 van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, Brussel, OJ 1977, L13/1.

16 Trepte 2007, p. 31.

17 McCrudden 2007, p. 95.

18 McCrudden 2007, p. 125.

19 McCrudden 2007, p. 126.

20 C. McCrudden, 'Using public procurement to achieve social outcomes', *Natural Resources Forum* 2004/28, afl. 4, p. 264.

21 Europese Akte, Brussel, OJ 1987, L 169/1.

22 J.M. Fernández Martín, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Oxford: Clarendon Press 1996, p.42.

23 Art. 102 A Europese Akte.

24 Art. 130 A Europese Akte.

25 Art. 130 R Europese Akte.

26 Art. 130 F Europese Akte.

27 W.S. Atkins Management Consultants en Eurequip SA-Roland Berger & Partner-Eurequip Italia, *The cost of non-Europe in public sector procurement* (Rapport aan de Europese Commissie), Luxemburg: Commission of the European Communities 1988.

28 Witboek De Voltooiing van de Interne Markt, Brussel, OJ 1985, COM 310.

29 Witboek De Voltooiing van de Interne Markt, Brussel, OJ 1985, COM 310, par. 81.

30 Witboek De Voltooiing van de Interne Markt, Brussel, OJ 1985, COM 310, par. 85.

31 Witboek De Voltooiing van de Interne Markt, Brussel, OJ 1985, COM 310, par. 87.

name in de toegang tot overheidsopdrachten. Dit betekent betere publicatie van overheidsopdrachten, zoals in de aard en omvang en het stellen van minimumtermijnen voor inschrijvers die voor eenieder gelijk zijn binnen de EU.<sup>32</sup> In lijn met de Europese Akte en de uitkomsten van het Cecchini-rapport zouden de aanbestedingsrichtlijnen zich ten doel moeten stellen om de markt voor overheidsopdrachten open te stellen voor mededinging om zodoende een interne markt te creëren voor overheidsopdrachten.<sup>33</sup> Sociale- en milieuthema's krijgen geen aandacht in het Cecchini rapport of het witboek, ondanks de aandacht voor sociale- en milieuthema's in de Europese Akte.

Het is het Hof van Justitie dat zich daarom bekommert om duurzaamheid en sociale aspecten bij Europese aanbestedingen. In tegenstelling tot de Europese Commissie is het Hof van Justitie van mening dat gunningscriteria niet zuiver economisch van aard hoeven te zijn, zolang de gunningscriteria maar verband houden met het voorwerp van opdracht. Aanbestedende diensten kunnen ook gunningscriteria hanteren, zoals criteria die zien op milieu of duurzaamheid, mits de gunningscriteria in kwestie voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht. Het Hof van Justitie heeft in het Beentjes-arrest een eerste aanzet gegeven.<sup>34</sup> In het Beentjes-arrest eiste de aanbestedende dienst dat de inschrijver tenminste een bepaald aantal langdurig werklozen inzet bij de uitvoering van de bouwwerkzaamheden. Of een dergelijke eis toelaatbaar is, heeft het Hof van Justitie beantwoord door twee vragen te stellen. Dat is ten eerste de vraag aan welke voorwaarden gunningscriteria dienen te voldoen. Ten tweede is de vraag wie bevoegd om is gunningscriteria op te stellen. Het Hof van Justitie komt tot de conclusie dat de aanbestedende dienst de keuzevrijheid heeft welke gunningscriteria gehanteerd worden. De aanbestedende dienst is echter gehouden aan de kaders van de aanbestedingsrichtlijnen. Dit vereist dat een gunningscriterium zo geformuleerd moet zijn dat het gunningscriterium in staat is de beste prijs/kwaliteit verhouding te kunnen bepalen.

#### 4. De jaren 90 en het begin van de 21<sup>ste</sup> eeuw – de kanteling; van Maastricht naar Lissabon

Tussen het witboek en de inwerkingtreding van de aanbestedingsrichtlijnen treedt in 1992 het Verdrag van Maastricht in werking. Met dit verdrag wordt de Europese Unie opgericht. De doelstellingen van het verdrag zijn te vinden in de over-

koepelende paragraaf van het verdrag. Binnen de gemeenschappelijke markt moeten milieuaspecten, een verbetering van de levensstandaard en kwaliteit van het bestaan in acht worden genomen.<sup>35</sup>

Na het Verdrag van Maastricht zijn naar aanleiding van het witboek uit 1985 een viertal aanbestedingsrichtlijnen tot stand gekomen.<sup>36</sup> Art. 2 Verdrag van Maastricht noemt expliciet milieuaspecten en verbetering van de levensstandaard als doelstellingen van de EU. Ondanks dat spreekt de Europese wetgever in de vier aanbestedingsrichtlijnen niet expliciet over het aanbestedingsrecht als hefboom c.q. instrument om milieu- en sociale doelstellingen te halen. De vier aanbestedingsrichtlijnen werken alleen de doelstellingen uit ten aanzien van het openstellen van de markt voor overheidsopdrachten en de doelstelling van het voltooiën van de interne markt.<sup>37</sup> In de zijlijn wordt in Richtlijn 92/50/EEG wel gesproken over de kracht van onderzoek, maar niet als instrument om sociale- en milieudoelstellingen te halen, laat staan om van de EU een innovatie-unie te maken. Wanneer in deze richtlijn echter wordt gesproken over onderzoek, dan is dit in het kader van onderzoek dat concurrentie verbetert. Het is die innovatiekracht die ervoor zorgt dat marktpartijen beter met elkaar concurreren. Van deze concurrentie plukken de aanbestedende diensten vervolgens de vruchten. Marktpartijen bieden dan immers een kwalitatief betere (overheids)opdracht.<sup>38</sup> Gelijkijdig aan de totstandkoming van de aanbestedingsrichtlijnen heeft de Europese Commissie voor de aanbestedingsrichtlijnen voor de klassieke sectoren een handleiding gepubliceerd. In de handleiding wordt eveneens geen beleid beschreven over duurzaam-, sociaal- of innovatief aanbesteden. De handleidingen zijn eerder een beschrijving van verschillende onderwerpen en artikelen uit de aanbestedingsrichtlijnen. Bij de beschrijving stelt de Europese Commissie nadere voorwaarden over bepaalde onderwerpen, zoals het gebruik van de verschillende aanbestedingsprocedures, gunningscriteria en technische voorwaarden.<sup>39</sup> Ook deze handleidingen zijn meer bedoeld

<sup>32</sup> P. Trepte, *Public procurement in the EU, a practitioner's guide*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 36.

<sup>33</sup> W.S. Atkins Management Consultants en Eurequip SA-Roland Berger & Partner-Eurequip Italia 1988, par. 2.3.

<sup>34</sup> HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422, *Jur* 1988, p. 4635 (*Beentjes*).

<sup>35</sup> Art. 2 Verdrag betreffende de Europese Unie, Brussel, OJ 1992, C 191.

<sup>36</sup> Richtlijn 92/50/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, Brussel, OJ 1992, L 209/1; Richtlijn 93/36/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, Brussel, OJ 1993, L 199/1; Richtlijn 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, Brussel, OJ 1993, L 199/54; Richtlijn 93/38/EEG houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, Brussel, OJ 1993, L 199/84.

<sup>37</sup> Overweging 4 Richtlijn 92/50/EEG respectievelijk overweging 6 Richtlijn 93/36/EEG en overweging 10 Richtlijn 93/37/EEG.

<sup>38</sup> Overweging 9 Richtlijn 92/50/EEG.

<sup>39</sup> Art. 36 Richtlijn 92/50/EEG respectievelijk art. 26 Richtlijn 93/36/EEG en art. 30 Richtlijn 93/37/EEG; Art. 32 Richtlijn 92/50/EEG respectievelijk art. 24 Richtlijn 93/36/EEG en art. 27 Richtlijn 93/37/EEG.

om de werking van de aanbestedingsrichtlijnen te vergroten, dan om de mogelijkheden te verkennen voor het gebruik van milieu- en sociale criteria bij aanbestedingen. Onduidelijkheden en rechtsonzekerheid rondom het gebruik van milieu- en sociale criteria is niet alleen wat de bouwsector nu raakt, maar begint zich als een probleem binnen het aanbestedingsrecht te manifesteren.

Het is opnieuw het Hof van Justitie dat duidelijkheid poogt te verschaffen. In Beentjes overwoog Hof nog dat bij afwezigheid van een regeling op communautaire niveau, de lidstaten vrij zijn om materiële en procedurele keuzes inzake aanbestedingen te handhaven en vast te stellen, mits deze keuzes binnen de kaders van het gemeenschapsrecht vallen.<sup>40</sup> In het Concordia Finse Bussen-arrest herhaalt het Hof haar standpunt in Beentjes.<sup>41</sup> Het Hof van Justitie vervolgt en geeft expliciet aan dat de aanbestedingsrichtlijnen geen limitatieve opsomming zijn van de te hanteren gunningscriteria.<sup>42</sup> Aanbestedende diensten mogen gunningscriteria stellen die niet-zuiver economisch van aard zijn.<sup>43</sup> Het stellen van duurzaamheidscriteria als gunningscriteria is toegestaan, mits de criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht. Daarmee wordt aan de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid gegeven bij de beoordeling van de inschrijvingen. Ten slotte dient de aanbestedende dienst de gunningscriteria in de aanbestedingsstukken te publiceren.<sup>44</sup>

Het is het Hof van Justitie dat de weg vrijmaakt om duurzaamheidscriteria bij aanbestedingen te hanteren. Het is voor de opdrachtgevers en opdrachtnemers in de bouwsector essentieel om structureel duurzaamheidscriteria te hanteren bij aanbestedingen, gezien de Europese en Nederlandse klimaatdoelstellingen. De cijfers uit de analyse van Bouwend Nederland zijn hierin hoopvol.<sup>45</sup> Aanbestedende diensten moeten hierin echter nog meer gestimuleerd worden.

Als opmaat naar de herziening van de aanbestedingsrichtlijnen publiceert de Europese Commissie in 1996 een groenboek over de stand van de overheidsopdrachten in de Europese Unie.<sup>46</sup> De Europese Commissie itereert in dit groenboek de

primaire doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen. De Europese Commissie constateert dat de interne markt voor overheidsopdrachten niet is voltooid. Zij wijt dit vooral aan het overmatig c.q. verkeerde gebruik van de onderhandelingsprocedure, de bijzondere positie van bepaalde diensten (de toenmalige scheiding tussen IA diensten en IIB diensten) en het toendertijd niet geheel digitaal verlopen van aanbestedingsprocedures.<sup>47</sup> Kortom: de insteek van de Europese Commissie is opnieuw om de werking van de aanbestedingsrichtlijnen te vergroten. Na de bouwfraude is de Nederlandse regering eveneens van mening dat de bouwsector beter onderworpen moet worden aan het aanbestedingsregime. Toezicht, transparantie en een beter gereguleerd proces zouden frauduleuze praktijken moeten tegengaan.<sup>48</sup>

Naar aanleiding van het standpunt van het Hof van Justitie inzake duurzaamheid en sociale aspecten bij Europese aanbestedingen, schrijft de Europese Commissie in het groenboek voor het eerst over het integreren van sociale- en milieuaspecten in overheidsopdrachten.<sup>49</sup> In plaats van het onderkennen van het belang en de noodzaak om sociale- en milieuaspecten te integreren in overheidsopdrachten, maakt de Europese Commissie zich zorgen over de werking van de interne markt in het geval deze aspecten worden toegelaten in het aanbestedingsrecht. Dezelfde redenering is te lezen in het standpunt van de parlementaire enquêtecommissie naar aanleiding van de bouwfraude.<sup>50</sup> Vooropstaat transparantie en het openstellen van de bouwsector door middel van aanbestedingen. De zorg is dat via sociale- en milieuaspecten verkapte discriminatie dreigt, omdat deze aspecten als niet-zuiver economische aspecten niet te objectiveren zijn. Wanneer een gunningscriterium niet transparant en objectief geformuleerd is, dreigt het risico van discriminatie, omdat dergelijke gunningscriteria een grote mate van discretionaire bevoegdheid geven aan de aanbestedende dienst.<sup>51</sup> De Europese Commissie plaatst daarom in het groenboek sociale- en milieuaspecten als bijkomende doelstellingen binnen de primaire doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen, ingegeven vanuit het vrije verkeer.<sup>52</sup> Door sociale- en milieuaspecten op transparante wijze mee te nemen bij aanbestedingen wordt de interne markt van overheidsopdrachten verder ge-

<sup>40</sup> HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, *Jur* 1988, ECLI:EU:C:1988:422, r.o. 20 (Beentjes).

<sup>41</sup> HvJ EG 17 september 2002, C-513/99, *Jur* 2002, ECLI:EU:C:2002:495, r.o. 59 (Concordia Bus).

<sup>42</sup> HvJ EG 17 september 2002, C-513/99, *Jur* 2002, ECLI:EU:C:2002:495, r.o. 54 (Concordia Bus).

<sup>43</sup> HvJ EG 17 september 2002, C-513/99, *Jur* 2002, ECLI:EU:C:2002:495, r.o. 55 (Concordia Bus).

<sup>44</sup> HvJ EG 17 september 2002, C-513/99, *Jur* 2002, ECLI:EU:C:2002:495, r.o. 62 (Concordia Bus).

<sup>45</sup> Bouwend Nederland, *Duurzaamheid in openbare aanbestedingen*, 2021, p.2.

<sup>46</sup> Groenboek, *De Overheidsopdrachten in de Europese Unie: Beschouwingen over een toekomstig beleid*, OJ 1996, COM 538.

<sup>47</sup> Groenboek, *De Overheidsopdrachten in de Europese Unie: Beschouwingen over een toekomstig beleid*, OJ 1996, COM 538, p. 12 en 13.

<sup>48</sup> G.W.A. van de Meent, *Overheidsaanbestedingen: De EG-rechtelijke context* (Bouwrecht monografieën; diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer: Kluwer 1995, p. 12.

<sup>49</sup> Groenboek, *De Overheidsopdrachten in de Europese Unie: Beschouwingen over een toekomstig beleid*, OJ 1996, COM 538, p. 43 en 44.

<sup>50</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28224, nr. 6, p. 20.

<sup>51</sup> S. Arrowsmith, J. Linarelli en D. Wallace Jr., *Regulating public procurement: National and International Perspectives*, Londen: Kluwer Law International 2008, p.299.

<sup>52</sup> Groenboek, *De Overheidsopdrachten in de Europese Unie: Beschouwingen over een toekomstig beleid*, OJ 1996, COM 538, par. 5.53.

opend. Hierdoor ontstaat effectieve mededinging. Dit leidt tot efficiency bij de aanbestedende dienst en een opdracht met de beste/kwaliteit verhouding, inclusief sociale- en milieuaspecten. De aanbestedingsrichtlijnen zijn primair niet gericht op het verwezenlijken van sociale- en milieudoelstellingen. Daarvoor verwijst de Europese Commissie naar specifieke sociale- en milieuwetgeving.<sup>53</sup> Tijdens de aanbesteding kan de aanbestedende dienst aandacht besteden aan sociale- en milieuaspecten bijvoorbeeld door aan te sluiten bij milieunormen en productienormen uit de bouwsector zoals een ISO-certificering, een CO<sub>2</sub>-prestatieladder of een veiligheidsladder als technische eisen te stellen of in het kader van kwaliteit bepaalde gunningscriteria te hanteren. Het gunningscriterium dient verband te houden met het voorwerp van de opdracht, zoals later ook in de aanbestedingsrichtlijnen uit 2004 is opgenomen. Daarnaast dienen gunningscriteria conform het transparantiebeginsel objectief te zijn. Dit houdt in dat met het gunningscriterium de aanbestedende dienst meteen in staat moet zijn om objectief de beste inschrijving te kunnen bepalen.<sup>54</sup> Kortom: duurzaamheid en milieuaspecten mogen bij overheidsopdrachten meegenomen worden, zolang deze de werking van de interne markt niet in gevaar brengen. Om willekeur en favoritisme te voorkomen moet de aanbestedende dienst alleen gunningscriteria gebruiken die de beste inschrijving objectief bepalen. De werking van de interne markt staat voorop. Duurzaamheid en milieuaspecten bij Europese aanbestedingen zijn een ondergeschikt doel. Het is geen primair doel. Laat staan andersom: het aanbestedingsrecht ondergeschikt als instrument maken en de kracht van de interne markt benutten om duurzaamheid na te streven, sociale doelstellingen te behalen en innovatie aan te jagen.<sup>55</sup>

In de tussentijd is het Hof van Justitie niet stil blijven zitten. In het EVN Wienstrom-arrest herhaalt het Hof van Justitie het standpunt uit het Concordia Finse Bussen-arrest. Aanbestedende diensten mogen niet zuiver economische criteria hanteren, mits het gunningscriterium ertoe strekt om de economisch meest voordelige inschrijving te bepalen en de aanbestedende dienst geen ongelimiteerde keuzevrijheid geeft.<sup>56</sup> In het Siac-arrest koppelt het Hof van Justitie het gebruik van duurzaamheidscriteria aan het transparantiebeginsel. Voor

alle gunningscriteria geldt dat deze niet mogen leiden tot een ongelimiteerde keuzevrijheid voor de aanbestedende dienst. Een dergelijke ongelimiteerde keuzevrijheid zou immers tot willekeur en favoritisme leiden.<sup>57</sup> In het Koffiekeurmerk-arrest koppelt het Hof van Justitie duurzaamheidscriteria eveneens aan het transparantiebeginsel, maar nu nader uitgewerkt ten opzichte van het Siac-arrest.<sup>58</sup> Duurzaamheidscriteria moeten als gunningscriteria zo geformuleerd zijn dat iedere inschrijver voor inschrijving zich kan vergewissen over de precieze strekking en draagwijdte van het gunningscriterium.<sup>59</sup> Het Hof van Justitie koppelt hier het Siac-arrest met het Succhi di Frutta-arrest.<sup>60</sup> Door de precieze strekking en draagwijdte vooraf bekend te maken, zorgt dit ervoor dat de aanbestedende dienst na inschrijving meteen de beste inschrijving kan selecteren. Hierdoor heeft de aanbestedende dienst geen ongelimiteerde keuzevrijheid.<sup>61</sup> Met het huidige art. 67 Richtlijn 2014/24/EU in de hand heeft het Hof van Justitie meest recentelijk in het eVigilio-arrest geoordeeld dat de aanbestedende dienst over de vrijheid beschikt om gunningscriteria, zoals milieukeurmerken, levenscycluskosten, klantenservice enzovoorts mee te nemen bij het bepalen van de economisch meest voordelige inschrijving.<sup>62</sup> Een gunningscriterium moet dus tussen de verschillende inschrijvingen de economisch meest voordelige inschrijving kunnen bepalen. Daarnaast is het ook van belang dat de economisch meest voordelige inschrijving bepaald wordt vanuit het perspectief van de aanbestedende dienst.<sup>63</sup> Anders gezegd: de aanbestedende dienst zelf dient van de voordelen van de economisch meest voordelige inschrijving te genieten. De aanbestedende dienst mag bijvoorbeeld hernieuwbare energie eisen voor eigen gebruik. Zij mag niet eisen dat inschrijver aan anderen ook hernieuwbare energie gaat leveren. Dit voordeel ziet niet op de aanbestedende dienst, maar op de maatschappij.<sup>64</sup>

Uiteindelijk zou het nog tot 2004 duren voordat de herziene aanbestedingsrichtlijnen in werking traden. In de tussentijd heeft de Europese Commissie in 2001 een interpretatieve mededeling gepubliceerd over de mogelijkheden om milieuoverwe-

<sup>53</sup> Groenboek. *De Overheidsopdrachten in de Europese Unie: Beschouwingen over een toekomstig beleid*, OJ 1996, COM 538, p. 43 en 44.

<sup>54</sup> Groenboek. *De Overheidsopdrachten in de Europese Unie: Beschouwingen over een toekomstig beleid*, OJ 1996, COM 538, p. 44, ingegeven vanuit het arrest van het HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, *Jur* 1988, ECLI:EU:C:1988:422 (Beentjes), r.o. 20.

<sup>55</sup> Overweging 5 Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, OJ 2004, L 134.

<sup>56</sup> HvJ EU 4 december 2003 C-448/01, *Jur*, 2003, ECLI:EU:C:2003:651 (EVN-Wienstrom), r.o. 37.

<sup>57</sup> HvJ EU 18 oktober 2011 C-19/00, *Jur* 2001, ECLI:EU:C:2001:553 (Siac), r.o. 40.

<sup>58</sup> HvJ EU 10 mei 2012 C-368/10, *Jur* 2012, ECLI:EU:C:2012:284 (Koffiekeur), r.o. 87 en 88.

<sup>59</sup> HvJ EU 29 april 2004 C-496/99P, *Jur* 2004, ECLI:EU:C:2004:236 (Succhi di Frutta), r.o. 111.

<sup>60</sup> HvJ EU 18 oktober 2001 C-19/00, *Jur* 2001, ECLI:EU:C:2001:553 (Siac), r.o. 42.

<sup>61</sup> HvJ EU 29 april 2004 C-496/99P, *Jur* 2004, ECLI:EU:C:2004:236 (Succhi di Frutta), r.o. 111 t/m 115.

<sup>62</sup> HvJ EU 12 maart 2013, C-538/13, *Jur* 2015, ECLI:EU:C:2015:166 (eVigilio), r.o. 35.

<sup>63</sup> P. Trepte. *Public procurement in the EU. A practitioner's guide*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 468.

<sup>64</sup> HvJ EU 4 december 2003 C-448/01, *Jur*, 2003, ECLI:EU:C:2003:651 (EVN-Wienstrom), r.o. 67.

gingen te integreren in overheidsopdrachten.<sup>65</sup> Zij beschrijft in de interpretatieve mededeling verder hoe binnen het aanbestedingsrecht milieuaspecten meegenomen kunnen worden bij overheidsopdrachten, bijvoorbeeld bij het stellen van milieueisen als technische specificaties, het hanteren van milieukeuren, eisen met betrekking tot het gebruik van materialen, eisen met betrekking tot het productieproces of het wegen van milieuaspecten binnen de gunningscriteria.<sup>66</sup>

Bij de totstandkoming en uiteindelijk de inwerkingtreding van de aanbestedingsrichtlijnen in 2004 heeft de Europese wetgever de aandacht voor duurzaamheid ook niet weten vast te houden.<sup>67</sup> De voorzichtige lijn die de Europese Commissie in de interpretatieve mededeling heeft gestart, heeft uiteindelijk geen navolging gekregen in de aanbestedingsrichtlijnen. De jurisprudentie van het Hof van Justitie en de mededeling van de Europese Commissie geven echter enige zekerheid over het gebruik van milieu- en sociale criteria. Aanbestedende diensten, ook in de bouwsector, lijken echter nog niet warm te lopen voor het gebruik van duurzaamheidscriteria. Aanbestedende diensten zien vaak risico's bij het formuleren van duurzaamheidscriteria, omdat een duurzaamheids criterium conform bovengenoemde arresten objectief en transparant moet worden geformuleerd, opdat de aanbestedende dienst door middel van het duurzaamheids criterium meteen in staat is om de economisch meest voordelige inschrijving te kunnen identificeren. Aanbestedende diensten lijken het lastig te vinden om criteria te formuleren die zien op duurzaamheid of sociale aspecten, die tegelijkertijd objectief in staat zijn om de beste prijs/kwaliteitverhouding te kunnen bepalen en daarmee te kunnen voldoen aan de beginselen van transparantie en non-discriminatie. Zodoende wordt nagelaten dergelijke criteria te hanteren bij een aanbesteding.<sup>68</sup>

**65** Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren, OJ 2001, COM 274.

**66** Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren, OJ 2001, COM 274, p. 11 e.v.

**67** Richtlijn 2004/17/EG houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, Brussel, OJ 2004, L 134 en Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, Brussel, OJ 2004, L 134.

**68** G.J. Huith, 'Duurzaam specificeren! Balanceren op het grensvlak tussen duurzame ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht', TBR 2021/14, p. 106.

## 5. tot heden – de Lissabonstrategie, EU 2020 en de Green Deal

Het Monti-rapport van oud eurocommissaris Mario Monti vormt het kantelpunt. Het Monti-rapport pleit voor een alomvattende benadering van de interne markt. Een interne markt die niet alleen gedreven is op concurrentie en efficiency. Beleidsdoelstellingen, zoals duurzaamheid en sociale aspecten, hebben een prominente plaats in de werking van de interne markt.<sup>69</sup> In het Monti-rapport wordt voor het eerst uitgebreid aandacht geschonken aan innovatie als katalysator voor de Europese economie. Het rapport vraagt aandacht voor het integreren van beleidsaspecten bij Europese aanbestedingen, zoals innovatie en duurzaamheid. Dit om Europa klaar te stomen voor de uitdagingen van de 21<sup>ste</sup> eeuw, zoals klimaatverandering. Maar ook om de welvaart en (sociale) verworvenheden van de Europese burgers te kunnen blijven behouden en verbeteren. Innovatie houdt bedrijven competitief en draagt bij aan het behoud van de welvaart. De aanbestedingsrichtlijnen beschouwt het Monti-rapport niet meer enkel als middel om de interne markt open te stellen voor de markt van overheidsopdrachten. De aanbestedingsrichtlijnen zijn instrumenten voor het verwezenlijken van beleidsdoelstellingen en de kenniseconomie. De aanbestedingsrichtlijnen moeten niet alleen de beste inschrijving voor de aanbestedende dienst opleveren. De aanbestedingsrichtlijnen dienen een bijdrage te leveren aan de sociale welvaart van de Europese burgers voor wie de aanbestedende diensten werken.<sup>70</sup> Dit rapport pleit om de aanbestedingsrichtlijnen te herzien.

Het Monti-rapport maakt ook de koppeling met de Lissabonstrategie. In deze strategie is innovatie als een van de hoekstenen verankerd.<sup>71</sup> De Lissabonstrategie werd vervolgens in 2010 opgevolgd door de EU-2020 strategie.<sup>72</sup> Zowel de Lissabonstrategie, als de EU-2020 strategie beogen de EU om te vormen van een productie-economie naar een kenniseconomie. De reden voor deze omvorming is om de welvaart in de EU te behouden voor toekomstige generaties. Ook is het zaak dat de EU competitief blijft ten opzichte van andere werelddelen.<sup>73</sup> Deze kenniseconomie moet gedreven zijn door innovatie en kennis. Deze nieuwe kenniseconomie is gebaseerd op de Europese sociale tradities. Derhalve staan inclusiviteit, sociale welvaart en

**69** M. Monti, *Een nieuwe strategie voor de eengemaakte markt ten dienste van de Europese economie en samenleving* (Rapport ter attentie van de voorzitter van de Europese Commissie José Manuel Barroso), 2010.

**70** Monti 2010, p. 74.

**71** Monti 2010, p. 93.

**72** Mededeling van de Commissie: Europa 2020 een strategie voor duurzame en inclusieve groei, OJ 2010, COM 2020.

**73** Mededeling van de Commissie: Europa 2020 een strategie voor duurzame en inclusieve groei, OJ 2010, COM 2020, p. 6.

cohesie centraal.<sup>74</sup> Met de komst van de EU-2020 strategie werden er verdere stappen gezet om sociale-, milieu- en innovatieve aspecten te integreren bij aanbestedingen van overheidsopdrachten. Voor het eerst spreekt de Europese Commissie van strategisch aanbesteden, te weten het integreren van strategische EU-beleidsdoelstelling in de aanbestedingsrichtlijnen, zoals ecologisch-, sociaal- en innovatiebeleid.<sup>75</sup> Als een van de zeven vlaggenscheppen die onder de EU-2020 strategie hangt, heeft de Europese Commissie aangegeven de aanbestedingsrichtlijnen te willen herzien. Bij deze herziening moet gekeken worden naar innovatie en duurzaamheid als doelstelling naast het openen van de interne markt voor overheidsopdrachten.<sup>76</sup>

De aandacht voor innovatie en duurzaamheid blijkt ook uit de impactassessment uit 2010 van de Europese Commissie op de herziening van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG. De Europese Commissie bepleit dat om te verduurzamen en te vergroenen Europa innovatie moet ondersteunen. Aanbestedende diensten hebben een cruciale rol hierin, aangezien 'groene' producten relatief nieuw zullen zijn in de markt. Deze producten zijn niet schaalbaar waardoor het nog niet opgepakt kan worden door de consumenten en producenten in de markt.

Vooruitlopend op het Monti-rapport heeft de Europese Commissie in het groenboek uit 2008 innovatie een prominente plaats gegeven binnen de aanbestedingswetgeving. Dit groenboek was het startpunt voor de herziening van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG naar de huidige aanbestedingsrichtlijnen. Daarnaast kwam de Europese Commissie in 2008 met een herziening van haar mededeling op overheidsopdrachten voor een beter milieu. Centraal in beide documenten staan groene overheidsopdrachten (hierna: GPP) en innovatie. Dit kan gedaan worden door leidende markten op het gebied van innovatie te identificeren. Ook kan dit worden bewerkstelligd door van overheden te verlangen dat zij actief leidende markten ondersteunen door bijvoorbeeld de producten uit deze markt te kopen. Vanaf het begin van dit herzieningstraject heeft het Comité van de Regio's zich hardgemaakt voor het integreren van innovatie en andere beleidsdoelstellingen in de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>77</sup> Ook het Europees Parlement heeft tijdens de herziening van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG innovatie als thema opgepakt.

Ook het Europees Parlement heeft het belang van overheidsaankopen erkend als aanjager voor innovatie.<sup>78</sup> Innovatie draagt namelijk bij aan slimme, inclusieve economische groei en een betere, doelmatige, besteding van overheidsmiddelen.<sup>79</sup>

Met de komst van de huidige aanbestedingsrichtlijnen zijn er meer mogelijkheden om duurzaamheid op te nemen bij de aanbestedingen. Centraal staat art. 67 Richtlijn 2014/24/EU waarin onder gunningscriteria die verband houden met de opdracht ook het productieproces en levenscycluskosten worden gezien. Voor de bouwsector betekent dit dat aanbestedende diensten ook punten kunnen toekennen aan onderhoudskosten, productie-aspecten zoals CO<sub>2</sub>-uitstoot of lifecyclemanagement, zoals sloop of hergebruik van producten. De uitdaging blijft echter om dergelijke gunningscriteria zo te formuleren dat de aanbestedende dienst aan de hand van het criterium in staat is om de beste inschrijving te kunnen bepalen.<sup>80</sup> Het criterium dient op objectieve wijze onderscheid te kunnen maken tussen de verschillende inschrijvingen.

Voor keurmerken is art. 43 Richtlijn 2014/24/EU van belang. Dit artikel is de codificatie van het arrest Koffiekeur. Art. 43 Richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat een aanbestedende dienst gerechtigd is om keurmerken uit te vragen, mits deze keurmerken (i) verband houden met het voorwerp van de opdracht, (ii) de keurmerkeisen gebaseerd zijn op objectieve en niet-discriminerende wijze, (iii) het keurmerk is vastgesteld via een open en transparante procedure en (iv) het keurmerk toegankelijk is voor betrokken partijen.

Voor uitvoeringsvoorwaarden geldt art. 70 Richtlijn 2014/24/EU waarin economische, innovatie-, milieu- sociale of arbeidsgerelateerde voorwaarden expliciet zijn benoemd als voorwaarden die geacht worden verband te hebben met het voorwerp van de opdracht. Daarmee is de cirkel rond en komen we weer terug bij het arrest Beentjes.

In 2017 heeft innovatie als thema een plek gekregen in de 'State of the Union' van de voorzitter van de Europese Unie. De Europese Commissie gaat zich nog meer richten op innovatie, met name het gebruik van overheidsopdrachten om in te spelen op maatschappelijke, ecologische en economische doelstellingen zoals neergelegd in de circulaire economie.<sup>81</sup> Daarbij past des te meer de aanschaf van

<sup>74</sup> Mededeling van de Commissie: Europa 2020 een strategie voor duurzame en inclusieve groei, OJ 2010, COM 2020, hoofdstuk 2.

<sup>75</sup> Mededeling van de Commissie: Europa 2020 een strategie voor duurzame en inclusieve groei, OJ 2010, COM 2020, p. 19.

<sup>76</sup> Mededeling van de Europese Commissie: Europa 2020-kerninitiatief Innovatie-unie, OJ 2010, SEC 1161, p. 18.

<sup>77</sup> Advies van het Comité van de Regio's over Modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten: naar een efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, CdR 70/2011, par. 16-23.

<sup>78</sup> Resolutie van het Europees Parlement over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten, OJ 2011, C 161 E/38, par. 28-30.

<sup>79</sup> Overweging 2 Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, OJ 2014, L 94/65.

<sup>80</sup> M. Martens en S. De Margerie, 'The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement', *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013/8, afl. 1, p. 8.

<sup>81</sup> Jean-Claude Juncker, *State of the Union Address* 2017.



innovatieve oplossingen met name in de pre-commerciële fase.

## 6. Conclusie

Na bijna 70 jaar is er nu de Europese Green Deal.<sup>82</sup> Dit is het beleidsdocument waarin de Europese Commissie haar plannen uiteenzet voor de periode 2020 tot en met 2030. Met de Europese Green Deal wenst de Europese Commissie de EU om te vormen naar een eerlijke en welvarende samenleving. Deze samenleving is gebaseerd op een moderne, hulpbronefficiënte en concurrerende economie.<sup>83</sup>

Alle sectoren moeten aan de doelstellingen van de Europese Green Deal bijdragen. Eén van de speerpunten uit de Europese Green Deal is het terugbrengen van de broeikasgassen naar een netto uitstoot van nul in 2050 – een ambitie die de Nederlandse regering ook heeft. Sinds het Monti-rapport is niet enkel meer het Hof van Justitie van mening dat niet-zuivere economische criteria een prominente plek moeten hebben in de aanbestedingsrichtlijnen. Ook de andere Europese instellingen zijn overstap en zien het belang van innovatie en duurzaamheid voor de Europese economie. Zo heeft de Europese Commissie in de Green Deal aangegeven dat aanbestedende diensten aandacht moeten besteden aan milieu- en duurzaamheidsaspecten van de opdracht. Aanbestedende diensten zouden het goede voorbeeld moeten geven door groen aan te besteden.<sup>84</sup> Om deze innovatieve, sociaal inclusieve economie te bewerkstelligen, moeten aanbestedende diensten bij het selecteren van een inschrijver en opdracht zich kortom niet alleen richten op zuiver economische gunningscriteria. In plaats hiervan moeten aanbestedende diensten een breed scala aan (niet-zuiver economische) gunningscriteria hanteren, waaronder sociale- en innovatieve aspecten, milieu- en duurzaamheidscriteria. Het op de juiste wijze meenemen en formuleren van dergelijke criteria binnen de huidige aanbestedingsrichtlijnen zal nog voor de nodige hoofdbreken zorgen bij de aanbestedende diensten.

In dit artikel heb ik gepoogd het historisch kader en de voorwaarden te schetsen voor aanbestedende diensten die duurzaamheidscriteria wensen

mee te nemen als gunningscriteria. Centraal blijft dat ieder keurmerk, criterium en iedere voorwaarde verband moet hebben met het voorwerp van de opdracht. Ook blijft centraal dat gunningscriteria ertoe moeten strekken om objectief de economisch meest voordelige inschrijving te kunnen bepalen. Hoewel de aanbestedingsrichtlijnen criteria en voorwaarden stellen met betrekking tot duurzaamheid, sociaal, milieu en innovatie (zie respectievelijk art. 43, 67 en 70 Richtlijn 2014/24/EU) blijven randvoorwaarden (gesteld door het Hof van Justitie) onverkort van kracht. Hierdoor is na enkele decennia duidelijkheid en de mogelijkheid ontstaan hoe bijvoorbeeld levenscycluskosten en productiekosten mee te nemen bij aanbestedingen. Het is en blijft echter een zaak van de aanbestedende dienst om deze criteria en voorwaarden zo te formuleren dat zij voldoen aan de eisen die het Hof van Justitie in de hierboven besproken arresten heeft gesteld.

Duurzaamheid kan echter op meerdere manieren worden geïntegreerd bij aanbestedingen.<sup>85</sup> Daarnaast is het niet alleen van belang om duurzaamheid te integreren, maar om mitigerende maatregelen te treffen voor eventuele risico's die gepaard gaan met het integreren van duurzaamheid bij overheidsopdrachten. De bouwsector roept al langer om een dialoog teneinde vooraf in samenspraak te zoeken naar mogelijkheden, oplossingen en eventuele risico's.<sup>86</sup> Om die dialoog te bewerkstelligen, zal de aanbestedende dienst de verschillende aanbestedingsprocedures strategisch moeten inzetten. Denk hierbij aan de concurrentiegerichte dialoog, de mededelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking of een van de andere procedures. Ook zal goed nagedacht moeten worden over de scope van de opdracht en de aard van de overeenkomst – een geïntegreerde overeenkomst of een traditionele overeenkomst – teneinde voldoende flexibiliteit te kunnen inbouwen om gewenste wijzigingen te kunnen doorvoeren zonder dat dit onmiddellijk leidt tot een wezenlijke wijziging. Kortom: duurzaamheid pleit om een weloverwogen, allesomvattend concept; van de omvang van de opdracht tot het doel wat beoogd wordt en de criteria die de aanbestedende dienst stelt, en van de vorm van contractering tot de keuze van de aanbestedingsprocedure. ●

<sup>82</sup> De Europese Green Deal, COM(2019) 640.

<sup>83</sup> De Europese Green Deal, COM(2019) 640, par. 1.

<sup>84</sup> De Europese Green Deal, COM(2019) 640, par. 2.1.3.

<sup>85</sup> Huith, *TBR* 2021/14, p. 106 – 110.

<sup>86</sup> A.M.B. Chao, 'Via aanbestedingen op zoek naar innovatieve oplossingen: de concurrentiegerichte dialoog en het nieuwe innovatiepartnerschap', *TA* 2014/245, p. 223.