

TBR 2015/80

De inschrijver als hoeder van het algemeen belang?

Reactie op A.J. van Heeswijck, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk "maatschappelijke waarde" voor de publieke middelen'

– Prof. mr. C.E.C. Jansen¹

In zijn analyse van het beperkt aantal uitspraken dat sinds de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) over art. 1.4 lid 2 Aw 2012 is verschenen, concludeert Van Heeswijck dat deze bepaling 'nog geen revolutie [heeft] veroorzaakt in de aanbestedingspraktijk'² en dat 'de potentie van de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren voor de publieke middelen dus nog niet volledig [lijkt] te zijn benut'.³ Hij vraagt zich daarom af waarom de invloed van deze verplichting op de aanbestedingspraktijk tot dusver beperkt is. Een mogelijke oorzaak hiervan zou volgens hem de soepele maatstaf kunnen zijn die voorzieningenrechtshandelingen hanteren voor het toetsen van het handelen van aanbestedende diensten aan art. 1.4 lid 2 Aw 2012 en dat - in het verlengde daarvan - rechtshandelingen over het algemeen weinig zelfstandige betekenis toekennen aan deze bepaling.⁴ Ik vraag me af of Van Heeswijck daarmee inderdaad de kernoorzaak van de beperkte betekenis van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 voor de aanbestedingspraktijk blootlegt.

Wat we allereerst denk ik niet uit het oog mogen verliezen, is dat het de (potentiële) inschrijver

is die een vermeende inbreuk op het gereguleerde aanbestedingsrecht - waaronder dus ook art. 1.4 lid 2 Aw 2012 - aan de rechter voorlegt en in dat kader zijn vorderingen inhoudelijk zal moeten onderbouwen. Dat voorzieningenrechtshandelingen in het beperkt aantal uitspraken met betrekking tot art. 1.4 lid 2 Aw 2012 tot nu weinig zelfstandige betekenis aan die bepaling hebben toegekend, komt denk ik in de eerste plaats doordat (potentiële) inschrijvers zelf dat laatste evenmin doen. Ook Van Heeswijck toont dat met zijn analyse van de tot nu toe gewezen uitspraken aan. Daaruit blijkt immers dat (potentiële) inschrijvers vooralsnog alleen bereid zijn om jegens aanbestedende diensten te ageren op basis van een vermeende schending van de in art. 1.4 lid 2 Aw 2012 vervatte zorgplicht, wanneer dat voor hen een steunargument oplevert om de rechtmatigheid van het door de aanbestedende dienst gehanteerde gunningscriterium en/of beoordelingssystematiek te kunnen problematiseren.⁵ Dat is ook begrijpelijk: het primaire belang van een (potentiële) inschrijver is er in gelegen zijn kansen op het verwerven van de aanbestede opdracht te maximaliseren. Hij zal dan ook primair op dat belang proberen te 'sturen' door de rechtmatigheid te betwisten van die procedurebeslissingen die rechtstreeks van invloed (kunnen) zijn op de uitkomst van de aanbestedingsprocedure. De beslissing van een aanbestedende dienst om de zorgplicht van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 (onbedoeld) niet dan wel onvoldoende na te leven, behoort niet tot deze categorie van beslissingen. Dat

¹ Hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, hoogleraar privaatrechtelijk bouwrecht aan Tilburg University, raadsheer plaatsvervanger in het hof 's-Hertogenbosch en vicevoorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

² A.J. van Heeswijck, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk 'maatschappelijke waarde' voor de publieke middelen', *TBR* 2015/22, p. 130-135 op p. 135.

³ Van Heeswijck, p. 133.

⁴ Van Heeswijck, p. 133-134.

⁵ Vergelijk art. 2.114 Aw 2012.

laat onverlet dat het goed te begrijpen valt dat een (potentiële) inschrijver de vermeende schending van die zorgplicht desalniettemin ten tonele voert in die gevallen waarin hem dat mogelijk zou kunnen helpen bij het onderbouwen van zijn primaire stelling dat de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure in strijd met de beginselen van aanbestedingsrecht uitvoert.

In het verlengde van het voorgaande kan mogelijk tevens worden verklaard waarom - zoals ook Van Heeswijck stelt⁶ - in de tot op heden gewezen uitspraken met betrekking tot art. 1.4 lid 2 Aw 2012 geen aandacht is geweest voor andere aspecten⁷ waarmee het begrip 'maatschappelijke waarde' tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet in verband is gebracht, zoals voorwaarden om langdurig werklozen of arbeidsgehandicapten bij de opdracht in te schakelen en het sturen op innovatie. Die verklaring luidt als volgt: het is voor een (potentiële) inschrijver lastig om een vermeende schending van de zorgplicht van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 met betrekking tot hiervoor genoemde andere aspecten in verband te brengen met procedurebeslissingen van de aanbestedende dienst die rechtstreeks van invloed (kunnen) zijn op de uitkomst van de aanbestedingsprocedure. En omdat dat lastig is, zal een (potentiële) inschrijver met het in rechte ter discussie stellen van de naleving door de aanbestedende dienst van diens zorgplicht niet kunnen sturen op wat hij als zijn primaire belang beschouwt: het maximaliseren van zijn kansen op het verwerven van de aanbestede opdracht.

Van Heeswijck stelt in zijn conclusie dat de wetgever er in het kader van de evaluatie van de Aanbestedingswet verstandig aan zou doen duidelijkheid te scheppen over de implicaties van art. 1.4 lid 2 Aw 2012. Daarbij lijkt hij dan vooral te denken aan het probleem dat rechters een terughoudende opstelling innemen bij het toetsen van het handelen van aanbestedende diensten aan de norm van art. 1.4 lid 2 Aw 2012.⁸ Nog afgezien van de vraag welke duidelijkheid de wetgever in dat kader precies zou kunnen en moeten scheppen, vraag ik me ook overigens af of daarmee de potentie van de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren voor de publieke middelen daadwerkelijk zal worden vergroot.

Het probleem zit hem mijns inziens namelijk niet zozeer in de (inhoud van de) normstelling van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 als zodanig, maar in het feit dat niemand zich 'eigenaar' lijkt te voelen van het algemeen belang waarop de wetgever met die

normstelling heeft willen sturen. En dat verklaart vervolgens waarom niemand zich geroepen lijkt te voelen de naleving van die norm te eisen in het concrete geval. Een bijkomend probleem is dat de wetgever in het midden heeft gelaten wat de rechtsgevolgen zijn wanneer in rechte wordt vastgesteld dat een aanbestedende dienst de zorgplicht van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 heeft geschonden, wanneer die schending niet tevens in verband kan worden gebracht met de onrechtmatigheid van andere procedurebeslissingen die wel rechtstreeks van invloed (kunnen) zijn op de uitkomst van de aanbestedingsprocedure.

Wanneer de wetgever vindt dat bij de handhaving van de naleving van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 mede een taak is weggelegd voor (potentiële) inschrijvers, dan zou hij in het kader van de evaluatie van de Aanbestedingswet kunnen overwegen die (potentiële) inschrijvers een perspectief te bieden ten aanzien van de mogelijke juridische consequenties die de schending van de zorgplicht van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 kan hebben. Voor (potentiële) inschrijvers zal het bijvoorbeeld interessanter worden om een vermeende schending van die zorgplicht in rechte ter discussie te stellen, wanneer zij daarmee als ultimum remedium zouden kunnen bewerkstelligen dat de rechter de aanbestedende dienst zijn huiswerk laat overdoen. Voor een (potentiële) inschrijver zou dat namelijk betekenen dat hij - na het gedane huiswerk - kans blijft maken op het verwerven van de opdracht. Ik haast mij echter op te merken dat men natuurlijk heel goed moet nadenken over (de uitwerking van) een dergelijke oplossing, omdat die hoe dan ook zal leiden tot een verdere juridisering van inkoop- en aanbestedingsprocedures. De oorzaak van die juridisering ligt dan overigens niet in de oplossing van het probleem van een doelmatige handhaving van art. 1.4 lid 2 Aw 2012, maar in de eerdere keuze van de wetgever om een probleem te maken van het feit dat aanbestedende diensten met hun aanbestedingsprocedures onvoldoende maatschappelijke waarde voor de publieke middelen leveren. Wanneer de wetgever dat als een zodanig probleem ervaart, dat hij daarvoor een wettelijke norm in het leven roept, moet hij mijns inziens ook antwoord geven op de vraag hoe hij de handhaving van die norm voor zich ziet. ●

Naschrift

In mijn bijdrage over de verplichting van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven op grond van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren voor de publieke middelen heb ik de toepassing van deze bepaling in uitspraken van voorzieningenrechters en de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvA) onder de loep

⁶ Van Heeswijck, p. 133.

⁷ Andere dan het gunningscriterium en/of de beoordelingssystematiek.

⁸ Van Heeswijck, p. 135.

en. En dat verklaart zich geroepen lijkt norm te eisen in het d probleem is dat de gelaten wat de rechts- te wordt vastgesteld de zorgplicht van art. 10nden, wanneer die and kan worden ge- eid van andere pro- htstreeks van invloed st van de aanbestede-

dat bij de handha- rt. 1.4 lid 2 Aw 2012 voor (potentiële) in- ader van de evaluatie men overwegen die perspectief te bieden iridische consequen- rgplicht van art. 1.4 /oor (potentiële) in- interessanter worden van die zorgplicht in wanneer zij daarmee i kunnen bewerkstel- stede dienst zijn een (potentiële) in- enen dat hij - na het aken op het verwer- nij echter op te mer- oed moet nadenken dergelijke oplossing, den tot een verdere bestedingsprocedu- ering ligt dan overi- et probleem van een . 1.4 lid 2 Aw 2012, de wetgever om een t dat aanbestedende sprocedures onvol- de voor de publieke wetgever dat als een t hij daarvoor een ept, moet hij mijns e vraag hoe hij de zich ziet. ●

lichting van aanbe- -sectorbedrijven op a de Aanbestedings- jk maatschappelijke publieke middelen bepaling in uitspra- en de Commissie vA) onder de loep

genomen. Ter voorkoming van misverstand merk ik op dat mijn conclusie, dat de bepaling nog geen revolutie in de aanbestedingspraktijk heeft veroorzaakt, de *uitkomst* betreft van de uitspraken waarin artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 aan de orde is gekomen en niet het *aantal* keer dat een beroep op deze bepaling werd gedaan.⁹ Ik heb geconstateerd dat op één geval na de vordering van de klagende ondernemer werd afgewezen. In de zaak waarin de ondernemer wel aan het langste eind trok, zou de uitkomst van de zaak zonder een beroep op artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 waarschijnlijk niet anders zijn geweest.

Ik heb niet vastgesteld dat voorzieningenrechtshover het algemeen weinig zelfstandige betekenis toekennen aan deze bepaling, zoals Jansen stelt. Er immers maar één uitspraak waarin de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te creëren weliswaar wordt genoemd, maar bij de beoordeling van de bezwaren van de ondernemer buiten beschouwing blijft.¹⁰ Daar komt bij dat ik mij afvraag of in die zaak wel een beroep is gedaan op artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012.¹¹ Anders dan Jansen zie ik overigens niet dat ondernemers er zelf moeite mee hebben zelfstandige betekenis toe te kennen aan de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te creëren.¹² In ten minste twee van de drie zaken bij de voorzieningenrechter werd artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 als zelfstandige grondslag van de vordering aangevoerd.¹³ In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Voorzieningenrechter van 25 oktober 2013 lijkt dit zelfs de enige grondslag te zijn geweest.¹⁴

Als mogelijke oorzaak van de beperkte invloed van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 op de aanbestedingspraktijk heb ik gewezen op de soepele maatstaf die voorzieningenrechtshanteren bij het toetsen van het handelen van de aanbestedende dienst aan artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012.

Ten aanzien van de omvang van de toetsing heb ik een mogelijk verschil geconstateerd tussen twee

rechterlijke uitspraken en advies 48 van de CvA. In het advies van CvA valt namelijk in tegenstelling tot die uitspraken geen terughoudende opstelling bij de toetsing te bespeuren. Dit roept de vraag of terughoudend bij toetsing aan artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 geboden is of niet. De door de wetgever te beantwoorden vraag is mijns inziens of de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf beoordelingsvrijheid toekomt bij het uitvoering geven aan de uit artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012 voortvloeiende verplichting. De wetsgeschiedenis biedt steun voor een bevestigend antwoord en naar mijn mening ligt dit ook in de rede.¹⁵ Mijn 'oproep' aan de wetgever is ingegeven door het belang van de rechtszekerheid. Het is mij niet te doen om de potentie van de verplichting om zoveel mogelijk waarde voor de publieke middelen te creëren te vergroten.

Jansen snijdt in zijn reactie een interessant aspect aan, dat mij aanleiding geeft tot het maken van aan aanvullende opmerking. Jansen stelt dat niemand zich 'eigenaar' lijkt te voelen van het algemeen belang dat artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 dient. Dit zou verklaren waarom niemand zich geroepen voelt naleving van deze bepaling te eisen. Men kan zich afvragen of bij de handhaving van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 wel een taak is weggelegd voor ondernemers. Met andere woorden: strekt de norm wel tot bescherming van de belangen van ondernemers die interesse hebben in een bepaalde opdracht?¹⁶ Verweij heeft hier in zijn noot onder het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland van 25 oktober 2013 terecht vraagtekens bij geplaatst,¹⁷ maar voor zover mij bekend is dit verweer nog niet in een procedure beproefd. Artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 gaat in de kern genomen over de doelmatigheid van de besteding van belastinggeld. Het debat hierover hoort in mijn ogen in de eerste plaats thuis in de politieke arena en niet in de rechtszaal. Het is echter aan de wetgever het beschermingsbereik van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 te bepalen en ook op dit punt zou de wetgever duidelijkheid kunnen verschaffen. Met de vaststelling van de rechtsgevolgen van een schending van deze bepaling lijkt de praktijk zich overigens wel te red- den. Op dit punt zie ik geen noodzaak tot actie van de wetgever.

Mr. dr. A.J. van Heeswijck¹⁸

⁹ Van Heeswijck, p. 133.

¹⁰ Vzng. Rb. Noord-Nederland 29 november 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:7367.

¹¹ Van Heeswijck, p. 134.

¹² Waarom zouden zij ook. Het vermeerderen van het aantal zelfstandige grondslagen, vergroot immers de kans op toewijzing van de vordering.

¹³ Vzng. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:7100 en Vzng. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBD-HA:2014:2965.

¹⁴ Vzng. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBN-NE:2013:7100, r.o. 4.1. Ook in advies 48 van de CvA lijkt art. 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012 de enige toetssteen te zijn geweest voor het betrokken klachtonderdeel, maar onduidelijk is of de klager zelf zijn klacht heeft gegoten in een beroep op deze bepaling of dat de CvA de rechtsgronden heeft aangevuld.

¹⁵ Zie bijv. *Kamerstukken I 2011/12, 32440, C (MvA)*, p. 10, waarin de minister aangeeft dat de inkoop van de beste kwaliteit voor de beste prijs maatwerk is, waarbij de aanbestedende dienst bij iedere aanbesteding een afweging moet maken.

¹⁶ Art. 6:163 BW; 3:296 lid 1 BW.

¹⁷ JAAN 2014/13, m.nt. Verweij.

¹⁸ Arthur van Heeswijck is advocaat bij Plasbossinade advocaten en notarissen in Groningen.