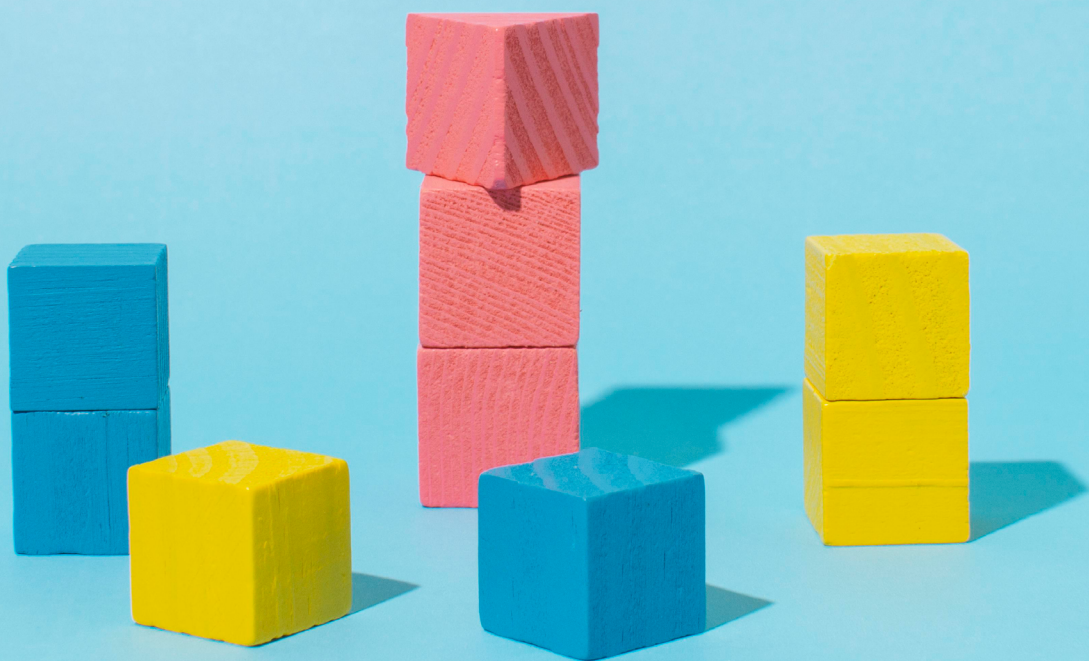


# Hoofdstuk 3

## Europees aanbestedingsrecht in de EU



## Abstract

Dit hoofdstuk behandelt het Europees aanbestedingsrecht. Effectief kunnen manoeuvreren binnen de juridische reikwijdte van de regels van dit rechtsgebied is van groot belang, omdat het publieke inkoopprofessionals in staat stelt beslissingen te nemen in overeenstemming met de doelstellingen en specifieke regels van de wet. Het doel van dit hoofdstuk is om inzicht te verschaffen in het doel, de rechtsbronnen en de rechtsbeginselen van het Europees aanbestedingsrecht. Ook worden de reikwijdte van deze regels en de belangrijkste juridische mogelijkheden om duurzaam en sociaal in te kopen besproken. Tot slot komen in dit hoofdstuk de rechtsmiddelen, die benadeelde inschrijvers kunnen aanwenden bij de rechter, aan bod.

## Kernbegrippen

Europees aanbestedingsrecht; Beginselen; Rechtsbronnen; Gelijkheid; Transparantie; Proportionaliteit; Procedures; Rechtsbescherming.

## Leerdoelen

In dit hoofdstuk staan de volgende leerdoelen centraal:

- Begrijpen wat de oorsprong, doel(en) en bronnen zijn van Europees aanbestedingsrecht.
- Uitleggen wat het belang en de rol van rechtsbeginselen is.
- Begrijpen wat de reikwijdte van het Europees aanbestedingsrecht is.
- Uitleggen wat de juridische mogelijkheden zijn om duurzaam en sociaal aan te besteden.
- Begrijpen wat de beschikbare rechtsmiddelen zijn voor inschrijvers.

### 3.1. Introductie

Aanbestedende diensten in de Europese Unie ('EU') moeten de regels van het Europees aanbestedingsrecht naleven wanneer zij werken, leveringen of diensten op de markt inkopen. Effectief kunnen manoeuvreren binnen de juridische reikwijdte van deze regels is van groot belang, omdat het publieke inkoopprofessionals in staat stelt beslissingen te nemen in overeenstemming met de wet. Deze regels maken het veelal mogelijk of stimuleren het zelfs om efficiënt en effectief in te kopen in lijn met de organisatiedoelstellingen. In dit hoofdstuk wordt daarom in het bijzonder aandacht besteed aan de juridische mogelijkheden om duurzaam en sociaal in te kopen. Dergelijke juridische kennis is noodzakelijk om publieke inkoop te kunnen laten bijdragen aan het oplossen van maatschappelijke uitdagingen, zoals klimaatverandering en sociale onrechtvaardigheid.

Het doel van dit hoofdstuk is dan ook inzicht te verschaffen in Europees aanbestedingsrecht. De doelstelling van de regels (Paragraaf 3.2), de rechtsbronnen (Paragraaf 3.3) en de rechtsbeginselen (Paragraaf 3.4) worden allereerst besproken. Ook worden de reikwijdte van deze regels (Paragraaf 3.5) en de belangrijkste juridische mogelijkheden om duurzaam en sociaal in te kopen besproken (Paragraaf 3.6). Tot slot komen de beschikbare rechtsmiddelen voor inschrijvers aan bod (Paragraaf 3.7).

Dit hoofdstuk bespreekt het Europees aanbestedingsrecht vanuit algemeen perspectief, zoals het geldt voor alle aanbestedende diensten in de gehele EU. Het gaat niet specifiek in op het Nederlandse recht of de implementatie van deze Europese regels in Nederland. Wel wordt in tabel 3.1 verwezen naar de relevante Nederlandse bepalingen van de Aanbestedingswet 2012.

### 3.2. Europees aanbestedingsrecht: de interne markt en non-discriminatie

Het Europees aanbestedingsrecht vindt zijn oorsprong in de ambitie van de EU om een interne markt tot stand te brengen. Deze interne markt is gericht op het creëren van vrede en welvaart. Sinds de jaren zeventig hebben deze regels als doel een interne markt voor overheidsopdrachten tot stand te brengen door handelsbelemmeringen tussen de lidstaten van de EU weg te nemen. De vaststelling van specifieke wetgeving met betrekking tot aanbestedingen is derhalve gericht op het voorkomen van protectionistische keuzes van aanbestedende diensten. Deze

overheden kunnen er namelijk de voorkeur aan geven om een overheidsopdracht te gunnen aan hun eigen nationale, regionale of lokale inschrijvers in plaats van aan buitenlandse inschrijvers (Arrowsmith, 2014). De doelen van aanbestedingswetten van Europese lidstaten zijn vaak uitgebreider. Zo omvatten ze bijvoorbeeld het bestrijden van corruptie en de efficiënte besteding van belastinggeld. Aangezien het Europese recht voorrang verkrijgt boven het nationale recht, kunnen nationale doelstellingen en regels niet in de weg staan aan de toepassing van Europees aanbestedingsrecht, en dus de totstandbrenging van de interne markt. Hetzelfde geldt voor de individuele doelstellingen die een aanbestedende dienst voor een specifieke aanbestedingsprocedure vaststelt of breder toepasselijk inkoopbeleid. Het stimuleren van de lokale economie door een overheidsopdracht rechtstreeks te gunnen aan een lokale inschrijver in plaats van een open competitie te organiseren waarop ook buitenlandse partijen kunnen inschrijven is daarom over het algemeen niet toegestaan.

### 3.3. De bronnen van Europees aanbestedingsrecht

Om het Europees aanbestedingsrecht te begrijpen moet men in de eerste plaats de gelaagdheid van het recht kunnen doorgronden. Deze gelaagdheid komt tot uiting in de verschillende rechtsbronnen, waaronder 1) het internationale recht met o.a. de Overeenkomst inzake Overheidsopdrachten, die van toepassing is op situaties waarin ondernemers van buiten de EU toegang wensen te krijgen tot een Europese aanbestedingsprocedure, 2) het Europees aanbestedingsrecht, waaronder het primaire, secundaire en tertiaire recht, en 3) het nationale aanbestedingsrecht, zoals de Nederlandse Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit (zie figuur 3.1). In dit hoofdstuk wordt de Europeesrechtelijke niveau besproken. De hiërarchie van rechtsbronnen is van belang om te begrijpen welk niveau belangrijker is voor de toepassing en interpretatie van juridische vraagstukken. Zo verkrijgt het primaire recht bijvoorbeeld voorrang boven het secundaire recht, en het Europees recht boven het nationale recht.



*Figuur 3.1 Reikwijdte van het aanbestedingsrecht*

### **Primair en secundair recht: verdragen en richtlijnen**

Binnen de Europese context bevatten de Europese Verdragen de primaire juridische verplichtingen voor aanbestedingen in de vorm van de regels inzake vrij verkeer. Deze regels zijn opgenomen in de artikelen 34 (leveringen), 49 (vestiging) en 56 (diensten) in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). De vrij verkeer regels hebben als doel een interne markt tot stand te brengen. De belangrijkste aanbestedingsregels zijn echter in het secundaire recht te vinden, namelijk in de aanbestedingsrichtlijnen uit 2014, waaronder de Richtlijnen inzake overheidsopdrachten (2014/24/EU), inzake concessieovereenkomsten (2014/23/EU) en inzake opdrachten die worden geplaatst door entiteiten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (2014/25/EU). Deze richtlijnen kunnen worden gezien als een verdere explicitering van de meer algemene en eerdergenoemde regels inzake vrij verkeer. Richtlijnen moeten worden omgezet in de nationale aanbestedingswetgeving van de Europese lidstaten. Nationale wetgevers zijn aldus verplicht deze richtlijnen in het nationale civiele recht en/of bestuursrecht om te zetten. Er mogen ook eigen nationale regels worden toegevoegd aan het Europese rechtskader, zolang deze regels niet in strijd zijn met de doelstellingen en verplichtingen van de Europese aanbestedingsregels. De richtlijn inzake overheidsopdrachten, die in dit hoofdstuk centraal staat, bevat een aanzienlijke reeks procedurele verplichtingen voor aanbestedende diensten. De meest recente hervorming van deze richtlijn laat duidelijk de sterke nadruk van de Europese wetgever zien om aanbestedingen te gebruiken om sociale en duurzame doelstellingen te bereiken. In de jaren voorafgaand aan 2014 heeft de wetgever inclusieve en duurzame groei hoog op de Europese agenda geplaatst. Overheidsopdrachten worden gezien als een van de belangrijkste drijfveren van dergelijke groei, mede wegens de aanzienlijke economische omvang van aanbestedingen, die wordt geschat op 14%-19% van het Europese BNP. Dit heeft

onder andere geleid tot aanvullende en verduidelijkte juridische mogelijkheden om strategisch aan te besteden, zoals de mogelijkheid om keurmerken te gebruiken (artikel 43) en om overheidsopdrachten te gunnen op basis van de laagste levenscycluskosten (artikel 68). In het algemeen reguleert het Europees aanbestedingsrecht echter niet “wat” aanbestedende diensten aanbesteden, maar alleen “hoe” zij aanbesteden. Bovendien bevat de wet geen verplichting tot uitbesteding van taken of liberalisering van sectoren. Dit betekent dat aanbestedende diensten altijd (gezamenlijk) taken kunnen uitvoeren met hun eigen financiële middelen (HvJEU, C-26/03, *Stadt Halle*).

### **Europese drempels en grensoverschrijdend belang**

De richtlijn inzake overheidsopdrachten is alleen van toepassing indien de financiële drempels voor werken, leveringen of diensten worden bereikt. De drempelbedragen worden om de twee jaar door de Europese Commissie bekendgemaakt (art. 4 Richtlijn 2014/24/EU). Onder deze drempels kan het nationale aanbestedingsrecht of het eigen inkoopbeleid van een aanbestedende dienst nog steeds van toepassing zijn op een aanbestedingsprocedure. Opmerkelijk is dat de regels betreffende het vrije verkeer ook van toepassing kunnen zijn op aanbestedingen die beneden de drempels blijven, indien de betrokken aanbesteding een “grensoverschrijdend belang” heeft. Dit belang wordt beoordeeld op basis van de technische specificaties van de opdracht, de waarde van de opdracht en de plaats van uitvoering (HvJEU, C-147/06, *SECAP*). Dit betekent bijvoorbeeld dat de beginselen van gelijkheid en transparantie, die in Paragraaf 3.4 worden besproken, nog steeds van toepassing zijn.

Naast de financiële drempels is de richtlijn inzake overheidsopdrachten alleen van toepassing als het gaat om een “aanbesteding”, die wordt gedefinieerd als *‘de aankoop door middel van een overheidsopdracht van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet.’* (art. 1 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU). Gaat het daarentegen om de verkoop van overheidsgebouwen of de veiling van aandelen in voormalige staatsbedrijven, dan is de richtlijn inzake overheidsopdrachten niet van toepassing, maar kunnen de regels betreffende het vrije verkeer nog wel van toepassing zijn (HvJEU, C-145/08, *Club Hotel Loutraki*). Figuur 3.1 geeft het toepassingsbereik van aanbestedingsrecht weer.

### Tertiair recht

De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (“HvJEU”, “Hof”) en de *soft law*-instrumenten van de Europese instellingen, zoals de Europese Commissie, worden gekwalificeerd als een tertiaire rechtsbron. Het HvJEU heeft het laatste woord over de interpretatie van Europees recht (art. 267 VWEU). Het Hof past bij zijn uitleg van Europees recht vaak een teleologische (ook wel “functionele” genoemd) interpretatie toe. Dit komt erop neer dat het Hof zich baseert op de doelstelling van het Europees aanbestedingsrecht - de totstandbrenging van een interne markt - om te beslissen hoe een specifiek begrip moet worden uitgelegd. Dit houdt bijvoorbeeld in dat begrippen die de reikwijdte van het aanbestedingsrecht bepalen, zoals aanbestedende dienst of overheidsopdracht (Paragraaf 3.5), ruim moeten worden uitgelegd. Uitzonderingen moeten daarentegen restrictief worden uitgelegd (HvJEU, C-107/98, *Teckal*). Belangrijk is verder dat de rechtsregel die volgt uit een uitspraak van het Hof in alle Europese lidstaten van toepassing is. Tot slot worden ook *soft law*-instrumenten, die vaak door de Europese Commissie worden gepubliceerd, beschouwd als een gezaghebbende bron om het aanbestedingsrecht te interpreteren. Ze zijn niet bindend, hoewel er wel in de literatuur bediscussieerd wordt of er toch geen bindende werking van uitgaat. Voorbeelden van *soft law* in de context van het aanbestedingsrecht zijn de mededelingen van de Europese Commissie, zoals de richtsnoeren betreffende het gebruik van het kader voor overheidsopdrachten in de door Covid-19-crisis veroorzaakte noodsituatie (2020) of het werkdocument van de diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het Europees aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten (“publiek-publieke samenwerking”) (2011).

### 3.4. De beginselen van het Europees aanbestedingsrecht

De Europese aanbestedingsregels zijn gebaseerd op de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit. Artikel 18 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU, waarin de jurisprudentie van het HvJEU is gecodificeerd, verplicht aanbestedende diensten om ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en om op transparante en proportionele wijze te handelen. Daarnaast volgt uit deze bepaling dat de aanbesteding niet mag worden georganiseerd met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. In de literatuur is de vraag bediscussieerd of ‘mededinging’ als zodanig niet ook een beginsel van het Europees aanbestedingsrecht is (Sanchez-Graells, 2015). De specifieke regels van het aanbestedingsrecht, zoals die met betrekking tot aankondigingen, gunningscriteria en

uitsluitingsgronden, kunnen worden afgeleid uit deze beginselen. Inzicht in deze beginselen biedt dus een basis om de aanbestedingsregels beter te begrijpen. In de volgende paragrafen zal de strekking en de inhoud van de beginselen nader worden besproken.

### **Gelijkheid en non-discriminatie**

In de context van het Europees recht beoogt het gelijkheidsbeginsel te voorkomen dat (groepen) ondernemers worden bevoordeeld, dat onderscheid wordt gemaakt op grond van nationaliteit, of dat (groepen) inschrijvers in het algemeen een voorkeursbehandeling krijgen. Het betekent dat vergelijkbare situaties niet verschillend mogen worden behandeld zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Als specificering van gelijkheid vereist het non-discriminatiebeginsel dat discriminatie op grond van nationaliteit verboden is. Vóór de invoering van dit beginsel in richtlijn 2014/24/EU concludeerde het HvJEU in 1993 al: *'Volstaan kan worden met vast te stellen, dat ook al wordt in de richtlijn het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers niet uitdrukkelijk genoemd, de verplichting om dit beginsel te eerbiedigen, niettemin volgt uit de hoofddoelstelling van deze richtlijn, die volgens de negende overweging van de considerans de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten beoogt, en die in titel IV de selectie- en gunningscriteria opsomt die die mededinging moeten waarborgen.'* (HvJEU, C-243/89, *Commissie/Denemarken*, par. 33).

In de baanbrekende zaak *'Succhi di Frutta'*, die bijna voor alle aanbestedingskwesties relevant is, ging het HvJEU zelfs nog verder in zijn conclusie. Het Hof concludeerde dat *'volgens het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, dat tot doel heeft de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen, alle aanbieders bij het formuleren van hun inschrijving gelijke kansen moeten hebben, hetgeen dus impliceert dat de aanbiedingen van alle concurrenten aan dezelfde voorwaarden moeten zijn onderworpen.'* (HvJEU, C-496/99, *Succhi di Frutta*, par. 110). Zodoende houdt het gelijkheidsbeginsel in dat alle geïnteresseerde ondernemers aan dezelfde concurrentievoorwaarden moeten worden onderworpen in een aanbestedingsprocedure. Dit houdt in dat wijzigingen van criteria of inschrijvingen tijdens een procedure - uitzonderingen daargelaten - veelal niet zijn toegestaan (art. 72 Richtlijn 2014/23/EU).



## Transparantie

Het transparantiebeginsel moet worden begrepen in het licht van het gelijkheidsbeginsel. Zonder transparantie is gelijkheid moeilijk om te verwezenlijken. Het HvJEU concludeerde in 2003 als volgt: *'In dit verband merkt het Hof op dat, overeenkomstig vaste rechtspraak, dit begrip in het licht van het door de richtlijn nagestreefde tweeledige doel van openstelling van de mededinging en van transparantie, een even functionele als ruime uitlegging moet krijgen'* (HvJEU, C-283/00, *Commissie/ Spanje*, par. 48-52). Transparantie ondersteunt dus de totstandkoming van een systeem van openheid, waardoor discriminatie op grond van nationaliteit mede kan worden voorkomen. Transparantie wordt dan ook noodzakelijk geacht voor de bestrijding van corruptie en om belangenconflicten te voorkomen (HvJEU, C-496/99, *Succhi di Frutta*). Het transparantiebeginsel dient twee doelen, die door het Hof in 2002 in het arrest *Telaustria* (C-324/98) zijn genoemd: *'De op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie houdt in, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.'* (par. 62). Dit tweeledige doel beoogt het risico van vriendjespolitiek of willekeur aan de kant van de aanbestedende dienst uit te sluiten. Bijgevolg vereist dit beginsel dat *'alle voorwaarden en modaliteiten van de aanbestedingsprocedure duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig in de aankondiging of in het bestek worden opgenomen.'* Dit moet op zodanige wijze gebeuren dat *'alle redelijk geïnformeerde inschrijvers die de normale zorgvuldigheid in acht nemen, de juiste betekenis ervan kunnen begrijpen en ze op dezelfde wijze kunnen uitleggen'* en dat *'de aanbestedende dienst kan nagaan of de ingediende inschrijvingen voldoen aan de criteria die van toepassing zijn op het desbetreffende contract.'* (HvJEU, C-496/99, *Succhi di Frutta*, par. 111). Dit betekent dat alle criteria en voorwaarden in een aanbestedingsprocedure duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig moeten worden vastgesteld, maar ook dat ondernemers zich naar behoren moeten informeren. Vanuit het oogpunt van transparantie betekent dit bijvoorbeeld dat aanbestedende diensten over het algemeen verplicht zijn een procedure openbaar aan te kondigen en daarin onder meer de gunningscriteria en het daaraan toegekende relatieve gewicht op te nemen.

## Proportionaliteit

Binnen het Europees recht houdt het proportionaliteitsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel in dat het optreden van de EU niet verder mag gaan dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken (art. 5 VWEU). Meer specifiek vereist het proportionaliteitsbeginsel in de context van het Europees

aanbestedingsrecht dat alle voorwaarden en criteria in een redelijke verhouding tot het voorwerp van de opdracht moeten staan. Dit beginsel is bijvoorbeeld relevant met betrekking tot de uitsluitingsgronden, de gunningscriteria, de selectiecriteria, en het aantal te stellen criteria. Het betekent meer concreet dat bijvoorbeeld het vragen van een bankgarantie van een miljoen euro voor een aanbesteding met een waarde van 75.000 euro zonder noemenswaardige risico's, disproportioneel is. Dit beginsel betekent ook dat criteria die verband houden met de algemene bedrijfsvoering van een inschrijver, waaronder het beleid inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen, niet zijn toegestaan. Ook lijkt de eis dat een opdracht voor 100% door langdurig werklozen moet worden uitgevoerd, disproportioneel (HvJEU, C-31/87, *Beentjes*). Verder worden gunningscriteria geacht verband te houden met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer zij betrekking hebben op de werken, leveringen of diensten die in het kader van die opdracht moeten worden verricht, in elk stadium van hun levenscyclus. In Nederland is het beginsel nader uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit.

### 3.5. De reikwijdte van het Europees aanbestedingsrecht

Over het algemeen is het Europees aanbestedingsrecht van toepassing indien de organisatie die een overeenkomst gunt een 'aanbestedende dienst' is en indien de overeenkomst als een 'overheidsopdracht' kan worden aangemerkt, tenzij een uitzondering van toepassing is.

#### **Wie moeten de regels volgen: aanbestedende diensten**

Het begrip 'aanbestedende dienst' verwijst naar 'de staats-, regionale en lokale overheidsinstanties, publiekrechtelijke instellingen, of samenwerkingsverbanden bestaande uit één of meer van deze overheidsinstanties of één of meer van deze publiekrechtelijke instellingen' (art. 2, lid 1, sub 1 Richtlijn 2014/24/EU). Afhankelijk van de nationale organisatie van een lidstaat betekent dit dat gemeenten, provincies, autonome regio's, directoraten, waterschappen en ministeries vaak onbetwist aanbestedingsplichtig zijn. In de zaak *Beentjes* van 1988 (C-31/87) besloot het HvJEU dat aan het begrip "Staat" een functionele uitleg moet worden gegeven. Dit betekent dat het Hof in het algemeen rekening houdt met de samenstelling van een entiteit, de toegewezen taken en de afhankelijkheid van andere autoriteiten om te beslissen of een entiteit een aanbestedende dienst is. In dit verband heeft er voor het HvJEU veel discussie plaatsgevonden over de invulling van het begrip 'publiekrechtelijke instelling'. Dit begrip wordt gedefinieerd als een instelling die (1) '[is] opgericht met het specifieke doel te voorzien in

andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard; (2) '[bezit] rechtspersoonlijkheid' en (3a) '[wordt] merendeels gefinancierd door de Staat, door regionale of lokale instanties, of door andere publiekrechtelijke instellingen; (3b) of zijn onderworpen aan toezicht op het beheer door deze autoriteiten of organen; of (3c) beschikten over een bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan waarvan de leden voor meer dan de helft door de staat, de regionale of lokale instanties of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen' (art. 2, lid 1, sub 4 Richtlijn 2014/24/EU). De eerste twee criteria zijn cumulatief, terwijl het derde criterium alternatief is. De alternatieve criteria zijn erop gericht om vast te stellen dat er een afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen de publiekrechtelijke instelling en de betrokken autoriteiten.

Jurisprudentie bij het HvJEU heeft inzichtelijk gemaakt op welke wijze deze criteria moeten worden geïnterpreteerd. Er bestaat bijvoorbeeld geen definitie van 'behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn', maar het Hof heeft wel inzicht verschaft in relevante aspecten die bij de beoordeling van dit begrip een rol kunnen spelen. Het is bijvoorbeeld niet van belang of er een publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon is opgericht (HvJEU, C-470/99, *Universale Bau*). Als marktpartijen niet voorzien in een behoefte van algemeen belang op de markt, is dit een aanwijzing dat het gaat om een 'behoefte van algemeen belang, die geen industrieel of commercieel karakter heeft' (HvJEU, C-18/01, *Korhonen*). Als er daarentegen mededinging op een markt bestaat, dan kan de tegenovergestelde conclusie worden getrokken. Zoals de richtlijn inzake overheidsopdrachten samenvat in de preambule: 'Een instelling die onder normale marktvoorwaarden opereert, winst nastreeft, en de verliezen draagt die voortvloeien uit haar activiteiten, niet als een "publiekrechtelijke instelling" mag worden beschouwd, aangezien de behoeften van algemeen belang – en zij is nu juist opgericht of heeft tot taak gekregen in die behoeften te voorzien – kunnen worden geacht een industrieel of commercieel karakter te hebben.' (Overweging nr. 10 Richtlijn 2014/24/EU). Het verrichten van commerciële activiteiten op de markt, naast taken van algemeen belang, sluit het bestaan van een publiekrechtelijke instelling niet uit (HvJEU, C-411/04, *Mannesmann*). Verder verwijst de zinsnede 'voor het grootste deel' naar meer dan de helft (HvJEU, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*). Duidelijk is ook dat niet alle betalingen resulteren in een afhankelijkheidsrelatie (HvJEU, C-316/18, *Cambridge*). Ten slotte houdt toezicht in dat de betrokken autoriteiten invloed kunnen uitoefenen op de besluitvorming van een publiekrechtelijke instelling, maar dat toezicht achteraf (ex post) onvoldoende is om van toezicht te spreken (HvJEU, C-373/00, *Truley*). Daarentegen kan

incidenteel toezicht nog steeds tot afdoende toezicht leiden (HvJEU, C-237/99, *Franse instellingen voor sociale huisvesting*).

### **Welke overeenkomsten zijn aan de regels onderworpen: overheidsopdrachten**

Er geldt een aanbestedingsplicht voor overeenkomsten die aan de criteria van een ‘overheidsopdracht’ voldoen. Een ‘overheidsopdracht’ is een ‘schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten wordt gesloten en betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten’ (art. 2, lid 1, sub 5 Richtlijn 2014/24/EU). Overheidsopdrachten kunnen dus worden onderverdeeld in ‘overheidsopdrachten voor werken’, ‘overheidsopdrachten voor leveringen’ en ‘overheidsopdrachten voor diensten’. Er is sprake van een overheidsopdracht wanneer (1) het gaat om een schriftelijke overeenkomst tussen één of meer ondernemers, en één of meer aanbestedende diensten, (2) door de aanbestedende dienst een selectie is gemaakt (HvJEU, C-9/17, *Tirkkonen*), en (3) het gaat om een overeenkomst onder bezwarende titel. Het HvJEU heeft verduidelijkt dat ‘onder bezwarende titel’ inhoudt dat de ‘aangebestede dienst die een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken heeft geplaatst, uit hoofde van deze overeenkomst tegen vergoeding een dienst ontvangt’ (HvJEU, C-451/08, *Helmut Müller*, par. 48). Het begrip ‘tegenprestatie’ moet ruim worden uitgelegd en kan bijvoorbeeld ook fiscale of andere voordelen omvatten. Het begrip ‘ondernemer’ wordt ook ruim geïnterpreteerd en omvat ‘elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen’ (art. 2(1)(10) Richtlijn 2014/24/EU) (Manunza & Meershoek, 2020).

Een overheidsopdracht verschilt van een concessieovereenkomst, die wordt gereguleerd door de richtlijn concessieovereenkomsten. Een concessie voor werken of diensten betreft ‘een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties werken of de verrichting van diensten laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht van het werk dat het onderwerp van de overeenkomst vormt of uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling’ (art. 5, lid 1 Richtlijn 2014/23/EU). Een concessieovereenkomst vereist de overdracht van het exploitatierisico (HvJEU, C-206/08, *Eurawasser*).

### **Uitzonderingen op de aanbestedingsplicht**

Hoewel een aanbestedende dienst verplicht kan zijn een overheidsopdracht aan te besteden, bevat de richtlijn inzake overheidsopdrachten diverse uitzonderingen, waardoor rechtstreekse gunning alsnog mogelijk is. Noemenswaardig zijn, onder andere, de vrijstellingen voor overheidsopdrachten die worden gegund op basis van internationale regels (art. 9 Richtlijn 2014/24/EU) en de specifieke uitzonderingen voor bepaalde diensten (art. 10 Richtlijn 2014/24/EU). Van bijzonder belang zijn ook de uitzonderingen voor overheidsopdrachten die worden gegund tussen aanbestedende diensten, waarover veel discussie is geweest in de literatuur (Janssen, 2018). De alleenrecht uitzondering maakt een dergelijke samenwerking tussen aanbestedende diensten mogelijk zonder dat een aanbestedingsprocedure nodig is. Hierbij gaat het om opdrachten voor diensten die worden gegund aan een aanbestedende dienst die het alleenrecht heeft gekregen en dus de enige partij is die de opdracht kan uitvoeren (art. 11 Richtlijn 2014/24/EU, HvJEU, C-220/06, *Correos*).

Van toenemend belang in de praktijk is de uitzondering voor overheidsopdrachten die worden gegund aan een aparte rechtspersoon, die wordt gecontroleerd door de aanbestedende dienst die de opdracht gunt. Ook moet deze aparte rechtspersoon bijvoorbeeld 80% van zijn omzet verrichten ten behoeve van de controlerende aanbestedende dienst (art. 12 2014/24/EU, HvJEU, C-107/98, *Teckal*). Ten slotte kan ook een contractuele samenwerking tussen aanbestedende diensten - in plaats van met een aparte rechtspersoon - worden vrijgesteld indien deze 'voorziet in of uitvoering geeft aan een samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen' (art. 12 (4) (a) Richtlijn 2014/24/EU). Het is duidelijk dat een samenwerking voor afvalinzameling onder deze vrijstelling kan vallen (HvJEU, C-480/06, *Commissie/Duitsland*), terwijl wordt bediscussieerd of ondersteunende diensten, zoals ICT en HR-diensten daar ook onder vallen (HvJEU, C-796/18, *Stadt Köln*).

### **3.6. Juridische mogelijkheden om duurzaam en sociaal in te kopen**

Als een overheidsopdracht moet worden gegund in overeenstemming met het Europees aanbestedingsrecht, kan een aanbestedende dienst deze opdracht gunnen met het doel om bij te dragen aan duurzaamheids- en sociale doelstellingen (Sjåfjell & Wiesbrock, 2016). In de volgende paragrafen worden enkele aspecten van het

aanbestedingsrecht besproken. De rode draad in deze bespreking is gelegen in de juridische mogelijkheden om deze duurzame doelstellingen (Arrowsmith & Kunzlik, 2009) en sociale doelstellingen (McCrudden, 2007) mee te nemen in een dergelijke procedure. Relevant in dit niet-limitatieve overzicht (zie ook tabel 3.1) zijn in ieder geval de marktconsultatie, de (voorbehouden) procedures, de technische specificaties en keurmerken, de uitsluitingsgronden, de gunningscriteria en de contractuele voorwaarden.

### **Marktconsultatie**

Marktconsultaties kunnen nuttig zijn om vóór de start van een aanbestedingsprocedure na te gaan wat er op de markt wordt aangeboden. Dit is met name relevant voor aanbestedende diensten die niet op de hoogte zijn van de marktstructuur of voor aanbestedende diensten die niet zeker weten welk soort aanbieders, zoals sociale ondernemingen of MKB-bedrijven die streven naar duurzame of sociale resultaten, op de markt actief zijn. Artikel 40 Richtlijn 2014/24/EU voorziet in deze mogelijkheid maar laat aanbestedende diensten vrij ten aanzien van hoe zij deze consultaties organiseren. Aanbestedende diensten kunnen voor de organisatie van een consultatie advies inwinnen bij onafhankelijke deskundigen of ondernemers. Dit advies kan ook worden gebruikt bij de planning en het verloop van de aanbestedingsprocedure. Het mag echter niet leiden tot concurrentievervalsing of tot een schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie door de betrokken partijen een concurrentievoordeel te geven.

### **Procedures en voorbehouden procedures**

De richtlijn inzake overheidsopdrachten bevat verschillende soorten procedures. Noemenswaardig zijn in ieder geval de mededingingsprocedure met onderhandeling (art. 26 lid 4 en 29 Richtlijn 2014/24/EU), de openbare procedure (art. 27 Richtlijn 2014/24/EU), de niet-openbare procedure (art. 28 Richtlijn 2014/24/EU), de concurrentiegerichte dialoog (art. 30 Richtlijn 2014/24/EU), het innovatiepartnerschap (art. 31 Richtlijn 2014/24/EU) en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande publicatie (art. 32 Richtlijn 2014/24/EU).

Iedere aanbestedingsprocedure kent eigen procedurele vereisten. Verschillen bestaan in ieder geval ten aanzien van (1) de termijnen, (2) de verschillende selectie- en evaluatiefasen die worden toegepast, (3) de mate waarin met ondernemers kan worden onderhandeld. Zo wordt een openbare procedure bijvoorbeeld gekenmerkt door de mogelijkheid voor ondernemers om een offerte in te dienen naar aanleiding van een oproep tot mededinging, en is de minimumtermijn voor

de ontvangst van de offertes 35 dagen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de opdracht. Daarentegen vindt bij niet-openbare procedures een selectie plaats vóór de beoordeling, hetgeen betekent dat 'elke ondernemer een aanvraag tot deelname kan indienen naar aanleiding van een oproep tot mededinging die de nodige informatie bevat', en dat de aanbestedende dienst het aantal geschikte gegadigden dat wordt uitgenodigd om deel te nemen aan de procedure, vervolgens kan beperken. Daarnaast kunnen oplossingen die niet 'kant en klaar' verkrijgbaar zijn, worden ingekocht via een concurrentiegericht dialogo of een innovatiepartnerschap, aangezien deze procedures de mogelijkheid bieden voor een aanbestedende dienst om betrokken te zijn bij de ontwikkelingsfase van een product. Indien geen mededinging mogelijk is omdat slechts één ondernemer een oplossing kan aanbieden, kan de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande publicatie gebruikt worden.

Als een aanbestedende dienst een overheidsopdracht wil gunnen aan een sociale werkplaats of aan sociale onderneming, dan kunnen de zogenaamde 'voorbehouden procedures' worden toegepast. Een aanbestedende dienst kan in dit geval de deelname aan een dergelijke procedure voorbehouden. De eerste voorbehouden procedure stelt een aanbestedende dienst in staat een procedure te starten voor sociale werkplaatsen en ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben, of de uitvoering van deze opdrachten voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid (art. 20 Richtlijn 2014/24/EU). Een belangrijk vereiste is dat ten minste 30% van de werknemers bestaat uit gehandicapte of kansarme werknemers. De tweede voorbehouden procedure biedt een aanbestedende dienst de mogelijkheid de deelneming van inschrijvers voor te behouden aan sociale ondernemingen op het gebied van gezondheids-, sociale en culturele diensten actief zijn (art. 77 Richtlijn 2014/24/EU). Deze entiteiten moeten onder meer het vervullen van een opdracht van algemeen belang als doel hebben, hun winsten herinvesteren om deze doelstelling van de organisatie te verwezenlijken en hun beheers- of eigendomsstructuren bijvoorbeeld baseren op werknemersaandeelhouderschap of beginselen van participatie. De ratio achter deze procedures is dat deze inschrijvers anders in een 'normale' procedure moeilijk zouden kunnen concurreren met andere ondernemers wegens hun sociale doelstelling.

### **Technische specificaties en keurmerken**

De technische specificaties leggen de vereiste kenmerken van de werken, leveringen of diensten vast en bieden ook ruimte om bijvoorbeeld duurzaamheidsaspecten

mee te nemen (art. 42 Richtlijn 2014/24/EU). Om dit proces te vereenvoudigen, verwijzen aanbestedende diensten in een aanbestedingsprocedure vaak naar een keurmerk. Voorbeelden van deze keurmerken zijn ISO-certificaten, zoals ISO9001 en ISO14001, of sectorspecifieke keurmerken, zoals FSC voor duurzaam hout en *Cradle-to-Cradle*-certificering voor circulair bouwen (HvJEU, C-368/10, *Max Havelaar*). Vanuit juridisch oogpunt is het van belang dat de specifieke eisen van een keurmerk verband houden met het voorwerp van de opdracht, zoals de beschrijving van het product en de presentatie ervan (art. 43 Richtlijn 2014/24/EU, zie ook par. 3.3 over proportionaliteit). Verder moeten de vereisten van het keurmerk worden opgesteld op basis van objectief controleerbare criteria, met gebruikmaking van een procedure waaraan de belanghebbenden in een sector kunnen deelnemen. Het keurmerk moet toegankelijk en beschikbaar zijn voor alle belanghebbende partijen. Aanbestedende diensten moeten om flexibiliteit te waarborgen altijd alternatieven toestaan die aan dezelfde eisen van het keurmerk voldoen. Aanbestedende diensten mogen echter niet eisen dat inschrijvers een bepaald beleid inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen hebben, omdat dit betrekking heeft op de algemene bedrijfsvoering van de inschrijver en niet op zijn inschrijving in een aanbestedingsprocedure.

### **Uitsluitingsgronden**

Er zijn verplichte uitsluitingsgronden en facultatieve uitsluitingsgronden (art. 57 Richtlijn 2014/24/EU). Verplichte gronden moeten altijd worden toegepast in een aanbestedingsprocedure. Deze lijst omvat onder meer deelneming aan een criminele organisatie en omkoping. Sociaal aanbesteden komt onder meer terug in de uitsluitingsgrond wegens kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel. Een inschrijver moet ook worden uitgesloten indien hij zijn verplichtingen inzake de betaling van belastingen of sociale premies niet nakomt. Deze gevallen moeten worden vastgesteld bij een rechterlijke of administratieve beslissing die onherroepelijk en bindend is volgens de wettelijke bepalingen van het land waar het bedrijf is gevestigd of van de lidstaat van de aanbestedende dienst. De facultatieve uitsluitingsgronden kunnen per aanbestedingsprocedure worden toegepast. De lijst met deze uitsluitingsgronden bevat bijvoorbeeld uitsluitingsgronden aangaande belangenconflicten en ernstige beroepsfouten (HvJEU, C-465/11, *Forposta*). Vanuit het oogpunt van sociale en duurzame inkoop kan een inschrijver worden uitgesloten indien de inschrijver de in artikel 18 lid 2 richtlijn inzake overheidsopdrachten vastgelegde sociale, milieu- en/of arbeidswetgeving heeft geschonden. Bij de toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden moeten aanbestedende diensten bijzondere aandacht besteden aan het proportionaliteitsbeginsel (HvJEU,



C-171/15, *Connexxion*). Dit betekent onder andere dat automatische uitsluitingen niet zijn toegestaan (HvJEU, C-395/18, *Tim*). Aanbestedende diensten kunnen van uitsluiting afzien wanneer dit gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, zoals de volksgezondheid of de bescherming van het milieu (art. 57 Richtlijn 2014/24/EU). Inschrijvers moeten tot slot ook de mogelijkheid hebben om te bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks een toepasselijke uitsluitingsgrond (lid 6).

### **Gunningscriteria: duurzame en sociale criteria en levenscycluskostenberekening**

In de gunningscriteria kunnen duurzaamheids- en sociale overwegingen een prominente positie innemen. Bij de gunning van overheidsopdrachten moet worden uitgegaan van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) (art. 67 Richtlijn 2014/24/EU). De gunning is gebaseerd op de prijs of de kosten aan de hand van een kosten-batenanalyse, zoals de levenscycluskosten, en kan ook de beste prijs-kwaliteitverhouding omvatten die moet worden beoordeeld op basis van criteria, waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale overwegingen. Deze criteria kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op de kwaliteit, de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel dat met de uitvoering van de opdracht wordt belast, de klantenservice en de technische bijstand, de leveringsvoorwaarden zoals de leveringsdatum, het leveringsproces en de leveringstermijn of de termijn voor de uitvoering. Preambule nr. 92 richtlijn inzake overheidsopdrachten verduidelijkt dat deze opsomming niet-limitatief van aard is.

Het meest interessant voor duurzaamheid en sociale doelstellingen is het gebruik van de laagste levenscycluskosten (Andhov, Caranta, & Wiesbrock, 2021). Artikel 68 richtlijn inzake overheidsopdrachten stelt dat deze kosten twee categorieën omvatten, namelijk a) kosten in verband met de verwerving, gebruikskosten zoals energiekosten, onderhoudskosten en kosten aan het einde van de levenscyclus, en b) kosten relaterend aan externe milieueffecten, zoals de kosten van de uitstoot van broeikasgassen en van andere verontreinigende emissies, en kosten voor bestrijding van klimaatverandering. De berekeningsmethoden moeten onder meer gebaseerd zijn op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria, en toegankelijk zijn voor alle betrokken partijen. Om het gebrek aan levenscycluskostenberekening te stimuleren, heeft de Europese Commissie niet-verplichte berekeningsmethoden beschikbaar gesteld voor bijvoorbeeld automaten, computers en binnenverlichting.

---

### Voorbeeld 3.1 Aanbestedende diensten en gunningscriteria

Aanbestedende diensten onderzoeken momenteel veelvuldig het gebruik van de laagste levenscycluskosten in hun gunningscriteria. Dit verdient dan de voorkeur boven het gunnen van opdrachten op basis van de laagste prijs of de beste prijs-kwaliteitverhouding, omdat deze criteria geen rekening houden met externe milieueffecten. Dit betekent dat bij de aanbesteding van brandweerkleding ook de schade aan het milieu, of de kosten voor de beperking daarvan, tijdens de productiefase kunnen worden meegerekend, of dat de milieueffecten van ICT-datacentra deel uitmaken van de kostenberekening, en dus de daaropvolgende vergelijking van de inschrijvingen.

---

#### **Contractuele voorwaarden**

Tot slot zijn de contractvoorwaarden ook een geschikte plaats om duurzaamheid en sociale overwegingen op te nemen. Artikel 70 richtlijn inzake overheidsopdrachten bepaalt dat aanbestedende diensten deze voorwaarden met betrekking tot de uitvoering van de opdracht kunnen vaststellen. Deze voorwaarden moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht en moeten worden opgenomen in de oproep tot mededinging of in de aanbestedingsstukken. In dit artikel wordt expliciet vermeld dat deze criteria economische, innovatie- of milieugerelateerde dan wel sociale of arbeidsgerelateerde overwegingen omvatten.

Fasen van een aanbestedings-procedure	Mogelijkheden om duurzame en sociale doelstellingen op te nemen	Relevante bepalingen in de richtlijn inzake overheids-opdrachten	Implementatie in Aanbestedingswet 2012
Marktconsultaties	Zoek naar ondernemers die duurzame en sociale oplossingen bieden of de geschiktheid van een procedure testen.	Art. 40	Art. 2.25
Verdeling in percelen	Biedt kansen aan MKB-bedrijven, die duurzame en sociale oplossingen bieden.	Art. 46	Art. 2.10
Procedures	Kies een specifieke procedure die geschikt is voor het gewenste duurzame of sociale doel.	Art. 26-31	Art. 2.26 en verder
Voorbehouden procedures	Houd een procedure voor aan sociale werkplaatsen of sociale ondernemingen.	Art. 20 en 77	Art. 2.82 en 2.82a
Uitsluitingsgronden	Sluit ondernemers uit die arbeids- en milieuwetten hebben overtreden.	Art. 57	Art. 2.86 en verder
Technische specificaties en keurmerken	Specificeer het vereiste niveau van duurzaamheids- of sociale aspecten, of gebruik hiervoor een keurmerk.	Art. 43 en 45	Art. 2.75 en 2.78a
Selectiecriteria	Selecteer in de selectiefase ondernemers die aan de gestelde eisen voldoen.	Art. 58	Art. 2.90 en verder
Gunningscriteria	Geef duurzaamheid of sociale overwegingen een (belangrijke) plaats in de EMVI-criteria. Gun op basis van de laagste levenscycluskosten levenscycluskostenberekening.	Art. 67	Art. 2.114
Contractuele voorwaarden	Neem contractuele voorwaarden op met betrekking tot de duurzame en sociale prestaties van de opdracht.	Art. 70	Art. 2.80

*Tabel 3.1 Overzicht van juridische mogelijkheden om duurzaam en sociaal in te kopen*

### 3.7. Rechtsbescherming voor inschrijvers

Inschrijvers die menen dat het Europees aanbestedingsrecht is geschonden, kunnen op verschillende manieren trachten op te treden tegen de betrokken aanbestedende dienst. Welke rechtsmiddelen ter beschikking staan, hangt af van de wijze waarop de rechtsbescherming van de inschrijvende partijen op nationaal niveau in hun procesrecht is geregeld, aangezien het Europees recht de procedurele autonomie van de lidstaten moet respecteren. In het algemeen zijn er echter ten minste drie mogelijkheden: een procedure aanhangig maken bij een nationale rechter, het stellen van prejudiciële vragen door de nationale rechter aan het HvJEU, of een klacht indienen bij de Europese Commissie. In Nederland bestaat meer specifiek de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de desbetreffende aanbestedende dienst en de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

#### **De procedure bij een nationale rechtbank**

Op nationaal niveau bestaan er verschillende rechtstradities met betrekking tot het aanbestedingsrecht. Afhankelijk van de lidstaat kan dit betekenen dat ofwel een bestuursrechter, ofwel een civiele rechter, ofwel een speciaal daartoe aangewezen tribunaal, of een combinatie daarvan bevoegd is om kennis te nemen van aanbestedingsgeschillen. Ongeacht deze nationale forumkeuze moet een vordering in de meeste gevallen in eerste instantie bij een rechtbank worden ingediend, maar het nationale recht kan ook voorschrijven dat een klacht in eerste instantie bij de betrokken aanbestedende dienst moet worden ingediend. Afhankelijk van het systeem kan een kortgedingprocedure worden gebruikt in situaties waarin spoed vereist is, terwijl voor diepgaandere juridische kwesties een “normale” bodemprocedure nodig kan zijn. Vervolgens kan beroep worden aangetekend bij de bevoegde nationale rechterlijke instantie of de hoogste/hoge rechterlijke instantie, hetgeen weer afhangt van de wijze waarop dergelijke beroepen op nationaal niveau zijn gestructureerd. In Nederland moet een geschil in het grootste gedeelte van de gevallen aanhangig worden gemaakt bij de civiele rechter.

Hoewel nationale procedurele verschillen kunnen bestaan bevat Richtlijn (89/665/EEG), de zogeheten rechtsbeschermingsrichtlijn, de Europese regels voor bovenstaande nationale procedures. Zo schrijft deze richtlijn een opschortende termijn van ten minste tien dagen voor na de gunning van de opdracht (art. 2a en 2b). Bovendien schrijft deze richtlijn voor dat alle deelnemende inschrijvers op de hoogte moeten worden gesteld van het resultaat van de procedure. Deze

richtlijn bevat daarnaast bepalingen betreffende tussentijdse maatregelen, de nietigverklaring van onwettig genomen besluiten en de toekenning van schadevergoeding (art. 2). Deze richtlijn moet, net als alle richtlijnen, worden omgezet in het nationale stelsel van rechtsbescherming.

### **De prejudiciële procedure bij het HvJ-EU**

Indien een vraag over de interpretatie van het Europees aanbestedingsrecht opkomt tijdens een nationale procedure, kan een nationale rechter prejudiciële vragen stellen aan het HvJEU (art. 267 VWEU). In sommige gevallen, bijvoorbeeld wanneer deze vraag rijst in een geschil waarvoor er geen hoger beroep meer mogelijk is, moet de rechter deze vragen stellen (HvJEU, C-283/81, *CILFIT*). Na de procedure bij het HvJEU ontvangt de nationale rechter een antwoord op zijn vraag of vragen. Vervolgens beslist de nationale rechter over het desbetreffende geschil. Het is voor inschrijvers dus niet mogelijk om deze vragen zelf aan het HvJEU te stellen. Rechtstreekse toegang tot het HvJEU is slechts mogelijk in een zeer beperkt aantal situaties, die in de context van het aanbestedingsrecht niet waarschijnlijk lijken (art. 263 VWEU).

### **De inbreukprocedure bij de Europese Commissie**

Tot slot kunnen inschrijvers een klacht indienen bij de Europese Commissie, waarin zij stellen dat het Europees aanbestedingsrecht door een aanbestedende dienst is geschonden. De Commissie is niet verplicht gevolg te geven aan een klacht en mag aldus handhavingsprioriteiten stellen. Als de Commissie besluit een procedure te starten, dan betekent dit dat zij kan concluderen dat de betrokken lidstaat de aanbestedingsregels niet correct naleeft. Wanneer de lidstaat na een ingebrekestelling zijn standpunt niet wijzigt, kan de Commissie een inbreukprocedure bij het HvJEU starten (art. 258 VWEU). In het onwaarschijnlijke geval dat een lidstaat vervolgens weigert een uitspraak van het Hof te volgen, kan de Commissie opnieuw een procedure starten en kunnen financiële sancties worden opgelegd (art. 260 VWEU).

## **3.8. Samenvatting**

In dit hoofdstuk is het Europees aanbestedingsrecht besproken als een domein van interne marktwerking. Effectief kunnen manoeuvreren binnen de juridische reikwijdte van deze regels is van groot belang, omdat het publieke inkoopprofessionals in staat stelt beslissingen te nemen in overeenstemming met de doelstellingen en specifieke regels van de wet. Deze regels, die hun oorsprong

vinden in het primaire, secundaire en tertiaire recht, zijn van toepassing wanneer een 'aanbestedende dienst' een 'overheidsopdracht' aanbesteedt, en er geen uitzondering van toepassing is. Dit betekent dat de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit, en bovenal de richtlijn inzake overheidsopdrachten de juridische grenzen vormen voor een aanbestedingsprocedure. Op basis van de bespreking in dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat de aanbestedende dienst juridische ruimte heeft om werken, leveringen en diensten in overeenstemming met duurzame en sociale doelstellingen op de markt in te kopen. De richtlijn inzake overheidsopdrachten bevat diverse juridische mogelijkheden om niet alleen in de oorspronkelijke behoefte van een aanbestedende dienst te voorzien, maar ook om bij te dragen aan het oplossen van maatschappelijke uitdagingen, zoals klimaatverandering en sociale onrechtvaardigheid.

## Referenties

- Andhov, M., Caranta, R., & Wiesbrock, A. (2021). *Cost and EU Public Procurement Law: Life Cycle Costing for Sustainability*. Oxford: Routledge.
- Arrowsmith, S. (2014). *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd edition). Londen: Sweet & Maxwell.
- Janssen, W. A. (2018). *EU Public Procurement Law & Self-Organization - A Nexus of Tensions & Reconciliations*. Den Haag: Eleven Publishers.
- Arrowsmith, S., Kunzlik, P. (2009). *Social & Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives, New Directions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Manunza, E., Meershoek, N. (2020). Fostering the social market economy through public procurement? Legal impediments for new types of economy actors. *Public Procurement Law Review*, (6), 343-358.
- McCrudden, C. (2007). *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement and Legal Change*, Cambridge: CUP.
- Sanchez-Graells, A. (2015). *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Oxford: Hart Publishing.
- Sjåfjell, B., & Wiesbrock, A. (2016). *Sustainable Public Procurement Under EU Law*. Cambridge: CUP.