

58. Groene aanbesteding én groene uitvoering

MR. Z. GULIKERS EN MR. DR. S. PRENT

In dit artikel vragen de auteurs aandacht voor het gegeven dat groen aanbesteden alleen zin heeft als de groene eisen die in de aanbestedingsstukken zijn gesteld en de groene beloftes die de winnende inschrijver heeft gedaan, ook daadwerkelijk worden waargemaakt tijdens de fase waarin het contract wordt uitgevoerd.

Inleiding

Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw is er binnen de Europese Unie groeiende aandacht voor het fenomeen groen aanbesteden.¹ Dit blijkt onder meer uit de communicatie van de Europese Commissie waarin keer op keer – in woorden van min of meer gelijke strekking maar wel steeds dwingender – wordt benoemd dat publieke inkoop een belangrijke rol kan en moet hebben bij het bewerkstelligen van een groene transitie binnen de EU.²

Onderdeel van deze ontwikkeling is dat onder de huidige en voorgaande versie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, overheidsopdrachtgevers steeds beter in staat worden gesteld om via aanbestedingsprocedures maatschappelijke doelstellingen, waaronder het beschermen van het milieu, te bereiken. Ook maakt de EU-wetgever steeds meer sectorspecifieke wetgeving waarin overheidsopdrachtgevers worden gestuurd op wat ze moeten inkopen, door bijvoorbeeld bindend voor te schrijven welke minimale groene eisen zij moeten stellen bij de inkoop van bepaalde producten of welke groene doelstellingen zij met hun inkoop moeten bereiken.³ In Nederland is er – gedeeltelijk ter implementatie van Europese wetgeving en ter uitvoering van Europees beleid – een parallelle beweging aan de gang waarin er steeds meer oog is voor groen aanbesteden.⁴

- 1 In dit artikel concentreren wij ons in het bijzonder op groen aanbesteden en de doorwerking daarvan in de realisatiefase. We gaan daarbij uit van de zogenoemde 'procesdefinitie' die de Europese Commissie hanteert in haar communicatie 'Overheidsopdrachten voor een beter milieu', en die luidt dat groen aanbesteden (GPP) '(...) een proces [is] in het kader waarvan overheidsdiensten goederen, diensten en werken beogen te verkrijgen die gedurende de volledige levenscyclus ervan een minder belastend milieueffect hebben dan vergelijkbare goederen, diensten en werken met dezelfde primaire functie.' Zie Communicatie 'Overheidsopdrachten voor een beter milieu', COM(2008) 400. Verder zien wij groen aanbesteden als een onderdeel van duurzaam aanbesteden waarbij overheden streven naar een evenwicht tussen de drie pijlers van de duurzame ontwikkeling, te weten de economische, de sociale en de klimaat- en milieupijler. Daarnaast zien wij circulair aanbesteden weer als een vorm van groen aanbesteden waarbij bijzondere aandacht wordt besteed aan circulariteit van de werken, leveringen of diensten die worden aangekocht.
- 2 Zie o.a.: 'Groenboek. De overheidsopdrachten in de Europese Unie: Beschouwingen voor een toekomstig beleid', COM1996 (583); 'Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren', COM 2001 (274); 'Geïntegreerd productbeleid. Voortbouwen op een milieugericht levenscyclusconcept', COM (2003) 302; 'Overheidsopdrachten voor een beter milieu', COM (2008) 400; 'EUROPA 2020 – Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei', COM (2010) 2020; 'Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt', COM (2011) 15; en de Europese Green Deal, COM(2019) 640, waarin expliciet wordt genoemd dat overheden het goede voorbeeld moeten geven en moeten waarborgen dat hun aanbestedingen groen zijn.

- 3 Zie bijv.: Verordening (EU) 2023/1542 van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2023 inzake batterijen en afgedankte batterijen, tot wijziging van Richtlijn 2008/98/EG en Verordening (EU) 2019/1020 en tot intrekking van Richtlijn 2006/66/EG; Richtlijn (EU) 2019/1161 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn 2009/33/EG inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen en ook: Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende energie-efficiëntie, Brussel, 14 juli 2021, COM (2021) 558, en Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de staving en het communiceren van uitdrukkelijke milieueisen (Richtlijn groene claims), COM(2023) 166. Zie voor literatuur over deze ontwikkeling o.a. T.A. Terlien, 'Energie-transitie en het aanbestedingsrecht: kan het één zonder het ander?', TA 2023/18 (afl. 2); W.A. Janssen & R. Caranta (eds.), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*, Hart Publishers, 2023; en W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden: een eerste verkenning van een paradigma-verandering', TA 2020/3 (afl. 1), p. 19-30.
- 4 De laatste belangrijke stap die vooralsnog op dit gebied is gezet is het Nationaal Plan Maatschappelijk Verantwoord Inkopen 2021-2025 en de ondertekening in november 2022 van het Manifest Verantwoord Opdrachtgeven en Inkopen 2021-2025 dat op dit plan is gebaseerd. Dit manifest heeft een minder vrijblijvende strekking dan zijn voorganger en heeft als ambitie dat maatschappelijk verantwoord opdrachtgeven en inkopen de standaard wordt bij de aangesloten partijen.

Er zijn verschillende redenen waarom de publieke inkoop een voortrekkersrol zou moeten hebben op dit gebied. Allereerst kan de overheid door haar inkoopvolume op grote schaal gedrag veranderen.⁵ De overheid verkeert daarbij in een positie waarin zij grotere risico's kan nemen en daarmee kan functioneren als *launching customer*. Bovendien dient de overheid het goede voorbeeld te geven en lijkt zij ook vanuit moreel oogpunt gehouden een wegbereider op dit gebied te zijn.⁶

In dit artikel vragen wij aandacht voor het gegeven dat groen aanbesteden alleen zin heeft als de groene eisen die in de aanbestedingsstukken zijn gesteld en de groene belofes die de winnende inschrijver heeft gedaan, ook daadwerkelijk worden waargemaakt tijdens de fase waarin het contract, dat inzet was van de aanbestedingsprocedure, wordt uitgevoerd. De praktijk lijkt op dit punt namelijk weerbarstiger dan de theorie; het komt regelmatig voor dat partijen tijdens de uitvoeringsfase vooral gericht zijn op de realisatie van de primaire prestatie waar het contract op ziet en er minder aandacht is voor de precieze nakoming van de gemaakte duurzaamheidsafspraken. Het gevolg hiervan is dat deze weleens van het bordje vallen.⁷ Wij zullen in dit artikel de mogelijkheden verkennen die ervoor kunnen zorgen dat groene afspraken die in het contract met de winnaar van de aanbestedingsprocedure landen wél netjes worden nagekomen en niet het onderspit delven. Wij zoomen in op de monitorings- en handhavingsmechanismen die in het contract met de winnaar van de aanbestedingsprocedure kunnen worden opgenomen en die ervoor zouden kunnen zorgen dat ook deze afspraken worden nageleefd. Er zijn natuurlijk nog andere oplossingsrichtingen denkbaar – zoals het hier te lande instellen van een Aanbestedingsautoriteit met handhavingsbevoegdheden – maar of dat ooit gebeurt, weten we nu nog niet.⁸ Daarom hebben wij ervoor gekozen onze aandacht te richten op een oplossingsrichting waar de praktijk meteen mee aan de slag kan. Voordat wij dit doen, zullen we eerst nog enige nadere achtergrondinformatie geven van de problematiek.

Schets van de problematiek

In beginsel moeten alle tijdens de aanbestedingsprocedure gemaakte afspraken, die uiteindelijk hun weerslag vinden in de contractdocumentatie, worden nagekomen. De praktijk wijst echter anders uit.⁹ In de regel laten partijen bij de uitvoering van een contract de primaire doelstellingen prevaleren boven de (secundaire) groene (uitvoerings) eisen.¹⁰ Zeker indien nakoming van deze groene afspraken en het behalen van (een van) de primaire doelstelling(en) elkaar bijten. Bij het realiseren van een werk bijvoorbeeld, zijn de belangrijkste primaire doelstellingen van de opdrachtgever over het algemeen het realiseren van het werk voor een bepaalde prijs binnen de afgesproken termijn, waarbij de hoogst mogelijke kwaliteit¹¹ wordt behaald. De primaire doelstellingen van opdrachtnemer zijn ook prijs en tijd, waarbij de kosten zo laag mogelijk gehouden dienen te worden. Het gaat bij groene afspraken weliswaar om contractuele verplichtingen, maar het betreffen verplichtingen die (dikwijls) niet of minder cruciaal zijn, of zelfs het tot een goed einde brengen van het project bemoeilijken.

Partijen laten bij de uitvoering van een contract veelal de primaire doelstellingen prevaleren boven de (secundaire) groene (uitvoerings)eisen

Dit laat zich onder meer verklaren door het feit dat de (vooralsnog)¹² meer secundaire doelstellingen vaak betrekking hebben op de bescherming van externe en niet direct projectgerelateerde doelstellingen die verband houden met het algemeen belang. Het is te begrijpen dat tijdens de uitvoering van een project de blik versmalt naar het behalen van de wel direct projectgerelateerde doelstellingen. Wij zijn ons er hierbij uiteraard van bewust dat de overheid altijd in dienst van het algemeen belang moet handelen en dat doet zij natuurlijk alleen al door het uitvoeren van het project zelf.¹³ Het bijzondere hier is dat wanneer een aanbestedingsprocedure wordt gebruikt om te sturen op het behalen van algemeenbelangdoelstellingen, deze algemeenbelangdoel-

5 Zie in dat verband o.a. 'Impact van Inkoop is groter dan je denkt!', 20 november 2023, gepubliceerd op www.nevi.nl: 'De gezamenlijke overheden kopen jaarlijks voor ruim 100 miljard euro aan producten en diensten in. Deze zijn nog lang niet altijd duurzaam. Sterker nog, we zien dat van de 601 aanbestedingen die in 2022 zijn gegund slechts 57% duurzaamheids-eisen en/of criteria heeft toegepast (in 2021 was dit nog 62%).'

6 Zie in dat verband ook F. Schotanus, *Een betere wereld begint bij publieke inkoop*, 1 juli 2022, Oratie UU.

7 Zie ook G.J. Huith 'Duurzaam specificeren! Balanceren op het grensvlak tussen duurzame ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht', *TBR 2021/14* (afl. 2), p. 106-117.

8 Het concept van een aanbestedingsautoriteit en welke rol en bevoegdheden deze zou moeten hebben, maakt al geruime tijd de tongen los in aanbestedingsland. Zie in dat verband bijvoorbeeld M. Nusteen, 'Verslag van de najaarsvergadering over de nieuwe Aanbestedingswet van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht', *TA 2008/6*. Zie ook: J.M. Hebly, 'Over marktconsultatie, belangenconflicten en (gebrek aan) toezicht', in J. Hijma & W.M. van Boom (red.), *Een kwart eeuw Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, en Huith *TBR 2021/14*, p. 106-117.

9 Althans dit is hoe veel mensen in de praktijk dit ervaren. Er zijn hier echter nog geen 'harde' cijfers van bekend. Hier zou nader onderzoek naar moeten worden gedaan.

10 Zie in dat verband ook Huith, *TBR 2021/14*, en Koppenjan & Klijn 2020, *Leren van 15 jaar DBFM-projecten bij RWS: Eindrapport*.

11 We hebben het in dit verband over functionele kwaliteit: het realiseren van bijvoorbeeld een gebouw of een brug die de functie kan vervullen waarvoor het object bedoeld is.

12 Vooralsnog, omdat wij denken dat deze doelstellingen en afspraken op dit moment in ieder geval tijdens de uitvoeringsfase van het contract nog een meer secundair karakter hebben. Wij zien wel een beweging dat het sturen op het behalen van groene doelstellingen steeds belangrijker wordt geacht, met name tijdens de aanbestedingsprocedure zelf.

13 Waardoor er bijvoorbeeld een brug komt, een veiliger kruispunt wordt gerealiseerd of een bos wordt uitgebreid.

stellingen uiteindelijk een plek krijgen in het contract zelf.¹⁴ Gevolg is dat het wel of niet behalen van deze doelstellingen daardoor ook het domein van de (contractuele) remedies betreft. Een remedie is een hulpmiddel dat de contractpartij kan inzetten wanneer hij wil sturen op een correcte uitvoering van een overeenkomst wanneer dit niet gaat (of dreigt te gaan) gebeuren. Een opdrachtgever kan er echter, tot op zekere hoogte, ook voor kiezen niet te handhaven, bijvoorbeeld omwille van de relatie met de opdrachtnemer en/of de voortgang van het project.

Een reden om de groene afspraken die een overheidsopdrachtgever met de winnaar van de aanbestedingsprocedure heeft gemaakt wel strikt te handhaven, is dat de overheid ook op dit punt het goede voorbeeld zou moeten geven en zij, wanneer zij 'A' (het opnemen van duurzaamheidseisen en -criteria in de aanbestedingsstukken) heeft gezegd, ook 'B' (het handhaven van de duurzaamheidsafspraken tijdens de uitvoeringsfase) zou moeten zeggen. Een andere reden om toe te zien op de naleving van groene afspraken, is gelegen in het leerstuk van de wezenlijke wijziging. Immers, een verliezend inschrijver kan zich op het standpunt stellen dat het niet naleven en vervolgens niet handhaven van de groene afspraken een wezenlijke wijziging oplevert. Opdrachtgevers hebben dus geen onbegrensde keuzevrijheid bij welke contractuele afspraken zij al dan niet toezien op nakoming.¹⁵ Echter, in de praktijk blijkt dit leerstuk niet zo doeltreffend te zijn. Ten eerste omdat verliezende inschrijvers vaak niet weten (of kunnen weten) dat er niet geheel conform overeenkomst wordt uitgevoerd.¹⁶ Verder treedt de verliezende inschrijver niet op voor het algemeen belang en zal het al dan niet behalen van duurzaamheidsdoelstellingen voor hem geen overweging zijn om een kort geding aanhangig te maken. Daarnaast zullen veel gewijzigde (uitvoerings)eisen de toets der wezenlijke wijziging niet doorstaan, omdat zij onder één van de uitzonderingsgronden vallen.¹⁷

Wij merken verder op dat we ons afvragen of er altijd een welbewuste afweging aan het al dan niet handhaven van gestelde duurzaamheidseisen ten grondslag ligt. Het is goed voorstelbaar dat de reden hiervoor ook gebrekkig contractbeheer of onvoldoende toezicht kan zijn. Wij

menen dan ook dat een belangrijk deel van de oplossing van het probleem zou kunnen liggen in meer aandacht voor contractmanagement op dit gebied.¹⁸

In het onderstaande bespreken wij welke (juridische) mogelijkheden er zijn om groene eisen en criteria mee te nemen bij een aanbestedingsprocedure en laten we zien hoe deze eisen en criteria in het contract, dat wordt gesloten met de winnaar van de aanbestedingsprocedure, terecht komen. Vervolgens staan we stil bij de huidige praktijk van handhavings- en monitoringsmechanismen die de nakoming van deze groene afspraken moeten borgen. Wij laten zien waar er op dit moment voorhanden is en zullen aan de hand van recente ontwikkelingen en een praktijkvoorbeeld, uiteindelijk in de conclusie een aantal tips & tricks geven waar aanbestedende diensten hun voordeel mee kunnen doen wanneer zij groen aanbesteden concreet handen en voeten willen geven, zowel tijdens de aanbestedings- als tijdens de uitvoeringsfase.

Groen aanbesteden

Bij alle stappen die tijdens een aanbestedingsprocedure worden gezet, kunnen groene overwegingen een rol spelen.¹⁹ Uiteraard moet de aanbestedende dienst bij dit alles de algemene beginselen van aanbestedingsrecht in acht nemen. Wanneer duurzaamheid een van deze (neven) doelstellingen is, is het proportionaliteitsbeginsel het beginsel dat het meest in het oog springt.²⁰ Invulling geven aan groene ambities is daarmee per definitie niet onbegrensd.²¹

14 De vraag of het contract en het contractenrecht wel geëquipeerd is om met clausules die sturen op het behalen van externe duurzaamheidsbelangen om te gaan, is een andere (en niet minder interessante) vraag. Zie in dat verband V. Ulfbeck & O. Hansen, 'Sustainability clauses in an unsustainable contract law', *CEPRI Studies on Private Governance*, Issue 6/2022 (University of Copenhagen).

15 Zie in dat verband ook HvJ EU 29 april 2004, zaak C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*), r.o. 115, HvJ EU 7 december 2023, zaken C-441/22 en C-443/22 (*Obshchina Razgrad e.a.*), en de strooizoutzaken (rb. Den Haag (vzr.) 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465, rb. Den Haag (vzr.) 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940, en rb. Den Haag (vzr.) 12 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933).

16 Zie in dat verband het toenemende belang van transparantie, in: H. Plas, 'Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht', *TA 2023/57* (af. 5), en H. Plas, *Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht*, Studiereeks IBR 2023 (zie i.h.b. hfdst. 7, 'Transparantie en wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst').

17 Denk aan de de-minimisregeling van art. 2.163b Aanbw 2013.

18 Wij signaleren dat er in de praktijk langzaam meer aandacht komt voor het borgen van deze afspraken. Zie bijv.: 'Handreiking Monitoring en Contractuele Borging MVI' (2021) van het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, waarin advies voor overheden is opgenomen om het monitoren en contractueel borgen van MVI beter te organiseren.

19 Voor een uitgebreide bespreking van de wijze waarop dit precies in zijn werk gaat verwijzen wij o.a. naar het *Handboek Groen Kopen! – een handboek over groene overheidsopdrachten* van de Europese Commissie.

20 In de Gids Proportionaliteit wordt in §3.5.6. aandacht aan dit onderwerp besteed. Technische specificaties en gunningscriteria dienen voldoende verband te houden met het voorwerp van de opdracht ingevolge art. 2.75 lid 2 en 3 Aanbw en art. 2.115 lid 3 Aanbw. Art. 2.80 Aanbw bepaalt in het eerste lid dat de voorwaarden waaronder de overheidsopdracht wordt uitgevoerd, verband kunnen houden met o.a. milieuoverwegingen. Zie ook art. 2.78a Aanbw in verband met keurmerken.

21 Overigens kan ook worden beredeneerd dat het vereiste dat de groene eisen en criteria die worden gesteld een voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht, juist een positief effect heeft op de kans dat deze contractafspraken (waarin deze eisen en criteria uiteindelijk terecht komen) worden nageleefd. Immers, in feite zorgt het proportionaliteitsbeginsel ervoor dat de aanbestedende dienst gedwongen wordt om concrete groene eisen te stellen die zijn toegesneden op de opdracht. Dit in tegenstelling tot de vage, hoog over en algemene duurzaamheidsclausules die wel in B2B-contracten worden opgenomen. Een voorbeeld van een dergelijke clausule is: 'Ondernemingsprincipes:

– *Onderkenning van de verantwoordelijkheid voor toekomstige generaties met betrekking tot klimaat en materiaalgebruik;*

– *Innovatie om duurzame oplossingen te vinden en het geloof in het principe dat duurzaamheid resulteert in economische waarde.'*

Omdat onvoldoende concreet en duidelijk is wat er op basis van deze bepaling van een contractpartij wordt verwacht, zijn deze clausules moeilijk te handhaven.

Hieronder zullen we een kort overzicht geven van de mogelijkheden waarop groene doelstellingen in een aanbestedingsprocedure kunnen worden meegenomen.

Een aanbestedende dienst kan allereerst bij de omschrijving van de opdracht groen specificeren, waarbij ook met het oog op het milieu bijzondere uitvoeringsvoorwaarden kunnen worden gesteld. Denk aan een levering waarbij bepaalde eisen aan het materiaal worden gesteld, zoals verkeersborden die van bamboe moeten worden gemaakt of de eis dat het verpakkingsmateriaal waarin de producten geleverd worden achteraf gerecycled moet worden. In geval van een dienst kan gedacht worden aan de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de dienst, bijvoorbeeld een cateringdienst waaraan de eis wordt gesteld dat het menu ook een vegan optie heeft en dat deze optie bovendien bovenaan de menukaart komt te staan, of een schoonmaakdienst waarbij bepaald wordt dat er een maximum aantal liters water per schoonmaak-uur mag worden gebruikt. Bij werken, tot slot, kan worden gedacht aan het stellen van een bepaalde resultaatseis, bijvoorbeeld dat de binnentemperatuur in het te realiseren gebouw tussen de 18 en 19 graden Celsius moet bedragen, dat (bepaalde) gedeeltes van het werk een maximale MKI-score mogen behalen, of dat de machines die gebruikt worden om het werk te realiseren niet stationair mogen blijven draaien tijdens de pauzemomenten. Daarbij kunnen milieukeurmerken worden geëist.²² Denk bijvoorbeeld aan TCO Certified, EU Ecolabel of Milieukeur.

Daarnaast geven de facultatieve uitsluitingsgronden enige ruimte om groene doelstellingen mee te nemen. Er is één facultatieve uitsluitingsgrond die specifiek rekening houdt met (onder andere) schendingen van verplichtingen op het gebied van milieurecht, te weten art. 2.87 lid 1 jo. art. 2.81 lid 2 Aanbestedingswet (Aanwb). Verder is er een tweetal andere facultatieve uitsluitingsgronden waar onder omstandigheden een beroep op kan worden gedaan wanneer er sprake is van niet-duurzaam of -groen handelen, te weten art. 2.87 lid 1 sub c Aanwb (de ernstige fout in uitoefening van beroep waardoor integriteit in twijfel kan worden getrokken) en art. 2.87 lid 1 sub g Aanwb (aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht).²³

Verder kan door middel van de geschiktheidseisen en de selectiecriteria gestuurd worden op groene doelstellingen.²⁴ Bij geschiktheidseisen kunnen groene overwegingen worden meegenomen door bijvoorbeeld als eis op te nemen dat binnen de inschrijvende organisatie een milieubeheersysteem (of milieumanagementsysteem – dat wil zoveel zeggen als dat het milieu wordt geïntegreerd in het dagelijks beheer van de onderneming) is geïmplementeerd.²⁵

²² Zie art. 2.78a Aanwb.

²³ Zie Meesters, *TBR* 2021/2.

²⁴ Zie art. 2.93 lid 1 sub h jo. art. 2.97 Aanwb.

²⁵ Zie art. 2.93 lid 1 sub h jo. art. 2.97 Aanwb.

Een voorbeeld van een groen selectie criterium is het bij een ranking toekennen van de meeste punten aan een referentieproject met de laagste EPC-waarde.

Ook kunnen milieuoverwegingen een rol spelen bij de gunningscriteria, als onderdeel van de subgunningscriteria aan de hand waarvan de beste prijs-kwaliteitverhouding wordt bepaald, of als hoofdcriterium als er wordt gegund op basis van de laagste levenscycluskosten.²⁶ Verder kunnen bijzondere uitvoeringsvoorwaarden ook als onderdeel van de gunningscriteria worden opgenomen. Bij subgunningscriteria valt bijvoorbeeld te denken aan een opdracht voor een levering waarbij een hogere score wordt toegekend aan een inschrijving waaruit blijkt dat het verpakkingsmateriaal zal worden hergebruikt, of aan een opdracht voor een dienst waarbij, bijvoorbeeld bij een groendienst, punten kunnen worden verdiend met het inzetten van elektrisch materieel. Ook kan men denken aan een werk waarbij gescoord kan worden op energiezuinigheid of efficiëntie van het gebouw. Verder kan als subgunningscriterium een vorm van een levenscyclusanalyse worden toegepast.

Een gedeelte van deze eisen en criteria zal onderdeel uit gaan maken van het contract dat met de uiteindelijke winnaar van de aanbestedingsprocedure wordt gesloten. Hoe zit dat? Bij het sluiten van het contract met de winnende inschrijver, aanvaardt de aanbestedende dienst diens inschrijving. Deze inschrijving is gebaseerd op de aanbestedingsdocumenten (waaronder de conceptovereenkomst) en de nota's van inlichtingen. Deze documentatie, die tot stand is gekomen tijdens de aanbestedingsfase, wordt integraal onderdeel van de contractdocumentatie in de realisatiefase van het project.²⁷

Welke monitorings- en handhavingsmechanismen zijn voorhanden?

Het succesvol bereiken van groene doelstellingen door middel van afspraken die gemaakt zijn tijdens een aanbestedingsprocedure, valt of staat bij (al dan niet volledige) nakoming van deze afspraken tijdens de uitvoeringsfase. Daarvoor is het vaak cruciaal dat er voldoende monitoring- en handhavingsmechanismen zijn opgenomen in het contract.²⁸ Simpel gezegd zou je kunnen stellen dat met het 'materiële' gedeelte, te weten de groene afspraken die de weerslag zijn van de eisen en criteria die in de aanbesteding zijn gesteld, pas de eerste stap is gezet. Vervolgens is

²⁶ Zie art. 2.114 lid 2 Aanwb.

²⁷ Wij merken hierbij op dat het contract en de daarbij behorende standaardvoorwaarden in de hiërarchie van de contractdocumentatie in de regel bovenaan wordt geplaatst, met daarbij de kanttekening dat in afwijking daarop vaak wordt opgenomen dat in geval naar het oordeel van de opdrachtgever de kwaliteit van de inschrijving uitgaat boven de in de aanbestedingsdocumenten geëiste kwaliteit, de inschrijving prevaleert boven de aanbestedings- en contractdocumenten.

²⁸ Wij doelen hier uiteraard niet op de 'reguliere' handhavingsmechanismen die we kennen uit het BW, zoals een vordering tot nakoming en (gedeeltelijke) ontbinding.

de tweede – minstens zo belangrijke – stap dat dit ‘procedureel’ wordt ingeregeld.

Het succesvol bereiken van groene doelstellingen valt of staat bij de nakoming van deze afspraken tijdens de uitvoeringsfase

In het hiernavolgende maken we een analyse van welke procedurele mechanismen voorhanden zijn. Daarbij wordt tevens een onderscheid gemaakt tussen monitoringsmechanismen enerzijds en handhavingsmechanismen anderzijds. Immers: goede monitoring kan ertoe leiden dat harde handhaving overbodig wordt omdat tussentijds ‘bijgestuurd’ kan worden op het beoogde resultaat. Daarbij kan het resultaat van afdoende monitoring een goede dossieropbouw zijn, hetgeen van pas kan komen op het moment dat handhaving wél nodig blijkt. We zullen ons bij de bespreking van deze monitorings- en handhavingsmechanismen concentreren op bouwcontracten.

Huidige stand van zaken bouwcontractmodellen

Om te beginnen hebben wij een blik geworpen op de standaard contracten(reeksen) waarvan overheidsopdrachtgevers bij bouwprojecten in de regel gebruikmaken. Wij hebben hiervoor gekeken naar de Nederlandse bouwcontracten op basis van de UAV 2012 en UAV-GC 2005, maar we zullen ook ingaan op de Angelsaksische contractenreeksen FIDIC en NEC4. We constateren kort dat, in ieder geval de Nederlandse, standaardcontracten (nog) niet voorzien in standaard contractvoorwaarden die zien op monitoring en handhaving van groene afspraken en die dusdanig zijn opgezet dat de markt deze als ‘invuloefening’ kan gebruiken. Mede hierdoor is de laatste jaren een ontwikkeling zichtbaar dat opdrachtgevers zelf invulling hebben gegeven aan contractuele bepalingen die het nakomen van groene afspraken moeten borgen. Hierdoor zijn min of meer toch *best practices* ontstaan.

UAV 2012 en UAV-GC 2005

In het Nederlandse bouwcontractenrecht komen groene afspraken en daarop betrekking hebbende monitorings- en handhavingsmechanismen niet standaard voor in de veelgebruikte UAV 2012 en UAV-GC 2005. Zelfs de recente concepttekst actualisatie van de UAV-GC rept met geen woord over duurzaamheid, klimaat of anderszins maatschappelijke waarden toevoeging. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat groene afspraken niet geïntroduceerd kunnen worden in deze contracten. Dit is dan ook een – weliswaar voorzichtig en met wisselend succes – opkomende tendens. Contractmodellen die wel al voorzien in duurzaamheidsclausules zijn van Angelsaksische aard. Angelsaksische contractenreeksen (zoals FIDIC en NEC4) komen steeds meer in de belangstelling te staan en lijken in toenemende

mate in opkomst op de Nederlandse bouwcontractenmarkt.²⁹

FIDIC

De FIDIC contractenreeks³⁰ bevat sinds 2017 een verplichting voor de opdrachtnemer om alle ‘noodzakelijke maatregelen’ te treffen op het gebied van milieubescherming (zowel op als buiten de bouwplaats).³¹ De opdrachtnemer is conform deze bepaling onder meer gehouden schade en overlast voor mensen en eigendommen als gevolg van geluidsoverlast van haar werkzaamheden of activiteiten te beperken.

In november 2021 publiceerde FIDIC haar *Climate Change Charter* waarin uiteen wordt gezet hoe klimaatmitigatie, -adaptatie en -veerkracht in de gebouwde omgeving moeten worden aangepakt. Het FIDIC *Climate Change Charter* heeft een holistische benadering die zich richt op verschillende belanghebbende partijen binnen de bouwsector die ieder een eigen rol hebben. FIDIC verdeelt deze partijen in vijf categorieën, inclusief individuele ‘actiepunten’ voor de diverse partijen: de FIDIC-organisatie zelf, FIDIC-lidverenigingen, projectteams en plannen, bedrijven (ingenieurs- en adviesbureaus) en individuele professionele ingenieurs.³² Het *Climate Change Charter* is op dit moment nog wat globaal en op basis van intenties voor de toekomst ingestoken. Vooralsnog heeft het *Charter* nog geen invloed gehad op de formulering van de voornoemde FIDIC duurzaamheidsclausule.³³ Als FIDIC echter haar eigen doelstellingen nakomt (waaronder het verschaffen van *best practice templates* en clausules)³⁴ kan de uitwerking van het *Climate*

29 Voor een overzicht van alle projecten zie <https://www.neccontract.com/projects>.

30 FIDIC (voluit *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*) is een van de belangrijkste internationale overkoepelende organisaties van nationale verenigingen van adviserende ingenieurs in de bouw. De FIDIC contractenreeks (ook wel *suite*) is een internationale set aan standaardvoorwaarden met Engels als voertaal en wordt wereldwijd gebruikt voor grote bouw- en infraprojecten. Elk type contract kent zijn eigen kleur: zo wordt FIDIC Red Book toegepast op contracten waarbij de verantwoordelijkheid voor *design & engineering* bij de opdrachtgever ligt en de uitvoering bij de opdrachtnemer, FIDIC Yellow Book wordt toegepast op *design & build*-contracten en FIDIC Silver Book op *EPC/Turnkey*-contracten.

31 Clause 4.18 van o.a. FIDIC Red and Yellow Book: ‘*Protection of the environment: The Contractor shall take all necessary measures to: (a) protect the environment (both on and off the Site); (b) comply with the environmental impact statement for the Works (if any); and (c) limit damage and nuisance to people and property resulting from pollution, noise and other results of the Contractor’s operations and/or activities. The Contractor shall ensure that emissions, surface discharges, effluent and any other pollutants from the Contractor’s activities shall exceed neither the values indicated in the Employer’s Requirements nor those prescribed by applicable Laws.*’

32 Climate Change Charter, p. 3: ‘*This FIDIC charter sets out in basic, initial terms, how we address climate mitigation, adaptation and resilience of the built environment in the years and decades to come. The charter outlines a series of actions to be taken by the following stakeholders: FIDIC itself; FIDIC member associations; Project teams and schemes; Companies; Individual professional engineers.*’

33 Clause 4.18 FIDIC Yellow en Red.

34 Climate Change Charter, p. 12: ‘*ACTIONS FOR FIDIC: (...) Provide best practice templates and clauses that can be incorporated at the scheme, project and programme level.*’

APPENDIX A – EXAMPLE PERFORMANCE TABLE

Performance Table

Ref	Subject / Issue to be addressed	Target	Units	Date when performance is to be measured	If performance does not meet the target stated in the Performance Table, the Contractor pays the amount stated (sum or rate)	Limit on sum to be paid by the Contractor (if any)	If performance exceeds or meets the target stated in the Performance Table, the Contractor is paid the amount stated (sum or rate)	Limit on sum to be paid to the Contractor (if any)	Reporting frequency (weekly/ monthly/ at completion)
	Total limit on sum to be paid					(For a per target limit) (When an overall limit will apply)		(For a per target limit) (When an overall limit will apply)	(weekly/ monthly/ at completion)

The method and rules used to compile the Performance Table are

Figuur 1. Voorbeeld van een prestatietabel uit *guidance notes* bij optie X29 NEC4.

Change Charter in de toekomst op praktisch gebied meer handen en voeten krijgen.

NEC4: secondary option clause X29 ‘Climate Change’

De eveneens Angelsaksische NEC4 contractenreeks³⁵ hanteert sinds de laatste update van januari 2023 voor al haar contracten (zowel voor contracten die zien op bouwwerken als voor leveringen en diensten)³⁶ een zogenoemde *secondary option clause* die ziet op klimaatverandering: option X29 ‘Climate Change’.³⁷ Mocht een opdrachtgever ervoor kiezen om optie X29 toe te passen, dan staat hem een uitgebreid uitgewerkte opzet van artikelen ter beschikking.³⁸ Deze nieuwe reeks clausules wordt bovendien voorzien van een set *guidance notes* die nadere tekst en uitleg bieden ten aanzien van het beoogde gebruik en de uitleg van de artikelen.

De klimaatveranderingsvereisten conform optie X29 worden in de uitvraag opgenomen. Gedacht kan worden aan (opdrachtsspecifieke) eisen om bepaalde soorten materiaal wel

of niet te gebruiken en andere (uitvoerings)vereisten omtrent een ‘groene’ manier van werken. Dit betreft minimumvereisten waaraan moet worden voldaan, waarbij het niet voldoen aan deze eisen onder omstandigheden kwalificeert als een gebrek dat opdrachtnemer gehouden is te herstellen.

Optie X29 biedt daarnaast de mogelijkheid een prestatietabel op te nemen met de doelstellingen op het gebied van klimaatverandering. Dit is geen vast format, hoewel de *guidance notes* wel een voorbeeld geven: zie hiervoor figuur 1.

Het is overigens niet verplicht gebruik te maken van een prestatietabel onder de vigeur van optie X29. Wordt er wel gebruik van gemaakt, dan kunnen in de prestatietabel prestatie-eisen worden geformuleerd die betrekking hebben op het werk of de manier waarop het werk moet worden uitgevoerd. Prestatiedoelen kunnen worden vastgesteld met positieve en/of negatieve prikkels (meestal financiële). De ingebouwde mate van flexibiliteit en keuzevrijheid brengt met zich dat de vereiste inspanningen (en daarmee samenhangende kosten) ook zo zwaar of zo licht gemaakt kunnen worden als projectspecifiek gewenst.

Bij toepassing van optie X29 dient de opdrachtnemer op basis van de gestelde klimaatveranderingsvereisten – al dan niet in combinatie met een prestatietabel – een klimaatveranderingsplan op te stellen waarin uiteen wordt gezet hoe hij de in de uitvraag geformuleerde klimaatveranderingsvereisten zal realiseren (en de doelstellingen in de – indien aanwezig – prestatietabel zal bereiken). De projectmanager kan het klimaatveranderingsplan afkeuren en van de opdrachtnemer eisen dat hij een nieuw voorstel doet dat wel voldoet aan de gestelde klimaatveranderingsvereisten. Daarnaast dient de opdrachtnemer regelmatig verslag uit te brengen over zijn huidige en toekomstige verwezenlijking van de doelstellingen (in de prestatietabel) en waar nodig dient hij corrigerende voorstellen te doen.

Optie X29 introduceert kortom een concreet regime waarin opdrachtnemers van ‘A tot Z’ duurzaamheidsdoelstellingen in het oog dienen te houden, waarbij zij al in een vroeg stadium van een project plannen dienen op te stellen en waarbij vaste monitoringsmomenten borgen dat

35 NEC (voluit: *New Engineering Contract*) is een wereldwijd toegepaste Angelsaksische contractenreeks, inmiddels vierde generatie, gelanceerd in het Verenigd Koninkrijk door het Instituut van Civiele Ingenieurs (*Institution of Civil Engineers*) en leunt zwaar op de pijler samenwerking (*‘the spirit of mutual trust and collaboration’*).

36 De contractenreeks kent meerdere varianten van contracten voor werken, leveringen en diensten, waaronder *Engineering and Construction Contract (ECC)*, *Alliance Contract (ALC)* en *Design Build and Operate Contract (DBOC)* voor de bouwwerken; *Supply Contract (SC)* voor leveringen; en *Professional Service Contract (PSC)*, *Term Service Contract (TSC)* en *Facilities Management Contract (FMC)* voor diensten.

37 Ter achtergrond: de NEC4 contracten hanteren alle een standaardopbouw, waarbij er altijd sprake is van een aantal vaste artikelen (de zogenoemde ‘core clauses’), aangevuld met een keuzemenu aan optionele clausules (de zogenoemde ‘secondary option clauses’). Opdrachtgever dient, kortom, expliciet een keuze te maken of er al dan niet een *secondary option clause* van toepassing wordt verklaard.

38 Ter illustratie: in de *Secondary Option Clause X29*, variant *Engineering and Construction Contract (ECC)*, zijn de volgende onderwerpen uitgewerkt: X29.1 *Identified and defined terms* (bestaande uit ‘Climate Change Requirements’, ‘Climate Change Plan’, ‘Climate Change Partners’ en ‘Performance Table’), X29.2 *Collaboration*, X29.3 *Early Warning*, X29.4 *Climate change plan*, X29.5 *Disclosure*, X29.6 *Acceleration and accepting Defects*, X29.7 *Notifying compensation events*, X29.8 *Quotations for compensation events*, X29.9 *Assessing compensation events*, X29.10 *Implementing compensation events*, X29.11 *Contractor’s proposals*, X29.12 *Performance measurements*, en X29.13 *Limitation of liability*.

deze plannen daadwerkelijk worden uitgevoerd. NEC4 is (vooralsnog) in Nederland geen breed toegepaste contractreeks. De sterke focus op samenwerking en uitgebalanceerde contractvoorwaarden maken echter dat er wereldwijd steeds meer gebruik van wordt gemaakt. Ook in Nederland biedt dit type contract kansen. Daarbij is het van belang dat optie X29 (al dan niet in combinatie met het gebruik van een prestatietabel en al dan niet in overeenkomstige vorm) ook buiten NEC4-context kan worden toegepast in contracten. Zo zou een variant van optie X29 in zowel de UAV 2012, UAV-GC 2005, FIDIC contractenreeks, als contracten op maat kunnen worden ingepast. Van deze mogelijkheid wordt, wat ons betreft, op dit moment nog niet of in onvoldoende mate gebruikgemaakt.

Ontwikkeling groene monitorings- en handhavingsmechanismen binnen de Nederlandse bouwcontractenmarkt

Hiervoor hebben wij geconstateerd dat de huidige standaard bouwcontractmodellen, inclusief algemene voorwaarden UAV 2012 en UAV-GC 2005, nog geen standaard groene monitorings- en handhavingsmechanismen bevat. Angelsaksische bouwcontractenreeksen zoals FIDIC en NEC4 lopen wat dat betreft voor op de Nederlandse modellen, hoewel dit ook hier nog een vrij recente ontwikkeling is zoals we net vaststelden. Gevolg is dat de *best practices* zich ook daar nog dienen uit te kristalliseren.

In alle gevallen moet goed worden nagedacht over de monitorings- en handhavingsmechanismen die moeten borgen dat de afspraken worden nagekomen

Eerder in dit stuk refereerden wij aan de verschillende knopen waar de aanbestedende dienst tijdens de aanbestedingsprocedure aan kan draaien, met als doel groene afspraken te laten landen in het contract dat met de uiteindelijke winnaar van de aanbestedingsprocedure wordt gesloten. Wij menen dat er, ongeacht welke groene afspraak er wordt gemaakt ('zonder aanzien des afspraks'), in alle gevallen goed moet worden nagedacht over de monitorings- en handhavingsmechanismen die zouden moeten borgen dat deze afspraken worden nagekomen. Het is daarbij onmogelijk een 'one size fits all'-voorbeeld te geven, door de verschillende aard en unieke kenmerken die elke aanbesteding en type uitvraag met zich brengt. Wij zullen hierna een praktijkvoorbeeld van een aanbesteding van een werk verder uitwerken, zonder hierbij de pretentie te hebben dat dit voorbeeld voor alle situaties een uitkomst biedt. In de conclusie zullen we, voortbouwend op dit voorbeeld, een aantal aspecten noemen die zien op monitoring en handhaving die wat ons betreft relevant zijn voor alle vormen van contracten waarin groene afspraken zijn gemaakt.

Praktijkvoorbeeld MKI

Om aan de wens tegemoet te komen dat ook de groene afspraken worden nagekomen, is er een tendens zichtbaar waarin opdrachtgevers zelf oplossingen verzinnen om groene afspraken in te bedden. In de praktijk zien wij dat het behalen van groene doelstellingen wel eens wordt verbonden aan een bonus-malus-regeling. Hierbij kan gedacht worden aan het koppelen van de Milieukosten Indicator (MKI) aan (een) EMVI-boete(s).³⁹

Hierna zullen wij hierbij stilstaan en daarmee illustreren hoe een groene materiële eis (MKI gekoppeld aan een bepaald onderdeel van een werk) van kop tot staart kan worden doorgevoerd (van aanbestedingsfase tot einde uitvoering), inclusief mogelijk monitorings- en handhavingsmechanisme.

Ter achtergrond schetsen wij kort wat de MKI-systematiek inhoudt.⁴⁰ MKI is een meetinstrument om op concrete en eenduidige wijze tot aantoonbare duurzaamheidswinst te komen, met name met betrekking tot CO₂-reductie en de circulaire economie.⁴¹ De MKI is een in euro's uitgedrukte uitkomst van een levenscyclusanalyse. Een levenscyclusanalyse bepaalt de milieueffecten van een oplossing over alle levensfasen. MKI drukt dit uit in een enkele waarde. De financiële waarde geeft uitdrukking aan de verwachte maatschappelijke kosten om de optredende milieueffecten ongedaan te maken.⁴² De MKI kan als eis, als gunningscriterium (waarbij een fictieve korting wordt toegekend aan de partij met de laagste MKI-waarde) of als een combinatie van beide worden meegenomen.⁴³

Verschillende opdrachtgevers, waaronder grotere gemeentes en Rijkswaterstaat, hebben de afgelopen jaren geëxperimenteerd met MKI en hebben daartoe zelfs heuse 'MKI-

39 Zie in dat verband bijv. E. Vissink, 'Handleiding Gunnen met MKI-waarde', Rijkswaterstaat 14 april 2021.

40 Zie in dit verband P. Prinssen, S. Rademaker & F. den Boer, 'Inkopen met de Milieukostenindicator', december 2019, gepubliceerd op: https://www.pianoo.nl/sites/default/files/media/documents/Inkopen_met_de_milieukostenindicator-december2019.pdf

41 Het in kaart brengen en becijferen van duurzaamheid van gebouwen vindt doorgaans plaats door middel van methodieken, zoals een MPG-, BENG- of GPR-berekening.

42 Berekenen van milieueffecten is sinds 2012 verplicht onderdeel van het Bouwbesluit. RWS en ProRail gebruiken standaard DuboCalc als rekeninstrument bij aanbestedingen. DuboCalc berekent de milieueffecten vanuit de gehele levenscyclus, vanaf de winning tot en met de sloop. Het rekeninstrument rekent de milieueffecten om tot één getal: dit is de MKI-waarde. Zie o.a. *Voortgangsrapportage Scope 3 – 2021 keteninitiatieven en maatregelen voor CO₂-reductie ProRail*, p. 7.

43 In het hiernavolgende voorbeeld zullen wij MKI illustreren in de situatie waarin het als gunningscriterium wordt meegenomen in de aanbestedingsprocedure van een bouwwerk. Om meerdere redenen kan het in voorkomend geval de voorkeur hebben om in een nóg eerder stadium (bijv. al tijdens de uitvraag van de ingenieursdiensten) MKI een plek te geven, zodat het als (technische) specificatie kan worden meegenomen. MKI heeft dan geen onderscheidend vermogen voor inschrijvers in de aanbestedingsfase, maar door deze (vroegtijdige) aanpak valt er wel duurzaamheidswinst te behalen.

protocollen' opgesteld.⁴⁴ Een dergelijk protocol kan dienen als leidraad waarin uiteen wordt gezet wat de rol van MKI is gedurende de gehele aanbestedingsprocedure, tot het moment van oplevering. Het lijkt overigens om verschillende redenen niet verstandig om een MKI-systematiek toe te passen op een geheel project. Beter is het om bepaalde onderdelen van een project te selecteren die zich hier goed voor lenen. Hiermee kan de focus worden gelegd op de (vanuit milieuoogpunt) meest impactvolle onderdelen van het project. Ook vanuit proportionaliteitsoogpunt, en de kansen van het mkb in de aanbesteding, lijkt dit aan te raden.

Een voorbeeld uit de praktijk is een grote gemeente die in het kader van de aanbesteding van een brug MKI koppelt aan een specifiek onderdeel van het project: namelijk aan de betonnen onderdelen. Het is geen geheim dat als het op ecologische voetafdruk aankomt, dit bouw materiaal een van de grootste boesdoeners is op het gebied van uitstoot.

Gedurende de aanbestedingsprocedure kan – als onderdeel van een gunningscriterium – al van de inschrijver verlangd worden dat hij op detailniveau in een plan van aanpak aangeeft welke proceseisen (hoe, wat, waar en wanneer) tijdens de uitvoering van het contract gevolgd moeten worden om de beloofde MKI-waarde te behalen.

Bijvoorbeeld door middel van een plan van aanpak waarin wordt aangegeven wanneer wordt gerapporteerd en welke bewijsmiddelen dan ingediend worden. Ook kan worden verlangd dat in dit plan van aanpak een werkwijze wordt geschetst voor het documenteren van de hoeveelheden en typen voor het werk gebruikte materialen voor de MKI-berekening. Daarnaast kan gedacht worden aan het laten opnemen van een risicoanalyse met bijbehorende beheersmaatregelen voor het behalen van de aangeboden MKI-waarde. Verder kan worden gevraagd op te nemen hoe er zal worden omgegaan met eventuele overschrijdingen van de aangeboden MKI-waarde.

In de aanbestedingsfase kan tevens actief worden gestuurd op monitoringsmechanismen in de uitvoeringsfase, bijvoorbeeld aan de hand van vaste rapportagemomenten.

Gedacht kan worden aan een minimum aantal momenten (bijvoorbeeld tweejaarlijks) waarop de opdrachtnemer een voortgangsrapportage MKI indient bij de opdrachtgever. Aan deze voortgangsrapportage kunnen weer specifieke eisen worden gesteld.

Het uitkomen van het eindrapport MKI na afronding van het project, is het aangewezen moment om te peilen

welke MKI-waarde daadwerkelijk is gerealiseerd. Blijkt dat de gerealiseerde MKI-waarde op één of meer onderdelen hoger is dan de MKI-waarde die de opdrachtnemer voor het betreffende onderdeel bij inschrijving heeft aangeboden, dan zou de opdrachtnemer bijvoorbeeld een boete verschuldigd kunnen zijn ter grootte van de werkelijk fictieve korting die voor het betreffende onderdeel in aftrek is gebracht. Op deze manier zou het niet moeten lonen om in de inschrijving loze groene beloftes te doen.

De cynicus zal opmerken dat het opleggen van deze boete ingecalculeerd kan worden bij de inschrijfprijs, of dat er geanticipeerd kan worden op het scenario dat de boete niet zal worden opgelegd. Wij merken daarover op dat bij handhaving op het behalen van de aangeboden MKI-waarde strategisch inschrijfgedrag wellicht zoveel mogelijk beperkt kan worden door pas na gunning een bonus overeen te komen die ziet op het behalen van de MKI-waarde, een en ander met inachtneming van de de-minimisregeling van art. 2.163b Aanbw. Introductie van een malus na gunning achten wij niet realistisch, de winnend opdrachtnemer zal hiermee immers niet akkoord gaan.

In dit voorbeeld is kortom sprake van een aanbestedende dienst die niet alleen een materiële groene eis stelt, maar meteen bij het stellen van die eis heeft nagedacht over hoe geborgd kan worden dat deze eis ook daadwerkelijk wordt nageleefd. Zoals gezegd is er geen 'one size fits all'-methode die in elk type aanvraag (werk, levering en dienst) of type project kan worden toegepast. Hoe dan ook is het voor het succesvol toepassen in de aanbesteding én uitvoering bij elk soort en type project van belang dat een aanbestedende dienst in een vroeg stadium moet hebben nagedacht hoe duurzaamheid een rol zal krijgen. Inschrijvers dienen van meet af aan (via de aanbestedingsstukken) kennis te kunnen nemen van de specifiek op de groene afspraken toegesneden monitorings- en handhavingmechanismen. Daarbij is zoals eerder gezegd een belangrijke rol weggelegd voor contractmanagement. Dit zal de kans op een succesvolle uitvoering vergroten.

Conclusies en aanbevelingen

Inmiddels is duidelijk dat er voor de publieke inkoop een belangrijke rol is weggelegd bij het bewerkstelligen van de groene transitie. Er is sprake van een paradigmaverschuiving waarbij het sturen in de aanbestedingsprocedure op groene oplossingen steeds belangrijker wordt gevonden en bovendien in toenemende mate een verplicht karakter krijgt.⁴⁵

44 Zie in dit verband bijv. J. Flapper, 'Protocol berekenen en aantonen MKI-waarde', Rijkswaterstaat, 11 december 2023, gepubliceerd op: <https://open.rijkswaterstaat.nl/open-overheid/@269182/protocol-berekenen-aantonen-mki-waarde/>

45 Zie in dat kader ook W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigmaverschuiving', TA 2020/3 (afl. 1).

Dit is een positieve ontwikkeling, maar in de praktijk loopt men bij de uitvoering van contracten waarin deze groene afspraken terechtkomen nog wel tegen een aantal zaken aan. Dit heeft er onder andere mee te maken dat er nog niet altijd goed is nagedacht over hoe ervoor gezorgd kan worden dat deze afspraken tijdens de uitvoeringsfase ook daadwerkelijk worden nageleefd. Hierbij speelt ook mee dat deze groene afspraken vaak niet zien op de (vooralsnog) primaire doelstelling van het contract.

Voor de publieke inkoop is een belangrijke rol weggelegd bij het werkstelligen van de groene transitie

In dit artikel hebben wij beschouwd aan welke knoppen er tijdens de aanbestedingsprocedure gedraaid kan worden om ‘groen’ een rol te geven. De groene eisen en criteria die tijdens de aanbestedingsprocedure zijn gesteld, landen als alles goed gaat uiteindelijk als harde afspraken in het contract dat met de winnende inschrijver wordt gesloten. Wij constateren dat het Nederlandse bouwcontractenrecht nog in de kinderschoenen staat voor zover het gaat om monitorings- en handhavingsmechanismen die ervoor moeten zorgen dat deze groene afspraken ook daadwerkelijk worden nageleefd. Uiteraard zijn er de reguliere handhavingsmechanismen zoals nakoming of (gedeeltelijke) ontbinding, maar dat zijn ingrijpende maatregelen die vaak hun doel voorbij schieten en de verhoudingen tussen partijen ernstig kunnen verstoren.

Bij gebrek aan monitorings- en handhavingsmechanismen in standaardcontracten, is een trend waarneembaar waarbij aanbestedende diensten zelf oplossingen hebben bedacht die ervoor zouden moeten zorgen dat groene afspraken worden nagekomen. Zo wordt het niet nakomen van (groene) afspraken weleens gekoppeld aan een EMVI-boete. Wij denken dat dit een goede eerste stap is, maar dat een succesvolle groene uitvoering valt of staat met goede

monitoringsmechanismen en dus contractmanagement. Over deze monitorings- en vervolgens handhavingsmechanismen moet al worden nagedacht bij het opstellen van de aanbestedingsstukken. Als men daar bij de aanbestedende dienst pas op een later moment over na gaat denken, is het eigenlijk al te laat en komt er van alle mooie groene voor-nemens niets meer terecht.

Bij het opstellen van de aanbestedingsstukken kan inspiratie worden ontleend (meer dan we nu zien gebeuren) aan de Angelsaksische contractenreeksen, waaronder de NEC4 *secondary option clause* X29 ‘Climate Change’. Van essentieel belang is volgens ons in ieder geval om ook de projectorganisatie conform de groene ambities in te richten. Door hier van tevoren al beter over na te denken ‘promoveren’ de groene afspraken feitelijk al meer tot primaire doelstellingen⁴⁶ van het contract ten opzichte van de (neven)rol die zij nu innemen.

Tot slot nog een laatste notie. Groen aanbesteden is maatwerk waarbij er geen ‘one size fits all’-oplossing bestaat. Bij ieder project moet goed nagedacht worden over op welk onderdeel van het project de meeste ‘groene’ winst te behalen valt om echt impact te hebben. Men kan zich het beste concentreren op wat meet- en haalbaar is en daar vervolgens de projectorganisatie adequaat op inrichten. Dan lijkt een groene uitvoering, na een groene aanbesteding, de meeste kans van slagen te hebben.

Dit artikel is afgesloten op 21 juni 2024.

Over de auteurs

Mr. Z. (Zara) Gulikers

Advocaat bouw- en aanbestedingsrecht, Duet advocaten.

Mr. S. (Sophie) Prent

Senior juridisch-bestuurlijk adviseur bij het Ministerie van Defensie en verbonden aan de VU Amsterdam (gastvrijheidsaanstelling).

⁴⁶ Of althans tot doelstellingen die meer op hetzelfde niveau staan als de primaire doelstellingen.