

Reactie op 'Meer procesgericht Duurzaam Inkopen'

Voorjaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht
Utrecht, 21 juni 2011

Anke Stellingwerff Beintema, Loyens & Loeff
Amsterdam

JURIDISCHE GRONDSLAG

Duurzaamheidscriteria in een aanbesteding

- Grondslag duurzaamheid in Richtlijn Overheden (2004/18/EG)
- Zie considerans 5 en 6:
De richtlijn verduidelijkt hoe aanbestedende diensten kunnen bijdragen tot bescherming van het milieu en de bevordering van duurzame ontwikkeling op een wijze die het mogelijk maakt voor hun opdrachten de beste prijs-kwaliteitverhouding te krijgen.
- Zie ook Interpretatieve Mededelingen Europese Commissie over milieu- en sociale criteria

WIJZE UITVOERING AANBESTEDING

Duurzaamheidscriteria in een aanbesteding

- Duurzaamheid zit niet alleen in de inhoud van de aanbesteding, maar ook in de wijze van uitvoering van de aanbesteding
- Bijvoorbeeld:
 - Beperken uitwisselen van papier, door zoveel mogelijk per e-mail of via website te werken
 - Werken met eigen verklaringen zorgt ook voor minder milieubelasting

Zelfevaluatie en 'tell me once'

- Het werken met zelfevaluatie en 'tell me once' principe sluit hier op aan.
- Gevaar zelfevaluatie
 - Beoordeling niet langs dezelfde lat
 - Alleen toets of geen fouten zijn gemaakt bij zelfevaluatie van winnaar
- Gevaar 'tell me once'
 - Proportionaliteit (elke opdracht is weer anders)

FASE 1 - SELECTIE

Uitsluitingsgronden

- Overtreding beroepsgedragsregels op het gebied van milieu
- Ernstige beroepsfouten op het gebied van milieu (expliciet noemen in aanbestedingsstukken)

Geschiktheidseis

Uitgangspunt bij geschiktheidseisen

- Eisen die niet verifieerbaar zijn aan de hand van de bewijsmiddelen genoemd in art. 48 Bao en 49 Bao, mogen niet worden gevraagd (HvJ, 31/87, Beentjes; Rechtbank 's-Gravenhage 25 juni 2007, LJN BB2297)

Geschiktheidseis: Financiële en economische draagkracht (art. 48 Bao)

- Omzet-eis op gebied van ‘duurzame <naam productgroep>’, waarbij onder ‘duurzaam’ wordt verstaan ‘<...>’

Geschiktheidseis: Technische bekwaamheid

- Limitatieve opsomming van bewijsmiddelen in artikel 49 Bao
- *“voor overheidsopdrachten voor werken of diensten, aan de hand van de vermelding van de maatregelen inzake milieubeheer die de ondernemer kan toepassen in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht”*
- Geschiktheidseisen ten aanzien van bedrijfsvoering moeten hier dus op zien
- Milieubeheersystemen eisen (bijvoorbeeld EMAS of ISO 14001) is toegestaan (art. 51 Bao)

Selectiecriteria

- Selectiecriteria zien op de aanbieder
- Objectieve en niet-discriminerende criteria of voorschriften (44 lid 4 Bao)
 - Verband houden met opdracht ≠ zien op wijze van uitvoering opdracht.
- Bewijsstukken beperkt tot financiële en economische draagkracht en technische bekwaamheid ex art. 48 en 49 Bao?
 - Ja: HvJ, 360/89, Cie/Italië
- Ruimte voor bedrijfsvoeringcriteria?
 - *Alleen: voor overheidsopdrachten voor werken of diensten, aan de hand van de vermelding van de maatregelen inzake milieubeheer die de ondernemer kan toepassen in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht*

Inbreukprocedure Noord-Holland

Inbreuk

- Levering koffie en thee
- Selectiecriteria: bijdrage om koffiemarkt duurzamer te maken en bijdrage aan een vanuit ecologisch, maatschappelijk en economisch opzicht gezonde koffieproductie (ziet niet op technische en professionele capaciteiten om contract uit te voeren)

Bedrijfsvoeringscriteria KPMG (2 voorbeelden)

- 1. Analyse (inzicht in) eigen milieubelasting
- 2. Aantoonbaar op de hoogte van sector initiatieven en hun relevantie voor de bedrijfsvoering
- Zien niet op technische en professionele capaciteiten om contract uit te voeren / zijn geen *maatregelen inzake milieubeheer die de ondernemer kan toepassen in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht*
- Een gegadigde die zorgdraagt voor zo min mogelijk milieubelasting (al dan niet door deelname aan sectorinitiatieven) scoort niet per definitie het beste

Bewijsstukken opvragen

- Voorstel KPMG: opvragen bewijsstukken (maximaal) 3 beste aanbieders in de overall EMVI score (dus pas in gunningsfase)
- Nadeel als winnaar niet geselecteerd had mogen worden:
 - Gunningfase opnieuw
 - Voordeel reeds geselecteerde gegadigden ten opzichte van nieuw te selecteren gegadigde die in plaats komt van winnaar (strijd gelijkheidsbeginsel)

FASE 2: VASTSTELLEN VOORWERP OPDRACHT

Programma van Eisen (minimumeisen)

- Vraagspecificatie opgenomen in programma van eisen
- Daarin bijvoorbeeld:
 - Materiaalkeuze
 - Eisen aan productieproces
 - Eisen aan productiemethoden
 - Milieukeurmerken (zie artikel 23 lid 3 Bao)

Juridisch kader eisen

- Eisen moeten in verband staan tot aard en omvang van de opdracht (proportioneel)
- Eisen mogen niet discriminatoir zijn
- Eisen moeten functioneel zijn (proportioneel)
- (en transparant kenbaar gemaakt)

Voorbeelden onrechtmatige criteria

- Mag niet met minimumeisen ingrijpen in bedrijfsvoering voor zover geen verband houdt met uitvoering van de opdracht:
 - Gebruik van gerecycled papier bij inschrijver
 - Voorschrijven afvalverwijderingsmethoden bij inschrijver (tenzij het gaat om teruggingenomen geleverde product of de opdracht ziet op afvalverwijdering)

Nationaal verplichte technische voorschriften

- Bij opstellen technische specificatie gelden ook de nationaal verplichte technische voorschriften, mits verenigbaar met het EG-verdrag (artikel 23 lid 3 RO)
- Bijvoorbeeld: Bouwbesluit, Wet milieubeheer, bestemmingsplan, enz.

Toepassing milieukeuren

- Specificaties van milieukeuren mogen worden gebruikt, mits:
 - Specificaties zien op voorwerp van de opdracht
 - Eisen voor keurmerk zijn gebaseerd op wetenschappelijke informatie
 - Keurmerk is aangenomen in samenspraak met alle betrokkenen
 - Keurmerk is toegankelijk voor alle betrokkenen
- Hebben van milieukeur geen rechtmatige eis, gaat om specificaties, milieukeur wél bewijsmiddel

Jurisprudentie Max Havelaar keurmerk

- Vznr. Rb. Groningen, 23 november 2007, LJN: BB8575 (Max Havelaar keurmerk)
- Vznr. Rb Alkmaar, 18 maart 2010, LJN: BL7898 (Max Havelaar keurmerk)
- Rechtbank Leuven, 31 mei 2011, rolnr. 09/2716/A (Max Havelaar keurmerk) Niet voorsorteren op 1 spoor, als er ook meerdere sporen naar hetzelfde duurzaamheidsresultaat leiden.

Inbreukprocedure Noord-Holland

- Leveren koffie en thee
- Technische specificatie: 1 of 2 specifieke keurmerken genoemd (en geen inhoudelijke criteria opgesteld)

Toepassing minimumeis

- Twee methoden: technische specificatie of functionele beschrijving:
 - EPC-eis (energieprestatiecoëfficiënt) ipv voorschrijven maatregelen als dubbele beglazing
- Minimumeis: zie criteria document van productgroep
- Hogere minimumeisen mogen worden vereist, mits deze proportioneel zijn.

FASE 2: GUNNINGSCRITERIA

EMVI

- Gunningscriteria zien op aanbieding
 - Bedrijfsvoering die ziet op wijze uitvoering opdracht is gunningscriteria geen selectiecriteria
- Duurzaamheidscriteria spelen voornamelijk bij EMVI als hoofdgunningscriterium
- Bij EMVI kunnen ook 'niet zuiver economische factoren' worden meegenomen
- Wel gelden de volgende eisen:
 - Verband houden met de opdracht
 - Niet discriminatoir
 - Geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid
 - Geen verkapte selectiecriteria
 - Verifieerbaar zijn

Voorbeelden

Prijs

- Duurzaamheid kan een rol spelen als wordt uitgegaan van Total Cost of Ownership (TCO)
- Bij TCO worden kosten voor de gehele levenscyclus van het product meegenomen

Voorbeelden andere criteria (EMVI)

- Energieverbruik tijdens de uitvoering van de opdracht
- CO2-uitstoot
- Wijze transport van bouwmaterialen
- KPMG: 'open norm'/benchmark, waarbij bijvoorbeeld minimaal aantal punten moet worden gehaald

Inbreukprocedure Noord-Holland

Inbreuken

- Leveren koffie en thee
- Gunningscriteria: extra punten voor leveren ingrediënt (suiker en melk) voorzien van een bepaald keurmerk of vergelijkbaar keurmerk (keurmerk is niet geschikt om economisch meest voordelige aanbidding te selecteren)

FASE 3: UITVOERING OPDRACHT

Uitvoering van de opdracht

- Ook bij uitvoering kunnen duurzaamheidseisen worden gesteld (art. 26 Bao)
- Dit mogen geen verkapte technische specificaties, selectie- of gunningscriteria zijn!

Voorbeelden

- Bepaald percentage mensen met bepaalde kenmerken (werklozen, uitkeringsgerechtigden) bij uitvoering van de opdracht
- Naleving van internationale verdragen die niet in Nederland zijn omgezet (bijv. verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie)
- Toepassen van regels die zijn vastgelegd in CAO die algemeen verbindend is verklaard
- Verplichting dat inschrijver bij nationale CAO is aangesloten, is verboden (in strijd met vrij verkeer van diensten c.q. vestiging)

Jurisprudentie

- Vznr. Rb. 's-Gravenhage, 24 juni 2010, LJN: BM9358
(bewijs duurzame koffie)

Bedankt voor uw aandacht