

## Much ado about nothing?

Dikke kans dat u er al eens mee in aanraking bent gekomen; de CO<sub>2</sub>-prestatieladder. Daarmee wordt beoogd dat bedrijven inzicht krijgen in hun CO<sub>2</sub>-uitstoot en die van hun leveranciers en ketenpartners en worden gestimuleerd om die uitstoot te reduceren. Het idee: een hogere trede op de ladder levert een fictieve korting op bij aanbestedingen. Een bedrijf met een hogere inschrijfprijs kan zo een opdracht gegund krijgen als hij hoger op de ladder staat dan een lagere inschrijver. Het gebruik van deze ladder zal naar verwachting nog toenemen: het beleid van de overheid is erop gericht dat ook provincies, waterschappen en gemeenten in 2015 100% duurzaam inkopen. In 'Aanbestedingsland' is de vraag gerezen of de prestatieladder wel op deze wijze mag worden gebruikt.

Een aanbestedende dienst gunt een opdracht op basis van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) of, bij uitzondering, op grond van de laagste prijs. Niet voor niets worden dit 'gunningscriteria' genoemd. Wanneer het criterium EMVI wordt toegepast, moeten de gehanteerde (sub-gunnings)criteria bekend worden gemaakt. Denk hierbij aan kwaliteit, prijs, esthetische kenmerken en duurzaamheid. Al deze criteria worden gebruikt voor de beoordeling van een offerte. Zij zien, met andere woorden, toe op de inschrijving en moeten dus voldoende verband houden met de opdracht. Er zijn ook 'selectiecriteria'. Die worden gebruikt voor de selectie van inschrijvers. Tussen deze criteria wordt een scherp onderscheid gemaakt. Gunningscriteria die verband houden met de beoordeling van de geschiktheid van inschrijvers zijn niet toegestaan, zo heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie meerdere keren geoordeeld.

Als een ondernemer maatregelen heeft getroffen om zijn CO<sub>2</sub>-uitstoot te beperken zegt dat iets over zijn prestaties en daarmee over hem als inschrijver, maar niet over zijn specifieke inschrijving op een bepaalde aanbesteding. Het gunningscriterium duurzaamheid (via de prestatieladder) houdt, aldus een aantal aanbestedingsadvocaten, onvoldoende verband met de opdracht maar houdt feitelijk verband met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers. En dat mag dus niet.

Opmerkelijk genoeg is hier niet eerder over geprocedeerd. Dat zou je toch, als dit écht niet mag, eigenlijk

wel verwachten. Hoeveel inschrijvers hebben sinds de invoering van de prestatieladder een opdracht aan een CO<sub>2</sub>-bewustere maar duurder concurrent gegund zien worden? (Als het antwoord op die vraag '0' is, werkt de prestatieladder alleen op papier). Het is dus maar de vraag of mijn rechtsgeleerde collega's gelijk hebben en of zij niet slechts een theoretisch probleem schetsen.

Wat wel zeker is, is dat de Europese Commissie nieuwe aanbestedingsrichtlijnen heeft vastgesteld. In één daarvan is aangegeven wanneer gunningscriteria (wel) voldoende verband houden met de opdracht. Dat is het geval "wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die opdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van hun levenscyclus, met inbegrip van factoren die te maken hebben met het specifieke productieproces, het aanbieden of de verhandeling van deze producten en zelfs wanneer deze factoren geen deel uitmaken van hun materiële basis" (artikel 67 Richtlijn 2014/24/EU). Dat is een hele mond vol voor: zowel materialen als productie en transport houden verband met de opdracht. Daar is geen woord Chinees bij: dit alles mag dus op duurzaamheid worden getoetst, bijvoorbeeld met behulp van de CO<sub>2</sub>-prestatieladder.

Deze richtlijn moet uiterlijk 18 april 2016 in de Nederlandse Aanbestedingswet zijn geïmplementeerd. Zolang dat niet is gebeurd, kan over het gebruik van de prestatieladder desgewenst nog een flink robbertje worden gevochten.



*Per van der Kooi*  
 Advocaat  
 aanbestedingsrecht en  
 bouwrecht  
 De Clercq Advocaten, Leiden  
 p.vanderkooi@declercq.com