

NOTITIE

Aan : Enpuls B.V.
Van : J.C. Binnerts
Dossienaam : Enpuls B.V. / advies aanbesteding
Onze ref. : D105846
Datum : 20 november 2020

Inleiding

1. Enpuls ziet mogelijkheden om wagenparken van bedrijven te voorzien van een milieulabel. De vraag is of een aanbestedende dienst mogelijkheden heeft om in het kader van een Europese aanbesteding het bezit van een (gunstig) label – hierna: de Milieu-eis - te honoreren.
2. In de aanbesteding zijn drie fasen te onderscheiden: de selectie, de gunning en de contractuitvoering. De vraag of een aanbestedende dienst de Milieu-eis kan stellen, wordt hierna voor elk van die drie fasen onderzocht. Daarbij vormt uitgangspunt dat het voorwerp van de opdracht gevormd wordt door intellectuele diensten zoals het leveren van ICT- advies of consultancy-opdrachten, diensten die niet direct gerelateerd zijn aan de inzet van auto's.

Selectiefase-geschiktheidseis

3. In de selectiefase zou de Milieu-eis het karakter kunnen hebben van een knock-out criterium/geschiktheidseis: alleen een partij die tenminste voldoet aan de Milieu-eis mag een offerte uitbrengen of – bij een openbare aanbesteding – alleen offertes van partijen die aan de Milieu-eis voldoen, worden beoordeeld. Artikel 2:90 Aw bepaalt:

De geschiktheidseisen, bedoeld in het eerste lid, kunnen betreffen:

- a. de financiële en economische draagkracht;*
- b. technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid;*
- c. beroepsbevoegdheid.*

De Milieu-eis kan in de geschetste setting niet geacht worden daaraan te voldoen. Het gebruik ervan als geschiktheidseis is daarom m.i. niet toegelaten.

Selectiefase – selectiecriterium bij niet-openbare aanbestedingen

4. De Milieu-eis zou bij niet-openbare aanbestedingen¹ gebruikt kunnen worden als selectiecriterium: een partij die beschikt over een Milieukeur X krijgt meer punten en maakt een grotere kans om te worden geselecteerd voor het uitbrengen van een offerte dan een ondernemer die daar niet over beschikt. De wet stelt geen directe begrenzing aan de te hanteren selectiecriteria, anders dan dat de selectie moet plaatsvinden "op een objectieve en niet-discriminerende wijze, met behulp van in de aankondiging vermelde regels of selectiecriteria en weging" (artikel 2:100 Aw).
5. De wet stelt echter via een omweg daar wel degelijk een grens. Artikel 1.10. Aw bepaalt dat uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria mogen worden gesteld aan de inschrijvers en de in-

¹ aanbesteding met voorafgaand selectie

schrijvingen “*die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht*”. Door de eis te stellen dat het wagenpark van een inschrijver in zijn totaliteit aan bepaalde eisen moet voldoen, terwijl slechts een deel daarvan wordt ingezet bij de uitvoering van de opdracht, zal in de regel geen redelijke verhouding bestaan tussen de Milieueis en het voorwerp van de opdracht.

Ook langs deze weg is de Milieu-eis dan ook niet goed te gebruiken.

Gunningsfase-gunningscriterium

6. Gunningscriteria dienen verband te houden met het voorwerp van de opdracht. Als de opdracht intellectuele diensten betreft, zal het mee wegen van de mate waarin aan de Milieu-eis wordt voldaan – in de zin dat het *gehele* wagenpark van de ondernemer wordt meegewogen -, in het algemeen deze beperking te buiten gaan en niet geoorloofd zijn.

Uitvoeringsfase- bonus/malusregeling

7. Los van de vraag wie de overeenkomst gegund krijgt, zou de te sluiten overeenkomst in een regeling kunnen voorzien, die inhoudt dat een partij die de opdracht gegund krijgt, verplicht is of gestimuleerd wordt om zijn wagenpark te verduurzamen. Het is bijvoorbeeld denkbaar om een *contracteis* op te nemen die beperkt is tot dat deel van het vervoer dat bij de uitvoering van de opdracht wordt ingezet, maar de mogelijkheid te bieden tot *bewijs* dat daaraan wordt voldaan door het tonen van een label voor het gehele wagenpark.
Een alternatief zou zijn een regeling dat de opdrachtnemer een opslag op zijn tarieven mag berekenen, als hij voldoet aan de Milieu-eis. Zo gesteld, ziet de voorwaarde op de duurzaamheid van het totale wagenpark van de ondernemer en bestaat een risico dat deze niet voldoet aan de hiervoor al genoemde, in artikel 1.10 Aw neergelegde proportionaliteitseis, die ook doorwerkt in de uitvoeringsfase. Anderzijds, het facultatieve karakter ervan – de ondernemer hoeft niets, maar hij mag verduurzamen – ontnemt mogelijk in voldoende mate het belastende aspect ervan.

Conclusie- en wat kan er wel?

8. Uit het voorgaande blijkt dat als de Milieu-eis wordt gebruikt om de duurzaamheid *van het totale wagenpark* van een ondernemer voor te schrijven, waarschijnlijk strijd ontstaat met de Aanbestedingswet, ongeacht de fase van het aanbestedingsproces waarin dit gebeurt.
9. Er is echter wel ruimte om de voorgenomen inzet van *schone/zuinige auto's bij de uitvoering van de aan te besteden dienst* voor te schrijven. Eisen kunnen wel worden gesteld aan vervoer dat wordt gebruikt voor de uitvoering van de opdracht zelf. De meest voor de hand liggende plaats om dat te doen is in de gunningsfase of in de uitvoeringsfase.
10. Daarnaast lijkt het niet onmogelijk om een regeling op te nemen die het verduurzamen van het gehele wagenpark stimuleert.
11. In alle gevallen zal een punt zijn hoe die beloofde of te belonen inzet wordt vastgesteld en gecontroleerd. De bewijslast kan bij de ondernemer worden gelegd, maar dat ontslaat de opdrachtgever niet van een beoordeling van het aangedragen bewijs. Het inkaderen van de bewijsmogelijkheden, bijvoorbeeld door voor te schrijven dat dit uitsluitend aangetoond kan worden door overlegging van een milieulabel voor het gehele wagenpark, zal niet proportioneel zijn. Andere vormen om inzet van *schone /zuinige auto's bij de uitvoering van de opdracht* aan te tonen, kunnen niet op voorhand worden uitgesloten. Maar zo'n label zou wel als toegelaten

bewijsmiddel kunnen gelden en daarom aantrekkelijk kunnen zijn voor een ondernemer om te hebben. Het bezit ervan ontheft de inschrijver of opdrachtnemer dan van de rompslomp om op een andere en mogelijk meer omslachtige wijze aan te tonen dat hij aan de betreffende voorwaarde voldoet of heeft voldaan.

12. Het feit dat geen milieu-eis aan het gehele wagenpark gesteld kan worden, laat wel ruimte voor strategisch gedrag bij een contractpartij – hij bestelt bijvoorbeeld Tesla's voor deze opdracht maar blijft verder dieselauto's aan zijn personeel beschikbaar stellen - maar een rationele marktpartij zal mogelijk toch gevoelig zijn voor de "nudge" die uitgaat van zo'n regeling, zeker als die bij meerdere aanbestedende diensten wordt gehanteerd en het overschakelen naar een meer duurzaam en milieugecertificeerd wagenpark wel zo praktisch wordt.
13. In een bijlage bij deze notitie heb ik twee mogelijke oplossingen concreet uitgewerkt waarbij ook specifiek gepoogd is het door Enpuls ontwikkelde label een functie te geven.

Bijlage Voorstel formuleringen voor gebruik Milieu-eis wagenpark in combinatie met label

Variant 1: (alles-of-niets)

Onze organisatie hecht veel waarde aan duurzaamheid. Daarom vragen wij dat de opdracht wordt uitgevoerd met emissievrij vervoer. Om er zeker van te zijn dat dit gedurende de contractperiode het geval is, vragen wij u zich in het kader van de uitvoering van de opdracht aan de volgende eis te conformeren:

Eis: als personeel van dienstverlener zich voor de uitvoering van de opdracht naar een andere locatie dan die van dienstverlener moet verplaatsen, gebeurt dat hetzij met openbaar vervoer hetzij met gebruikmaking van emissievrij vervoer. Ten bewijze dat aan deze eis wordt voldaan zal dienstverlener gedurende de contractperiode op eerste verzoek van opdrachtgever overleggen:

- *(optie 1) Hetzij een rittenadministratie, waaruit blijkt dat door het betrokken personeel met openbaar vervoer of emissievrij autovervoer is gereisd, dan wel*
- *(optie 2) Hetzij een bewijsstuk waaruit blijkt dat, voor zover dienstverlener aan haar personeel auto's beschikbaar stelt, dit steeds emissievrije auto's zijn. Als zodanig bewijsstuk geldt o.a. maar niet uitsluitend een ... label ... met betrekking tot het beschikbaar gestelde wagenpark, dat niet ouder is dan.....*

Deze formulering, die dan ook in de te sluiten overeenkomst terug moet komen, is niet waterdicht en laat een aantal vragen open:

- wat is "personeel"? Zijn dat ook door de dienstverlener ingehuurde zzp-ers? Als een dienstverlener gebruik maakt van optie 1 en aantoont dat het *betrokken* personeel emissievrij reist, dan is het antwoord m.i. bevestigend. Maar het label zal niet zien op auto's van ingehuurde zzp-ers, dus in optie 2 is de eis in die zin beperkter dan in de eerste optie.
- Wat zijn beschikbaar gestelde auto's? Auto's met kenteken op naam van het bedrijf die door personeel bereden worden zullen daar onder vallen, maar ten behoeve van werknemers bij een derde geleasede auto's ook?
- Als in optie 2 een ingehuurde zzp-er of een personeelslid met een "vieze" auto bij opdrachtgever verschijnt, is dat niet strijd met de eis, zolang het label maar beschikbaar is. Is dat aanvaardbaar?
- Hoe lang is een label geldig?

Er is dus enige ruimte voor ontwijkingsgedrag door de opdrachtnemer maar het vooruitzicht om via het label van een administratie verlost te kunnen zijn, zal vermoedelijk aantrekkelijk zijn, zeker als meer aanbesteders op dit punt een vergelijkbaar beleid gaan voeren.

Variant 2 ("ingroei")

Opdrachtgever wenst het gebruik van emissievrij vervoer bij de uitvoering van deze opdracht als volgt te stimuleren. Indien dienstverlener aan het begin van enig contractjaar beschikt over het navolgende Label, niet ouder dan..., voor het gehele wagenpark dat dienstverlener aan zijn perso-

neel beschikbaar stelt, mag hij over het betreffende contractjaar de daarachter vermelde opslag op zijn uurtarief hanteren

Label A opslag € 0,--

Label B opslag € 1,--

Label C opslag € 2,--

Etc.

Ook deze formulering moet dan in de te sluiten overeenkomst terugkomen, is niet waterdicht en laat een aantal vragen open:

- Hoe hoog moet de opslag zijn om de juiste prikkel te vormen?
- Wat zijn beschikbaar gestelde auto's? Auto's met kenteken op naam van het bedrijf die door personeel bereden worden zullen daar onder vallen, maar ten behoeve van werknemers bij een derde geleasede auto's ook?
- Als een ingehuurde zzp-er of een personeelslid met een "vieze" auto bij opdrachtgever verschijnt, doet dat niet af aan het recht op korting, zolang het label maar beschikbaar is. Is dat aanvaardbaar?
- Er gaat geen stimulans uit voor het gebruik van OV. Is dat aanvaardbaar?
- Hoe lang is een label geldig?
- Het label is het enige middel om de korting te krijgen. Dat zou bij Europese aanbestedingen een beletsel kunnen vormen, omdat het Nederlandse partijen op een voorsprong zet, omdat het label alleen voor auto's met Nederlands kenteken beschikbaar is. Dit probleem zal zich in de praktijk mogelijk niet direct manifesteren, als de aanbidders in de markt niet uit het buitenland komen.

Variant 3 als gunningscriterium (verg. CO₂-prestatieladder)

Opdrachtgever wenst het gebruik van emissievrij vervoer bij de uitvoering van deze opdracht als volgt te stimuleren door dit in aanmerking te nemen als onderdeel van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitsverhouding.

Indien dienstverlener zich verbindt om bij de uitvoering van de opdracht in de hierna te melden mate emissievrij vervoer in te zetten, zal bij de berekening van de fictieve inschrijfsom de navolgende korting op het geoffreerde tarief in beschouwing worden genomen:

<i>Niveau 1: 0-20% emissievrij vervoer</i>	<i>--</i>
<i>Niveau 2: 20-40% emissievrij vervoer</i>	<i>€ 10,--</i>
<i>Niveau 3: 40-60% emissievrij vervoer</i>	<i>€ 20,--</i>

etc

Ten bewijze dat aan de toegezegde ambitie Niveau 2 of hoger wordt voldaan zal dienstverlener gedurende de contractperiode op eerste verzoek van opdrachtgever overleggen:

- (optie 1) Hetzij een rittenadministratie, waaruit blijkt dat door het betrokken personeel met openbaar vervoer of emissievrij autovervoer is gereisd, dan wel
- (optie 2) Hetzij een bewijsstuk waaruit blijkt dat, voor zover dienstverlener aan haar personeel auto's beschikbaar stelt, dit steeds emissievrije auto's zijn. Als zodanig bewijsstuk geldt o.a. maar niet uitsluitend een ... label ... met betrekking tot het beschikbaar gestelde wagenpark, dat niet ouder is dan.....

Ook deze formulering laat een aantal vragen open:

- Hoe hoog moet de korting zijn om de juiste prikkel te vormen?
- Wat zijn beschikbaar gestelde auto's? Auto's met kenteken op naam van het bedrijf die door personeel bereden worden zullen daar onder vallen, maar ten behoeve van werknemers bij een derde geleasede auto's ook?
- Als een ingehuurde zzp-er of een personeelslid met een "vieze" auto bij opdrachtgever verschijnt, doet dat niet af aan het recht op korting, zolang het label maar beschikbaar is. Is dat aanvaardbaar?
- Er gaat geen stimulans uit voor het gebruik van OV. Is dat aanvaardbaar?

Variant 4 (gunning en ingroei – 2 en 3 gecombineerd)

Opdrachtgever wenst het gebruik van emissievrij vervoer bij de uitvoering van deze opdracht als volgt te stimuleren door dit in aanmerking te nemen als onderdeel van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitstvergoeding.

Indien dienstverlener zich verbindt om bij de uitvoering van de opdracht in de hierna te melden mate emissievrij vervoer in te zetten, zal bij de berekening van de fictieve inschrijfsom de navolgende korting op het geoffreerde tarief in beschouwing worden genomen:

Niveau 1: 0-20% emissievrij vervoer	--
Niveau 2: 20-40% emissievrij vervoer	€ 10,--
Niveau 3: 40-60% emissievrij vervoer	€ 20,--

etc

Ten bewijze dat aan de toegezegde ambitie Niveau 2 of hoger wordt voldaan zal dienstverlener gedurende de contractperiode op eerste verzoek van opdrachtgever overleggen:

- (optie 1) Hetzij een rittenadministratie, waaruit blijkt dat door het betrokken personeel met openbaar vervoer of emissievrij autovervoer is gereisd, dan wel
- (optie 2) Hetzij een bewijsstuk waaruit blijkt dat, voor zover dienstverlener aan haar personeel auto's beschikbaar stelt, dit in de aangegeven mate emissievrije auto's zijn. Als zodanig bewijsstuk geldt o.a. maar niet uitsluitend een ... label ... met betrekking tot het beschikbaar gestelde wagenpark, dat niet ouder is dan.....

Opdrachtgever wenst daarnaast het gebruik van emissievrij vervoer bij de uitvoering van deze opdracht gedurende de uitvoeringsperiode verder te bevorderen. Indien dienstverlener vanaf het tweede contractjaar aantoonbaar de mate waarin de door hem aan zijn personeel beschikbaar gestelde auto's emissievrij zijn, één of meer niveaus te hebben verbeterd, mag hij per trede van verbetering vanaf het begin van het eerstvolgende contractjaar op het dan geldende uurtarief en opslag toepassen van € 10,--.

Variant 5 Plan van aanpak – punten in gunningscriterium

Inschrijver wordt gevraagd in een "plan van aanpak gebruik emissievrij vervoer" aan te geven in welke mate en hoe hij bij de uitvoering van de opdracht emissievrij vervoer zal gebruiken, alsmede of, hoe, wanneer en in welke mate hij dat gedurende de uitvoeringsperiode zal verbeteren. Uitvoering van het plan van aanpak gedurende de uitvoeringsperiode te worden waargemaakt en wordt onderdeel van de te sluiten overeenkomst. Aan het plan van aanpak worden x punten toegekend.

Hierin is dan geen expliciete rol weggelegd voor het label. Ook is er weinig prikkel om bedrijfsbreed te kijken. Naleving zal vermoedelijk ook lastig zijn te controleren.