

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 348

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde, een speciale-sectorbedrijf, heeft een Europese openbare procedure gehouden voor een speciale-sectoropdracht voor de levering van elektriciteit.
- 1.2. In de Uitnodiging tot Inschrijving is over het gunningscriterium onder meer het volgende bepaald:

#### '8. Gunningcriteria

Beoordeling van de Inschrijvingen zal plaatsvinden conform het gunningscriterium "Laagste Prijs".

##### 8.1 Motivatie gunningscriterium Laagste Prijs

Er is gekozen voor het gunningcriterium Laagste Prijs, omdat er voor de Inschrijvers te weinig mogelijkheden zijn om zich van elkaar te onderscheiden op het gebied van kwaliteit. Dit blijkt uit onderstaand beschreven overwegingen. In de leidraad zijn basis voorwaarden als minimumeisen opgenomen.

De volgende kwalitatieve aspecten zijn overwogen als EMVI-criteria:

- Kwaliteit;
  - De kwaliteit van elektriciteit is wettelijk vastgesteld. Verdere kwaliteitscriteria hebben geen toegevoegde waarde voor de Levering van aardgas of elektriciteit.
- Duurzaamheid;
  - Garanties van Oorsprong; is als minimumeis opgenomen.
  - Compensatiecertificaten CO<sub>2</sub>; wordt niet als minimumeis opgenomen. [beklaagde] wenst de door energieverbruik veroorzaakte CO<sub>2</sub> uitstoot niet middels deze aanbesteding te compenseren.
- Facturatie;
  - De verzamelfactuur per maand is als minimumeis opgenomen. Alle Leveranciers zijn in staat om een verzamelfactuur te genereren, voor zowel KV als GV elektriciteitsaansluitingen. Dit wordt niet meer gezien als onderscheidend binnen de branche.
- Klachtenafhandeling;
  - De contacten met de Leveranciers vinden plaats op twee niveaus:
    - Levering elektriciteit
    - Facturatie

Levering van elektriciteit volgens de Elektriciteitswet. De klachtenafhandeling is een te gering onderdeel van de dienstverlening om dit onderscheidend (%) op te nemen als EMVI ten opzichte van de prijscomponent.

- Service;
  - Idem aan klachtenafhandeling.
- Jaarlijkse evaluatie
  - Idem aan klachtenafhandeling

Hierdoor blijft het gunningcriterium Laagste Prijs als enige onderscheidend criterium over.'

- 1.3. Voorts is in paragraaf 2.1 ("Doel van de aanbesteding") van de Uitnodiging tot Inschrijving onder het kopje "Clustering en Percelen" een motivering gegeven in de zin van artikel 1.5 Aw 2012.

1.4. In het Programma van Eisen zijn onder meer de volgende eisen gesteld:

**1. Kwaliteitseisen Levering**

Inschrijver dient te garanderen dat de Levering van elektriciteit in overeenstemming is met de verplichtingen voortvloeiende uit de Elektriciteitswet en alle overige op basis daarvan vastgestelde wet- en regelgeving.

De Inschrijver dient in staat te zijn de Levering van elektriciteit op het openbare Elektriciteitsnet ten behoeve van de Aansluitingen van [beklaagde] te verzorgen inclusief bijbehorende diensten.

De Levering van elektriciteit betreft een integrale Levering op continue basis. Deelleveringen of afschakelbare Leveringen zijn derhalve uitgesloten.

Voor zover toepasselijk dient de Levering tevens in overeenstemming te geschieden met de geldende regelgeving, zowel nationaal als Europees, inzake grensoverschrijdende Leveringen.'

[...]

**9. Garanties van Oorsprong**

[Beklaagde] is gerechtigd om de voor Duurzame elektriciteit benodigde GVO's separaat van deze aanbesteding te gunnen/aan te besteden.

**10. Stroometiket Inschrijver**

Het jaarlijks gepubliceerde stroometiket van Inschrijver dient, voor de afnemersgroep waartoe [beklaagde] behoort, voor de betreffende leveringsjaren een minimum percentage van 20% aan hernieuwbare energie te bevatten. De jaarlijkse brandstof mix mag tevens maximaal 20% kolen en maximaal 5% nucleair bevatten.

**11. Facturatieproces**

[...]

1.5. In de (eerste) Nota van Inlichtingen van 6 april 2016 zijn de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.5.1. Vraag 1: Aanbestedende dienst stelt in de public[a]tie [Beklaagde] en Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen dat "Bij de aanschaf van diensten of goederen weegt [Beklaagde] naast de kwaliteit en prijs ook de invloed op het (sociale) milieu. Door duurzaam in te kopen, zetten wij onze toeleveranciers aan tot duurzamer handelen."

Hoe staat bovenstaande in relatie met de Europese Aanbesteding voor levering van Elektriciteit?

Antwoord: Finaal wordt de door [Beklaagde] benodigde elektriciteit voor 100% duurzaam ingekocht conform de binnen de EU hiervoor gangbare en geaccrediteerde systematiek van Garantiees of Origin (GoO's). Deze "vergroening" is niet onlosmakelijk verbonden met de inkoop van de commodity elektriciteit en maakt derhalve geen onderdeel uit van deze aanbesteding. Mede door het voorgeschreven stroometiket zetten we onze toekomstige leverancier aan tot duurzaam handelen.'

1.5.2. Vraag 2: De aanbestedingswet 2012 schrijft voor dat gunningscriterium tenminste "Economisch meest voordelige Inschrijving" (EMVI) tenzij Aanbestedende dienst goed kan onderbouwen waarom er gekozen wordt voor gunningscriterium "Laagste prijs". U heeft ervoor gekozen te gunnen op gunningscriterium "laagste Prijs", Inschrijver is er mede wegens onderstaande

redenen van overtuigd dat de aanbesteding van Energie uitermate geschikt is voor gunning op basis van "EMVI":

- Een aanbesteding op basis van "EMVI" biedt de Aanbestedende Dienst volop mogelijkheden een Inschrijver te selecteren, die zich nadrukkelijk onderscheidt op het kwalitatieve vlak. Het maken van een Plan van Aanpak voor het verder verduurzamen van het hoofdkantoor van de Aanbestedende Dienst, inclusief de te behalen besparingen, investeringen, enz., kan onderdeel zijn van deze aanbesteding;
- Een aanbesteding op basis van "EMVI" biedt de Aanbestedende Dienst volop mogelijkheden een Inschrijver te selecteren, die zich nadrukkelijk onderscheidt op het kwalitatieve vlak. Het maken van een CO2 Footprint gerubriceerd op drie niveau, de zogenaamde "scopes";
  - Scope 1; directe emissies door de eigen organisatie, zoals emissies door het gasverbruik;
  - Scope 2; indirecte emissies nodig voor de opwekking van elektriciteit;
  - Scope 3; overige indirecte emissies, zoals papierverbruik, catering, afval, mobiliteit, enz.Het maken van deze CO2 Footprint kan onderdeel zijn van de aanbesteding.
- De minimumeisen die u heeft omschreven in het Programma van Eisen (bijlage 5 bij deze aanbesteding) moeten op straffe van een ongeldige inschrijving met "ja" worden beantwoord terwijl de mate waarin Inschrijver aan deze eisen kwalitatief door inschrijver kan worden aangetoond en absoluut de onderscheidende factor van alle Elektriciteitsleveranciers is. Met inachtneming van bovenstaande punten én de interpretatie van het programma van eisen is Inschrijver van mening dat het gunningscriterium "laagste prijs" onvoldoende is toegelicht en vragen wij om het gunningscriterium aan te passen naar "EMVI". Indien Aanbestedende dienst hiertoe niet bereid is verneemt Inschrijver hiervoor graag een goede motivatie.

Antwoord: [Beklaagde] is van mening dat de afweging en keuze voor het gunningscriterium voldoende is toegelicht in Artikel 8 van het Bestek.'

- 1.5.3. 'Vraag 3: U stelt in de Publicatie [Beklaagde] Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (MVO) dat bij alle aanbestedingen boven € 50.000 de duurzaamheidseisen uit het programma 'Duurzaam Inkopen' van Agentschap NL gehanteerd. Hoe zijn deze eisen in deze aanbesteding opgenomen?

Antwoord: [Beklaagde] voldoet aan de minimum eis zoals opgenomen in het document 'Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van Elektriciteit'.'

- 1.5.4. 'Vraag 4: Welke mogelijkheid heeft de inschrijver om middels een tekst aan te geven hoe hij aan de strategische doelen van [Beklaagde] kan voldoen?

Antwoord: Inschrijver dient te voldoen aan de (minimum) eisen. [Beklaagde] werkt toe naar een klimaatneutrale bedrijfsvoering in 2020. Dat gebeurt middels een vijf jaar durend programma. Uitgangspunt is toepassing van de trias energetica; eerst het verbruik verminderen, dan zelf duurzame energie opwekken en als laatste stap de nog resterende uitstoot compenseren met CO2-certificaten. Dit met ondersteuning van een externe deskundige die bedrijfsbreed alle opties onderzoekt. Dit hebben we onafhankelijk gemaakt van de stroomleverancier. Suggesties na gunning zijn altijd welkom. Vandaar de jaarlijkse overleggen.'

- 1.5.5. 'Vraag 5: Hoe draagt [Beklaagde], als eigendom van provincie en gemeenten in [provincienaam], middels deze aanbesteding bij aan de duurzame ambities en doelstellingen van de overheid in NL?

Antwoord: [Beklaagde] voldoet aan de minimum eis zoals opgenomen in het document 'Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van Elektriciteit'.

- 1.5.6. Vraag 6: Hoe wenst [Beklaagde] in te spelen op en te profiteren van de nadrukkelijk ingezette verduurzaming in NL (aanwijzing windlocaties door provincie, beter rendement zonproposities, flexibele aansturing van assets, lokale opwek biogas tot groen gas, et cetera)?

Antwoord: Vraag niet relevant in het kader van deze aanbesteding.'

- 1.5.7. Vraag 7: In welke zin draagt de inkoop van grijze stroom bij aan het vertrouwen in de verstandige besteding van gemeenschapsgeld?

Antwoord: [Zie het antwoord bij vraag 1]'

- 1.5.8. Vraag 8: De levering van duurzaam opgewekte energie maakt geen onderdeel uit van deze aanbesteding. Indien groen separaat wordt aanbesteed, hoe draagt een dergelijk aanbesteding dan bij aan de groei van duurzaam in NL aangezien een investering in GvO's meestal niet tot gevolg heeft dat er daadwerkelijk meer duurzame energie geproduceerd wordt en omdat de vergoeding die voor GvO's betaald wordt slechts gedeeltelijk bij energieproducenten terecht, omdat GvO's vaak gekocht worden van professionele GvO handelaren? Een deel van het energiebudget gaat zo verloren aan partijen die niet investeren in duurzame energieopwekking

Antwoord: [Zie het antwoord bij vraag 1]'

- 1.5.9. Vraag 10: Er wordt gesproken over een strategische aanbesteding; in hoeverre draagt de inkoop van grijze stroom bij aan de strategische doelen van [Beklaagde]? (volgens missie en visie het bijdragen aan duurzame bedrijfsvoering in [provincienaam] etc.)

Antwoord: [Zie het antwoord bij vraag 1]'

- 1.5.10. Vraag 22: Hoe ziet het aanbestedingsteam erop toe dat inschrijver voldoet aan eis 10 van het programma van eisen?

Antwoord: Beoordeling vindt steeds plaats na afloop van een jaar; op basis van het gepubliceerde (wettelijk verplichte) stroometiket.'

## **2. Beschrijving klacht**

Beklaagde handelt in strijd met artikel 2.114 Aw 2012 door niet het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving te hanteren en door de keuze voor het gunningscriterium laagste prijs onvoldoende te motiveren.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Beklaagde heeft ervoor gekozen om de aanbesteding voor de levering van elektriciteit te gunnen op basis van het gunningscriterium laagste prijs. Beklaagde heeft daarvoor als motivering gegeven dat elektriciteitsleveranciers weinig mogelijkheden hebben om zich van elkaar te onderscheiden op het gebied van kwaliteit. Klager kan zich daar niet in vinden en is van mening dat er diverse

aspecten waarop elektriciteitsleveranciers zich kunnen onderscheiden zoals: energiebesparing, innovatie, duurzaamheid, Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (MVO) beleid en de wijze van energieopwekking.

- 3.2. Gunning op basis van het gunningscriterium laagste prijs is tevens niet in lijn met de visie van beklagde op Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen. Grijs stroom levert geen bijdrage aan het duurzaamheidsbeleid van beklagde terwijl de levering van elektriciteit met name geschikt is om bij te dragen aan duurzaamheid.
- 3.3. Klager wijst in dit kader op de volgende passage uit de publicatie '[Beklaagde] en Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen' op de website van beklagde:  
  
'Een groene bedrijfsvoering vraagt ook om een verantwoord gebruik van gebouwen, vervoermiddelen en kantoormaterialen. Hiervoor heeft [beklaagde] inmiddels al een scala van maatregelen ingevoerd, van afvalscheiding tot zuinig papiergebruik, leasen van (half)elektrische personenauto's, inkoop van diverse artikelen volgens het cradle-to-cradle principe en het zoveel mogelijk gebruiken van duurzame gecertificeerde producten in het bedrijfsrestaurant. Zo is [beklaagde] gestart met een onderzoek naar BREEAM (In Use) certificering om de duurzaamheidsprestaties van de gebouwen te verbeteren en maatregelen te onderzoeken waarbij rekening gehouden wordt met duurzame oplossingen.'
- 3.4. Klager meent dat de onderhavige aanbesteding kan bijdragen aan voormelde ambitie van beklagde. Zo levert klager elektriciteit die door stichting Milieu Keur gecertificeerd is en daarmee goed scoort op de CO<sub>2</sub> prestatieladder van ProRail en kan klager ten behoeve van de BREEAM certificering van het hoofdkantoor van beklagde prestatiecontracten aangaan, waarin energiebesparende maatregelen worden geïmplementeerd en klager de energiebesparing garandeert.
- 3.5. Klager voert aan dat met een aanbesteding op basis van het gunningscriterium Economisch Meest Voordelige Inschrijving een inschrijver kan worden geselecteerd die zich nadrukkelijk onderscheidt op het kwalitatieve vlak, zoals door een CO<sub>2</sub> Footprint te maken, gerubriceerd op drie niveaus, zogenaamde "scopes" (zie de klacht die klager op 11 april 2016 bij beklagde heeft ingediend):  
  
'Scope 1; directe emissies door de eigen organisatie, zoals emissies door gasverbruik;  
Scope 2; indirecte emissies nodig voor de opwekking van elektriciteit;  
Scope 3; overige indirecte emissies, zoals papierverbruik, catering, afval, mobiliteit, enzovoorts.'
- 3.6. Ook wijst klager op de mogelijkheid elektriciteit tastbaar te maken door het elektriciteitsverbruik van beklagde te koppelen aan een nader aan te wijzen of nog te ontwikkelen duurzame productie installatie (zoals bij de Europese Aanbesteding van de Nederlandse Spoorwegen of bij Google). Klager wijst in dit kader op een White Paper die is geschreven door het Public Procurement Research Center. Deze is door een accountmanager van klager op 18 februari 2016 toegelicht en aan beklagde gezonden.
- 3.7. Ten slotte wijst klager nog op de mogelijkheid dat een leverancier zich kan onderscheiden op het innovatieve vlak en noemt daarbij enkele eigen voorbeelden.

#### **4. Reactie beklagde**

- 4.1. Beklaagde heeft de navolgende reactie op de klacht mede ontleend aan haar reactie van 21 april 2016 op de door klager bij haar ingediende klacht.
- 4.2. Gunning op basis van het gunningscriterium laagste prijs is niet verboden in de Aw 2012. Artikel 2.114 Aw 2012 bepaalt dat indien gegund wordt op basis van het gunningscriterium laagste prijs, de aanbestedende dienst de toepassing van dit criterium moet motiveren in de aanbestedingsstukken.
- 4.3. Naar de mening van beklagde houdt de motiveringsplicht in dat de feiten moeten kloppen en de motivering logisch en begrijpelijk moet zijn. Hoe omvangrijk de keuze in de aanbestedingsstukken gemotiveerd moet zijn, vindt zij niet duidelijk. In de Aanbestedingswet worden geen nadere vormvereisten gesteld aan de motivering. Ook gelden er volgens beklagde geen vormvereisten voor de motivering op basis van vaste rechtspraak. Ondanks dat de voorzieningenrechter van Rechtbank Gelderland in de zaak Wam & van Duren/BAM en Gemeente Zevenaar, van 3 juni 2014 en de Commissie van Aanbestedingsexperts in haar advies nr. 224 van 1 mei 2015 (publicatie 13 juli 2015) een toetsingskader geven voor een deugdelijk motivering van laagste prijs, kan volgens beklagde niet gezegd worden dat sprake is van vaste rechtspraak.
- 4.4. De motivering van de keuze voor het gunningscriterium laagste prijs is opgenomen in paragraaf 8.1 van de Uitnodiging tot Inschrijving. Uit de motivering blijkt dat beklagde diverse kwalitatieve aspecten heeft overwogen. Uitkomst van die overwegingen is dat een aantal kwalitatieve aspecten (kwaliteit, duurzaamheid en facturatie) reeds als wettelijk eis gelden of als minimumeis in het Programma van Eisen zijn opgenomen (eis 1, 10 en 11). De aspecten klachtenafhandeling, service en jaarlijkse evaluatie zijn tevens overwogen, maar deze zijn voor beklagde dermate van gering belang dat deze niet als onderscheidend worden gezien naast de prijscomponent.
- 4.5. Voorts heeft beklagde in paragraaf 2.1 van de Uitnodiging tot Inschrijving een motivering opgenomen waarin het doel en de overwegingen tot clusteren zijn omschreven. Hieruit blijkt dat beklagde bewust en overwogen de aanbesteding op een bepaalde wijze in de markt heeft gezet waarbij tevens rekening wordt gehouden met het bewerkstelligen van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde.
- 4.6. Verder voert beklagde aan dat de antwoorden in de Nota van Inlichtingen als een aanvullende toelichting gelden op de motivering van beklagde om te gunnen op laagste prijs en uitleg te geven over haar duurzaamheidsbeleid (maatschappelijk verantwoord ondernemen). Uit die beantwoording (vraag 4) blijkt onder meer dat beklagde zich door een extern bureau laat ondersteunen om in vijf jaar tijd toe te werken naar een klimaatneutrale bedrijfsvoering in 2020. Daarin valt te lezen volgens welk stappenplan wordt gewerkt en dat dit plan onafhankelijk is gemaakt van de stroomleverancier. Belangrijke initiatieven in dit kader zijn reeds genomen, zoals het opstarten van een project voor de inzet van zonnepanelen ter waarde van ruim een miljoen euro. Eveneens valt in de Nota van Inlichtingen te lezen (vraag 3) dat beklagde aan de minimumeisen voldoet zoals opgenomen in het document 'Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van Elektriciteit' en dat zij voor 100% elektriciteit duurzaam inkoopt volgens de Europees geaccrediteerde systematiek van Garanties of Origin (GoO's, onder meer vraag 7, 9 en 10) welke inkoop los staat van de elektriciteit (commodity elektriciteit) van de aanbesteding voor de

levering van elektriciteit. Beklaagde is reeds actief bezig met de ontwikkeling van een optimaal duurzaam beleid, onder meer met betrekking tot het gebruik van de GoO's, waarvan de voor de leveringsjaren 2018 en 2019 gewenste bronsoort (hydro, biomassa, wind, zon) en land van herkomst in een later stadium worden vastgesteld. Reden waarom de inkoop van deze volgens de 'Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van Elektriciteit' toegestane GoO's, in een later stadium apart wordt aanbesteed.

- 4.7. Beklaagde heeft zich voor de aanbesteding elektriciteit professioneel laten ondersteunen en adviseren door een externe energie specialist, die tevens contactpersoon is voor deze aanbesteding. Het advies van deze specialist heeft (mede) geleid tot het maken van een bewuste keuze voor het gunningscriterium laagste prijs en de motivering daarvan.
- 4.8. Ten slotte wijst beklagde er op dat nieuwe spelers op de markt zouden worden uitgesloten indien beklagde had gegund op basis van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving en de voorgestelde criteria van klager had gehanteerd. Dit zou volgens beklagde in strijd zijn met de Aw 2012.
- 4.9. Beklaagde concludeert dat de motivering voor laagste prijs logisch en begrijpelijk is.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde, een speciale-sectorbedrijf, een Europese openbare procedure heeft gehouden voor een speciale-sectoropdracht voor de levering van elektriciteit. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 3 Aw 2012.
- 5.2. Op basis van artikel 3.74 Aw 2012 is, onder meer, artikel 2.114 van deze wet van overeenkomstige toepassing op speciale-sectoropdrachten. In art. 2.114 Aw 2012 is het volgende bepaald:

'1. De aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving.  
2. Een aanbestedende dienst kan, in afwijking van het eerste lid, gunnen op grond van de laagste prijs. In dat geval motiveert de aanbestedende dienst de toepassing van dat criterium in de aanbestedingsstukken.'
- 5.3. De Commissie stelt vast dat tussen partijen niet ter discussie staat dat beklagde in paragraaf 8 van de Uitnodiging tot Inschrijving is afgeweken van de hoofdregel van art. 2.114, lid 1, Aw 2012 en dat zij de toepassing van het criterium van de laagste prijs in paragraaf 8.1 heeft gemotiveerd. Wat tussen partijen ter discussie staat, is of die motivering de beslissing tot het toepassen van het criterium van de laagste prijs voldoende kan dragen.
- 5.4. Alvorens die vraag hierna te beantwoorden, zal de Commissie eerst ingaan op het toetsingskader dat bij de beoordeling van de klacht zal moeten worden gehanteerd, zoals reeds eerder en uitvoeriger is uiteengezet in Advies 224.
  - 5.4.1. Een aanbestedende dienst zal in afwijking van de hoofdregel van art. 2.114 lid 1 Aw 2012 voor toepassing van het criterium van de laagste prijs mogen kiezen wanneer de keuze voor toepassing van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving ondoelmatig is. Die keuze zal ondoelmatig mogen worden geacht wanneer het in de gegeven omstandigheden van het geval redelijkerwijs

niet te verwachten valt dat daarmee een zodanige ruimte voor marktpartijen zal worden gecreëerd dat zij zich voldoende uitgedaagd zullen mogen voelen om innovatieve en duurzame oplossingen aan te bieden. Alvorens te kiezen voor toepassing van het criterium van de laagste prijs, zal een aanbestedende dienst eerst een afweging moeten maken van alle relevante omstandigheden van het geval ten einde te bepalen of de keuze voor toepassing van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving inderdaad ondoelmatig is in de hiervoor bedoelde zin. Daarbij komt het naar het oordeel van de Commissie in het bijzonder aan op de volgende door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland (3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3493, r.o. 4.8) genoemde omstandigheden: het voorwerp van de aanbesteding, de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt en de mate waarin gunning op basis van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving zinvol is met het oog op de daarmee te verwezenlijken door de wetgever relevant geachte doelen, namelijk dat aanbestedende diensten een omslag gaan maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen.

- 5.4.2. Een belangrijke met het voorwerp van de aanbesteding verband houdende omstandigheid, die in de hiervoor bedoelde afweging dient te worden betrokken, is naar het oordeel van de Commissie voorts de mate waarin de aanbestedende dienst in de specificatie van de opdracht ruimte voor marktpartijen heeft gecreëerd voor het aanbieden van innovatieve en duurzame oplossingen, die zich lenen voor een beoordeling met gebruikmaking van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Aan deze omstandigheid zal bij de beoordeling van een klacht over een (onvoldoende gemotiveerde) afwijking van de hoofdregel van art. 2.114 lid 1 Aw 2012 echter geen betekenis kunnen worden toegekend, wanneer die klacht juist (mede) strekt tot het betoog dat een aanbestedende dienst de hiervoor bedoelde ruimte in de specificatie van de opdracht niet heeft geboden en daarmee beweerdelijk heeft gehandeld in strijd met art. 1.4 lid 2 Aw 2012, waarin is bepaald dat een aanbestedende dienst bij het aangaan van een overeenkomst zorg moet dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.
- 5.4.3. Het voorgaande betekent – de Commissie verduidelijkt hier haar overweging 5.4.3 van Advies 224 – dat de aanbestedende dienst overeenkomstig 5.4.1 op basis van alle relevante omstandigheden van het geval zal moeten onderzoeken of toepassing van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving doelmatig zal zijn. Indien dat niet het geval is, zal hij mogen kiezen voor het criterium van de laagste prijs. De gemaakte afweging zal vervolgens moeten blijken uit de motivering waarmee de aanbestedende dienst de keuze voor toepassing van het criterium van de laagste prijs – gelet op diens motiveringsplicht van art. 2.114 lid 2 Aw 2012 – moet onderbouwen.
- 5.4.4. Tot slot geldt dat de hiervoor bedoelde motivering, gelet op het bepaalde in art. 2.114 lid 2 Aw 2012, dient te worden opgenomen in de aanbestedingsstukken. De Commissie heeft bij eerdere gelegenheid in het kader van de motiveringsplicht van art. 1.5 lid 3 Aw 2012 overwogen dat de Nota van Inlichtingen naar haar oordeel weliswaar geen deel uitmaakt van de aanbestedingsstukken (zie overweging 6.12 van Advies 53), maar dat voor dat geval uit de wetsgeschiedenis niet blijkt waarom de wetgever de mogelijkheid voor een aanbestedende dienst tot naleving van die motiveringsplicht heeft willen beperken tot de aanbestedingsstukken en waarom het een aanbestedende dienst niet tevens zou zijn toegestaan die verplichting op een later tijdstip in de aanbestedingsprocedure via een Nota van Inlichtingen na te komen. Voor wat betreft de motiveringsplicht van art. 2.114 lid 2 Aw 2012 heeft de wetgever echter wel een duidelijke keuze gemaakt:

'De motivering van de keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs vindt plaats in de aanbestedingsstukken, die gelijktijdig met de aankondiging van de opdracht bekend worden gemaakt. Indien er geen aankondiging van een opdracht bekend wordt gemaakt, vindt de motivering plaats in de aanbestedingsstukken die aan de aanbesteders worden toegezonden.' (Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 25).

- 5.4.5. Dat een aanbestedende dienst de motivering van de keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs gelijktijdig met de aankondiging van de opdracht bekend moet maken, laat naar het oordeel van de Commissie overigens onverlet dat hij de aldus bekend gemaakte motivering nader kan uitwerken in aanbestedingsstukken die hij op een later tijdstip in de aanbestedingsprocedure publiceert, zoals de Nota van Inlichtingen.
- 5.4.6. De Commissie zal hierna overgaan tot beoordeling van de klacht in het licht van het hiervoor uiteengezette toetsingskader.
- 5.5. Uit de toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan artikel 2.114 Aw 2012 blijkt dat de wetgever een omslag wenst te maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen. Dat dient te gebeuren door niet alleen te kijken naar het productieproces, maar ook naar de gebruiksfase van een product. Uit de toelichting blijkt verder dat de wetgever in de eerste plaats heeft gedacht aan het bevorderen van levering van duurzame producten met een laag energieverbruik, waarbij niet alleen naar de (laagste) prijs zou moeten worden gekeken, maar ook naar de Total Cost of Ownership (TCO, zie Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 25). Bij de onderhavige aanbesteding is dat naar het oordeel van de Commissie niet aan de orde.
- 5.6. De Commissie stelt voorop dat beklagde een aanbestedingsprocedure heeft gehouden voor een speciale-sectoropdracht tot levering van elektriciteit. Klager meent dat beklagde diverse kwaliteitsaspecten had kunnen meewegen bij de gunning en dit ten onrechte achterwege heeft gelaten. Voor zover deze kwaliteitsaspecten echter zien op (innovatieve) energiebesparingsmaatregelen bij beklagde of (wellicht) het zelf opwekken van elektriciteit, zou het overnemen van de door klager gedane suggesties neerkomen op een wijziging van het voorwerp van de opdracht. Die suggesties zien immers niet op een meer duurzame of innovatieve oplossing voor de levering van elektriciteit. De Commissie is van oordeel dat beklagde bij de motivering van de keuze voor het gunningscriterium laagste prijs dan ook geen rekening behoefde te houden met deze aspecten.
- 5.7. Beklagde heeft als motivering voor de keuze voor het gunningscriterium laagste prijs aangegeven dat er voor de inschrijvers te weinig mogelijkheden zijn om zich van elkaar te onderscheiden op het gebied van kwaliteit, mede doordat er reeds bepaalde minimumeisen zijn gesteld. Beklagde geeft aan overwogen te hebben bepaalde kwalitatieve aspecten als kwalitatieve criteria in de aanbestedingsprocedure te hanteren. Uit de klacht blijkt niet dat klager problemen heeft met de motivering voor de aspecten kwaliteit van de elektriciteit, facturatie, klachtenafhandeling, service en jaarlijkse evaluatie. Deze aspecten zal de Commissie dan ook laten rusten.
- 5.8. Klager richt haar pijlen op het aspect duurzaamheid. Op het punt van duurzaamheid heeft beklagde in de Uitnodiging tot Inschrijving de volgende motivering gegeven:
  - 'Duurzaamheid;
    - o Garanties van Oorsprong; is als minimumeis opgenomen.

- Compensatiecertificaten CO<sub>2</sub>; wordt niet als minimumeis opgenomen. [beklaagde] wenst de door energieverbruik veroorzaakte CO<sub>2</sub> uitstoot niet middels deze aanbesteding te compenseren.'

5.9. In het Programma van Eisen is 'eis' 9 als volgt geformuleerd:

**'9. Garanties van Oorsprong**

[Beklaagde] is gerechtigd om de voor Duurzame elektriciteit benodigde GVO's separaat van deze aanbesteding te gunnen/aan te besteden.'

- 5.10. Hoewel in de Uitnodiging tot Inschrijving staat vermeld dat geen duurzaamheids criterium is gehanteerd omdat, onder andere, garanties van oorsprong als minimumeis zijn opgenomen, blijkt uit het Programma van Eisen dat beklaagde zich het recht voorbehoudt deze afzonderlijk in te kopen. In de eerste Nota van Inlichtingen van 6 april 2016 heeft beklaagde duidelijk gemaakt dat zij de garanties van oorsprong inderdaad afzonderlijk wenst in te kopen (zie het identieke antwoord op de vragen 1, 7, 8 en 10). Garanties van oorsprong zijn dus niet als minimumeis in deze aanbestedingsprocedure opgenomen.
- 5.11. In de Elektriciteitswet 1998 is een regeling opgenomen voor garanties van oorsprong (HFD 5, paragraaf 3 van deze wet, zie onder meer de artikelen 1, lid 1, onder x, y en z, artikel 16, lid 1, onder h en de artikelen 73-76 van deze wet). Een garantie van oorsprong van duurzame elektriciteit toont bij uitsluiting aan dat de daarop aangegeven hoeveelheid elektriciteit is opgewekt uit hernieuwbare bronnen (artikel 75, lid 1, Elektriciteitswet 1998). Op een garantie van oorsprong wordt onder meer de gebruikte energiebron, het type en de locatie van de productie-installatie en het land van afgifte vermeld (artikel 24 Regeling garanties van oorsprong voor energie uit hernieuwbare energiebronnen en HR-WKK-elektriciteit, Stcrt. 2014, 35704).
- 5.12. De Commissie is van oordeel dat een aanbestedende dienst of speciaalsectorbedrijf er in beginsel voor mag kiezen de garanties van oorsprong afzonderlijk van de elektriciteit in te kopen, uiteraard met inachtneming van de aanbestedingsrechtelijke regels en beginselen. Met de afzonderlijke inkoop van de garanties van oorsprong mag de toepassing van artikel 2.114 Aw 2012 echter niet worden omzeild. Dit betekent dat een aanbestedende dienst of speciaalsectorbedrijf bij de afzonderlijke inkoop van de garanties van oorsprong artikel 2.114 Aw 2012 in acht zal moeten nemen, ongeacht of de waarde van deze afzonderlijke opdracht de relevante Europese drempelwaarde overstijgt. Dat betekent dat die garanties van oorsprong alsdan op basis van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving of met een deugdelijke motivering op basis van laagste prijs kunnen worden ingekocht.
- 5.13. Indien een aanbestedende dienst of speciaal-sectorbedrijf de garanties van oorsprong afzonderlijk inkoop, betekent het voorgaande dat hij er voor mag kiezen bij de aanbestedingsprocedure met betrekking tot de afzonderlijke inkoop van de elektriciteit slechts zogenaamde "grijze" stroom in te kopen. In die aanbestedingsprocedure behoeft hij naar het oordeel van de Commissie dan geen kwalitatieve gunningscriteria te stellen, bijvoorbeeld met betrekking tot de wijze van opwekking van de te leveren elektriciteit, vooropgesteld dat hij dan wel bij de inkoop van de garanties van oorsprong artikel 2.114 Aw 2012 in acht neemt.
- 5.14. Uit 'eis' 9 van het Programma van Eisen blijkt dat beklaagde zich het recht voorbehoudt de inkoop van de voor Duurzame elektriciteit benodigde garanties van oorsprong separaat van deze aanbesteding in te kopen. In de (eerste) Nota van Inlichtingen van 6 april 2016 heeft beklaagde de in de Uitnodiging tot Inschrijving in combinatie met het Programma van Eisen gegeven motivering

nader ingevuld. Daarin maakt beklagde duidelijk dat de door haar benodigde elektriciteit voor 100% duurzaam wordt ingekocht conform de binnen de EU hiervoor gangbare en geaccrediteerde systematiek van Garanties of Origin (vragen 1, 7, 8 en 10). Beklagde heeft dus aangegeven de garanties van oorsprong daadwerkelijk afzonderlijk te zullen inkopen. De door de wetgever beoogde duurzaamheidsslag kan – en moet – dan alsnog in dat stadium worden gerealiseerd en behoeft in een geval als het onderhavige dan niet te worden gerealiseerd in de aanbestedingsprocedure met betrekking tot de inkoop van de elektriciteit.

- 5.15. Verder geeft beklagde in paragraaf 8.1 van de Uitnodiging tot Inschrijving aan in deze aanbestedingsprocedure geen CO<sub>2</sub> compensatiecertificaten te kopen. Met dergelijke certificaten kan de milieubelasting van de ingekochte elektriciteit worden gecompenseerd. Door CO<sub>2</sub> compensatiecertificaten op enige wijze als kwalitatief criterium in de aanbestedingsprocedure te hanteren, valt niet te verwachten dat daarmee ruimte voor marktpartijen zal worden gecreëerd dat zij zich voldoende uitgedaagd zullen mogen voelen om innovatieve en duurzame oplossingen voor de levering van de elektriciteit aan te bieden. Ook op dit punt lijkt gunning op basis van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving derhalve in die zin niet zinvol of niet doelmatig. Het staat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf natuurlijk vrij om tot de inkoop van CO<sub>2</sub> compensatiecertificaten over te gaan met inachtneming van de regels van het aanbestedingsrecht.
- 5.16. Op basis van het vorenstaande is de Commissie van oordeel dat de motivering in paragraaf 8.1 van de Uitnodiging tot Inschrijving, tezamen met 'eis' 9 van het Programma van Eisen en het antwoord op de vragen 1, 7, 8 en 10 van de (eerste) Nota van Inlichtingen van 6 april 2016, de beslissing om te kiezen voor het criterium van de laagste prijs voldoende kan dragen. De Commissie is niet gebleken van omstandigheden die tot een ander oordeel leiden.

## 6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

## 7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 10 mei 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid