

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 661 | Samenvatting

De klacht ziet op het niet organiseren van aanbestedingsprocedures en het weigeren inzage te verschaffen in de beslissing geen aanbestedingsprocedures te organiseren voor de aanschaf van Garanties van Oorsprong (GvO's) en 'carbon credits' (CO2-compensatie certificaten).

Ondernemer klaagt dat aanbesteder, een speciale-sectorbedrijf, over de periode van 13 juni 2018 tot 11 februari 2022 heeft nagelaten opdrachten voor de aanschaf van GvO's en carbon credits aan te besteden (klachtonderdeel 1). Daarnaast klaagt ondernemer dat aanbesteder onvoldoende transparant is geweest over de verstrekking van die opdrachten (klachtonderdeel 2).

Beoordeling

Omdat aanbesteder geen nadere informatie over de opdrachtverstrekkingen heeft verstrekt, ontbreken concrete en voldoende specifieke aanknopingspunten voor de stelling dat aanbesteder de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 (over de keuze voor een procedure en de toegelaten ondernemers) heeft geschonden. De Commissie verklaart klachtonderdeel 1 daarom **ongegrond**.

De Commissie oordeelt dat aanbesteder wel in strijd heeft gehandeld met de verplichting die voortvloeit uit artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 (motivering gemaakte keuzes voor procedure en toegelaten ondernemers). In zijn reactie heeft aanbesteder wel een generieke motivering aangedragen voor het onregelmatig en onderhands inkopen van GvO's en carbon credits. Zo wenst aanbesteder gebruik te maken van tijdelijke gunstige prijscondities, vermijdt hij controversiële biomassa-GvO's en acht hij een meervoudig onderhandse procedure onnodig kostbaar, omdat prijsverschillen tussen aanbieders doorgaans klein zouden zijn. Die motivering maakt slechts ten dele duidelijk waarom aanbesteder bepaalde partijen wel en andere partijen niet zou betrekken bij de aanschaf van GvO's en carbon credits. Als een partij andere GvO's aanbiedt dan biomassa-GvO's, bevat de motivering van aanbesteder, bijvoorbeeld, geen objectief criterium op grond waarvan die partij is gepasseerd. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 661

1. Feiten

- 1.1. De klacht ziet op het niet organiseren door aanbesteder, een speciale-sectorbedrijf, van aanbestedingsprocedures en het weigeren inzage te verschaffen in de beslissing geen aanbestedingsprocedures te organiseren voor de aanschaf van Garanties van Oorsprong (GvO's) en 'carbon credits' (CO2-compensatie certificaten).
- 1.2. In de periode van 13 juni 2018 tot 11 februari 2022 stelt ondernemer verschillende malen contact te hebben opgenomen met aanbesteder omtrent de aankoop van Garanties van Oorsprong (GvO's). Ondernemer stelt daarbij herhaaldelijk zijn interesse te hebben geuit in het leveren van GvO's aan aanbesteder, maar nooit enige kans op het verwerven van een opdracht te hebben gekregen.
- 1.3. Bij e-mail van 15 december 2021 reageert aanbesteder afwijzend op een verzoek van ondernemer tot het verkrijgen van een overzicht van alle aankoopbeslissingen van GvO's vanaf 2019 tot en met 2021. Nadien corresponderen partijen over de al dan niet op aanbesteder rustende aanbestedingsplicht en verplichting tot het verschaffen van inzage in beslissingen rond de aanschaf van GvO's en zogenaamde 'carbon credits' (CO2-compensatie certificaten). Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat geen sprake is van een verplichting tot aanbesteding of het verstrekken van inzage in beslissingen rond de aanschaf. In zijn e-mail van 16 december 2021 sluit aanbesteder de discussie af met de mededeling geen verdere informatie te verstrekken en niet verder te willen corresponderen:

'[Aanbesteder] zal zonder daartoe op grond van een gerechtelijk bevel te zijn gehouden niets aan [Ondernemer] verstrekken.

Een verdere uitwisseling van standpunten over dit onderwerp wordt niet op prijs gesteld.'
- 1.4. Op 16 december 2021 heeft ondernemer een klacht ingediend bij de klachtencommissie van aanbesteder. Ondernemer klaagde in de kern over de weigering van aanbesteder inzage te verstrekken in zijn inkoopbeslissingen over de in 1.2 bovenstaand genoemde periode.
- 1.5. In haar 'Rapport van Bevindingen' van 24 januari 2022 heeft de klachtencommissie van aanbesteder zichzelf onbevoegd verklaard de klacht in behandeling te nemen, omdat de klacht geen betrekking heeft op een specifieke aanbesteding.
- 1.6. Op 13 februari 2022 heeft ondernemer vervolgens een klacht ingediend bij de Commissie (zie onderstaand onder 2). Aanbesteder heeft op 16 maart 2022 op de klacht gereageerd (zie onderstaand onder 3).

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klachtonderdeel 1

- 2.1.1. Ondernemer klaagt dat aanbesteder verschillende aankopen heeft verricht van GvO's en carbon credits over de periode vanaf 13 juni 2018 tot 11 februari 2022, zonder daarvoor enige aanbestedingsprocedure te hebben gevolgd. Ondernemer is

als potentiële leverancier van deze producten benadeeld omdat hij niet heeft kunnen meedingen naar deze opdrachten. Ondernemer heeft herhaaldelijk zijn interesse in de opdrachten geuit. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat de aankopen hoogstwaarschijnlijk Europees moesten worden aanbesteed. Aldus heeft aanbesteder het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel geschonden.

- 2.1.2. Ondernemer stelt dat de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is op alle aankopen van aanbesteder. Uit zijn jaarverslagen leidt ondernemer af dat aanbesteder 500.000 à 600.000 GvO's per jaar inkoop. Daarnaast schat ondernemer dat aanbesteder ongeveer 70.000 carbon credits per jaar inkoop. Op basis van de marktprijzen van GvO's en carbon credits komen de aankoopbudgetten daarmee, naar stelling van ondernemer, ruim boven de Europese drempelbedragen uit. Aanbesteder had deze aankopen aldus Europees moeten aanbesteden, volgens ondernemer. Uit de verklaring van aanbesteder dat op hem geen aanbestedingsplicht rust, leidt ondernemer af dat alle aankopen van GvO's en carbon credits door aanbesteder over de genoemde periode zijn uitgevoerd zonder enige aanbestedingsprocedure te hebben gevolgd.

Uitzondering aankoop energie niet van toepassing

- 2.1.3. Aanbesteder komt in dit geval geen beroep toe op artikel 3.30 Aw 2012, naar stelling van ondernemer. Dat artikel zondert weliswaar de levering van energie of brandstof voor energieopwekking uit van de verplichting tot aanbesteden, maar een GvO kan volgens ondernemer onmogelijk worden gezien als 'energie of brandstof voor energieopwekking' waarop de uitzondering blijkens het artikel betrekking heeft.
- 2.1.4. Ondernemer verwijst naar de definitie van GvO zoals gegeven in Richtlijn 2009/28/EU. Ondernemer acht een GvO een immaterieel goed dat informatie bevat over de productie van een bepaalde hoeveelheid hernieuwbare energie. Een GvO kan daarom zelf onmogelijk als 'energie' worden aangemerkt zoals bedoeld in artikel 3.30 Aw 2012.
- 2.1.5. Hetzelfde zou gelden voor carbon credits. Volgens ondernemer zijn dergelijke credits (elektronische) bewijzen dat een bepaald project de uitstoot van een bepaalde hoeveelheid broeikasgassen heeft vermeden. Door dergelijke carbon credits aan te schaffen kan de eigen CO₂-voetafdruk worden gecompenseerd. Ook deze credits passen niet binnen het begrip 'energie' van artikel 3.30 Aw 2012.
- 2.1.6. Aanvullend stelt ondernemer dat uit het jaarverslag van aanbesteder blijkt dat hij de carbon credits voornamelijk gebruikt voor de compensatie van de CO₂-uitstoot van zijn autovloot, dienstreizen, afvalverwerking en wat dies meer zij. Die mogelijkheden zouden niets te maken hebben met het inkopen van energie voor haar netverliezen en daarom niet onder de uitzondering van artikel 3.30 Aw 2012 vallen.
- 2.1.7. Het aanvaarden van het standpunt van aanbesteder dat GvO's en carbon credits onder de uitzondering van artikel 3.30 Aw 2012 vallen, zou volgens ondernemer leiden tot het onwenselijke resultaat dat alle inkoop waarvan een relatie met 'energie' kan worden aangetoond, zou zijn uitgezonderd van de aanbestedingsplicht.
- 2.1.8. Uit de jurisprudentie blijkt, volgens ondernemer, dat de aanbestedende dienst die een beroep doet op één van de uitzonderingssituaties het bestaan van die uitzonderingssituatie moet aantonen, bewijzen en voldoende motiveren. Uitzonderingsregels in de aanbestedingswetgeving zouden bovendien steeds restrictief moeten worden geïnterpreteerd en toegepast.

Schending beginselen

- 2.1.9. Als aanbesteder een beroep toekomt op artikel 3.30 Aw 2012, dan zou dat enkel betekenen dat deel 3 van de Aanbestedingswet niet van toepassing is. Ondernemer wijst erop dat Deel 1 (Algemene Bepalingen) onverminderd zou gelden. Onder meer artikel 1.8, 1.9 en 1.10a Aw 2012 acht ondernemer van belang, omdat aanbesteder deze artikelen niet zou hebben nageleefd.
- 2.1.10. Ondernemer verwijt aanbesteder in strijd te hebben gehandeld met het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel door slechts een beperkte kring van leveranciers te betrekken bij de aanschaf van GvO's en carbon credits.
- 2.2. Klachtonderdeel 2
 - 2.2.1. Ondernemer klaagt dat aanbesteder op grond van het transparantiebeginsel is gehouden informatie te verstrekken over de wijze van aankoop van GvO's en carbon credits. Aanbesteder heeft tot op heden geweigerd nadere informatie daarover te verstrekken, waarmee hij in strijd zou handelen met de verplichtingen die op hem rusten uit hoofde van het transparantiebeginsel.

3. Reactie aanbesteder

3.1. Niet in behandeling nemen

Aanbesteder stelt zich allereerst op het standpunt dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen, omdat de klacht niet ziet op één of meer specifieke aanbestedingsprocedure(s). Aanbesteder verwijst naar artikel 9 lid 1 sub d (met de behandeling van de klacht worden de doelen van de Commissie onvoldoende gediend) en sub h (de klacht heeft betrekking op aanbestedingsbeleid in het algemeen van een aanbestedende dienst) van het reglement van de Commissie. Ook stelt aanbesteder dat ondernemer zijn klacht onvoldoende heeft onderbouwd (artikel 9 lid 1 sub c).

3.2. Klachtonderdelen 1 en 2

- 3.2.1. In zijn reactie beschrijft aanbesteder de wijze waarop hij GvO's en carbon credits doorgaans inkoopt. Hij merkt daarbij op dat zowel bij elektriciteit als bij GvO's en carbon credits altijd sprake is van toerekening van afgenomen hoeveelheden aan een leverancier of tussenhandelaar. Aanbesteder beschouwt GvO's als integraal onderdeel van ingekochte groene energie – daarbij maakt het volgens aanbesteder niet uit of elektriciteit en GvO's bij dezelfde leverancier worden ingekocht.

Uitzondering inkoop energie van toepassing

- 3.2.2. Aanbesteder acht zich gerechtigd duurzaamheidseisen te stellen aan de door hem ingekochte elektriciteit. Die eisen krijgen gestalte door de inkoop van GvO's. Daarmee beschouwt hij de inkoop van GvO's als onderdeel van de inkoop van energie en meent hij dat artikel 3.30 Aw 2012 op de inkoop van GvO's van toepassing is.

Opdrachten onderdrempelig

- 3.2.3. Volgens aanbesteder is sprake van een efficiënte markt voor GvO's en carbon credits met zeer gestandaardiseerde, homogene producten. Marktprijzen zijn volatiel en prijsverschillen tussen verschillende aanbieders zijn volgens aanbesteder beperkt. Aanbesteder koopt onregelmatig in, zodat hij optimaal gebruik kan maken van de grote prijsvolatiliteit. De inkoop van GvO's heeft in alle gevallen een waarde

van € 50.000 tot € 200.000 (elders in zijn reactie noemt aanbesteder waarden van € 50.000 tot € 100.000) en blijft daarmee onder de drempelwaarde van artikel 3.8 aanhef en onder b Aw 2012 (thans: € 431.000). De inkoop van carbon credits heeft telkens een waarde tussen de € 40.000 en € 100.000 en overstijgt evenmin het relevante drempelbedrag. Omdat de prijsverschillen tussen aanbieders beperkt zijn, verwacht aanbesteder dat de organisatie van een aanbestedingsprocedure waaraan een meervoud van partijen deelneemt (dus een meervoudig onderhandse of een openbare procedure), niet leidt tot voordelen die de kosten van de procedure rechtvaardigen.

- 3.2.4. Omdat alle verrichte aankopen onderdrempelig zijn, stelt aanbesteder dat geen van de artikelen waarnaar ondernemer verwijst in zijn klacht (artikel 1.8, 1.9 en 1.10a Aw 2012) hier van toepassing zijn.

Beginselen niet van toepassing

- 3.2.5. Aanbesteder stelt voorts geen bestuursorgaan te zijn, waardoor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur evenmin van toepassing zijn. Aanbesteder heeft zijn keuze voor een contractuele wederpartij steeds gebaseerd op objectieve criteria en heeft telkens oog gehad voor het bepaalde in artikel 1.4 Aw 2012. Van handelen in strijd met enig beginsel is volgens aanbesteder geen sprake.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een speciale-sectorbedrijf is. Op het plaatsen van speciale-sectoropdrachten door aanbesteder zijn Deel 1 en in voorkomend geval Deel 3 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit van toepassing (voor zover al aan de orde in dit advies, gold voor de onder 1.2 genoemde periode hoofdzakelijk de 2^e herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).
- 4.2. Omdat artikel 1.4 Aw 2012 zowel een rol speelt bij de vraag of de klacht in behandeling kan worden genomen als bij de vraag of en in hoeverre aanbesteder verplicht was tot het organiseren van aanbestedingsprocedures (klachtonderdeel 1) en daarover informatie te verstrekken aan ondernemer (klachtonderdeel 2), gaat de Commissie eerst in op de achtergrond van dat wetsartikel.

Artikel 1.4 Aw 2012 - achtergrond

- 4.2.1. Op grond van artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 rust op speciale-sectorbedrijven (en aanbestedende diensten) de verplichting op basis van objectieve criteria te bepalen op welke wijze het speciale-sectorbedrijf een overeenkomst tot stand brengt en welke ondernemers worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure. In artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 is bepaald dat het speciale-sectorbedrijf een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid bedoelde keuze verstrekt.
- 4.2.2. Artikel 1.4 Aw 2012 is aan het wetsvoorstel voor de Aw 2012 toegevoegd bij Nota van Wijziging van 28 maart 2011 (Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 11, p.14 e.v.). De toevoeging van artikel 1.4 (destijds ingevoerd als artikel '1.3a') is bij Nota van Wijziging als volgt toegelicht:

'Voor speciale-sectorbedrijven en aanbestedende diensten die geen bestuursorgaan zijn, geldt niet de Algemene wet bestuursrecht. Wel gelden daar de precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid. De bovengenoemde regels en eisen leiden als zodanig niet tot concrete gedragsvoorschriften in specifieke gevallen. Wel zullen zij qualitate qua altijd als uitgangspunt dienen voor het handelen van bestuursorganen en speciale-sectorbedrijven. In het wetsvoorstel, en in het

bijzonder in de door middel van de daarin in deze nota van wijziging aangebrachte wijzigingen, wordt aan een en ander binnen redelijke grenzen wel een verdere invulling gegeven. Door het nieuwe artikel 1.3a bijvoorbeeld wordt een objectieve keuze van procedure en ondernemers die worden betrokken bij een aanbestedingsprocedure bevorderd. Daarnaast bevordert de motiveringsplicht van het tweede lid van dat artikel de transparantie van een gemaakte keuze en daarmee het afleggen van verantwoording daarover.

(...)

In het tweede lid wordt vervolgens bepaald dat de motivering van deze keuzes op schriftelijk verzoek aan een ondernemer moet worden verstrekt.

Het begrip aanbestedingsprocedure is geen in het wetsvoorstel afgebakend begrip. Dat is niet nodig en ook niet wenselijk. Iedere wijze waarop een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een opdracht in de markt zet, moet worden beschouwd als een procedure.

Door in het eerste lid van artikel 1.3a te bepalen dat de keuze voor de procedure en de uit te nodigen ondernemers op objectieve gronden moet berusten wordt bereikt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven een bewuste keuze maken over de wijze waarop zij een opdracht in de markt willen zetten, over het al dan niet clusteren van een opdracht en met betrekking tot de ondernemers die zij een kans op een opdracht willen geven. Die wijze kan variëren van enkelvoudig ondershands tot een van de procedures van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Bij een aanbesteding boven de Europese drempelwaarden is de keuze beperkt tot de krachtens de aanbestedingsrichtlijnen toegestane procedures.

(...)

Bij een aanbesteding onder de Europese drempelwaarden kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kiezen voor een nationale aanbestedingsprocedure met een aankondiging, een meervoudig onderhandse procedure of een enkelvoudig onderhandse procedure. Ook daarbij moet op grond van objectieve criteria een keuze worden gemaakt. Elementen waaraan kan worden gedacht zijn bij voorbeeld de grootte van de opdracht, de baten en de lasten die een bepaalde procedure met zich meebrengt, de kenmerken van de sector in kwestie (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken enz.) en ook de geografische ligging van de plaats van uitvoering.

(...)

Ook de uit te nodigen ondernemers dienen op basis van objectieve criteria uitgekozen te worden. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan objectieve criteria toepassen zoals ervaring in de desbetreffende sector, omvang en infrastructuur van de onderneming, technische en professionele vaardigheden of andere elementen. (...)

Zoals hiervoor is vermeld verplicht het tweede lid de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om op schriftelijk verzoek van een ondernemer te motiveren waarom voor een bepaalde procedure is gekozen, waarom een opdracht al dan niet is samengevoegd en waarom een bepaalde ondernemer of ondernemers wel of niet tot de procedure zijn toegelaten. Indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een algemeen kenbaar beleid op deze punten heeft vastgesteld en bekendgemaakt en dat beleid in het concrete geval is toegepast, kan de motivering bestaan uit een verwijzing naar die vaste gedragslijn.

(...)

Indien een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf naar de mening van een ondernemer in een bepaald geval geen objectieve criteria heeft toegepast, kan een benadeelde ondernemer dit in een civiele procedure op grond van een onrechtmatige daadsactie bij de rechter aan de orde stellen.'

Toelichting in behandeling nemen

- 4.3. De Commissie behandelt eerst de verweren van aanbesteder tegen de inbehandelingneming van de klacht.

Klacht tegen aanbestedingsbeleid?

- 4.3.1. Aanbesteder stelt terecht dat de klacht geen specifieke aanbesteding betreft. Echter ook klachten over het nalaten van een aanbestedingsprocedure kan de Commissie in behandeling nemen. De bevoegdheid van de Commissie tot het behandelen van klachten over het nalaten van een aanbestedingsprocedure kan worden afgeleid uit de tekst van artikel 9 lid 1 sub g van het Reglement van de Commissie en blijkt ook uit de Nota van Wijziging bij het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet 2012 (Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 22, onderdeel YY): 'De hoofdlijnen van dit artikel zijn in paragraaf 3 al toegelicht. Daaraan wordt nog toegevoegd dat ook hier (evenals in artikel 1.3a) het begrip aanbestedingsprocedure ruim moet worden uitgelegd. Met andere woorden: het werkkterrein van de commissie zal zich kunnen uitstrekken over alle situaties waarbij een opdracht in de markt wordt gezet.'
- 4.3.2. Daarnaast is een klacht tegen het nalaten van een aanbestedingsprocedure voor een specifieke opdracht niet gelijk te stellen aan een klacht tegen het aanbestedingsbeleid van een aanbestedende dienst in het algemeen. De Commissie is dan ook van oordeel dat artikel 9 lid 1 sub h van haar reglement niet aan behandeling in de weg staat.

Nastreven van de doelen van de Commissie voldoende gediend?

- 4.3.3. De stellingen van ondernemer komen in feite neer op de klacht dat aanbesteder gedurende een bepaalde periode heeft nagelaten opdrachten tot levering van GvO's en carbon credits aan te besteden. Aanbesteder stelt dat het nastreven van de doelen van de Commissie onvoldoende worden gediend met de behandeling van een dergelijke klacht, maar heeft die stelling niet nader onderbouwd. Artikel 9 lid 1 sub d van het reglement van de Commissie staat daarom niet aan behandeling van de klacht in de weg. De Commissie is daarnaast van oordeel dat een leereffect kan uitgaan van de behandeling van de onderhavige klacht.

Klacht onvoldoende onderbouwd?

- 4.3.4. Resteert het beroep van aanbesteder op artikel 9 lid 1 sub c van het reglement van de Commissie (klacht onvoldoende onderbouwd/gedocumenteerd). De Commissie is met aanbesteder van oordeel dat een nadere onderbouwing van de klacht wenselijk is. Ondernemer heeft immers slechts een schatting gegeven van de door aanbesteder aangekochte hoeveelheden GvO's en carbon credits over de periode van 13 juni 2018 tot 11 februari 2022 op basis van openbare jaarverslagen. Uit de eerste reactie van aanbesteder en de reactie van de klachtencommissie van aanbesteder heeft ondernemer afgeleid dat die aanschaft telkens zonder aanbestedingsprocedure heeft plaatsgevonden.
- 4.3.5. Tijdens de behandeling van de klacht bij de Commissie is evenwel gebleken dat de aannames van ondernemer grotendeels juist waren. De Commissie begrijpt dat aanbesteder in genoemde periode geen of vrijwel geen enkele aanbestedingsprocedure voor de verwerving van GvO's en carbon credits heeft georganiseerd. Ondernemer koesterde dat vermoeden en heeft getracht meer informatie te achterhalen over de zonder aanbestedingsprocedure geplaatste opdrachten.
- 4.3.6. Aanbesteder heeft ondernemer niet de schriftelijk verzochte motivering verstrekt. In strijd met het bepaalde in artikel 1.4 lid 3 Aw 2012, op grond waarvan een

schriftelijk verzoek van ondernemer volstaat, heeft aanbesteder uiteindelijk gesteld niets aan ondernemer te zullen verstrekken zonder gerechtelijk bevel. De Commissie acht het niet gepast dat aanbesteder, in weerwil van zijn wettelijke verplichting, informatie achterhoudt en zich vervolgens op het standpunt stelt dat de klacht waarvoor die informatie nodig is, onvoldoende is onderbouwd. Aanbesteder zou zich hebben kunnen realiseren dat de onvoldoende onderbouwing van de klacht het gevolg is van het niet verstrekken van de gevraagde informatie.

- 4.3.7. Onder die omstandigheden overweegt de Commissie dat aanbesteder niet aan ondernemer kan tegenwerpen dat de klacht algemeen is van opzet en geen betrekking heeft op specifieke aanbestedingsprocedures of opdrachten en gaat over tot behandeling van de klacht.
- 4.4. Omdat het oordeel voor klachtonderdeel 2 van invloed is op het oordeel voor klachtonderdeel 1, behandelt de Commissie de klachtonderdelen in omgekeerde volgorde.

Klachtonderdeel 2

- 4.5. Ondernemer klaagt dat aanbesteder onvoldoende transparant is geweest over de verstrekking van opdrachten tot levering van GvO's en carbon credits.

Beknopt oordeel

Aanbesteder heeft in strijd gehandeld met de verplichting die voortvloeit uit artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 (motivering gemaakte keuzes voor procedure en toegelaten ondernemers). In zijn reactie heeft aanbesteder wel een generieke motivering aangedragen voor het onregelmatig en onderhands inkopen van GvO's en carbon credits. Zo wenst aanbesteder gebruik te maken van tijdelijke gunstige prijscondities, vermijdt hij controversiële biomassa-GvO's en acht hij een meervoudig onderhandse procedure onnodig kostbaar, omdat prijsverschillen tussen aanbieders doorgaans kennelijk klein zijn. Die motivering maakt slechts ten dele duidelijk waarom aanbesteder bepaalde partijen wel en andere partijen niet heeft betrokken bij de aanschaf van GvO's en carbon credits. Als een partij andere GvO's aanbiedt dan biomassa-GvO's, bevat de motivering van aanbesteder, bijvoorbeeld, geen objectief criterium op grond waarvan die partij is gepasseerd. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.5.1. Deel 1 Aw 2012 is van toepassing op de aanschaf GvO's en carbon credits en, afhankelijk van de waarde van de opdracht, is deel 3 Aw 2012 tevens van toepassing, tenzij daarvoor een expliciete uitzonderingsgrond bestaat.
- 4.5.2. Op grond van artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 – een artikel uit deel 1 van de Aw 2012 – rust op speciale-sectorbedrijven de verplichting om op basis van objectieve criteria te bepalen op welke wijze het speciale-sectorbedrijf een overeenkomst tot stand brengt en welke ondernemers worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure. In artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 is bepaald dat het speciale-sectorbedrijf een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid bedoelde keuze verstrekt. De ratio achter deze bepaling is dat ondernemers de naleving van de toepassing van artikel 1.4 Aw 2012 door het speciale sectorbedrijf kunnen controleren (dit volgt onder meer uit bovenstaand citaat uit de Nota van Wijziging onder 4.2.2).

Schending transparantieverplichting

- 4.5.3. Op verschillende momenten in de onder 1.2 genoemde periode heeft ondernemer concreet interesse geuit in de verwerving van opdrachten, waarop aanbesteder uiteindelijk heeft gereageerd met de mededeling dat hij niets aan ondernemer zou verstrekken zonder daartoe te zijn gehouden op grond van een gerechtelijk bevel. Aanbesteder heeft daarmee in strijd gehandeld met het bepaalde in artikel 1.4 lid 3 Aw 2012, op grond waarvan een schriftelijk verzoek van ondernemer volstaat. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **gegrond**.

Klachtonderdeel 1

- 4.6. Ondernemer klaagt dat aanbesteder over de periode van 13 juni 2018 tot 11 februari 2022 heeft nagelaten opdrachten voor de aanschaf van GvO's en carbon credits aan te besteden en daarmee de aanbestedingsrechtelijke beginselen te hebben geschonden.

Beknopt oordeel

- 4.7. Omdat aanbesteder heeft geweigerd informatie te verstrekken over de (wijze van) opdrachtverstrekkingen voor de aanschaf van GvO's en carbon credits, ontbreken concrete en voldoende specifieke aanknopingspunten voor de stelling dat aanbesteder de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 (over de keuze voor een procedure en de toegelaten ondernemers) heeft geschonden. De Commissie verklaart klachtonderdeel 1 daarom **ongegrond**.

Toelichting

Klachtonderdeel 1

Toetsingskader

- 4.7.1. Zoals bovenstaand naar voren gebracht onder 4.2 en 4.5.2 rust ook onder de drempel op speciale-sectorbedrijven de verplichting om op basis van objectieve criteria te kiezen voor een bepaalde wijze van het tot stand brengen van een overeenkomst en op basis van objectieve criteria te kiezen voor de ondernemers die worden toegelaten tot een aanbestedingsprocedure.
- 4.7.2. Aanbesteder stelt zich bij alle opdrachtverstrekkingen te hebben gehouden aan die verplichting. Zonder nadere onderbouwing van de klacht kan de Commissie niet vaststellen of aanbesteder enige verplichting uit artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 heeft geschonden. Aanbesteder heeft onvoldoende transparantie betracht en zal op grond van artikel 1.4 lid 3 zijn keuze aan ondernemer moeten motiveren. Aan de hand van de alsnog door aanbesteder te verstrekken informatie kan worden onderzocht of sprake is van een schending van verplichtingen door aanbesteder. De Commissie acht zich niet voldoende ingelicht om reeds in dit stadium te komen tot een gegrondverklaring van dit klachtonderdeel. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Ten overvloede: deel 3 Aw 2012 van toepassing?

- 4.8. Ten overvloede gaat de Commissie in op het verweer van aanbesteder dat deel 3 van de Aw 2012, op grond van artikel 3.30 Aw 2012, niet van toepassing zou zijn.
- 4.8.1. Zoals aanbesteder terecht stelt, is de vraag of deel 3 van de Aw 2012 van toepassing is, afhankelijk van de geraamde waarde van de opdracht. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat geen van de door hem in de onder 1.2 genoemde periode

verstrekke opdrachten de drempelwaarde heeft overschreden. Daartoe stelt hij onregelmatig opdrachten tot een waarde van € 200.000 te hebben verstrekt voor GvO's en opdrachten tot een waarde van € 100.000 voor carbon credits. De stellingen van aanbesteder laten ruimte voor de mogelijkheid dat aanbesteder, op verschillende momenten binnen de genoemde periode, GvO's en/of carbon credits heeft afgenomen van dezelfde leverancier. Aanbesteder is niet transparant over de wijze waarop hij de verschillende opdrachten heeft geraamd, maar denkbaar is dat een deel van de opdrachten die door aanbesteder worden beschouwd als afzonderlijke opdrachten, op grond van de ramingsregels (zie bijvoorbeeld artikel 3.18 Aw 2012) bij elkaar hadden moeten worden opgeteld. Het kan dus zijn dat aanbesteder in werkelijkheid bovendrempelige opdrachten niet heeft aanbesteed. De Commissie heeft echter te weinig informatie om te kunnen bepalen of deel 3 van de Aw 2012 al dan niet van toepassing is.

Uitzonderingsgrond artikel 3.30 Aw 2012 van toepassing?

4.8.2. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat deel 3 van de Aanbestedingswet hoe dan ook niet van toepassing is op de verwerving van GvO's en carbon credits op grond van artikel 3.30 Aw 2012. In dat artikel is bepaald dat deel 3 niet van toepassing is 'op het plaatsen van speciale sectoropdrachten voor de levering van energie of brandstof voor energieopwekking door een speciale-sectorbedrijf (...)'.

De Commissie overweegt echter in het hiernavolgende dat de aanschaf van GvO's en carbon credits niet onder de in artikel 3.30 Aw 2012 opgenomen uitzondering valt.

4.8.3. Ondernemer heeft in zijn klacht verwezen naar Richtlijn 2009/28/EG ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen waarin over Garanties van Oorsprong in artikel 2 onder j het volgende is bepaald:

'j) 'Garantie van Oorsprong': een elektronisch document dat uitsluitend tot doel heeft de eindafnemer aan te tonen dat een bepaald aandeel of een bepaalde hoeveelheid energie geproduceerd is op basis van hernieuwbare bronnen, zoals voorgeschreven in artikel 3, lid 6, van Richtlijn 2003/54/EG;'

4.8.4. In artikel 15 lid 2 van Richtlijn 2009/28/EG is het volgende bepaald (onderstreping Commissie):

'De overdracht van garanties van oorsprong, afzonderlijk of samen met de fysieke overdracht van energie, (...)'

4.8.5. De Memorie van Antwoord inzake Regels omtrent garanties van oorsprong voor energie uit hernieuwbare bronnen (Wet implementatie EU-richtlijn hernieuwbare energie voor garanties van oorsprong) van 17 maart 2022 (Kamerstukken I, 2021/22, 35 814, nr. C, p. 2 e.v.) bevat de volgende passage (onderstreping Commissie):

'Het systeem van garanties van oorsprong is een Europees systeem dat is geborgd in de richtlijn hernieuwbare energie. In de richtlijn zijn verschillende voorwaarden opgenomen om te borgen dat garanties van oorsprong in verschillende Europese landen op dezelfde manier worden afgegeven. De richtlijn is erop gericht om dubbelbetalingen te voorkomen. Op dit moment werkt het als volgt: in een lidstaat wordt hernieuwbare energie geproduceerd. Vervolgens wordt deze energie gecertificeerd en wordt hiervoor een garantie van oorsprong aangemaakt. Deze kan los worden verhandeld van de energie. Dit kan ook export naar een andere lidstaat zijn. Als de Nederlandse certificerende partij gegronde twijfels geeft omtrent de nauwkeurigheid, betrouwbaarheid of waarachtigheid van de garantie van oorsprong, dan kan deze alsnog worden geweigerd. De garantie van oorsprong kan vervolgens

worden afgeboekt; dit betekent dat de productie van 1 MWh hernieuwbare energie wordt gekoppeld aan een levering van 1 MWh aan de eindafnemer (consument). Deze levering mag dan hernieuwbaar worden genoemd; na levering wordt de garantie van oorsprong afgeboekt. De Autoriteit Consument en Markt ziet hierop toe. Het Nederlandse systeem voor garanties van oorsprong is geheel digitaal.'

4.8.6. Voorts is in artikel 73 Elektriciteitswet het volgende bepaald (onderstreping Commissie):

'1. Onze Minister is belast met het uitgeven en innemen via een elektronisch systeem van:

- a. garanties van oorsprong voor duurzame elektriciteit;
- b. garanties van oorsprong voor elektriciteit opgewekt in een installatie voor hoogrenderende warmtekrachtkoppeling;
- c. certificaten van oorsprong.

2. Onze Minister opent op aanvraag van een in Nederland gevestigde producent, leverancier, handelaar of afnemer een rekening. (...)

3. Onze Minister boekt op aanvraag garanties van oorsprong als bedoeld in het eerste lid of certificaten van oorsprong op een daarbij aangegeven rekening, indien een in Nederland gevestigde producent bij deze aanvraag de gegevens omtrent de door de netbeheerder of door een andere tot meten bevoegde instantie gemeten opgewekte hoeveelheid elektriciteit overlegt.'

4.8.7. De Minister heeft het verrichten van handelingen die verband houden met het bepaalde in artikel 73 Elektriciteitswet gemandateerd aan TenneT TSO BV als bestuurder van CertiQ BV. De website van CertiQ bevat de volgende informatie over de werking van het GvO-systeem:

'Werking GvO-systeem

Een producent kan een productie-installatie inschrijven bij CertiQ. De netbeheerder stelt deze registratie vast. Nadat de productie-installatie is vastgesteld stuurt de netbeheerder meetwaarden aan CertiQ door. Over elke opgewekte MWh van uw installatie geeft CertiQ een Garantie van Oorsprong of Certificaat van Oorsprong uit. De certificaten bevatten de informatie waar, wanneer en uit welke bron de energie is opgewekt. Eén certificaat is goed voor 1 MWh en is geldig tot een jaar na de maand waarin de energie is opgewekt.

De digitale certificaten worden afgegeven aan een handelaar. De handelaar kan deze certificaten verkopen op de Europese markt, bijvoorbeeld aan uw energieleverancier.

De certificaten worden nadat er stroom is verbruikt afgeboekt. Het aantal uitgegeven certificaten in Europa kan nooit hoger zijn dan de werkelijke hoeveelheid duurzaam geproduceerde energie in MWh.'

4.8.8. De Commissie oordeelt aan de hand van bovenstaande citaten dat GvO's separaat kunnen worden overgedragen en ingekocht. Bevestiging voor dat oordeel ziet de Commissie in de reactie van aanbesteder, waarin hij de waarde van vergeven opdrachten enkel relateert aan de aanschafwaarde van de GvO's en de prijs van energie daarbij telkens buiten beschouwing laat. Partijen lijken in de klacht en de reactie carbon credits en GvO's op het punt van de verbondenheid met energie aan

elkaar gelijk te stellen. De Commissie ziet daarom geen aanleiding op dit punt anders te oordelen over carbon credits dan over GvO's. Artikel 3.30 Aw 2012, dat onder meer ziet op de levering van energie mist daarom toepassing in dit geval. Naar het oordeel van de Commissie is deel 3 Aw 2012 in beginsel van toepassing op speciale-sectoropdrachten voor de levering van GvO's en carbon credits met een waarde boven het Europese drempelbedrag.

5. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **ongegron**d en klachtonderdeel 2 **gegron**d.

Den Haag, 7 juli 2022

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen

Commissielid