

DE VELE JURIDISCHE GEZICHTEN VAN CIRCULARITEIT (2)

Aanbesteden

Een werk aanbesteden op basis van circulariteitscriteria vergt moed. Terwijl in de markt steeds meer initiatieven ontstaan gericht op circulariteit, blijken opdrachtgevers, wellicht een tikkeltje risicomijdend, toch nog vooral voor een traditionele openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure te kiezen.

AUTEUR: EDWIN VAN DIJK



Mr. Edwin van Dijk, advocaat bij Construct Advocaten

“ Welk instrument ook wordt gebruikt, zonder een goede samenwerking zal een ‘circulaire’ opdracht niet tot een goed einde kunnen komen. Het is dan ook van groot belang dat aan het aspect samenwerking al in de aanbestedingsfase aandacht wordt besteed

Zouden opdrachtgevers niet minder terughoudend moeten zijn om de markt te consulteren of te kiezen voor een procedure waarin zij met de markt in dialoog treden? En wat kunnen opdrachtnemers hier aan bijdragen? Deskundigen zijn het er in ieder geval over eens: de huidige aanbestedingsregelgeving biedt voldoende aanknopingspunten om circulair aan te besteden.

Volgens het Rijksbrede programma ‘Nederland circulair in 2050’ moet Nederland vóór 2050 beschikken over een economisch systeem dat de herbruikbaarheid van producten en grondstoffen en het behoud van natuurlijke hulpbronnen als uitgangspunt neemt. De bouwsector speelt hierbij een belangrijke rol en volgens de Transitieagenda circulaire bouweconomie moeten alle overheidsaanbestedingen dan ook vanaf 2030 volledig circulair zijn. Een behoorlijke uitdaging, maar aan de aanbestedingsregelgeving zal het niet liggen. De Europese aanbestedingsrichtlijn uit 2014 zegt het zelfs met zoveel woorden: “Geen enkele bepaling in deze richtlijn mag beletten dat maatregelen worden voorgeschreven of toegepast ter bescherming van het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten of andere milieumaatregelen - in het bijzonder met het oog op duurzame ontwikkeling”. Voldoende ruimte dus, maar circulair aanbesteden vergt ook een behoorlijke gedragsverandering. De overheid zal radicaal moeten switchen van een ‘voorschrijvende’ opdrachtgever naar een ‘vragende’ of ‘uitnodigende’ opdrachtgever en van ‘technisch specificeren’ naar voornamelijk ‘functioneel specificeren’, zodat de markt ook echt de ruimte krijgt met oplossingen en innovaties te komen. Welke ‘aangebestedingsinstrumenten’ kunnen hierbij behulpzaam zijn?

Marktconsultatie

Om een inschatting te kunnen maken van wat de markt kan bieden om aan bepaalde duurzaamheidsaspecten te voldoen, kan een vorm van interactieve marktconsultatie behulpzaam zijn alvorens een opdracht in de markt wordt gezet. De brochure van Pianoo “Handreiking Marktconsultatie. Praten met de markt voorafgaand aan een aanbesteding” biedt hiervoor praktische handvatten. Door zo’n marktconsultatie kan de markt helpen bij het beantwoorden van de vraag of de eisen die uiteindelijk tot een daadwerkelijk circulaire uitvoering van een opdracht moeten gaan leiden realistisch zijn. Een andere manier waarbij de overheid zich meer vanuit haar ‘uitnodigende’ kant kan laten zien is door gebruik te maken van de concurrentiegerichte dialoog.

Concurrentiegerichte dialoog

De concurrentiegerichte dialoog kan onder meer worden toegepast als er behoefte is aan innovatieve oplossingen, als de aanbestedende dienst de technische specificaties niet nauwkeurig kan vaststellen of als sprake is van – kort gezegd - een complexe opdracht. De procedure kan dan worden ingericht met diverse dialoogrondes waarin partijen met elkaar in gesprek kunnen gaan. Inschrijvers kan bijvoorbeeld gevraagd worden mee te denken over innovatieve oplossingen in relatie tot duurzaamheid en circulariteit. Daarbij kunnen afspraken worden gemaakt welke informatie wel en welke informatie niet met de andere inschrijvers wordt gedeeld. Een concurrentiegerichte dialoog kan heel effectief zijn als men de markt wil laten bepalen met welke middelen het beste aan de behoeften van de opdrachtgever kan worden voldaan als het gaat om duur-

zaamheid en circulariteit maar ook welke technische, financiële of contractuele oplossingen daarvoor het meest passend zijn.

Gunningscriteria

Ook gunningscriteria kunnen gericht zijn op duurzaamheid en circulariteit. Bij het gunningscriterium ‘beste prijs-kwaliteitsverhouding’ (BPKV) kunnen verschillende criteria worden gebruikt, waaronder ook sociale-, milieu- en innovatieve kenmerken. Die kunnen gericht zijn op het te realiseren werk, maar bijvoorbeeld ook op de duurzaamheid van het voor het werk in te zetten materieel. Ook is denkbaar dat een inschrijver extra punten krijgt als hij in staat is meer te bieden dan het minimumprestatieniveau dat in de uitvraag is omschreven.

Mits gemotiveerd staat de Aanbestedingswet ook toe om naar de levenscycluskosten van een werk te kijken. Volgens de Aanbestedingswet wordt onder levenscyclus verstaan “alle opeenvolgende of onderling verbonden stadia in het bestaan van een product of werk of bij het verlenen van een dienst”. De toelichting bij de wet noemt als voorbeelden kosten voor onderzoek, ontwikkeling, productie, vervoer, gebruik, onderhoud, verwijdering en recycling. Ook kosten die kunnen worden toegerekend aan externe milieueffecten, zoals bijvoorbeeld kosten van broeikasgasemissies en kosten van verontreiniging die ontstaan door de winning van de in het product verwerkte grondstoffen, kunnen bij het bepalen van de levenscycluskosten worden meegenomen. Voorwaarde is wel dat de externe milieueffecten in geld waardeerbaar en controleerbaar zijn. Ook dit gunningscriterium biedt aanbestedende diensten dus de gelegenheid om in hun aankoopstrategieën duurzaamheidsdoelstellingen na te streven.

Tot slot

Welk instrument ook wordt gebruikt, zonder een goede samenwerking zal een ‘circulaire’ opdracht niet tot een goed einde kunnen komen. Het is dan ook van groot belang dat aan het aspect samenwerking al in de aanbestedingsfase aandacht wordt besteed. Bijvoorbeeld door met partijen in gesprek te gaan in het kader van een marktconsultatie, maar ook door tijdens de dialoogfase aan samenwerking veel aandacht te besteden. De discretionaire ruimte bij het gebruik van het EMVI-criterium is volgens vaste rechtspraak voor aanbestedende diensten groot. Uit oogpunt van proportionaliteit is het wel van belang dat de criteria met betrekking tot duurzaamheid steeds in een redelijke verhouding moeten staan tot de aard en de omvang van de opdracht en zal moeten worden afgestemd met wat de relevante markt kan bieden. Maar verder biedt het aanbestedingsrecht alle ruimte. Nu nog opdrachtgevers die de moed hebben om hierin ook echt meters te gaan maken.

Dit is de tweede aflevering in een serie over de juridische gezichten van circulariteit. De eerste aflevering verscheen in de juni-editie van BouwCirculair.

Reageren?
 mr. E.W.J. van Dijk
 Advocaat bij Construct Advocaten
www.constructadvocaten.nl
e.dijk@constructadvocaten.nl
 (06) 22449612