

LEGAL UPDATE

Duurzaam of niet: de aanbestede die betaalt, die bepaalt

Datum: 7 juni 2022

Aanbestedende diensten besteden steeds vaker aandacht aan duurzaamheid. Over de vraag wat nu precies de meest duurzame aanpak is, zijn partijen in een aanbesteding het niet altijd eens. Zo ook in een aanbestedingszaak die eind april (publicatie 25 mei 2022) diende bij het Gerechtshof Den Haag ([ECLI:NL:GHDHA:2022:690](#)). Wat was er aan de hand?

Achtergrond van de zaak

De Gemeente Den Haag startte een Europese aanbesteding voor doelgroepenvervoer. Omwille van een duurzame uitvoering, schreef de gemeente voor dat er alleen gebruik mocht worden gemaakt van batterij-elektrische voertuigen. Het gebruik van voertuigen met waterstofaandrijving zag de gemeente niet als voldoende duurzaam. Dit was opvallend, aangezien de huidige opdrachtnemer voor een groot deel van de gelijksoortige opdracht wél voertuigen met waterstofaandrijving gebruikte.

De exploitant van het (door de gemeente gesubsidieerde) waterstoftankstation zag de uitsluiting van waterstof in de aanbesteding als een grote tegenvaller, omdat er buiten het doelgroepenvervoer nog maar weinig voertuigen op waterstof rijden. Daarom stapte hij naar de rechter, waar hij vorderde dat de gemeente zou worden geboden om waterstofvoertuigen wél toe te laten. Bij de voorzieningenrechter ving de exploitant bot, waarna een procedure in hoger beroep volgde.

Oordeel in hoger beroep

In hoger beroep bepaalde het hof allereerst dat de exploitant geen bepalingen uit de Aanbestedingswet tegen de gemeente kon inroepen, omdat hij geen (potentiële) gegadigde of inschrijver is. Ook de zogenaamde 'correctie Langemijer' – waarmee de exploitant betoogde dat een zorgvuldigheidsnorm geschonden was door de gemeente die hem bescherming biedt tegen het wegvallen van de met de uitvoering van de opdracht gemoeide omzet aan waterstof – mocht niet baten. Wel kon de exploitant - via de schakelbepalingen van artikel 3:14 BW en artikel 3:1 lid 2 Awb – een beroep doen op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Op grond van deze beginselen voerde de exploitant onder andere aan dat de gemeente pas in de derde nota van inlichtingen (Nvl) nieuwe duurzaamheidsdoelstellingen had toegevoegd, wat strijdig zou zijn met het [Max Havelaar-arrest](#). Volgens het hof had de gemeente de technische specificaties en de gunningscriteria niet gewijzigd. Bovendien geldt dat een aanbestedende dienst tot en met zijn laatste Nvl zijn aanbestedingskeuzes mag motiveren (artikel 2.53 Aanbestedingswet).

Ook voerde de exploitant aan dat de gemeente in strijd handelde met bestaande beleidsstukken over duurzaamheid. Hij redde het echter niet om voldoende te motiveren waarom de gemeente op basis van die stukken verplicht zou zijn om waterstofvoertuigen te accepteren bij deze nieuwe opdracht.

Tot slot was de uitsluiting van waterstofvoertuigen voor de uitvoering van de opdracht volgens het hof objectief gerechtvaardigd, niet onevenredig en zorgvuldig, gelet op een voor de milieudoelstellingen van de aanbesteding relevant verschil tussen waterstof- en batterij-elektrische aandrijving. De onderhavige aanbesteding kon niet mede bedoeld zijn voor het in stand houden van die waterstofinfrastructuur, of voor het beschermen van de economische belangen van de exploitant.

Conclusie

Dit arrest laat allereerst zien dat een niet-inschrijver/gedagigde zich tegenover een aanbestedende dienst in rechte alleen kan beroepen op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en niet op bepalingen uit de Aanbestedingswet. Verder zien we dat de exploitant op allerlei manieren heeft proberen aan te tonen dat de keuze van de gemeente om waterstofvoertuigen uit de sluiten een onlogische is. Zonder succes, de keuzevrijheid van de aanbestedende dienst is fundamenteel en staat voorop. De gemaakte keuzes mogen ook nog tot in de laatste NvI worden gemotiveerd. Slotsom is dat de exploitant en het hof niet op de stoel van de aanbesteder mogen gaan zitten.

Dit is een Legal Update van Walter Engelhart en Matthijs ter Haar (juridisch medewerker Aanbestedingsrecht).

Voor meer informatie:

Walter Engelhart
+31 30 25 95 572
walterengelhart@vbk.nl