

TBR

Themanummer

Maatschappelijk Verantwoord Aanbesteden: van Mogelijkheden naar Verplichtingen

Over de wortels van maatschappelijk verantwoord aanbesteden in het Nederlandse bouwproces

— Prof. mr. dr. S. van Gulijk

Maatschappelijk verantwoord aanbesteden: van mogelijkheden naar verplichtingen in een veranderende maatschappelijke context

— Mr. dr. W.A. Janssen en mr. N. van Wijk - van Gilst

Duurzaam specificeren! Balanceren op het grensvlak tussen duurzame ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht

— Mr. G.J. Huith

Levenscycluskosten; het maatschappelijk meest verantwoorde-gunningscriterium

— Mr. D.R. Versteeg

De (in)effectiviteit van open en concrete aanbestedingsrechtelijke verplichtingen in de strijd tegen klimaatverandering

— Mr. dr. W.A. Janssen en mr. E.E. Neele

De uitsluitingsgronden als tool voor het bereiken van klimaatdoelstellingen. Is Europa klaar voor een concrete 'klimaat-uitsluitingsgrond'?

— Mr. J.W.A. Meesters

Onderzoek naar de abnormaal lage inschrijving als duurzaamheidsverplichting. Een verkenning van een inconsistente implementatie van artikel 69 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU in art. 2.116 lid 1 Aanbestedingswet 2012 en de toepassing hiervan in de Nederlandse rechtspraak

— Mr. J.S.O. den Houting

Levenscycluskosten: een eerste stap naar dwingend duurzaam aanbesteden?

— Mr. J. Gruyters en mr. L. Michaux

Handhaving van duurzaamheidsverplichtingen bij aanbestedingen

— Mr. dr. A.J. van Heeswijk

2

FEBRUARI 2021

IBR/VBR/VBR-A studiebijeenkomsten



Naast het reguliere onderwijs kunt u bij het IBR ook terecht voor online cursussen. Ga naar onze website voor het actuele aanbod:
www.ibr.nl/online

Online Studiemiddag Algemene voorwaarden in de bouw – de basis

Datum: 4 maart 2021

Modulaire basiscursus locatie- en vastgoedontwikkeling; alle relevante aspecten van het publiek- en privaatrecht

Datum: 4 maart - 15 april 2021

Locatie: Utrecht

Studiemiddag Doorwerking van het aanbestedingsrecht in de contractfase

Datum: 10 maart 2021

Online Studiemiddag Wet Bibob en de vastgoedpraktijk

Datum: 11 maart 2021

Online Studiemiddag (De-)centrale milieunormstelling in de praktijk: wat betekent dat voor initiatiefnemers?

Datum: 16 maart 2021

Online Studiemiddag Internationale modelcontracten in de Nederlandse bouwpraktijk

Datum: 17 maart 2021

Online Studiemiddag Capita Selecta Algemene wet bestuursrecht

Datum: 23 maart 2021

Online Studiemiddag Vergunningvrij bouwen onder de Omgevingswet

Datum: 24 maart 2021

1e VBR Seminar: De koop-/aannemingsovereenkomst bij transformatieprojecten, problemen en oplossingen

Datum: 25 maart 2021

Locatie: Amsterdam en/of online

Studiemiddag Beëindiging in onvoltooide staat in tijden van Corona

Datum: 31 maart 2021

Online Studiemiddag Ketensamenwerkingscontracten

Datum: 13 april 2021

VBR-A/IBR Cursus Privaatrechtelijk bouwrecht 2021

Datum: 14 april - 23 juni 2021

Locatie: Utrecht

Studiemiddag Van bestemmingsplan verbrede reikwijdte naar omgevingsplan

Datum: 16 april 2021

Locatie: Utrecht

Studiedag Kernproblemen en recente rechtspraak UAV-GC 2005

Datum: 22 april 2021

Locatie: Utrecht

Studiemiddag 'Hoe verloopt het verkrijgen van planologische toestemming onder de Omgevingswet'?

Datum: 22 april 2021

Locatie: Utrecht

Actualiteitcollege Jurisprudentie omgevingsrecht

Datum: 11 mei 2021

Locatie: Utrecht

Online Studiemiddag Kostenverhaal en financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen onder de Omgevingswet

Datum: 20 mei 2021

Studiemiddag Het maken van een omgevingsplan

Datum: 1 juni 2021

Locatie: Utrecht

Voor meer informatie over deze bijeenkomsten en aanmelding, ga naar www.ibr.nl/agenda. Hier treft u tevens het volledige onderwijsprogramma aan.

Themanummer

Maatschappelijk Verantwoord Aanbesteden: van Mogelijkheden naar Verplichtingen

Gastcolumn

- 12** Prof. mr. dr. S. van Gulijk. Over de wortels van maatschappelijk verantwoord aanbesteden in het Nederlandse bouwproces / p. 90

Artikelen

- 13** Mr. dr. W.A. Janssen en mr. N. van Wijk - van Gilst. Maatschappelijk verantwoord aanbesteden: van mogelijkheden naar verplichtingen in een veranderende maatschappelijke context / p. 93
- 14** Mr. G.J. Huith. Duurzaam specificeren! Balanceren op het grensvlak tussen duurzame ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht / p. 106
- 15** Mr. D.R. Versteeg. Levenscycluskosten; het maatschappelijk meest verantwoorde-gunningscriterium / p. 118
- 16** Mr. dr. W.A. Janssen en mr. E.E. Neele. De (in) effectiviteit van open en concrete aanbestedingsrechtelijke verplichtingen in de strijd tegen klimaatverandering / p. 129
- 17** Mr. J.W.A. Meesters. De uitsluitingsgronden als tool voor het bereiken van klimaatdoelstellingen. Is Europa klaar voor een concrete 'klimaat-uitsluitingsgrond'? / p. 137
- 18** Mr. J.S.O. den Houting. Onderzoek naar de abnormaal lage inschrijving als duurzaamheidsverplichting. Een verkenning van een inconsistente implementatie van artikel 69 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU in art. 2.116 lid 1 Aanbestedingswet 2012 en de toepassing hiervan in de Nederlandse rechtspraak / p. 146

- 19** Mr. J. Gruyters en mr. L. Michaux. Levenscycluskosten: een eerste stap naar dwingend duurzaam aanbesteden? / p. 152
- 20** Mr. dr. A.J. van Heeswijk. Handhaving van duurzaamheidsverplichtingen bij aanbestedingen / p. 161

Jurisprudentie

I. Ruimtelijk ordeningsrecht

- 21** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 14 oktober 2020, No. 201809571/1/R2, ECLI:NL:RVS:2020:2439 (Efteling) (m.nt. M.C. Brans en M.C.T.M. Sonderegger) / p. 169
- 22** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 6 januari 2021, No. 202001792/1/R4, ECLI:NL:RVS:2021:8 (Last onder dwangsom zorgcomplex Arnhem) (m.nt. H.J. de Vries) / p. 182

II. Bestuursrechtelijke schadevergoeding

- 23** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 2 december 2020, No. 201906189/1/A2, ECLI:NL:RVS:2020:2856 (Planschade Lelystad) (m.nt. F.A. Mulder en C.C. Corsten) / p. 187

III. Fiscaal bouwrecht

- 24** Hoge Raad, 13 november 2020, 18.04728, ECLI:NL:HR:2020:1776 (Btw-ondernemerschap gemeente bij exploitatie tennispark) (m.gastnt. M.A. Bonthuis-Broekman en N. Petri) / p. 194

Wetgeving / p. 200

Literatuur / p. 202

Over de wortels van maatschappelijk verantwoord aanbesteden in het Nederlandse bouwproces

– Prof. mr. dr. S. van Gulijk¹

In april 2019 maakte de Rijksoverheid bekend dat Nederland een koppositie heeft op het gebied van circulaire economie en duurzaam inkopen door de Nederlandse overheid zelf. *'Nederlands beleid op circulaire economie en duurzaam inkopen gooit hoge ogen in Europees verband'*, zo is te lezen in het rapport 'Evaluatie uitvoering EU-milieubeleid 2019' dat de Europese Commissie publiceerde naar aanleiding van een landenonderzoek naar de stand van zaken van de milieukwaliteit in Europa.² In het rapport worden voorbeelden van goede praktijken in Nederland genoemd. Zo is er onder meer te lezen: *'Het aantal groene overheidsopdrachten ligt al hoger dan de aanbeveling van de Commissie. Nederland beschikt over een aantal werkwijzen voor circulair aanbesteden en het programma "Green Deals"¹⁸ is van start gegaan met een aantal pilots en richtsnoeren voor functionele specificaties.*⁴ Maatschappelijk verantwoord aanbesteden heeft in Nederland wortel geschoten⁵, aldus het nieuwsbericht van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat.⁶

Circulair aanbesteden⁷ verschilt vooral van traditioneel, lineair, aanbesteden doordat het 'lange termijn denken, waardebehoud en samenwerking' vereist.⁸ Daarbij moet ruimte worden geboden aan de markt om te innoveren en nieuwe, circulaire, oplossingen aan te bieden. Een circulaire aanbesteding zou daarom moeten prikkelen en stimuleren tot het verder ontwikkelen van circulaire bouwinnovaties door de markt.⁹ Waar een traditioneel aanbestedingstraject eindigt bij de oplevering van het werk is de essentie van een circulair traject dat de aanbestedende dienst zoveel mogelijk borgt dat de producent of verwerkende partij de producten, onderdelen of grondstoffen aan het einde van de levensduur of de gebruiksfase met behoud van zoveel mogelijk waarde weer in een nieuwe cyclus zal inzetten.¹⁰

In haar 'Uitvoeringsprogramma Circulaire Economie 2020-2023'¹¹ kondigde de Nederlandse overheid aan meer geld vrij te gaan maken voor de circulaire transitieagenda, onder meer € 1 miljoen voor de ondersteuning van zogenaemde 'buyer

¹ Stéphanie van Gulijk is hoogleraar Privaatrecht aan de Tilburg University en raadsheer-plv Gerechtshof Amsterdam.

² <https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report_nl_nl.pdf>.

³ Vergelijk <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_nl>.

⁴ Zie p. 4, onder verwijzing naar Europees Parlement, *Study on Green Public Procurement and the EU Action Plan for the Circular Economy*, 2017, p. 50.

⁵ 'Wortel schieten' lijkt de volgende betekenissen te hebben: 'lang op iets moeten wachten', 'je ergens goed thuis voelen en er lang blijven', 'goed geïntegreerd zijn'. In ieder geval wordt ermee bedoeld dat er al gedurende lange tijd een bepaalde status quo is, die niet eenvoudig meer losgelaten kan worden.

⁶ Zie <<https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2019/04/05/nederlands-milieubeleid-gooit-hoge-ogen-in-europees-verband>>.

⁷ Versteeg wijst er in zijn VBR preadvies *Circulair Bouwen* (R. Koolhoven e.a., *Circulair Bouwen*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2018, p. 113) op dat het gevaar ontstaat dat begrippen als 'circulair bouwen' weinig zeggende containerbegrippen worden. Dat zal evenzo goed gezegd kunnen worden van de begrippen 'circulair aanbesteden' en 'circulair inkopen', maar aansluiting is gezocht bij de door de rijksoverheid zelf gehanteerde terminologie.

⁸ Zie o.m. N. Montenegro Navarro en M. Bolech, 'Opcirkelen in de bouw, deelrapport Circulair aanbesteden', TNO 2020, p. 4, online te raadplegen via <<https://www.cirkelstad.nl/wp2/wp-content/uploads/2020/10/Deelrapport-Circulair-aanbesteden.pdf>>.

⁹ Zie het rapport *Opcirkelen in de bouw*, p. 5; Zie ook de bijdrage van Daan Versteeg aan het preadvies, par. 4.3.2. waarin hij uitgebreid ingaat op gunnen op circulariteit (p. 118 e.v.).

¹⁰ Vergelijk T.A. Terlien en D. Santurio González, 'Transitie Circulaire (bouw)economie via inkoop: marktpartijen gestimuleerd tot innovatie?', *BR* 2020/2, p. 1-9; W.B. ten Haaf, 'Circulair aanbesteden, het opbouwen van een nieuwe economie', *TA* 2017/41.

¹¹ 8 februari 2019, online te raadplegen via <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/09/25/uitvoeringsprogramma-2020-2023>>



groups¹² voor circulair inkopen en aanbesteden.¹³ De overheid heeft zich daarbij een voorbeeldrol toegeëdigd tot aan 2030.¹⁴ Dit alles om een volledig circulaire economie te realiseren in 2050.¹⁵ Die voortrekkersrol is bijvoorbeeld zichtbaar bij de waterschappen die duurzaam opdrachtgeverschap in hun projecten hebben geïmplementeerd. Onder meer doordat de waterschappen de Aanpak Duurzaam GWW¹⁶ en het Manifest Maatschappelijk Verantwoord Inkopen¹⁷ hanteren, wordt men in de hele bouwcyclus aangespoord tot circulair denken. Zie bijvoorbeeld de uitvraag van 17 circulaire bruggen door de provincie Flevoland en het Waterschap Noorderzijlvest.¹⁸ Bij die uitvraag is het duurzaamheidsbeleid van het waterschap Noorderzijlvest een

belangrijke pijler geweest. Het bouwteam¹⁹ dat verantwoordelijk is voor het project heeft bij de ontwerpen die zijn gemaakt ingezet op circulair bouwen door materialen of constructieve onderdelen te hergebruiken en door transporten van en naar de bouwlocaties te beperken om het milieu te sparen. Concreet betekende dit dat zoveel mogelijk de in de fabriek gebouwde elementen modulair op locatie werden samengevoegd. Verder is voor de bouw van de bruggen gebruik gemaakt van cementloos beton met materiaal uit grondstoffen geproduceerd van stedelijke reststromen, vanuit de recycle-perrons en stadsreiniging, waardoor eveneens een bijdrage is geleverd aan CO₂-reductie en circulaire economie.²⁰

Maar om in 2050 een volledig circulaire bouwsector te realiseren, waarbij 50 procent van de einddoelstelling in 2030 is gerealiseerd²¹, is meer haast geboden. Er zijn logischerwijs nog tal van praktische en juridische haken en ogen en ook de 'mindset' van zowel bouwprofessionals als opdrachtgevers en consumenten moet nog verder op duurzaamheid worden aangepast.²² Wellicht paradoxaal, maar juist door de huidige corona-crisis lijkt de tijd meer dan eens rijp voor duurzame initi-

12 Het Rijk, IPO, VNG en UWV zijn in 2020 gestart met 13 buyer groups die worden gefinancierd vanuit de Klimaatenvolpe van het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat en uit het budget circulair bouwen van het ministerie van BZK. Hiermee geeft de Rijksoverheid een impuls aan de transitie naar een klimaatneutrale en circulaire economie. Zie <<https://www.pianoo.nl/nl/themas/maatschappelijk-verantwoord-inkopen-duurzaam-inkopen/ontwikkelingen/klimaatenvolpe-impuls>>.

13 Zie het rapport Uitvoeringsprogramma CE, p. 24.

14 Zie het rapport Uitvoeringsprogramma CE, p. 43.

15 Zie Rijksbrede programma circulaire economie - Nederland circulair in 2050 d.d. 14 september 2016, raadpleegbaar via: <<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/circulaire-economie/documenten/rapporten/2016/09/14/bijlage-1-nederland-circulair-in-2050>>. Zie ook Nederland Circulair in 2050, p. 23, Bijlage bij Kamerstukken // 2015/2016, 32852, 33.

16 Te raadplegen via <<https://www.duurzaamgww.nl/wp-content/uploads/2018/06/Aanpak-Duurzaam-GWW-schema.pdf>>.

17 Zie <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/12/08/rapport-manifest-maatschappelijk-verantwoord-inkopen-2016-2020>>.

18 Zie het rapport Uitvoeringsprogramma CE, p. 77-78.

19 Zie voor meer informatie over dit project ook de website <<https://strukton.com/nl/projects/2020/11/vervanging-zeventien-bruggen>>.

20 Ibid.

21 Zie rapport 'Rijksbrede programma circulaire economie - Nederland circulair in 2050', p. 15.

22 Vergelijk het rapport van het Planbureau voor de Leefomgeving (nr. 4209), 'Van coronacrisis naar duurzaam herstel', Den Haag, 2020.

atieven. De 'Earth Overshoot Day', die sinds 1970 jaarlijks in kaart wordt gebracht, viel in 2020 op 22 augustus, 3 weken later dan in de circa 10 jaren daarvoor, hetgeen direct in verband wordt gebracht met de corona-pandemie.²³ Volgens Elphi Nelissen (voorzitter van het Transitieteam Circulaire Bouweconomie) leidt de coronacrisis tot een mind shift waarbij wij ons realiseren dat we niet kunnen doorgaan op dezelfde voet en versneld moeten toewerken naar een duurzame en toekomstbestendige leefomgeving.²⁴ En ook de burger zelf lijkt er steeds meer klaar voor te zijn: uit verschillende onderzoeken blijkt dat Nederlanders door de corona pandemie meer circulair zijn gaan leven en meer aandacht hebben voor het klimaatprobleem.²⁵

De rol van het aanbestedingsrecht in het realiseren van een circulaire bouwsector is onmiskenbaar groot.²⁶ Grote opdrachtgevers, zoals het Rijksvastgoedbedrijf en Rijkswaterstaat, staan als uitvragers van bouwprojecten aan het stuur.²⁷ Maar circulair bouwen en slopen vereist ook nieuw beleid, bedachtzaamheid en voorzichtig(er) handelen en dat kost tijd.²⁸ Onderzoek van het Aanbestedingsin-

stituut van Bouwend Nederland laat zien dat het criterium duurzaamheid in de periode 2016-2018 slechts ongeveer in een kwart van de openbare aanbestedingen meewoog bij de gunning en in die jaren nauwelijks is toegenomen.²⁹ Dit terwijl juist die gunningscriteria als sluitstuk van de aanbesteding een uiterst geschikt middel zijn om te sturen op circulariteit in bouwprocessen.³⁰

Zo heel diep geworteld is maatschappelijk verantwoord aanbesteden in de Nederlandse bouwsector dus nog niet. Wel worden er steeds meer veelbelovende projecten aanbesteed, die een grote impuls geven aan het verder ontwikkelen van circulaire bouwinnovaties en daarmee de duurzaamheidsagenda van de overheid. Nu ook de juiste mind set er lijkt te zijn, is het heel relevant om in dit themanummer verdere mogelijkheden van maatschappelijk verantwoord aanbesteden in kaart te brengen en een aantal meer concrete verplichtingen te verkennen die kunnen worden opgenomen in het aanbestedingstraject. Hiermee kan duurzaam aanbesteden steeds verder wortelschieten in de levenscyclus van het bouwproces.

23 Zie voor het nieuwsbericht daarover <<https://www.overshootday.org/newsroom/press-release-june-2020-english/>>.

24 Zie haar bijdrage in het rapport 'Circulaire gebouwen. Strategieën en praktijkvoorbeelden' (RVO 2020), p. 10, te raadplegen via: <<https://circulairebouweconomie.nl/wp-content/uploads/2020/09/Circulair-Bouwen-Digitale-Versie-Def.pdf>>.

25 Zie onder meer <<https://www.change.inc/circulaire-economie/klimaat-corona-33609>> (gepubliceerd op 6 april 2020); <<https://www.smartcirculair.com/is-het-klimaat-straks-de-grote-winnaar-van-corona/>> (gepubliceerd 25 mei 2020); <<https://www.duurzaam-ondernemen.nl/onderzoek-nederlander-leeft-meer-circulair-door-corona/>> (gepubliceerd op 23 oktober 2020); <https://www.abnamro.nl/nl/media/20201117_rapport-zorgen-over-klimaatverandering-flink-toegenomen-tijdens-corona_tcm16-91202.pdf> (gepubliceerd november 2020).

26 Zie ook European Commission, *Public Procurement for a Circular Economy. Good practice and guidance*, Brussels: EC, 2017, p. 5-6, online te raadplegen via <https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/CP_European_Commission_Brochure_webversion_small.pdf>.

27 Ook zo Terlien en Santurio González 2020, die ingaan op de overheid als 'launching customer', waaronder wordt verstaan dat de overheid als opdrachtgever de markt kan stimuleren om met innovatieve, vernieuwende oplossingen te komen.

28 Zie het rapport *Opcirkelen in de bouw*, p. 8.

29 Ontleend aan Factsheet *Duurzaam Inkopen 2019*, te raadplegen via <<https://www.bouwendnederland.nl/nieuws/18812994/duurzaamheid-in-openbare-aanbestedingen-analyse-2018>>.

30 Zie Versteeg 2018, p. 118-123 waar hij uitgebreid ingaat op gunnen op circulariteit en mogelijke voordelen van levenscycluskosten ten opzichte van andere gunningscriteria. Zie ook M.A.B. Chao-Duivis, 'Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel III)', *TBR* 2018, p. 2-14 en S.J. Petiet en E. Verweij, 'Duurzaamheid en maatschappelijk verantwoord ondernemen bij aanbestedingen', *Bb* 2018/36, p. 29-39.

Maatschappelijk verantwoord aanbesteden: van mogelijkheden naar verplichtingen in een veranderende maatschappelijke context

– Mr. dr. W.A. Janssen en mr. N. van Wijk - van Gilst¹

1. Inleiding

In het laatste decennium zijn aanbestedingen een steeds grotere rol gaan spelen in de strijd tegen klimaatverandering en het behalen van duurzaamheidsdoelstellingen.² Ook de Europese Commissie (hierna: de Commissie), de Nederlandse overheid³, aanbestedende diensten en marktpartijen zien en erkennen het potentieel van de aanbesteding als instrument om bij te dragen aan een duurzame wereld. Maatschappelijk verantwoord aanbesteden is niet meer weg te denken uit de aanbestedingspraktijk.

Deze veranderende maatschappelijke context heeft inherent ook gevolgen voor de rol van zowel het Europees als het nationaal aanbestedingsrecht. Het leidt tot een - tot nu toe onderbelichte - discussie over de toekomstbestendigheid van dit rechtsgebied.⁴ Welke rol *kan* het aanbestedingsrecht spelen in het licht van klimaatverandering? Nog interessanter zelfs: welke rol *zou* het moeten spelen?

Het stellen van deze twee vragen leidt tot een divers pallet aan vervolgvragen, die weer kunnen worden geschaard onder twee aanbestedingsrechtelijke ontwikkelingen.

De eerste ontwikkeling heeft zich in steeds nadrukkelijker vorm in de afgelopen twee decennia gemanifesteerd. Het aanbestedingsrecht heeft zich ontwikkeld van procedurele regels naar instrumentele regels om ruimte te bieden aan maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Het duiden van deze ontwikkeling leidt tot vragen over de reikwijdte en effectiviteit van de juridische (on)mogelijkheden die het aanbestedingsrecht thans biedt om maatschappelijk verantwoord aan te besteden. De tweede ontwikkeling betreft die van juridische mogelijkheden om maatschappelijk verantwoord aan te besteden naar een dwingendere duurzaamheidsrol van het aanbestedingsrecht (met andere woorden: het verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden). Dit leidt tot vragen over de noodzaak en effectiviteit van verplichtingen binnen dit rechtsgebied.

In dit themanummer ‘*Maatschappelijk Verantwoord Aanbesteden: van Mogelijkheden naar Verplichtingen*’ worden bovenstaande vragen en ontwikkelingen beschreven, onderzocht, geduid, en kritisch tegen het licht gehouden.⁵ In deze inleidende bijdrage bediscussiëren wij de veranderende maatschappelijke context waarin het aanbestedingsrecht zich bevindt en de daarmee gepaarde (veranderende) rol van dit rechtsgebied (paragraaf 2 en 3). Daarnaast trachten wij over te gaan tot het formuleren van een beginnend antwoord op de belangrijkste vragen rondom dit thema, mede op basis van de

¹ Willem Janssen en Natasja van Wijk - van Gilst hebben gezamenlijk de redactie van dit themanummer gevoerd. Willem Janssen is Universitair Docent en Onderzoeker bij het Centre for Public Procurement (UUCePP) en het Centre for Regulation and Enforcement (RENFORCE) van de Universiteit Utrecht. Natasja van Wijk - van Gilst is als juridisch medewerker en redacteur werkzaam bij het Instituut voor Bouwrecht. Met dank aan mr. Jeroen Hoogendoorn voor zijn waardevolle bijdrage aan de redactionele werkzaamheden.

² Zoals ook blijkt uit de ‘mijlpalen’ die worden benoemd in paragraaf 3 van deze bijdrage.

³ Het kabinet schreef bijvoorbeeld in het Regeerakkoord: ‘De overheid gaat zijn inkoopkracht beter benutten voor het versnellen van duurzame transities, voor het inschakelen van kwetsbare groepen en om innovatief in te kopen.’ Zie: *Vertrouwen in de Toekomst*, Regeerakkoord 2017-2021.

⁴ Eerder werd het belang van deze discussie aangekaart door Gerbrandy in het kader van het mededingingsrecht. Zie A. Gerbrandy, *Toekomstbesteding mededingingsrecht*, Oratie aan de Universiteit Utrecht, 4 april 2016.

⁵ Op 19 november 2020 vond een online UUCePP-IBR Expertmeeting plaats over dit themanummer waaraan alle auteurs deelnamen.

inzichten van de verschillende bijdragen in dit themanummer (paragraaf 4). We sluiten af met enkele concluderende gedachten (paragraaf 5).

In dit themanummer wordt maatschappelijk verantwoord aanbesteden gedefinieerd als een vorm van aanbesteden waarbij een aanbestedende dienst op de markt leveringen, diensten of werken inkoop met als doel niet alleen te voldoen aan een eigen primaire behoefte, maar ook ten doel heeft om tegelijkertijd een bijdrage te leveren aan een niet-limitatieve lijst van secundaire beleidsdoelstellingen, zoals bijvoorbeeld het bevorderen van duurzaamheid of werkgelegenheid. Daarnaast wordt in de verschillende bijdrages onder een ‘verplichting’ een geheel of gedeeltelijke beperking van de discretionaire ruimte van een aanbestedende dienst om autonoom te kiezen voor een maatschappelijk verantwoorde aanbesteding verstaan.⁶

2. Een veranderende maatschappelijke context: klimaatverandering, duurzaamheid en circulariteit

De afgelopen jaren is steeds meer bewustzijn ontstaan omtrent (de gevaren van) klimaatverandering. Het belang van duurzaam handelen en een circulaire samenleving is daarmee ook sterker op de kaart gezet. In het maatschappelijk debat over klimaatverandering en wat hiertegen te doen, staan duurzaamheid en circulariteit steeds hoger op de agenda. Kort gezegd is op dit moment sprake van een breed gedragen notie dat actie moet worden ondernomen om de gevolgen van klimaatverandering te beperken of zelfs te voorkomen.

In de klimaatwetenschap en binnen de internationale gemeenschap bestaat inmiddels een grote mate van overeenstemming dat klimaatverandering wordt veroorzaakt door de uitstoot van broeikasgassen, waaronder CO₂. Deze uitstoot leidt tot een steeds hogere concentratie van die gassen in de atmosfeer. Deze broeikasgassen houden de door de aarde uitgestraalde warmte vast. Doordat sinds het begin van de industriële revolutie (zo’n anderhalve eeuw geleden) steeds meer broeikasgassen worden uitgestoten, warmt de aarde steeds verder op. De opwarming in die periode bedraagt ongeveer 1,1° C. Ook over het uitgangspunt dat de opwarming van de aarde beperkt moet blijven tot maximaal 2° C, en volgens de meest recente inzichten zelfs

tot maximaal 1,5 °C, bestaat overeenstemming.⁷ Een grotere opwarming van de aarde kan resulteren in zeer extreme klimaatomstandigheden, zoals extreme hitte, extreme droogte, extreme neerslag, met alle schadelijke gevolgen van dien. Hierbij kan gedacht worden aan verstoring van ecosystemen waardoor onder meer de voedselvoorziening in gevaar komt, en stijging van de zeespiegel doordat het ijs van gletsjers en van de poolkappen smelt. Ook kan die opwarming leiden tot klimaatomslagen, waarbij het klimaat op aarde of gebieden op aarde abrupt en ingrijpend verandert (zogenoeten ‘tipping points’). Die gevolgen doen zich voor een deel nu al voor.

In samenhang hiermee is de laatste jaren logischerwijs ook meer bewustwording ontstaan over het belang van ‘duurzaamheid’ om de beschreven klimaatverandering tegen te gaan. Reeds in 1987 bracht de World Commission on Environment and Development (WCED) onder leiding van de Noorse premier Brundtland de rapportage ‘Our Common Future’ uit. De commissie concludeerde dat mondiale milieuproblemen het gevolg zijn van armoede in het ene deel van de wereld en een niet-duurzame consumptie en productie in het andere deel van de wereld. De commissie introduceerde een definitie voor duurzame ontwikkeling die nog steeds breed gedragen wordt:

‘Duurzame ontwikkeling is ontwikkeling die aansluit op de behoeften van het heden zonder het vermogen van toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien in gevaar te brengen’ (Brundtland-rapport 1987).

Inmiddels bevinden wij ons in 2021 en het streven naar duurzaamheid maakt integraal onderdeel uit van onze samenleving. Mede onder invloed van de mijlpalen die in paragraaf 3 van deze bijdrage worden besproken, lijkt het een standaard overweging geworden in het handelen van de overheid. Deze overweging lijkt zich te richten op een steeds grotere belangstelling voor ‘circulariteit’, en het streven naar een circulaire samenleving. Circulariteit kan als volgt worden gedefinieerd⁸:

‘een economisch systeem met de herbruikbaarheid van producten en grondstoffen en het behoud van

⁶ Voor beide definities, zie W.A. Janssen, ‘Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden: een eerste verkenning van een paradigma-verandering’, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht & Staatssteunrecht*, 1, 2020, pp. 19-30.

⁷ Zie onder andere: Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een kader voor de totstandbrenging van klimaatneutraliteit en tot wijziging van Verordening (EU) 2018/1999 (Europese klimaatwet) (COM/2020/80 final) (<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?qid=1584356386480&uri=CELEX:52020PC0080>>); AR5 Synthesis Report: Climate Change 2014. The Synthesis Report (SYR) of the IPCC Fifth Assessment Report (AR5) provides an overview of the state of knowledge concerning the science of climate change, emphasizing new results since the publication of the IPCC Fourth Assessment Report (AR4) in 2007 (<<https://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/>>).

⁸ Zie: *Werken aan een circulaire economie: geen tijd te verliezen* (SER-advies 16/05 van juni 2016), Den Haag: SER 2016, p. 149.

natuurlijke hulpbronnen als uitgangspunt. In de circulaire economie zijn ketens gesloten en optimaal ingericht, onder meer door het circulair ontwerpen van producten. Hernieuwbare grondstoffen worden optimaal gebruikt door middel van cascadering.⁹

Hoewel er nog vele alternatieve definities van dit begrip bestaan, is een circulaire economie een economisch systeem waarin het uitgangspunt het hergebruik van producten en grondstoffen is en optimaal gebruik daarvan wordt nagestreefd. De veranderende maatschappelijke context lijkt, kort gezegd, in brede zin als volgt vorm te krijgen: een circulaire samenleving is duurzaam, en heeft daarom de potentie om klimaatverandering af te remmen, zo niet geheel om te keren.⁹

3. Mijlpalen in de juridisering van klimaatverandering, duurzaamheid en circulariteit binnen de aanbestedingscontext

De hierboven beschreven context van klimaatverandering is ook terug te zien in beleid, wet- en regelgeving binnen de aanbestedingscontext. In het hiernavolgende geven we een kort overzicht van een aantal belangrijke internationale, Europese en Nederlandse 'mijlpalen' die deze stelling onderbouwen, zonder daarbij de ambitie te hebben om in het hiernavolgende alomvattend te proberen te zijn.

3.1 Internationale mijlpalen

3.1.1 Het klimaat centraal in het akkoord van Parijs, het VN-raamverdrag en het Kyoto-protocol

Tijdens de eenentwintigste klimaatconferentie van de Verenigde Naties in Parijs, eind 2015, bereikten de bijna 200 deelnemende landen overeenstemming over een bindend klimaatakkoord, waarmee de uitstoot van broeikasgassen, zoals CO₂, verder moet worden teruggedrongen. Dit Akkoord van Parijs geldt als ijkpunt van het klimaatbeleid voor de komende jaren. De belangrijkste afspraken in het akkoord zijn:

- de gemiddelde mondiale temperatuurstijging moet in 2050 behoorlijk onder ('well below') 2°C blijven, met inspanningen om de stijging verder te beperken tot 1,5°C;
- alle 185 landen zullen eens per vijf jaar hun doelstellingen afmeten aan de wetenschappelijke kennis over klimaatverandering van dat moment en zo nodig verhogen;
- het akkoord is 'bindend', maar dat geldt niet voor de doelstellingen of plannen van landen naar aanleiding van het akkoord, noch voor de bedragen voor het klimaatfonds;

- armere landen zullen voor aanpassingen aan klimaatverandering en voorkomen van emissies kunnen putten uit een fonds dat door rijkere landen wordt gevuld. Hoewel niet bindend, gaat het in de jaren 2020-2025 om een fonds van 100 miljard dollar per jaar;
- het akkoord legt ook een verband met de prominente rol van andere actoren dan landen, zoals bedrijfsleven, burgers, financiële instellingen en lokale overheden.

Zowel de EU als Nederland zijn partij bij het Akkoord van Parijs. Het klimaatverdrag is op 4 november 2016 in werking getreden. Ook het vermelden waard zijn de deelname van Nederland aan het VN-Raamverdrag (UFCCC) in 1992 en het Kyoto-protocol in 1997. Met de deelname hieraan heeft Nederland de verplichting op zich genomen om CO₂-emissies te reduceren. Tot 2011 ging Nederland uit van een reductiedoelstelling in 2020 van 30% ten opzichte van 1990. Daarna (na 2011) is het Nederlandse reductiedoel, kort gezegd, bijgesteld naar een reductie in EU-verband van 20% in 2020. Aanbestedingen wordt niet direct genoemd in deze akkoorden, maar duidelijk mag zijn dat aanbestedingen een belangrijke rol kunnen spelen in het behalen van deze klimaatdoelstellingen.

3.1.2 Belang van verdragen en Urgenda

Dergelijke verdragen lijken aan belang te groeien in het licht van de *Urgenda* zaak. Zoals gezegd heeft Nederland met de ondertekening van het VN-Raamverdrag en het Kyoto-protocol verplichtingen op zich genomen om CO₂-emissies te reduceren.

De Stichting Urgenda is in 2015 naar de (burgerlijke) rechter gestapt met de vraag of de Nederlandse Staat verplicht is de uitstoot van broeikasgassen vanaf Nederlandse bodem per eind 2020 met minstens 25% te verminderen ten opzichte van 1990, en of de rechter de Staat daartoe kan verplichten. Zowel de rechtbank als het Hof¹⁰ hebben de Stichting Urgenda in het gelijk gesteld in haar stelling dat de staat onrechtmatig handelt door onvoldoende maatregelen te nemen om een emissiereductie van 25% te bewerkstelligen en de Staat veroordeeld om de uitstoot van broeikasgassen eind 2020 met ten minste 25% te verminderen. De Hoge Raad heeft het oordeel van het Hof in stand gelaten.¹¹ In reactie daarop heeft het kabinet aangegeven te blijven werken aan maatregelen gericht op het verminderen van de uitstoot van broeikasgas-

⁹ Op 21 januari 2021 publiceerde het Planbureau voor de Leefomgeving een eerste *Integrale Circulaire Economie Rapportage* (ICER 2021), voor meer informatie zie: <<https://www.pbl.nl/publicaties/integrale-circulaire-economie-rapportage-2021>>.

¹⁰ Rb. Den Haag, 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, respectievelijk Hof Den Haag, 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591.

¹¹ HR 20 december 2020, ECLI:NL:HR:2019:2006.

sen.¹² Onduidelijk is nog of dit een effect kan hebben op doelstellingen die in het kader van het aanbestedingsrecht worden gesteld, maar het lijkt in ieder geval niet meer ondenkbaar dat bijvoorbeeld concrete circulaire doelstellingen ook handhaafbaar zijn bij de rechter in de toekomst.

3.2 Europese mijlpalen

3.3 De EU is een sociale markteconomie

Binnen de Europese context is de eerste mijlpaal die in het oog springt de wijziging die heeft plaatsgevonden in de Europese primaire verdragen in 2009. Sinds het Verdrag van Lissabon kent de Europese Unie een sociale markteconomie¹³:

‘De Unie brengt een interne markt tot stand. Zij zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang.’

In de literatuur is de toevoeging van een ‘sociale markteconomie’ uitgebreid bediscussieerd, en als belangrijke wijziging voor het aanbestedingsrecht bestempeld.¹⁴ Hoewel de daadwerkelijke juridische consequenties van deze fundamentele wijziging nog steeds niet duidelijk zijn, is het wel duidelijk dat het ‘sociale’ en het ‘duurzame’ naast pure economische integratie een prominente juridische plek heeft gekregen binnen de interne markt.

3.4 Aanbestedingsrichtlijnen met een nadruk op duurzaamheid

In 2014 zijn de aanbestedingsrichtlijnen hervormd en kunnen niet ontbreken als mijlpaal binnen het aanbestedingsrecht in ons korte overzicht. Destijds stelde de Europese wetgever zich tot doel om deze richtlijnen te moderniseren en te flexibiliseren.¹⁵ Dit uitte zich in het gebruikelijke uitgangspunt om net als bij voorafgaande herzieningen de efficiëntie van de regels te verbeteren door ze te vereenvoudigen, mede om de toegang voor het MKB te vergroten.¹⁶

¹² Brief van 31 januari 2020, voor meer informatie klik hier: <www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/01/31/kamerbrief-over-nadere-toelichting-arrest-hoge-raad-cassatieberoep-urgenda>.

¹³ Art. 3 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie.

¹⁴ E.R. Manunza, W.J. Berends, ‘Social services of General Interest and the Public Procurement Rules’, in U. Neergaard, M. Krajewski, E.M. Szyzszak en Gronden, J.W. van de (eds.), *The Role of SSGs in EU Law: New Challenges and Tensions*, T.M.C. Asser, Den Haag: Nederland, pp. 347-384.

¹⁵ Voor een uitgebreide bespreking van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen zie de special issues nr. 3 en nr. 4 uit 2014 van *Public Procurement Law Review*. Voor een andere Europese moderniseringsvisie zie S. Arrowsmith, ‘Modernising the EU’s Public Procurement Regime: a Blueprint for Real Simplicity and Flexibility’, *Public Procurement Law Review*, 2012, 21, p. 71-82.

¹⁶ Preamble nr. 31-32 Richtlijn 2014/24/EU.

Belangrijker lijkt - zeker in het kader van dit themanummer¹⁷ - echter de uitbreiding of juist verduidelijking van de juridische mogelijkheden om maatschappelijke doelen na te streven, zoals het bevorderen van duurzaamheid en het stimuleren van innovatie. Concreet betekende dit expliciete mogelijkheid om te gunnen op levenscycluskosten¹⁸, het gebruik van eco-labels, de uitbreiding van de uitsluitingsgronden¹⁹ of de introductie van het innovatiepartnerschap.²⁰

3.5 Van de Europa 2020-strategie naar de EU Green Deal

Bovenstaande hervorming van de aanbestedingsrichtlijnen werd in 2010 door Monti ingeleid door een beleidsverandering op Europees niveau waarin aanbestedingen steeds meer als ‘hefboom’ en ‘strategisch instrument’ werd gezien om beleidsdoelstellingen te behalen.²¹

In de jaren die hierop volgden was de Europa 2020-strategie²², de langetermijnstrategie van de EU, het belangrijkste ijkpunt voor beleid dat als doel stelde om een sterke en duurzame economie met veel werkgelegenheid te creëren.²³ De Commissie stelde in het kader van de 2020-strategie vijf streefdoelen op het gebied van arbeid, onderzoek & ontwikkeling, klimaatverandering en energie, onderwijs en armoedevermindering. Binnen deze strategie bleven overheidsopdrachten een belangrijke rol spelen. Overheidsopdrachten werden gezien als één van de instrumenten die kunnen worden ingezet om een slimme, duurzame en inclusieve groei te bereiken terwijl tegelijkertijd overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk worden besteed.

Meer recent heeft de Europese Commissie haar nieuwe groene doelstellingen bekendgemaakt

¹⁷ Zie onder andere de bijdragen van J. Meesters (*TBR* 2021/17), J.O. den Houting (*TBR* 2021/18), D.R. Versteeg (*TBR* 2021/15) en J. Gruyters & L. Michaux (*TBR* 2021/19).

¹⁸ Art. 68 Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁹ Art. 57 Richtlijn 2014/24/EU.

²⁰ Op deze plaats stippen we dit alleen kort aan, het komt uitgebreid aan de orde in paragraaf 5 van deze bijdrage en de verschillende bijdragen in dit themanummer. Preamble nr. 2 Richtlijn 2014/24/EU. Voor meer hierover zie onder andere: A.C.M. Fischer-Braams, ‘Overheidsaanbestedingen: de koffie is klaar! De koffiezaak van het Hof van Justitie nader belicht’, *NtER* 2013, p. 69 en verschillende bijdragen in B. Sj fjell and A. Wiesbrock (eds), *Sustainable Public procurement under EU Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016. W.A. Janssen, ‘Maatschappelijk Verantwoord Aanbesteden: van een procedurele naar een instrumentele benadering van het aanbestedingsrecht’, *TA*, 2012, pp. 7-17.

²¹ M. Monti, ‘A New Strategy for the Single Market: at the Service of Europe’s Economy and Society’, Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso, 2010, p. 12.

²² Deze strategie bouwt voort op de zogenaamde Lissabon-strategie en had een looptijd van 10 jaar (2010-2020).

²³ COM(2010)2020 EU - Mededeling, EUROPA 2020 Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei.

in de Europese Green Deal.^{24,25} In dit document staat klimaatverandering centraal. De Green Deal voorziet in een actieplan om hulpbronnen efficiënter te gebruiken door over te schakelen op een schone, circulaire economie, de biodiversiteit te herstellen en de vervuiling terug te dringen. Het actieplan geeft aan welke investeringen en financiële instrumenten daarvoor nodig zijn. Het verduidelijkt ook hoe er voor een rechtvaardige en inclusieve transitie kan worden gezorgd.²⁶ In de Green Deal wordt wederom expliciet verwezen naar de rol van aanbestedingen bij de bevordering van onder andere duurzaamheid²⁷:

‘Public authorities, including the EU institutions, should lead by example and ensure that their procurement is green. The commission will propose further legislation and guidance on green public purchasing.’

Naast dat aanbestedingen een essentiële functie blijven vervullen, gaat de Green Deal ogenschijnlijk een stap verder dan alleen een Europese nadruk op mogelijkheden om maatschappelijk verantwoord aan te besteden.²⁸ Dat de dwingende verwijzing naar ‘ensure’ in de Green Deal geen toeval is, blijkt uit de European Green Deal Investment Plan van 14 januari 2020. In dit document wordt het volgende voorgesteld^{29,30}:

‘De Commissie zal bindende groene minimumcriteria of -doelstellingen bepalen voor overheidsopdrachten in sectorale initiatieven, EU-financiering of productspecifieke wetgeving.’ Dit lijkt de eerste specificering van een zin uit de Green Deal zelf: ‘The Commission will propose further legislation and guidance on green public purchasing.’

Dit alles wijst erop dat naast ‘zachte’ maatregelen, zoals beleid en praktische ondersteuning voor aanbestedende diensten, een aanpassing van Euro-

pese aanbestedingswetgeving of de introductie van nieuwe regels op stapel staat.

3.6 Nederlandse mijlpalen

3.6.1 Het klimaat in Nederlandse brede wetgeving: de Klimaatwet en het klimaatakkoord

Per 1 september 2019 is de *Klimaatwet* van kracht in Nederland.³¹ De Klimaatwet bepaalt dat de CO₂-uitstoot in 2050 95% minder dient te zijn ten opzichte van 1990, en dat in 2030 een CO₂-reductie van 49% bewerkstelligd moet worden. Tevens zal het percentage hernieuwbare energie op 31 december 2050 100% moeten bedragen. Voor de Rijksoverheid bevat de Klimaatwet een aantal beleids- en monitoringsverplichtingen, maar de wet bevat zelf geen concrete maatregelen om de doelstellingen te bereiken.

Het *Klimaatakkoord* bevat de materiële invulling van het klimaatbeleid voor de periode tot 2030.³² De regering heeft ingezet op het sluiten van een klimaatakkoord met de vertegenwoordigers van de betrokken sectoren en maatschappelijke partners. Om het klimaatakkoord uit te werken werden per sector klimaattafels ingesteld: mobiliteit (zonder de luchtvaart) landbouw, elektriciteit, industrie en gebouwde omgeving. In het op 29 juni 2019 gepresenteerde definitieve akkoord zijn voor al deze sectoren maatregelen geformuleerd. Daar zijn onder meer een ontwerpakkoord en doorrekening door de planbureaus (PBL en CPB) aan vooraf gegaan.³³ Na de totstandkoming van het definitieve akkoord en de parlementaire discussie daarover, zal overgegaan worden tot implementatie van de maatregelen. Zoals gezegd zullen dergelijke duurzaamheidsdoelstellingen uiteindelijk een effect hebben op de aanbestedingspraktijk, aangezien voor het bereiken van deze doelstellingen veelal aanbestedingen zullen worden aangewend.

3.6.2 Maatschappelijke waarde in de Aanbestedingswet 2012

De Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) is ten tijde van het hierboven beschreven Europese wetgevingsproces tot stand gekomen.³⁴ Niettemin heeft de Nederlandse wetgever in 2012 duurzaamheid alleen centraal gesteld via ‘ambities’ in plaats van doelstellingen. Deze wet uit 2012 was ‘erop gericht

²⁴ EU Commissie, ‘The European Green Deal’ EU Commissie, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 11 december 2019 COM (2019) 640 final (niet beschikbaar in het Nederlands).

²⁵ W.A. Janssen, ‘Over de invloed van de Europese Green Deal op het aanbestedingsrecht en de autonomie van inkoop’, *TBR* 2020/43; W.A. Janssen, ‘Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden: een eerste verkenning van een paradigmaverandering’, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht & Staatssteunrecht*, 1, 2020, pp. 19-30.

²⁶ Website van de Europese Commissie: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_nl>.

²⁷ European Green Deal, p. 8.

²⁸ W.A. Janssen, ‘Over de invloed van de Europese Green Deal op het aanbestedingsrecht en de autonomie van inkoop’, *TBR* 2020/43.

²⁹ European Green Deal, p. 8.

³⁰ Zeer recent publiceerde de Europese Commissie nog een document met daarin de antwoorden op 15 regelmatig gestelde vragen met betrekking tot maatschappelijk verantwoord aanbesteden¹⁵ frequently Asked Questions on Socially Responsible Public Procurement’, *European Commission* januari 2021 (<<https://sustainable-procurement.org//news?c=search&uid=e2517xQ7>>).

³¹ Wet van 2 juli 2019, houdende een kader voor het ontwikkelen van beleid gericht op onomkeerbaar en stapsgewijs terugdringen van de Nederlandse emissies van broeikasgassen teneinde wereldwijde opwarming van de aarde en de verandering van het klimaat te beperken (*Klimaatwet*), *Stb.* 2019, nr. 253.

³² Zie: <www.klimaatakkoord.nl>.

³³ Voor meer informatie zie <<https://www.cpb.nl/doorrekening-ontwerp-klimaatakkoord-en-kabinetvarianten>> en <<https://www.pbl.nl/publicaties/effecten-ontwerp-klimaatakkoord>>.

³⁴ Concept Memorie van Toelichting, Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU (Concept MvT), p. 2.

dat de overheid op een transparante en effectieve manier inkoop tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij ondernemers een goede en eerlijke kans maken op een opdracht.³⁵ Wel van belang is om de introductie van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 te noemen dat bepaalt dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zorg draagt voor het leveren van *zo veel mogelijk maatschappelijke waarde* voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid van dit artikel. Deze bepaling is via een amendement in de Aw 2012 terechtgekomen, en is een voorbeeld van Nederlandse wetgeving bovenop de aanbestedingsrichtlijnen.³⁶

De toon van de Nederlandse wetgever werd wel explicieter ten aanzien van duurzaamheid tijdens implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen in 2016 door te stellen dat de aanbestedingen in de Aw 2012 *'meer ruimte [moesten] bieden voor het realiseren van strategische doelstellingen bij opdrachten (zoals innovatie en duurzaamheid).'*³⁷ Zo werd destijds verwezen naar de noodzaak dat 'aangebestede diensten en speciale-sectorbedrijven door middel van overheids- en speciale-sectoropdrachten kunnen bijdragen aan slimme, duurzame en inclusieve groei, zoals nagestreefd in de Europa 2020-strategie'.³⁷ De bovengenoemde mogelijkheden om maatschappelijk verantwoord aan te besteden zijn na implementatie inmiddels gemeengoed geworden binnen het aanbestedingsrecht.

3.6.3 Versterkte aandacht voor duurzaamheid in aanbestedingsbeleid

Ok in Nederland is maatschappelijk verantwoord aanbesteden een belangrijke rol gaan spelen binnen het overheidsbeleid. Al in 2007 stelden Rijk, provincies en gemeenten doelstellingen als 100%, 75% en 50% duurzaam aanbesteden. Deze doelstellingen werden overwegend niet gehaald.³⁸ Dit mondde wel uit in een zachtere aanpak door middel van het Manifest Maatschappelijk Verantwoord Inkopen (Manifest MVI). Dit manifest is bedoeld om de bijdrage van Maatschappelijk Verantwoord Inkopen op de realisatie van de doelstellingen te vergroten. In het Manifest MVI zijn ambities vastgelegd die verder gaan dan het toepassen van minimumeisen en daarmee vervangt het Manifest eerdere afspraken zoals het 100% duurzaam inkopen op basis van minimumeisen. In het Manifest MVI bepalen overheden zelf hun doelstellingen, op basis

van hun eigen ambities.³⁹ Het is een duidelijk voorbeeld van hoe duurzaamheid en publieke inkoop beleidsmatig verweven worden.⁴⁰

In het oog springt daarnaast het traject Beter Aanbesteden van het ministerie van EZK. Dit traject heeft de afgelopen jaren ingezet op het verbeteren van de professionaliteit en de aanbestedingspraktijk bij overheden. In de Actieagenda Beter Aanbesteden die naar aanleiding van dit traject was opgesteld werden 23 verbeterpunten opgenomen die inmiddels allemaal zijn opgepakt.⁴¹ Het ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZK) voert op dit moment gesprekken met ondernemersorganisaties en overheden over de verdere invulling van de aangekondigde vervolgmaatregelen, waarbij onder meer wordt ingezet op een betere afstemming tussen aanbestedende diensten en marktpartijen.⁴²

Tot slot noemen wij het Plan van Aanpak maatschappelijk verantwoord inkopen 2015-2020 dat zich richtte op alle overheden en beoogde de samenwerking te versterken door het maken van nieuwe en/of aanvullende afspraken tussen overheden om de uniformiteit en effectiviteit te versterken en anderzijds op het verbeteren van de implementatie.⁴³ Daarvoor werden vier stappen uitgewerkt:

1. het uitwerken van gezamenlijke ambities en doelstellingen voor het proces en de toepassings(vorm) van MVI voor de periode 2016-2020, waarin zowel Rijk, medeoverheden (koeplets en/of individuele overheden), bedrijfsleven en maatschappelijke partijen zich kunnen vinden;
2. het ontwikkelen van een systematiek om de voortgang op deze ambities en doelstellingen te volgen en te bevorderen;
3. het verbeteren van kennis, instrumenten en opleiding van inkoopers en opdrachtgevers;
4. het verbeteren van de structuur voor regie en governance.⁴⁴

³⁹ Manifest Maatschappelijk Verantwoord Inkopen, 2016 - 2020 (Manifest MVI), voor meer informatie zie: <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/12/08/rapport-manifest-maatschappelijk-verantwoord-inkopen-2016-2020>>. En zie ook de Kamerbrief voortgang maatschappelijk verantwoord inkopen van 4 juli 2019.

⁴⁰ Voor de relatie tussen de aanpak in het Manifest MVI en de Green deal zie de gastcolumn van W.A. Jansen (TBR 2020/43).

⁴¹ Daarmee is Beter Aanbesteden per 4 september 2019 afgerond. Voor een overzicht van de 23 verbeterpunten uit de Actieagenda Beter Aanbesteden zie: <<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden/documenten/kamerstukken/2019/09/04/overzicht-acties-beter-aanbesteden>>. EZK heeft in samenwerking met VNO-NCW/ MKB-Nederland en de VNG een vervolgprogramma opgesteld. De Tweede Kamer is hier op 3 december 2020 door middel van een kamerbrief over geïnformeerd ((Kamerstukken II 2020/21, 34 252, nr. 20)).

⁴² Nationaal Plan MVI 2021-2025, p. 3 en 4.

⁴³ Plan van aanpak maatschappelijk verantwoord inkopen overheden 2015-2020, september 2019 (zie: <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2015/09/11/plan-van-aanpak-maatschappelijk-verantwoord-inkopen-2015-2020>>).

⁴⁴ Plan van Aanpak MVI 2015-2020, p. 3.

³⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 3. Voor een uitgebreide bespreking zie J.M. Hebly, E.R. Manunza, M. Scheitma, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, VBR Preadviezen, 2010

³⁶ Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 46. Voor een bespreking van deze bepaling zie elders in dit themanummer W.A. Janssen & E.E. Neele, TBR 2021/16 en A.J. Van Heeswijk, TBR 2021/20.

³⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 5.

³⁸ Klimaattoekend Gemeenten en Rijk 2007-2011, 2007.

Zeer recent, eind januari 2021, verscheen het Z vervolg op het Plan van Aanpak MVI 2015-2020.⁴⁵ De ambitie van dit Nationaal plan MVI 2021-2025 is om een krachtige impuls te geven aan de toepassing van MVI door overheden. Dit Nationaal plan raakt aan een aantal andere parallelle ontwikkelingen op gebied van inkoop. Ten eerste is voor de circa € 10-12 miljard aan Rijksinkoop al eerder de Rijks-inkoopstrategie 'Inkopen met Impact' ontwikkeld.⁴⁶ Het Plan van Aanpak ondersteunt de uitvoering van deze Rijksinkoopstrategie. Ook raakt het Plan van Aanpak aan bovengenoemd traject 'Beter Aanbesteden', een professionele inkooppraktijk is immers één van de voorwaarden om maatschappelijk verantwoord te kunnen inkopen. En andersom is MVI een belangrijke motor om de inkooppraktijk te willen verbeteren.

4. Het aanbestedingsrecht in ontwikkeling door klimaatverandering

Bovenstaande context met mijlpalen leidt tot vragen over de toekomst van het aanbestedingsrecht in het licht van klimaatverandering. In de komende paragrafen lichten wij enkele gedachten, aandachtspunten en conclusies van de individuele bijdragen in dit themanummer uit, door ze te categoriseren en nader te bediscussiëren, in het kader van de twee ontwikkelingen binnen dit rechtsgebied die hierboven al werden benoemd, namelijk van een procedurele rol naar instrumenteel aanbestedingsrecht (paragraaf 4.1), en van mogelijkheden naar verplichtingen (paragraaf 4.2).⁴⁷

4.1 Van een procedurele rol naar instrumenteel aanbestedingsrecht

De eerste ontwikkeling van een procedurele rol naar instrumenteel aanbestedingsrecht leidt in dit themanummer tot discussie en gedachtenvorming over het belang van aanbesteden in de strijd tegen klimaatverandering, en discussie over de noodzaak om de huidige bestaande juridische mogelijkheden aan te passen of geheel te hervormen.

4.1.1 De strijd tegen klimaatverandering: een aanbestedingsaangelegenheid?

Een duiding van deze ontwikkeling richting een instrumenteel gebruik van aanbestedingen leidt

tot een terugkerende conclusie, waarbij wordt aangesloten bij breed gedragen conclusies uit de literatuur⁴⁸: het aanbestedingsrecht biedt 'diverse mogelijkheden' om duurzaamheid centraal te stellen in aanbestedingen, waaronder technische specificaties, uitsluitingsgronden, abnormaal lage inschrijvingen, en gunningscriteria.⁴⁹ Het belang van aanbestedingen in de strijd tegen klimaatverandering staat daarnaast als tweede conclusie als een paal boven water om de 'zorgwekkende wereldwijde klimaatontwikkeling' tegen te gaan.⁵⁰ Niettemin is het van belang om de voorvraag naar de effectiviteit van dit beleidsinstrument te stellen⁵¹, maar ook om te bezien hoe dit duurzaamheidsstreven zich verhoudt tot de doelstelling om toegang van het MKB te waarborgen, omdat zware duurzaamheidseisen mogelijk een toegangsbeperkend effect kunnen hebben.⁵² Daarnaast is het noodzakelijk om vast te stellen welke invloed een versterkte nadruk op duurzaamheid heeft op het nastreven van andere beleidsdoelstellingen, zoals de werkgelegenheid van langdurig werklozen.⁵³ De strijd tegen klimaatverandering staat derhalve niet op zichzelf, en moet steeds in een breder maatschappelijk kader van *People, Profit & Planet* worden gezien.⁵⁴

Duidelijk is vervolgens dat het momenteel - anders dan het beeld dat veelal in politiek en beleid wordt geschetst - schort aan het gebruik van de juridische mogelijkheden om maatschappelijk verantwoord aan te besteden door aanbestedende dien-

48 A. Erridge, 'Involvement of SMEs in public procurement', *Public Procurement Law Review*, 1988, p. 37; R. Watermeyer, 'The use of targeted procurement as an instrument of poverty alleviation and job creation in infrastructure projects', *Public Procurement Law Review*, 2000, p. 226; B. Sjöfjell & A. Wiesbrock, 'Why should public procurement be about sustainability?', in B. Sjöfjell & A. Wiesbrock, *Sustainable Public Procurement under EU Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 1; E.R. Manunza, 'De kunst van het kiezen', *Ars Aequi*, 2017, p. 962; A.C.M. Fischer-Braams, 'Overheidsaanbestedingen: De koffie is klaar! De Koffiezaak van het Hof van Justitie nader belicht', *NtEr* 2013, p. 69-7; F. Pennings & E.R. Manunza, 'The Room for Social Policy Conditions in Public Procurement Law' in T. van den Brink e.a., *Sovereignty in the shared legal order of the EU. Core Values of Regulation and Enforcement*, Cambridge: Intersentia Publishing 2015, p. 173-199; A. Sanchez-Graells e.a., *Smart Public Procurement and Labour Standards: Pushing the discussion after Regiopost*, Oxford: Hart Publishing 2017.

49 Zie de ook de bijdragen in dit themanummer van G. J. Huith, *TBR* 2021/14, par. 1; W.A. Janssen & E.E. Neele, *TBR* 2021/16, par. 1 en J. Meesters, *TBR* 2021/17, par. 1-2.

50 Zie ook de bijdragen in dit themanummer van J. Meesters, *TBR* 2021/17, par. 7; G. J. Huith, *TBR* 2021/14, par. 1; W.A. Janssen & E.E. Neele, *TBR* 2021/16, par. 1-2.

51 W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigmaverandering', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht & Staatssteun*, 2020, 1, p. 21.

52 Zie ook de bijdrage in dit themanummer van G.J. Huith, *TBR* 2021/14, par. 4.

53 Zie in dit kader W.A. Janssen & E.E. Neele in hun bijdrage over de prioriteringsproblematiek elders in dit themanummer, *TBR* 2021/16, par. 3.

54 Zie ook de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17, par. 5.

45 Gezamenlijke publicatie van de ministeries van IenW, BZK, SZW, EZK, BZ en OCW, onder coördinatie van IenW, januari 2021.

46 *Inkopen met impact, Strategie voor duurzaam, sociaal en innovatief, opdrachtgeverschap door de rijksoverheid*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties oktober 2019 (<<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/10/28/inkopen-met-impact>>).

47 Het spreekt voor zich dat wij voor een gedetailleerde analyse van de materie verwijzen naar de bijdragen zelf. Eerlijkheidshalve merken wij daarnaast op dat een geheel gescheiden bespreking van deze twee ontwikkelingen beperkingen heeft. Gedeeltelijk zijn deze ontwikkelingen gelijktijdig waar te nemen, zoals ook blijkt uit de individuele bijdragen in dit themanummer.

sten in de praktijk.⁵⁵ Gedeeltelijk kan dit mogelijk de tweede ontwikkeling naar verplichtingen binnen het aanbestedingsrecht verklaren, maar daarnaast kunnen ook de onderstaande aandachtspunten aangaande de rechts(on)zekerheid omtrent de huidige juridische mogelijkheden inzichten kunnen de beperkte toepassing in de praktijk verklaren. Zo zal onduidelijkheid over de reikwijdte en interpretatie van deze mogelijkheden om maatschappelijk verantwoord aan te besteden het gebruik in de praktijk niet ten goede komen. Ook blijft de professionaliteit van de publieke inkoop een aandachtspunt.⁵⁶ Het verbeteren van het aanbestedingsrecht blijft een opzichzelfstaande exercitie als de gegeven juridische ruimte uiteindelijk niet of in onvoldoende mate wordt benut.

4.1.2 Mogelijkheden om maatschappelijk verantwoord aan te besteden: *fit for purpose*?

In dit themanummer worden belangrijke juridische mogelijkheden om maatschappelijk verantwoord aan te besteden, nader bediscussieerd. Dit houdt in dat de regels aangaande technische specificaties, uitsluitingsgronden, abnormaal lage inschrijvingen, en het gunnen op de laagste levenscycluskosten, worden geduid in het licht van klimaatverandering, duurzaamheid en circulariteit. Al deze fases in het aanbestedingsproces bieden mogelijkheden, maar ook zijn er aandachtspunten die aanbestedende diensten verhinderen om 'een behoorlijke winst te behalen' op het gebied van publieke inkoop.⁵⁷ Niet aan de orde komen andere vraagstukken als het betrekken van Corporate Sociale Responsibility beleid in de selectie van ondernemingen en de ogenschijnlijk beperkende rol van proportionaliteit bij het stellen van duurzaamheidsvoorwaarden.⁵⁸ Deze aspecten zouden in toekomstig onderzoek nog aanvullend onder de loep genomen kunnen worden.

Duurzaam specificeren

Technische specificaties zijn allereerst van oudsher een bruikbaar middel om maatschappelijk verantwoord aan te besteden, zoals ook beargumenteerd wordt door Huith.⁵⁹ Belangrijke kanttekening hierbij is dat ook aanbestedingen die wor-

den gegund op basis van laagste prijs duurzaam kunnen zijn. De gedachte is dat een hoge mate van specificatie geen ruimte laat voor concurrentie op basis van duurzaamheid of kwaliteit in brede zin. Aanbestedende diensten hebben op basis van art. 2.76 Aw 2012 de vrijheid om te kiezen voor drie mogelijkheden om het gewenste duurzaamheidsniveau voor te schrijven aan inschrijvers: gedetailleerde specificaties, functionele of prestatie-eisen of een combinatie daarvan. Meer flexibiliteit kan vervolgens geboden worden door het bieden van de mogelijkheid om varianten in te dienen volgens art. 2.83 Aw 2012. Interessant genoeg wordt hier in de praktijk weinig gebruik van gemaakt. Zo blijkt de beoordeling van varianten bewerkelijk. Ook lijkt het gebruik van milieukenmerken minder eenvoudig dan veelal gedacht wegens de strenge voorwaarden die art. 2.78a Aw 2012 stelt. Huith concludeert daarom, kort samengevat, dat het aanbestedingsrecht 'een breed palet [bevat] van mogelijkheden om aspecten van duurzaamheid te betrekken bij de specificatie van het voorwerp van de opdracht', maar dat de aanbestedingsbeginselen als glazen plafond en mogelijk zelfs als 'belemmering' werken. Zo kan er niet te specifiek gespecificeerd worden om willekeur te voorkomen.⁶⁰ Proportionaliteitsvraagstukken komen verder voor bij het voorschrijven van keurmerken, die ogenschijnlijk toch niet allemaal kunnen voldoen aan de eisen uit art. 2.78a Aw 2012.⁶¹

Niet-duurzame partijen uitsluiten

Hoewel de start van de daaropvolgende bespreking over uitsluitingsgronden door Meesters wellicht doet vermoeden dat deze gronden 'over het geheel genomen weinig raakvlakken hebben met het thema milieu en klimaat'⁶², komt uit de bespreking van deze aanbestedingsfase toch de relevantie duidelijk naar voren. Niettemin lijken de huidige mogelijkheden in de wet inderdaad beperkt. Voor de hervorming van het aanbestedingsrecht in 2014 kon milieu mogelijk al een rol spelen in het kader van een overtreding van de beroepsgedragsregels of een ernstige beroepsfout. Momenteel bestaat alleen de ernstige beroepsfout en zou deze grond bijvoorbeeld relevant kunnen zijn wanneer een onherroepelijk vonnis op nationaal niveau vaststelt dat er sprake was van kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst van een marktpartij, volgens het bekende *Forposta* arrest.⁶³

Sinds 2014 lijkt het echter logischer om uitsluiting in het kader van duurzaamheid te trechteren in

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld F. Schotanus, K. Gaaikema, 'De status van circulair en duurzaam inkopen: van best practice naar common practice', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht & Staatssteun*, 2020, 6, pp. 6-12. Zie ook: G. Firmerius, 'Duurzaam aanbesteden: wel doelen, onvoldoende actie', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht & Staatssteun*, 2020, 6, pp. 4-5. Zie ook de bespreking van deze bijdrages in bijvoorbeeld G.J. Huith, *TBR* 2021/14, par. 2; W.A. Janssen & E.E. Neele, *TBR* 2021/16, par. 1.

⁵⁶ EU Commissie, *ProcurCompEU: Europees competitiekader voor professionals op het gebied van overheidsopdrachten*, december 2020.

⁵⁷ Zie de bijdrage van G.J. Huith in dit themanummer, *TBR* 2021/14, par. 2.

⁵⁸ Zie voor een eerste verkenning van deze aspecten: W.A. Janssen, 'Duurzaamheid & het aanbestedingsrecht: wel toekomstbestendig?', *Markt & Mededinging*, 2020, 4 & 5, pp. 181-185.

⁵⁹ Zie de bijdrage van G.J. Huith in dit themanummer, *TBR* 2021/14, par. 2-3.

⁶⁰ Zie de bijdrage van G.J. Huith in dit themanummer, *TBR* 2021/14, par. 3.1.

⁶¹ De rol van proportionaliteit wordt ook besproken in de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17, par. 2.

⁶² Zie de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17, par. 3.1.

⁶³ HvJ 13 december 2012, C-465/11 (*Forposta*). Zie de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17, par. 3.2.

het kader van twee nieuwe uitsluitingsgronden. Zo bevat art. 2.87 lid 1 sub a Aw 2012 jo. art. 2.81 lid 2 Aw 2012 een facultatieve uitsluitingsgrond, waarmee schending van verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal- en arbeidsrecht genoemd kunnen worden. De introductie van deze bepaling is een goed voorbeeld van de aanvullende juridische mogelijkheden om maatschappelijk verantwoord aan te besteden die zijn geïntroduceerd tijdens de hervorming van de aanbestedingsrichtlijnen in 2014. Deze relevantie is recentelijk door het Hof van Justitie nader onderstreept in het arrest *Tim*.⁶⁴ Het Hof onderschrijft de wet- en regelgeving uit 18 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU, geïmplementeerd in art. 2.81 lid 2 Aw 2012, als een *beginsel* en als een 'kernwaarde'.⁶⁵ Onduidelijk is nu wel wat deze conclusie betekent voor de praktijk, en of dit daadwerkelijk een aanpassing van de interpretatie van de aanbestedingsregels betekent of dat het alleen het belang van milieu wetgeving en de naleving ervan onderstreept.

Ook binnen de uitsluitingsgrond over past performance van Art. 2.87 lid 1 sub 9 Aw 2012 ziet Meesters mogelijk ruimte om maatschappelijk verantwoord aan te besteden als onder andere milieuaspecten een belangrijke rol spelen in de aanbesteedde opdracht en juist ten aanzien van deze milieuaspecten in een eerdere opdracht een sanctie is opgelegd wegens aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen.⁶⁶ In dit kader pleit Huith terloops in zijn bijdrage voor ruimte voor een positieve benadering op dit gebied: een positieve past performance; het belonen van goede prestaties in plaats van het normeren van negatieve.⁶⁷ Niettemin is Meesters kritisch door de nieuwe grond uit art. 2.87 lid 1 sub a Aw 2012 als 'beperkt' te bestempelen, mede omdat de reikwijdte beperkt is tot 'de uitvoering van overheidsopdracht' in Richtlijn 2014/24/EU en in de Aw 2012 zelfs tot 'het opstellen van de inschrijving'.⁶⁸ Ook is deze uitsluitingsgrond facultatief, en leidt de toepassing van deze uitsluitingsgrond in Nederland mogelijk tot niets meer dan een ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) document dat wegens praktische overwegingen op dit vlak niet door de aanbestedende dienst nader wordt onderzocht. Mede in dit kader overweegt Meesters dat het opportuun is om een nieuwe uitsluitingsgrond te introduceren, hoewel uitsluitingsgronden niet de 'heilige graal' zijn maar wel een nuttige functie kunnen vervul-

len.⁶⁹ Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een aanpassing van art. 2.87 lid 1 sub a Aw 2012. Dit vereist wel duidelijke normstelling door o.a. vast te stellen wat van betrouwbare en integere inschrijvers wordt verwacht op het gebied van het klimaat om een spanningsveld met de aanbestedingsbeginselen te voorkomen en handhaving in de praktijk te vergemakkelijken.⁷⁰

Gunnen aan de duurzaamste inschrijver

Concurrentie lijkt een goede manier om het onderste uit de duurzaamheids-kan te halen. De mogelijkheid om te gunnen op de laagste levenscycluskosten, zoals vastgelegd in art. 68 Richtlijn 2014/24/EU en art. 2.114 Aw 2012, springt tot slot in het oog als een van de meest veel belovende mogelijkheden. In de praktijk wordt van deze mogelijkheid echter nog niet veel gebruik gemaakt. Zowel Versteeg als Gruyters & Michaux benadrukken in hun bijdrages desalniettemin hoopvol het potentieel van dit gunningscriterium in de strijd tegen klimaatverandering.⁷¹ Versteeg wijst er in dit kader op dat er twee belangrijke weeffouten in de huidige wettelijke regeling zitten. Zo moeten aanbesteders zich onthouden van een selectie van de betrokken levensstadia bij de toepassing van dit criterium, omdat anders willekeur op de loer ligt. Aanbieders zouden mogelijk in de productiefase lage levenscycluskosten maken, terwijl een beoordeling van de gehele levensloop een ander beeld op zou leveren.⁷² De wettelijke bepalingen over levenscycluskosten zijn op dit vlak onduidelijk, dankzij het gebruik woorden als 'op alle of een deel van',⁷³ 'zoals',⁷⁴ en 'kunnen op die manier duurzaamheid meewegen'.⁷⁵ Dergelijke ruimte voor discussie zou er niet moeten zijn zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis en de algemene doelstellingen van het aanbestedingsrecht. Europese en nationale wetgeving zou bij een volgende herziening verduidelijkt moeten worden om deze onzekerheid weg te nemen. Mede om deze reden pleiten Gruyters & Michaux in hun bijdrage vervolgens voor het vastleggen van de relevante fases van de cyclus die een aanbestedende dienst zou moeten beoordelen, waarover hieronder meer.⁷⁶

Versteeg identificeert vervolgens ook een tweede probleem ten aanzien van het gunnen op de laagste levenscycluskosten: het is onduidelijk wel-

64 HvJ EU 30 januari 2020, C-395/18 (*Tim*).

65 HvJ EU 30 januari 2020, C-395/18 (*Tim*), ro. 38.

66 Zie de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17, par. 3.3.

67 Zie de bijdrage van G.J. Huith in dit themanummer, *TBR* 2021/14, par. 5.

68 Zie de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17, par. 4.

69 Zie de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17, par. 7.

70 Zie de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17, par. 5.

71 Zie de bijdrage van J. Gruyters & L. Michaux, *TBR* 2021/19, par. 6 en van D.R. Versteeg, *TBR* 2021/15, par. 1-2.

72 Zie de bijdrage van D.R. Versteeg in dit themanummer, *TBR* 2021/15, par. 3.2.2.

73 Art. 68 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.

74 Art. 68 lid 1 sub a Richtlijn 2014/24/EU en art. 2.115a Aw 2016 lid a.

75 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 7.

76 Zie de bijdrage van J. Gruyters & L. Michaux in dit themanummer, *TBR* 2021/19, par. 5.

ke kosten meegenomen zouden moeten worden. Ook hier wordt een integrale aanpak betoogd: de aanbestedende dienst zou *alle* relevante kosten, inclusief kosten gedragen door de aanbestedende dienst of andere gebruikers (de a-kosten), alsook de kosten toegerekend aan externe milieueffecten (de b-kosten). Duidelijk is dat benadering ten dienste zal staan van de strijd tegen klimaatverandering nu juist het terugdringen van de de b-kosten - hoe moeilijk het ook is om ze te definiëren - een belangrijke rol spelen in de toekomst. Wel is het van belang dat de Europese wetgever aan de slag gaat met kostenberekingsmethodes, *'zodat onafhankelijke en deskundige instanties kunnen bepalen welke milieueffecten verband houden met de kosten van de opdracht en of deze op geld waardeerbaar en controleerbaar zijn'*. Tot op heden heeft de Europese Commissie maar in beperkte mate gehoord gegeven aan deze oproep. Wel zijn er uiteindelijk in 2020 een vijftal nieuwe methodes gepubliceerd, maar blijven deze methodes facultatief in plaats van verplicht.⁷⁷

Uit de bijdragen blijkt dat het aanbestedingsrecht al veel mogelijkheden biedt, ondanks een aantal aandachtspunten lijkt behoud van deze mogelijkheden gewenst.

4.2 Van mogelijkheden naar verplichtingen in het aanbestedingsrecht

De tweede ontwikkeling betreft die van juridische mogelijkheden om maatschappelijk verantwoord aan te besteden naar verplichtingen om maatschappelijk verantwoord aan te besteden. Duidelijk wordt dat deze ontwikkeling zich in een vroeger stadium bevindt dan de eerste ontwikkeling die hiervoor werd besproken. Noodzakelijkerwijs betreft de gedachtenvorming in dit geval een reflectie op het beperkte aantal ineffectieve huidige verplichtingen om maatschappelijk verantwoord aan te besteden. Belangrijker is de vooruitblik op toekomstige vraagstukken - gedreven door klimaatverandering, politieke aandacht en aanstaande wetgevende processen - die in de komende jaren meer aandacht zullen gaan vragen.⁷⁸ In de verschillende bijdragen wordt een aanzet tot discussie gedaan over onder andere de soort verplichtingen, het reguleringsniveau van verplichtingen, en de daarmee gepaarde handhavingproblematiek.

4.2.1 Reguleringsvraagstuk: effectieve verplichtingen om maatschappelijk verantwoord aan te besteden?

Er zijn meerdere reguleringsmethoden om een verplichting vorm te geven, waarbij de ene verplichting de discretionaire ruimte van aanbestedende diensten meer beperkt dan de ander. Gedacht

kan onder andere worden aan duurzame minimumvereisten, klimaat-doelstellingen, verplichte uitsluiting. De noodzaak van verplichtingen lijkt vooral te worden onderschreven in het kader van het ogenschijnlijk geringe gebruik van de hierboven beschreven juridische verplichtingen. Eerder werd ook aandacht gevraagd naar de effectiviteit van deze verplichtingen buiten het recht.⁷⁹

Concrete in plaats van open verplichtingen

Uit de bijdrage van Janssen & Neele blijkt vanuit juridisch perspectief dat de tot nu geprefereerde open aanbestedingsrechtelijke normen een prioriteringsprobleem met zich meebrengen dat tot rechtsonzekerheid leidt. Omdat het handelingsperspectief van de aanbestedende dienst wordt opengelaten ontstaat er ruimte voor niet-duurzaam handelen. Dergelijke ineffectiviteit, blijkt zowel uit de toepassing in de rechtspraak van art. 1.4 lid 2 Aw 2012⁸⁰, als ook uit de onbevredigende oplossingen die worden geopperd in de literatuur ten aanzien van art. 11 VWEU. Mede op basis van deze conclusie beargumenteren Janssen & Neele dat concrete aanbestedingsrechtelijke verplichtingen, zoals klimaatdoelstellingen, minimumeisen in een aanbesteding en/of duurzame producteisen, de voorkeur zouden moeten verkrijgen boven hun open evenknieën, omdat ze wel het handelingsperspectief van aanbestedende diensten reguleren. De keuze voor duurzaamheid én de keuze van een aanbestedende dienst hoe dit praktisch vorm te geven in een aanbesteding, komen hierdoor vast te liggen. Concrete verplichtingen zijn hierdoor effectiever om daadwerkelijk aan de slag te gaan met klimaatverandering.

Afwijzing van niet-duurzame inschrijvers

Bij abnormaal lage inschrijvingen *moeten* inschrijvers momenteel worden afgewezen als de inschrijving laag is wegens schending van milieunormen, zo blijkt uit de bijdrage van Den Houting. Art. 2.116 lid 1 Aw 2012 biedt momenteel een aanbestedende dienst de mogelijkheid om bij een 'abnormaal lage inschrijving' een toelichting te vragen aan de bewuste inschrijver. Lid 4 van dit artikel bepaalt vervolgens dat een aanbestedende dienst een inschrijving *kan* afwijzen indien de prijs door deze inschrijver niet genoegzaam kan worden gestaafd. Volgens lid 5 van dit artikel moet de aanbestedende dienst daartoe overgaan als de inschrijving niet voldoet aan dwingend voorschriften op het gebied van milieu-, sociaal- of arbeidsrecht. Die laatste verplichting is geïntroduceerd in Richtlijn 2014/24/EU, waarmee de Europese wetgever het bovengenoemde belang voor een duurzame samenleving

⁷⁷ Zie: <<https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm>>.

⁷⁸ Zie de bijdrage van W.A. Janssen & E.E. Neele in dit themanummer, TBR 2021/16, par. 1-2.

⁷⁹ Zie Janssen 2020, p. 22.

⁸⁰ Zie de bijdragen van W.A. Janssen & E.E. Neele, TBR 2021/16, par. 3 en A.J. van Heeswijk, TBR 2021/20, par. 3.3.

nader heeft onderstreept.⁸¹ Interessant is dat Den Houting concludeert dat op basis van het *Slovensko*-arrest en het gewijzigde art. 69 lid 1 in Richtlijn nr. 2014/24/EU dat aanbestedende diensten *altijd* verplicht zijn abnormaal lage inschrijvingen te onderzoeken (en dus niet alleen bij een mogelijke schending van de hiervoor genoemde verplichtingen of enkel wanneer zij voornemens zijn een dergelijke inschrijving af te wijzen). Deze verplichting is onvoldoende duidelijk geïmplementeerd in art. 2.116 lid 1 Aw 2012 en wordt blijkens zijn analyse bovendien ten onrechte niet aangenomen door de nationale rechter. Dit is een belangrijke vaststelling, omdat lid 1 onderbelicht lijkt op het duurzaamheidsvlak en dus ook dwingender van aard is dan veelal aangenomen. Lid 1 is ook van belang bij de discussie over maatschappelijk verantwoord aanbesteden, een abnormaal lage inschrijving kan namelijk voldoen aan de relevante milieuvorschriften en daardoor niet onder lid 5 vallen, maar nog steeds niet-duurzaam zijn. Ook kan het voorkomen dat een aanbestedende dienst de route via lid 5 wegens vergaande onderzoeksverplichtingen als lastig ervaart en daarom (al dan niet terecht) de juridische toetsing vanuit praktische overwegingen toch via lid 1 en 4 laat verlopen. Dit onderschrijft derhalve het belang van een bredere blik op de regulering van abnormaal lage inschrijvingen.

Dwingende harmonisatie voor gunnen op levenscycluskosten

Deze conclusie sluit goed aan op de conclusie van Gruyters & Michaux, die in hun bijdrage beargumenteren dat een meer dwingende rol van het aanbestedingsrecht op het vlak van het gunnen op de laagste levenscycluskosten gewenst is. Ze schetsen een kader om te komen tot meer dwingende harmonisatie vanuit de Europese Unie in de vorm van een specifieke richtlijn, en verkennen de gewenste onderdelen van deze richtlijn. Of deze dwingende rol positief ontvangen zal worden op Europees niveau is momenteel onduidelijk. Hoewel de Europese Commissie in de EU Green Deal lijkt voor ter sorteren op een meer dwingende rol van het aanbestedingsrecht in het kader van duurzaamheid, is er ook een terugtrekkende beweging van de Commissie zichtbaar die weer terugkeert naar de *status quo* van mogelijkheden. Daar waar de richtlijn Schone Voertuigen (Richtlijn 2009/33) namelijk eerst dwingende secundair rechtelijke vereisten oplegde aan aanbestedende diensten bij de aankoop van voertuigen, laat de meest recente hervormde versie van deze richtlijn niet veel over van dit dwingende karakter door allen minimum doel-

stellingen op te nemen. De Commissie deed onderzoek naar deze richtlijn en concludeerde dat er te weinig gebruik van werd gemaakt van de dwingende levenskostenmethodologie.⁸² Terecht twifelen Gruyters & Michaux aan deze tegenstrijdige ontwikkeling: een sterkere nadruk op verplichtingen én tegelijkertijd bestaande verplichtingen intrekken.

Een nieuwe verplichtte uitsluitingsgrond

Mede in het kader van hetgeen besproken is over de uitsluitingsgronden overweegt Meesters of een dwingende rol voor een uitsluitingsgrond in het kader van het klimaat opportuun is, mede omdat de huidige regels deze stap nog niet maken. Hoewel de ratio achter het verplicht stellen van een uitsluitingsgrond niet duidelijk lijkt, is er 'zonder meer' een verband te zien ten aanzien van de ernst van de tekortkomingen.⁸³ Duidelijk is ook dat de verplichtte uitsluitingsgronden in algemene zin duidelijker zijn qua verplichtingen, terwijl de facultatieve uitsluitingsgronden nog ruimte laten voor beoordelingsruimte van de aanbestedende dienst.⁸⁴ Binnen dit kader zou ons inziens een logische vervolgstap in de redenering zijn om in de politieke besluitvorming vast te stellen dat klimaatverandering de belangrijkste uitdaging is voor de wereld, en dat een verplichtte uitsluitingsgrond in de toekomst niet ondenkbaar is.

4.2.2 Subsidiariteitsvraagstuk: Nederland of de Europese Unie?

De introductie van verplichtingen betreft ook een subsidiariteitsvraag in het kader van art. 4 lid 3 VWEU. Regulering van deze verplichtingen binnen de aanbestedingsrichtlijnen, die gebaseerd zijn op de vrijkeer bepalingen, namelijk art. 53 lid 1, 62 en 114 VWEU, vereist aandacht. De Introductie van verplichtingen lijkt echter verder te gaan dan noodzakelijk is voor de totstandkoming van een interne markt voor overheidsopdrachten en concessieopdrachten. Onduidelijk is derhalve of deze rechtsbasis afdoende zijn.⁸⁵

Meesters komt tot de conclusie dat een uitsluitingsgrond voor het klimaat niet bijdraagt aan de eenwording van de interne markt, en daarom mogelijk nadere politieke beraadslaging zou vereisen. Deze conclusie kan echter verzacht worden door het feit dat de Europese wetgever het in het verleden ook niet zo nauw heeft genomen ten aanzien het gebruik van de rechtsbasis voor regulering van de interne markt (art. 114 VWEU) door ook

⁸² Zie de bijdrage van J. Gruyters & L. Michaux in dit themanummer, *TBR* 2021/19, par. 2.4.

⁸³ Zie de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17, par. 6.

⁸⁴ Zie de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17, par. 6.

⁸⁵ Janssen 2020, p. 22.

⁸¹ Zie de bijdrage van J.O. den Houting in dit themanummer, *TBR* 2021/18, par. 1.

andere doelstelling toe te staan binnen dit kader.⁸⁶ Ook zouden duurzame aanbestedingen mogelijk een discriminatoir karakter krijgen als buitenlandse partijen bij uitstek niet in staat zijn om aan een bepaalde uitvraag te voldoen. Niettemin is dit een vraag die aandacht behoeft, en die mede opgelost zou kunnen worden door de rechtsbasis van de richtlijnen uit te breiden.⁸⁷

Ten aanzien van het pleidooi voor meer dwingende regelgeving lijkt het Europese niveau het meest geschikt. Zoals betoogd door Michaux & Gruyters lijkt een richtlijn in plaats van een verordening in combinatie met toepassingsdrempels (met de zinspreuk: 'streng voor groot, mild voor klein' in het achterhoofd) lijkt dit in overeenstemming te zijn met het subsidiariteitsbeginsel. Toch lijkt ook enige ruimte voor maatwerk op zijn plaats, zeker gezien de beperkte capaciteit op lokaal niveau bij aanbestedende diensten, welke ervoor pleit om juist op Europees niveau te werken met algemene uitgangspunten voor LCK methodes in plaats van gedetailleerde regulering.⁸⁸ Belangrijke elementen voor een algemene richtlijn met minimum harmonisatie over het gunnen op levenscyclusmethodes zijn een algemene definitie van cyclus en een overzicht van relevante kosten die meegenomen kunnen worden.⁸⁹

Ook Meesters benadrukt het belang van een Europese aanpak van klimaatdoelstellingen dat momenteel nog veelal een nationale uitwerking kent. Dit is van belang vanuit de interne markt gedachten, en meer specifiek voor ondernemers ten aanzien van de uitsluitingsgronden⁹⁰:

'Voorkomen moet worden dat ondernemers als gevolg van deze verschillen worden verhinderd om in andere lidstaten succesvol te participeren in aanbestedingen. Dit zou immers kunnen leiden tot een ongelijke behandeling die niet zonder meer gerechtvaardigd is en tot een verstoring van het level playing field, bijvoorbeeld omdat ondernemers uit andere lidstaten disproportionele inspanningen moeten verrichten om te voldoen aan regelgeving waaraan de ondernemers uit de eigen lidstaat reeds voldoen.'

4.2.3 Het rechtsbeschermingsvraagstuk: aandacht vereist

Rechtsbescherming bij verplichtingen om maatschappelijk verantwoord aan te besteden is het sluitstuk in de ontwikkeling van mogelijkheden naar verplichtingen dat momenteel 'te weinig' aandacht krijgt. Dat is opvallend, want deugdelijke en toegankelijke rechtsbescherming is wel van essentieel belang om te komen tot effectieve rechtssnormen.⁹¹ Rechtsbescherming, door Van Heeswijck veelal geduid als 'handhaving', roept vragen op over de rol van ondernemers om naleving van duurzaamheidsverplichtingen af te dwingen, over de mogelijkheden van de rechter om hier een rol in te vervullen, en vooral ook welke obstakels zij ondervinden. Dergelijke vragen komen ten eerste - en mogelijk op mist controversiële wijze - naar voren bij onrechtmatige duurzaamheidscriteria, die een schending opleveren van de aanbestedingsregels en aanbestedingsbeginselen. Op dit vlak kan de rechter ogenschijnlijk afdoende rechtsbescherming bieden, omdat de aanbestedende dienst geen beslissingsruimte toekomt om zich te houden aan dit rechtskader. De rechter zal 'vol moeten toetsen'.⁹² Meer problematisch is, ten tweede, de rechtsbescherming bij de schending van verplichtingen tot het toepassen van duurzaamheidscriteria, zoals het geval is bij art. 1.4 lid 2 Aw 2012. Belangrijk struikelblok voor handhaving van deze regels door ondernemers is de vraag of deze bepaling wel strekt tot de bescherming van hun rechten, omdat deze verplichting tot het creëren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde een 'algemeen belang' betreft in plaats van het eigen belang van de ondernemer.⁹³ Rechters lijken zich hierdoor in ieder geval geen raad te weten met dergelijke verplichtingen.⁹⁴ Ten derde lijken er weinig ontwikkelingen in de mogelijkheden tot rechtsbescherming te zijn ten aanzien van de situatie waarin een aanbestedende dienst de mogelijkheid om duurzaamheidscriteria toe te passen onvoldoende heeft benut. Zoals hierboven reeds besproken is maatschappelijk verantwoord aanbesteden een 'mogelijkheid' dit zou hiervoor een verklaring kunnen zijn. Van Heeswijck stelt dan ook terecht vast dat '*de beslissingsruimte van aanbestedende diensten en de daarmee gepaard gaande terughoudende toetsing van rechters het belangstellende ondernemers lastig maken in rechte toepassing van optimale duurzaamheidscriteria af te dwingen*'.⁹⁵

⁸⁶ HvJ EU 5 oktober 2000, Zaak C-376/98, Duitsland/Parlement en de Raad (*Tabaksrichtlijn*), Jur. 2000, p. I-8419. F. Amtenbrink en J.F. Appeldoorn, 'Is er leven na het tabaksreclamearrest? De interpretatie van art. 95 EG en de hernieuwde poging van de Commissie inzake de tabaksreclame', *SEW* 2001, p. 413.

⁸⁷ R. Caranta, 'The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works', *Common Market Law Review*, 2015, 2, p. 409.

⁸⁸ Zie de bijdrage van J. Gruyters & L. Michaux in dit themanummer, *TBR* 2021/19, par. 4.

⁸⁹ Zie de bijdrage van J. Gruyters & L. Michaux in dit themanummer, *TBR* 2021/19, par. 5.

⁹⁰ Zie de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17, par. 5.

⁹¹ Zie de bijdrage van A.J. Van Heeswijck in dit themanummer, *TBR* 2021/20, par. 3.4.

⁹² Zie de bijdrage van A.J. Van Heeswijck in dit themanummer, *TBR* 2021/20, par. 3.2.

⁹³ Zie de bijdrage van A.J. Van Heeswijck in dit themanummer, *TBR* 2021/20, par. 3.3.

⁹⁴ Zie de bijdrage van W.A. Janssen & E.E. Neele in dit themanummer, *TBR* 2021/16, par.

⁹⁵ Zie de bijdrage van A.J. Van Heeswijck in dit themanummer, *TBR* 2021/20, par. 3.4.

Om dit te verbeteren wordt door zowel Janssen & Neele als Van Heeswijck geopperd om het karakter van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 te verduidelijken. Welke verplichtingen volgen hier nu precies uit en kan een inschrijver er daadwerkelijk een beroep op doen? Ook het door Nederland gekozen civiele recht als forum voor geschilbeslechting is een noodzakelijk onderdeel van de discussie, omdat het strafrecht en het bestuursrecht mogelijk meer geënt zijn op het handhaven van algemene belangen. Dit wordt ook onderschreven door de beperkingen van het Nederlandse kort geding, en of deze rechter wel in staat is om te bepalen of de ene aanbesteding duurzamer is dan de andere.⁹⁶

Van Heeswijck ziet tot slot muziek in de oprichting van een aanbestedingsautoriteit om tegemoet te komen aan dit probleem.⁹⁷ De Nederlandse wetgever heeft in 2016 niet gekozen voor deze mogelijkheid in art. 83 Richtlijn 2014/24/EU. De aandacht voor versterking van de handhaving van de aanbestedingsregels en de oprichting van een autoriteit is niet nieuw. Wel nieuw is de specifieke aandacht voor de contractuele fase, meer specifiek wanneer grote beloften zijn gedaan door ondernemers in hun inschrijving, terwijl hier in de uitvoering weinig van terecht komt.⁹⁸ Momenteel biedt art. 2.87 Aw 2012 weinig ruimte voor uitsluiting op dit vlak en blijft alleen het concept van wezenlijke wijziging binnen het aanbestedingsrecht over, terwijl een autoriteit met handhavingsbevoegdheden en sancties mogelijk effectiever zou kunnen optreden tegen niet duurzaam handelen. Huith vraagt in dit kader treffend, onder verwijzing naar de afwezigheid van een toezichthouder, wie is dan eigenlijk de 'eigenaar' van het probleem is.⁹⁹

5. Conclusie: wie is nu aan zet?

In dit themanummer wordt de rol van het aanbestedingsrecht ter discussie gesteld in het licht van klimaatverandering. Uit de verschillende bijdragen blijkt dat de huidige juridische mogelijkheden om maatschappelijk verantwoord aan te besteden beter toegepast en verbeterd kunnen worden, maar dat vooral de stap naar verplicht maatschappelijk aan-

besteden aandacht vraagt. De vraag is vervolgens: wie is nu aan zet?

Het antwoord op deze vraag lijkt vooral te leiden naar de wetgever, omdat de besproken aandachtspunten van regulerende aard zijn. Het gaat ofwel om bestaande wetgeving die aangepast zou moeten worden ofwel om wetgeving die er zou moeten komen. De Europese wetgever, mede in het licht van de besproken subsidiariteitsvraag, lijkt het uitgelezen niveau om klimaatverandering en aanbestedingsrecht nogmaals onder de loop te nemen. Net zoals het klimaat niet stopt bij de grens, doen aanbestedingen dit ook niet.

De conclusies van dit themanummer bieden concrete gezichtspunten voor de toekomst, zoals een voorstel voor een nieuwe uitsluitingsgrond, een verbetering van de regulering van gunnen op de laagste levenscycluskosten en een pleidooi voor concrete verplichtingen. Deze, en de andere, gezichtspunten en conclusies uit dit themanummer kunnen een nuttig startpunt bieden voor discussie over de aanbestedingsregels tijdens de volgende herziening van de aanbestedingsrichtlijnen uit 2014. Op 25 november 2020 onderschreef de Europese Raad ook nog eens het belang van dit thema, maar noemde nog geen concrete noodzaak om de regels te op de korte termijn te herzien.¹⁰⁰ Mogelijk zal de discussie daarom eerder losbranden in de bredere context van duurzaamheid en de nadere milieu wet- en regelgeving die ongetwijfeld zal gaan volgen vanuit de EU Green Deal en het Circular Economy Action Plan.

Nu een herziening van het aanbestedingsrecht zelf nog niet binnen afzienbare termijn in het verschiet lijkt te liggen zou dit aanbestedende diensten niet moeten weerhouden om in de tussentijd te blijven koersen op de integratie van duurzaamheid in hun aanbestedingsbeleid, mede omdat de grote aandacht voor maatschappelijk verantwoord aanbesteden in politiek en beleid zich niet in dezelfde mate lijkt te vertalen in (een toename van) maatschappelijk verantwoorde aanbestedingen in de praktijk. ●

⁹⁶ Zie de bijdrage van W.A. Janssen & E.E. Neele (*TBR* 2021/16) en van A.J. van Heeswijck, *TBR* 2021/20, p. 4.2.

⁹⁷ Zie de bijdrage van A.J. van Heeswijck, *TBR* 2021/20, p. 4.2 en G.J. Huith, *TBR* 2021/14, par. 5.

⁹⁸ Zie de bijdrage van G.J. Huith aan dit themanummer, *TBR* 2021/14, par. 5.

⁹⁹ Zie de bijdrage van G.J. Huith aan dit themanummer, *TBR* 2021/14, par. 5.

¹⁰⁰ European Council, *Council Conclusions: Public Investment through Public Procurement: Sustainable Recovery and Reboosting of a Resilient EU Economy*, 13352/20, Brussels 25 november 2020.

Duurzaam specificeren!

Balanceren op het grensvlak tussen duurzame ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht

– Mr. G.J. Huith¹

1. Inleiding

Elke overheidsopdracht heeft potentiële milieueffecten. Inmiddels is iedereen ervan doordrongen dat met deze milieueffecten rekening moet worden gehouden. Aan overheidsaanbesteders wordt al geruime tijd een grote rol toebedeeld in het beteugelen van deze milieueffecten.² Overheden treden immers zelf op als vragende partij door hun inkoop- en aanbestedingsbeleid. Hierdoor creëren zij een enorme afzetmarkt voor bepaalde producten en diensten en vervullen zij tegelijkertijd een voorbeeldfunctie (*early adaptor*) voor andere partijen. Dit moedigt private partijen aan om het desbetreffende product of dienst aan te schaffen, zo is de gedachte.³ Zodoende kan de overheid optreden als *'launching customer'*, of zelfs als *'scaling-up customer'*.⁴ In de *European Green Deal* van de Europese Commissie (Commissie) is de rol van aanbesteders nog eens benadrukt.⁵

Het aanbestedingsrecht biedt diverse mogelijkheden om met milieueffecten rekening te houden en duurzaam aan te besteden. Sommigen lezen zelfs een verplichting daartoe in art. 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012).⁶ Dit artikellid

draagt aanbesteders op om bij hun inkoop 'maatschappelijke waarde' te creëren. Zij kunnen ondernemers via gunningscriteria stimuleren innovatieve en duurzame oplossingen aan te dragen.⁷ Het aanbestedingsrecht staat echter ook toe milieudoelstellingen te bereiken door duurzaam te specificeren. Maar hoe effectief is dat?

In deze bijdrage probeer ik deze vraag te beantwoorden door eerst de mogelijkheden tegen het licht te houden die het aanbestedingsrecht biedt om door middel van de technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden duurzaamheidsdoelstellingen te bereiken. Vervolgens bespreek ik welke belemmeringen aanbesteders tegenkomen wanneer zij duurzaam wensen te specificeren. Daarna beschrijf ik welke invloed duurzame specificaties hebben op de toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten, in het bijzonder het midden- en kleinbedrijf (MKB). Ten slotte besteed ik aandacht aan de naleving en handhaving van contractvoorwaarden die in verwezenlijking van duurzame ambities voorzien.

2. Mogelijkheden om duurzaam te specificeren

2.1 Keuzestress: uitnodigen tot concurrentie of voorschrijven?

Aanbesteders kunnen op verschillende manieren met duurzaamheid in hun inkoopproces rekening houden. Bij de totstandkoming van de Aanbestedingswet in 2012 is veel aandacht uitgegaan naar de mogelijkheden van het introduceren van duurzame aspecten bij het gunningscriterium Beste-Prijs-Kwaliteit-Verhouding (BPKV). Daarom wordt het oordeel of aanbesteders voldoende duurzaam aanbesteden veelal afgemeten aan de

¹ Georg Huith is advocaat bij Croon advocaten in Den Haag. Dit artikel is tot stand gekomen met medewerking van mw. mr. I.C.M. (Iris) Hogervorst, juridisch medewerker bij Croon advocaten.

² EU Commissie, *Interpretatieve mededeling Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren* (COM(2001) 274 definitief), 28 november 2001.

³ *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 300-XIII, nr. 87, De overheid als *launching customer*, Van best practice naar common practice, p. 4.

⁴ S.A.D. van Garsse, 'Aanbesteding als beleidsinstrument: de zoektocht naar innovatie', *TA* 2017/83.

⁵ EU Commissie, *European Green Deal* (COM(2019) 640 final), 11 december 2019, p. 9 en 25. Zie ook de bijdrage van W.A. Janssen en N. van Wijk – van Gilst in dit themanummer, (TBR 2021/13).

⁶ Zie voor de discussie hierover de bijdrage in dit themanummer van W.A. Janssen en E.E. Neele TBR 2021/16.

⁷ Zie over duurzame gunningscriteria de bijdrage in dit themanummer van D.R. Versteeg, TBR 2021/15.

mate waarin zij milieuaspecten in hun gunnings-systematiek betrekken.⁸ Een recent onderzoek naar duurzame aanbestedingen levert de teleurstellende conclusie op dat Nederland in Europa bepaald niet voorop loopt.⁹ Hier valt dus nog een behoorlijke winst te behalen.¹⁰

Zonder twijfel kunnen duurzame aspecten in een gunningssystematiek een belangrijke bijdrage leveren bij het behalen van duurzame ambities. Wanneer het aantal duurzame gunningscriteria als enige graadmeter wordt gehanteerd, worden mijns inziens andere mogelijkheden om milieueffecten van overheidsinkopen te beperken, tekort gedaan. Het (totale) effect daarvan, wordt echter niet in TenderNed geregistreerd en is daarom minder makkelijk meetbaar.

Het antwoord op de vraag wat aanbesteders weerhoudt om duurzame aspecten in gunningscriteria te betrekken, geeft inzicht in beweegredenen van aanbesteders om technisch te specificeren. Uit een in 2018 gehouden enquête onder (Europese) aanbestedende diensten, volgt dat aanbesteders zich zonder meer bewust zijn van het strategische belang van duurzame gunningscriteria. Kennelijk zijn zij echter terughoudend deze toe te passen, om risico's op geschillen over de gunningsbeslissing te voorkomen. Het toepassen van duurzame gunningscriteria en het strategisch belang daarbij zou eerder kunnen leiden tot vragen over de rechtmatigheid van aanbestedingen in plaats van de focus te leggen op de doelmatige besteding van overheidsmiddelen. Het Europese Comité voor de Regio's (ECvR) rapporteert daarover¹¹:

'Zoals de resultaten van de enquête van het CvDR en de CEMR hebben aangetoond, zijn lokale en regionale overheden zich bewust van de mogelijkheid om groene, sociale en innovatieve gunningscriteria te hanteren, en worden deze criteria, zo blijkt uit de antwoorden, soms slechts mondjesmaat ingezet, omdat enerzijds de behoefte eraan ontbreekt en anderzijds de kans op gerechtelijke procedures toeneemt vanwege een grotere kans op fouten. Met name regionale en lokale overheden klagen over het gebrek aan professionaliteit om dit soort aanbestedingen te stimuleren.'

8 Zonder twijfel kunnen duurzame aspecten in een gunningssystematiek een belangrijke bijdrage leveren bij het behalen van duurzame ambities. Wanneer het aantal duurzame gunningscriteria als enige graadmeter wordt gehanteerd, worden mijns inziens andere mogelijkheden om milieueffecten van overheidsinkopen te beperken, tekort gedaan. Het (totale) effect daarvan, wordt echter niet in TenderNed geregistreerd en is daarom minder makkelijk meetbaar.

9 F. Schrotanus en K. Gaaikema, 'De status van circulair en duurzaam inkopen: van best practice naar common practice', TA 2020/104.

10 M.M. Fimerius, 'Duurzaamheid bij aanbestedingen: wel doelen, onvoldoende actie', TA 2020/103.

11 ECvR, *Advies van het Europees Comité van de Regio's over het uitvoeringsverslag inzake overheidsopdrachten*, 8 oktober 2019, Publicatieblad van de Europese Unie 2020/C 39/09, p. 43.

Het ECvR wijst er daarbij op dat bij aanbestedingsprocedures die op basis van de laagste prijs worden gegund mogelijkserwijs toch rekening is gehouden met milieuo- of energie-efficiëntiecriteria en dat deze vaak net zo doeltreffend reeds bij de beschrijving van de opdracht kunnen worden aangegeven.¹²

In het rapport '*Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector*' signaleert Rijkswaterstaat eveneens een averechts effect van duurzame gunningscriteria. Blijkens het rapport zou 'het differentiëren op innovatie' het voor aannemers een (te) groot risico opleveren om een aanbesteding te winnen als andere partijen 'prijsduiken' en daarmee het BPKV-mechanisme ondermijnen.^{13,14} Rijkswaterstaat overweegt daarom in de toekomst explicietere eisen voor te schrijven voor algehele kwaliteit, levenscycluskosten, duurzaamheid, veiligheid, specifieke innovaties en bouwtechnieken.¹⁵

Bij elk inkooptraject zal een aanbesteder dus een keuze moeten maken op welke wijze de markt het beste in zijn (duurzame) behoefte kan voorzien en in welke mate het nodig is daarvoor concurrentie uit te lokken.

2.2 Keuzevrijheid: technisch en functioneel specificeren

Door middel van de technische specificaties formuleert een aanbesteder exact de kenmerken van de opdracht die hij aanbesteedt.¹⁶ Ook milieuen sociale aspecten kunnen daar onder vallen, mits deze voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht.¹⁷ Deze aspecten behoeven niet specifiek betrekking te hebben op de te verrichten werken, leveringen of diensten zelf, maar mogen ook zien op het vervaardigingsproces van onderdelen en in elk stadium van hun levenscyclus. Aanbesteders hebben een ruime beoordelingsmarge wat het voorwerp van de opdracht is en daarmee welke eisen zij voorschrijven.¹⁸ De wijze waarop technische specificaties geformuleerd moeten worden, wordt echter in art. 2.76 lid 1 Aw 2012 dwingend

12 ECvR, *Advies van het Europees Comité van de Regio's over het uitvoeringsverslag inzake overheidsopdrachten*, 8 oktober 2019, Publicatieblad van de Europese Unie 2020/C 39/09, p. 45.

13 Rijkswaterstaat, *Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector*, p. 33.

14 Aannemelijk is dat met 'het differentiëren op innovatie' (ook) wordt bedoeld op het toepassen gunningscriteria gericht op duurzame innovaties.

15 Rijkswaterstaat, *Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector*, p. 41.

16 Art. 2.75 lid 1 Aw 2012.

17 Art. 2.75 leden 2 en 3 Aw 2012; zie ook: Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:891, bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2008.

18 M.J. Mutsaers, commentaar op art. 2.76 Aw 2012, in: J. Hebly e.a., *Tekst & Commentaar Aanbestedingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

voorgeschreven. De aanbesteder heeft grofweg drie mogelijkheden.

In de eerste plaats kan een aanbesteder gedetailleerde ‘technische specificaties’ voorschrijven. De term ‘technische specificaties’ is in de Aw 2012 niet gedefinieerd. In Bijlage VII bij Richtlijn 2014/24/EU wordt dit begrip wel nader ingevuld.¹⁹ Binnen deze kaders kunnen aanbesteders bouwtechnieken, bouwwijzen, basismaterialen of grondstoffen voorschrijven, als dit op dusdanige wijze tot de kenmerken van het werk bijdraagt dat dit werk beantwoordt aan het gebruik waarvoor het door de aanbestedende dienst is bestemd. Aanbesteders kunnen voor een specifieke opdracht voorschrijven welke materialen moeten worden gebruikt: bijvoorbeeld dat voor een specifieke opdracht de kozijnen in een overheidsgebouw van hout moeten zijn of dat gerecycleerd glas of ander gerecycleerd materiaal wordt gebruikt.²⁰ Aanbesteders kunnen daarbij verwijzen naar (technische) Europese en/of nationale normen.²¹ Normen kunnen een belangrijke rol spelen bij het beïnvloeden van het ontwerp van producten en processen, en vele normen omvatten milieukenmerken voor bijvoorbeeld materiaalgebruik en duurzaamheid.²²

In de tweede plaats kan een aanbesteder er voor kiezen technische specificaties in de aanbestedingsstukken te formuleren als prestatie of functionele eisen. Functionele eisen beschrijven het beoogde resultaat of de te leveren prestatie. Inschrijvers hebben vervolgens de ruimte om zelf te bepalen hoe zij dit resultaat zullen bereiken. Wanneer een aanbesteder de temperatuur in een museum of kantoorgebouw op een bepaald niveau wil houden, kan hij dat doen door zeer gedetailleerde technische omschrijvingen in zijn bestek op te nemen. Hij kan het echter ook aan inschrijvers overlaten om de verschillende opties aan te bieden.²³ De prestatie en functionele eisen dienen wel zodanig duidelijk, precies en ondubbelzinnig te zijn bepaald, dat inschrij-

vers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen.²⁴ Aanbesteders kunnen inschrijvers verzoeken bij inschrijving technische gegevens te verstrekken, waaruit blijkt dat de door hen voorgestelde oplossingen of technieken haalbaar zijn. Met name de naleving van de functionele eisen vergt nadere aandacht. Hierover meer in paragraaf 5 van deze bijdrage.

Een derde mogelijkheid is dat aanbesteders kiezen voor een combinatie van beide. In dat geval beschrijven aanbesteders hun specificaties functioneel, maar verwijzen zij daarbij tevens naar bepaalde normen en goedkeuringen uit de eerste optie.

Art. 2.76 lid 1 Aw 2012 bevat overigens geen rangorde of prioritering. Aanbesteders zijn derhalve niet verplicht functioneel te specificeren als dat kan.²⁵ Technische voorschriften in de vorm van functionele eisen zullen de mededinging in de meeste gevallen echter minder sterk beperken dan uitvoerige specificaties met betrekking tot de technische kenmerken van de aan te schaffen goederen.²⁶ Om innovatie en verduurzaming te bereiken, geniet functioneel specificeren, volgens zowel de Europese als de nationale wetgever, de voorkeur.²⁷

2.3 Varianten als alternatief

Art. 2.83 Aw 2012 biedt de mogelijkheid varianten toe te staan of inschrijvers te verplichten één of meer varianten aan te bieden. Varianten kunnen een alternatieve oplossing of uitvoeringswijze inhouden voor de door een aanbesteder voorgeschreven constructie, bouwstoffen, werkwijze, hulpmiddelen of contractuele voorwaarden (bijvoorbeeld de financieringsvoorwaarden). Een variant behoeft geen wezenlijke wijziging in te houden ten opzichte van de voorgeschreven constructie etc., maar moet wel aan de door de aanbesteder voor varianten gestelde minimumeisen voldoen.²⁸ Aan welke minimumeisen varianten moeten voldoen en op welke wijze deze moeten worden ingediend, moet in de aanbestedingsstukken zijn vermeld.²⁹ In de zaak *Traunfellner* oordeelde het HvJ EU dat, indien deze minimumeisen niet in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen, ingediende varianten niet in aanmerking mogen worden genomen.³⁰

¹⁹ Bijlage IV bij Richtlijn 2014/24/EU bevat de volgende definitie van technische specificatie: ‘b) (...) : een specificatie die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product of dienst, zoals het niveau van kwaliteit, het niveau van milieuvriendelijkheid, een ontwerp dat aan alle vereisten voldoet (met inbegrip van de toegankelijkheid voor gehandicapten) en de overeenstemmingsbeoordeling, gebruiksgeschiktheid, gebruik, veiligheid of afmetingen van het product, met inbegrip van de voor het product geldende voorschriften inzake handelsbenaming, terminologie, symbolen, proefnemingen en proefnemingsmethoden, verpakking, markering en etikettering, gebruiksaanwijzingen, productieprocessen en -methoden, en overeenstemmingsbeoordelingsprocedures.’

²⁰ EU Commissie, *Interpretatieve mededeling Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren* (COM(2001) 274 definitief), 28 november 2001, p. 12.

²¹ Art. 2.76 lid 1 sub a Aw 2012.

²² Europese Commissie, *Groen kopen!* - Handboek over groene overheidsopdracht (2016), 3e editie, par. 3.2.2.

²³ Voorbeeld ontleend aan: Europese Commissie, *Groen kopen!* - Handboek over groene overheidsopdracht (2016), 3e editie, par. 3.2.3.

²⁴ HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Max Havelaar*), ro. 56.

²⁵ CvAE 15 juni 2020, advies 522.

²⁶ EU Commissie, Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt (COM (2011) 15 definitief), 27 januari 2011, p. 47.

²⁷ Richtlijn 2014/24/EU, considerans overweging 37 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 74.

²⁸ CvAE 15 juni 2020 advies 522, overweging 5.3.7; Pijnacker Hordijk e.a., *Handboek Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, hoofdstuk 16.

²⁹ Art. 2.83 Aw 2012.

³⁰ HvJEU, zaak C-421/01, ro. 27 (*Traunfellner*).

Het verplichten of toestaan van varianten wordt veelal genoemd als een nuttige modaliteit om duurzaam aan te besteden, omdat het verschillende technische oplossingen mogelijk maakt binnen eenzelfde inschrijving.³¹ Dit geldt in het bijzonder indien de opdracht met specifieke technische specificaties wordt omschreven (op basis van normen). Via alternatieve oplossingen kunnen concurrentie en innovatie worden bevorderd.³² Met het verplichten of toestaan van varianten kan een aanbestedende dienst derhalve ruimte geven aan duurzame alternatieven ten opzichte van de in de aanbesteding voorgeschreven oplossing.³³

Ingevolge de considerans van Richtlijn 2014/24/EU moeten aanbestedende diensten, gelet op het belang van innovatie, 'zo vaak mogelijk worden aangemoedigd varianten toe te laten'.³⁴ De Gids Proportionaliteit is minder uitnodigend, maar verplicht aanbesteders het toestaan van varianten 'in overweging' te nemen.³⁵ Niettemin wordt in de praktijk weinig gebruik gemaakt van de mogelijkheid varianten toe te staan, laat staan te verplichten. Waarschijnlijk zijn aanbestedende diensten terughoudend bij het toestaan van varianten omdat het bewerkelijk is om de minimumeisen van varianten op te stellen en varianten van inschrijvers te beoordelen.³⁶ Wanneer een aanbestedende dienst daarentegen varianten niet toestaat, handelt hij niet zonder meer in strijd met de in art. 1.4 Aw 2012 opgenomen zorgplicht.³⁷

2.4 Milieukeurmerken

Het voorschrijven van keurmerken of certificaten is bij aanbesteders een populaire methode geworden om milieuaspecten in een aanbesteding te betrekken. Keurmerken kunnen een belangrijke rol vervullen bij het opstellen van technische specificaties, bijzondere uitvoeringsvoorwaarden en gunningscriteria, maar ook bij het verifiëren van

de naleving daarvan.³⁸ Milieukeurmerken hebben tot doel inkopers te helpen duurzame producten of diensten te herkennen.³⁹ Veel gevraagde certificaten zijn de ISO9001 en de ISO14001 certificering, VCA***-certificaten en branchekeurmerken zoals het CBF keurmerk voor goede doelen, het FSC keurmerk voor duurzaam hout of het 'Cradle to Cradle'-keurmerk voor circulair bouwen.⁴⁰

Waar in het verleden de verwijzing naar (milieu) keurmerken in technische specificaties slechts zeer beperkt mogelijk was, staat art. 2.78a lid 1 Aw 2012 dit juist uitdrukkelijk toe.⁴¹ Dit is mede het gevolg van het zogenoemde arrest *Max Havelaar*.⁴² In dit arrest verduidelijkte het HvJ EU dat de Richtlijn 2004/18/EG er niet aan in de weg staat dat naar een milieukeurmerk wordt verwezen, met dien verstande dat de vermelding dat de producten die ervan zijn voorzien, geacht worden aan de aldus vastgelegde specificaties te voldoen én onder het uitdrukkelijke voorbehoud dat elk ander passend bewijsmiddel is toegestaan.⁴³ Het arrest *Max Havelaar* is bij de implementatie van richtlijn 2014/24/EU gecodificeerd.⁴⁴

Het voorschrijven van een keurmerk is overigens niet zonder risico's. Art. 2.78a lid 1 Aw 2012 bevat immers een aantal strikte (cumulatieve) voorwaarden. Net als technische specificaties en bijzondere uitvoeringsvoorwaarden, mogen keurmerken alleen betrekking hebben op criteria die 'verband houden met het voorwerp van de opdracht' en geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van het werk, de levering of de dienst (sub a). Keurmerken dienen tevens te zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende

31 M.A. Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duvis, *Serie Bouw- en aanbestedingsrecht. Jurisprudentie en Regelgeving, deel 21*, Den Haag: Paris 2017, p. 58.

32 M.J.J.M. Essers en C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Den Haag: Sdu 2017, p. 228.

33 J. Geerts, 'Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten', *T.Gem.* 2017/01, p. 11.

34 Richtlijn 2014/24/EU, considerans overweging 48.

35 Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.7.

36 M.J.J.M. Essers 2017, supra noot 28.

37 Rb. Midden-Nederland 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:104, JAAN 2016/58, ro. 4.90 en 4.91; CvAE 15 juni 2020, advies 522, overweging 5.7.3; CvAE 27 juli 2018, advies 476, overweging 5.4.2; CvAE 23 juni 2017, advies 410, de aanbeveling in overweging 7; CvAE 30 januari 2017, advies 397, overweging 5.6; CvAE 13 oktober 2016, advies 307, overweging 5.2.1 en CvAE 27 januari 2014, advies 48, overweging 6.2.5.

38 Art. 1.1 Aw 2012 definieert keurmerk als een document, certificaat of getuigschrift dat bevestigt dat een werk, product, dienst, proces, of procedure aan bepaalde eisen voldoet (de zogenoemde onderliggende keurmerken). Een keurmerk kan worden verstrekt door een overheidsinstantie of een private organisatie. Als een product, dienst, proces of procedure voldoet aan die onderliggende keurmerken, kan een keurmerk worden verkregen. Zie: *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 24.

39 Europese Commissie, *Groen kopen! - Handboek over groene overheidsopdracht* (2016), 3e editie, p. 19.

40 G.R. Werkman-Bouwkamp, 'Meer ruimte voor keurmerken in aanbestedingen?', *TBR* 2016/186, par. 4.

41 Art. 2.76 lid 5 Aanbestedingswet 2012 (oud): 'Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, een merk, keurmerk of certificaat betreffende duurzaamheid, milieu of dierenwelzijn, dan wel gebaseerd op sociale overwegingen, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.'

42 HvJ EU d.d. 10 mei 2012, zaak C-368/10 (*Max Havelaar*).

43 In art. 43 van de Richtlijn 2014/24/EU zijn de verplichtingen voor het verwijzen naar een keurmerk opgenomen. Ook in de considerans bestaat de Europese wetgever enkele overwegingen aan het gebruik van keurmerken, zie bijvoorbeeld overweging 75.

44 Art. 43 van Richtlijn 2014/24/EU en de pendand daarvan in art. 2.76 en 2.78a Aw 2012.

criteria (sub b). Het keurmerk moet zijn vastgesteld in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden, waaronder overheidsinstanties, consumenten, sociale partners, fabrikanten, distributeurs en niet-gouvernementele organisaties, kunnen deelnemen (sub c). Het keurmerk moet voorts voor alle betrokken partijen toegankelijk zijn (sub d). Ten slotte moeten de keurmerkeisen zijn vastgesteld door een derde partij (sub e).

2.5 Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden

Ten slotte kunnen aanbesteders ook eisen stellen aan de wijze waarop werken of producten tot stand moeten worden gebracht. Zij kunnen een specifiek productieproces voorschrijven indien dit ertoe bijdraagt de (zichtbare of onzichtbare) prestatiekenmerken van het werk of dienst te specificeren. Dit betekent dat het werk of de dienst door de wijze van productie of het voorkomen (of de verschillen nu zichtbaar zijn of niet) afwijkt van identieke producten omdat een milieuvriendelijk productieproces is gebruikt. Te denken valt aan de toepassing van 'groene' elektriciteit. De Commissie wijst op verschillende mogelijkheden van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden die in overeenkomsten kunnen worden opgenomen, zoals:

- de wijze waarop een werk of dienst wordt uitgevoerd, bijvoorbeeld door toepassing van specifieke milieubeheermaatregelen, waar nodig in overeenstemming met een door een derde partij gecertificeerd systeem, zoals EMAS of ISO 14001;
- de opleiding van personeel van de aannemer: scholing van personeel in de milieueffecten van hun werk en in het milieubeleid van de overheidsdienst die de gebouwen bezit waar ze zullen werken;
- de wijze van vervoer van producten en hulpmiddelen naar de leveringsplaats, zoals het in geconcentreerde vorm aanleveren en ter plaatse verdunnen van producten, het moeten gebruiken van herbruikbare containers of verpakkingen om producten te vervoeren en de vermindering van CO₂- of broeikasgasemissies die aan vervoer verbonden zijn;
- Voorwaarden ten aanzien van de verwijdering van gebruikte producten of verpakkingen, producten of verpakkingen laten terugnemen door de aannemer voor hergebruik, recycling of passende verwijdering, streefcijfers voor de vermindering van de hoeveelheid stortafval.⁴⁵

Aanbesteders moeten er wel voor zorgen dat het voorschrijven van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden niet discriminerend is. Zij mogen bijvoorbeeld niet voorschrijven dat groene elektriciteit alleen door middel van windenergie mag zijn gegene-

reerd; ook waterkracht- en zonne-energie kunnen immers voor de productie van groene elektriciteit worden gebruikt, zodat het technische voorschrift moet luiden dat de groene elektriciteit met behulp van hernieuwbare energiebronnen moet zijn geproduceerd.⁴⁶

3. Aanbestedingsbeginselen als 'glazen plafond' (?)

Al met al biedt het aanbestedingsrecht een breed palet van mogelijkheden om aspecten van duurzaamheid te betrekken bij de specificatie van het voorwerp van de opdracht. Aanbesteders hebben een ruime keuzevrijheid bij het bepalen hoe en de mate waarin zij dat willen doen. De vraag rijst hoe deze keuzevrijheid zich verhoudt tot de drie fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Aanbesteders dienen immers in elke fase van een aanbesteding het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel na te leven.

Veel van de bepalingen in Richtlijn 2014/24/EU en de Aw 2012 geven een uitwerking of toepassing van (een van) deze drie leidende beginselen. Dat geldt ook voor de bepalingen die betrekking hebben op technische specificaties.⁴⁷ Soms kan tussen deze beginselen en duurzame beleidsdoelstellingen 'spanning' ontstaan. De vraag is in hoeverre deze beginselen duurzame ambities in de weg staan. Vormen de beginselen een 'glazen plafond' om deze ambities te halen?⁴⁸

3.1 Het gelijkheidsbeginsel 'of gelijkwaardig'

De keuzevrijheid die aanbesteders wordt geboden, wordt gerechtvaardigd door het feit dat het de aanbesteder is die het beste op de hoogte is van welke leveringen hij nodig heeft en het beste in staat is om de eisen te bepalen waaraan moet worden voldaan om de gewenste resultaten te bereiken.⁴⁹ In die zin staat het aanbestedingsrecht er dus geenszins aan in de weg dat keuze voor technische oplossingen gedreven zijn door duurzaamheidsoverwegingen. Aanbesteders mogen een hoger milieubeschermingsniveau vragen dan wettelijk verplicht is of door normen is vastgelegd, ook indien daarmee feitelijk duurdere producten worden ingekocht dan

⁴⁶ Europese Commissie, *Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt* (COM(2011) 15 definitief) 27 januari 2011, p. 13.

⁴⁷ Concl. A-G B. J. Driijber, ECLI:NL:PHR:2019:891, bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2008.

⁴⁸ Ontleend aan A. Semple, 'The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?', in B. Sjöfjell & A. Wiesbrock (Eds.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder* (p. iii). Cambridge: Cambridge University Press, par. 3.

⁴⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, ro. 3.13.

⁴⁵ Europese Commissie, *Groen kopen! - Handboek over groene overheidsopdracht* (2016), 3e editie, 3e editie, par. 6.2.

op de markt verkrijgbaar zijn.⁵⁰ De aanbesteder wordt bij de formulering van de technische specificaties, echter wel begrensd door de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.⁵¹

In het arrest *Roche Lietuva* heeft het HvJ EU echter benadrukt dat bij het vaststellen van de technische specificaties steeds het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel moeten worden geëerbiedigd.⁵² In deze zaak beklaagde Roche Lietuva zich erover, dat de technische specificaties in het bestek de mededinging tussen leveranciers onredelijk beperkten door hun zeer specifieke aard en dat zij in werkelijkheid aangepast waren aan de kenmerken van de producten van specifieke fabrikanten. Het HvJ EU oordeelde dat de aanbestedende dienst in beginsel zijn inkoopbehoefte bepaalt, maar dat de mate van detail van de technische specificaties wel aandacht behoeft. Daarbij benadrukte het HvJ EU tevens dat technische specificaties de inschrijvers gelijke toegang moeten bieden tot de aanbestedingsprocedures en dat zij er niet toe mogen leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de mededinging worden opgeworpen. Met deze overweging heeft het HvJ EU vorm gegeven aan het beginsel van gelijke behandeling.⁵³ Het HvJ EU grijpt daarbij terug op het al eerder genoemde arrest *Max Havelaar*⁵⁴ waarin het heeft geoordeeld dat de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie van cruciale betekenis zijn voor technische specificaties wegens het gevaar voor discriminatie in verband met de keuze van die specificatie of de formulering ervan.⁵⁵

Het gelijkheidsbeginsel lijkt dus in de weg te staan aan het verwijzen in aanbestedingsstukken naar merken, herkomst of bijzondere werkwijzen die kenmerkend zijn voor één specifieke ondernemer.⁵⁶ Dat is slechts toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is.⁵⁷ De uitzondering moet restrictief worden toegepast en worden gerechtvaardigd door het algemeen belang.⁵⁸ Een dergelijke rechtvaardiging deed zich voor in een aanbesteding met betrekking tot de

detectie van baarmoederhalskanker. Hier werd toegestaan een bepaalde detectiemethode (werkwijze) voor te schrijven, ondanks dat daardoor inschrijvers met een andere werkwijze, uitgesloten werden. Het hof Den Haag oordeelde dat de specifiek voorgeschreven detectiemethode de enige methode was waarvan met zekerheid gezegd kon worden dat die betrouwbaar was. Hierdoor was het gerechtvaardigd om voor te schrijven dat een bepaalde werkwijze gehanteerd diende te worden.⁵⁹ In veel gevallen zal het echter mogelijk zijn het voorwerp van de opdracht nauwkeurig te omschrijven.

Voor zover de vermelding van een fabricaat, merk of bijzondere werkwijze al mogelijk is, dient deze steeds vergezeld te gaan door de toevoeging 'of gelijkwaardig'. De in de aanbestedingsstukken genoemde producten mogen niet worden bevoordeeld. Aan het fabricaat of merk gelijkwaardige producten dienen derhalve op een objectieve en gelijkwaardige wijze te kunnen meedingen naar gunning.⁶⁰ Volgens vaste rechtspraak kan het feit dat in het bestek na de aanduiding van een bepaald product de vermelding 'of gelijkwaardig' is weggelaten, marktdeelnemers die dezelfde soort producten gebruiken ontmoedigen om in te schrijven.⁶¹

Het is aan de inschrijver om het bewijs van gelijkwaardigheid te leveren.⁶² Ingevolge art. 2.77 Aw 2012 dient een inschrijver in dat geval voldoende informatie en bewijsstukken bij zijn inschrijving te voegen om de gelijkwaardigheid te onderbouwen. Wanneer hij dat niet doet, loopt hij het gevaar dat zijn inschrijving op grond van art. 2.103 lid 3 AW wordt afgewezen. Inschrijvingen die niet (kunnen) voldoen aan de voorschriften in de aanbestedingsstukken, kunnen immers door de aanbesteder wegens non-conformiteit niet in aanmerking worden genomen. De aspecten waarop de gelijkwaardigheid moet worden aangetoond en de wijze waarop de aanbesteder dat beoordeelt kunnen aanleiding geven tot discussie. Veelal wordt dat niet in de aanbestedingsstukken vermeld, zodat daarover een geschil kan ontstaan.

Het gedetailleerd technisch specificeren kan voor aanbesteders aantrekkelijk zijn, indien met een specifieke norm, productie- of bijzondere bouwwijze dan wel keurmerk (milieu)doelstellingen aantoonbaar kunnen worden bereikt. Te denken valt

50 EU Commissie, *Interpretatieve mededeling Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren* (COM(2001) 274 definitief), 28 november 2001, zie tevens HvJ EU d.d. 17 september 2002, zaak C-513/99 (*Concordia Bus*), ro. 55.

51 *Ibidem*, par II.1.

52 HvJ EU 25 oktober 2018, zaak C-413/17 (*Roche Lietuva*), ro. 45.

53 Art. 18 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.

54 HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10.

55 HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10, (*Max Havelaar*) ro. 87 en 95.

56 Art. 2.76 lid 3 Aw 2012. Zie ook: CvAE 23 mei 2016, advies 351, (overweging 5.3.4.) waarin de CvAE oordeelde dat het stellen van een herkomstseis (in casus: dat graniet uit Europa moet komen), in strijd is met het aanbestedingsrecht.

57 Art. 2.76 lid 3 Aw 2012. Zie tevens CvAE 23 maart 2018, advies 442, JAAN 2018/108, m.nt. D. Versteeg.

58 HvJ EU 12 juli 2018, zaak C-14/17 (*VAR c.s./Iveco*), ro. 21.

59 Gerechtshof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1456.

60 Art. 2.76 lid 2-4 Aw 2012; L.C. van den Berg, commentaar op artikel 2.76 Aw, in: G. Verberne en P. Juttmann, *Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2016. Zie tevens: Vzgnr. Rb. Midden-Nederland 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685 (*Medtronic Trading/UMC Utrecht*).

61 HvJ EU 25 oktober 2018, zaak C-413/17 (*Roche Lietuva*), ro. 39 en HvJ EU 3 december 2001, zaak C-59/00 (*Vestergaard*), ro. 22.

62 L.C. van den Berg, commentaar op artikel 2.76 Aw, in: G. Verberne en P. Juttmann, *Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2016; zie ook art. 2.77 Aw 2012.

aan een innovatie die bij een eerdere aanbesteding goed heeft uitgepakt, maar waarop de inschrijver een intellectueel eigendomsrecht heeft verkregen. Ook kan worden gedacht aan de stimulering van een *startup*, waarbij de overheid als *launching customer* kan fungeren of zelfs als *scale-up customer*. Deze stimulering kan aanleiding te geven tot het voorschrijven van maatwerk.

In de verplichting rekening te houden met het gelijkheidsbeginsel, ligt echter tevens de beperking besloten voor aanbesteders om maatwerk voor te schrijven. Zo overwoog de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) dat, indien slechts enkele ondernemingen in staat zijn aan de maatwerkeisen van die ene aanbestedende dienst te voldoen, al snel sprake zal kunnen zijn van eisen die niet meer in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (zie art. 1.10 lid 1 jo. art. 2.75 lid 2 Aw 2012). Mogelijk is zelfs sprake van eisen waarmee de aanbesteder de inschrijvers niet meer op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.⁶³ Daarvan zal - aldus de CvAE - nog sneller sprake zijn wanneer in een dergelijk geval bovendien slechts één onderneming in staat is aan die maatwerkeisen te voldoen, zeker wanneer blijkt dat die eisen, in strijd met de geldende regels, zijn toegeschreven naar die onderneming (zie art. 2.76 lid 3 Aw 2012). Van dat laatste zal in het bijzonder sprake zijn wanneer de aanbestedende dienst de maatwerkeisen heeft afgeleid van de wijze waarop de opdracht in het verleden is uitgevoerd door de zittende leverancier. Niettemin ziet de CvAE toch enige ruimte indien een aanbesteder innovaties wenst te stimuleren. Zij overweegt:

‘Het voorgaande laat echter naar het oordeel van de Commissie onverlet dat een aanbestedende dienst ter stimulering van innovatie, bijvoorbeeld op het gebied van duurzaamheid, als zogenoemde ‘launching customer’ nieuwe en van de standaard afwijkende producten kan uitvragen die op dat moment alleen nog maar door één of enkele ondernemingen worden geleverd. De aanbestedende dienst loopt in een dergelijk geval voorop bij de ontwikkeling van een nieuw product, dat in de toekomst mogelijk ook door andere organisaties, waaronder aanbestedende diensten, zal worden ingekocht. De aanbestedende dienst zal in het hiervoor bedoelde geval dergelijke innovatieve producten wel zoveel mogelijk functioneel moeten specificeren.’

Aldus wordt de keuzevrijheid van aanbesteders om het voorwerp van de opdracht zodanig gedetailleerd te specificeren dat producten of werkwijzen met bewezen gunstige milieueffecten worden bevoordeeld, beperkt door het gelijkheidsbeginsel. Weliswaar bestaat het alternatief om de opdracht

functioneel te specificeren, maar dit leidt niet zelden tot een verzwaarde administratieve last voor zowel de aanbesteder als de inschrijvers. Bij de rol van de overheid als *launching customer of scale-up customer*, kan dit een belemmering vormen.

3.2 Verband met het voorwerp van de opdracht

Ingevolge art. 2.75 lid 2 Aw 2012 moeten alle (technische) specificaties en voorschriften die in de aanbestedingsstukken staan vermeld, verband houden met het voorwerp van de opdracht. Ook artikelen 2.78a (keurmerken) en 2.80 Aw 2012 (bijzondere voorwaarden) bevatten deze verplichting.

Het criterium ‘*verband houden met het voorwerp van de opdracht*’ kent een lange geschiedenis in de (Europese) jurisprudentie.⁶⁴

De jurisprudentie van het HvJ EU is inmiddels gecodificeerd. Art. 2.75 lid 3 Aw 2012 regelt dat specificaties van de opdracht niet louter betrekking behoeven te hebben op een werk of de gevraagde dienst of levering. Ze kunnen ook zien op andere fasen van de levenscyclus van een product, zoals de productiefase.⁶⁵

De problematiek doet zich met name gevoelen bij het voorschrijven van keurmerken of specifieke keurmerkeisen. Dat is niet zonder reden: de voorwaarde dat sprake moet zijn van een verband met het voorwerp van de opdracht, geldt niet alleen voor alle onderliggende keurmerkeisen van

⁶⁴ Zie onder meer A. Semple, ‘The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?’, in B. Sjöfjell & A. Wiesbrock (Eds.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder* (p. lii). Cambridge: Cambridge University Press, par. 3.1; M. Martens en S. de Margerie, *The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social, Procurement, European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, 2013/1, p. 8. Het criterium ‘*verband houden met het voorwerp van de opdracht*’ is voor het eerst door het HvJ EU geïntroduceerd in het arrest *Concordia Bus* (HvJ EU 17 september 2002, zaak C-513/99). In lijn met het arrest *Beentjes* (HvJ EU 20 september 1988, zaak 31/87) oordeelde het HvJ EU in deze zaak dat een gunningscriterium niet noodzakelijkwijs van zuiver economische aard hoeft te zijn. Milieucriteria kunnen als gunningscriterium worden meegewogen, mits deze verband houden met het voorwerp van de opdracht. In het arrest *EVN en Wienstrom* (HvJ EU 4 december 2003, zaak C-448/01) oordeelde het HvJ EU daarentegen dat een gunningscriterium dat niet alleen zag op de levering van de jaarlijks te verwachten stroomhoeveelheden voor de betreffende aanbestedende dienst zelf, maar ook op hoeveelheden die de inschrijvers zouden leveren aan andere afnemers, niet geacht kan worden voldoende verband te houden met de opdracht. Vervolgens oordeelde het HvJ EU in het arrest *Max Havelaar* (HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10) dat een gunningscriterium, waarbij een voordeel werd toegekend aan producten die een biologisch en ‘*fair trade*’-keurmerk dragen, op zich voldoende verband toont met het voorwerp van de opdracht. Het HvJ EU stelt daaraan echter wel de voorwaarde dat de eisen van het keurmerk enkel de in het kader van die opdracht te leveren ingrediënten betreffen, zonder enige implicatie voor het algemene inkoopbeleid van de inschrijvers. Anders gezegd: keurmerkeisen mogen dus geen betrekking hebben op het algemene (milieu- of personeels) beleid van een ondernemer. In dat geval is immers onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht.

⁶⁵ *Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 82.*

⁶³ CvAE 16 januari 2017, advies 387. De CvAE verwijst daarbij naar art. 1.8 jo. art. 2.75 lid 6 Aw 2012.

een keurmerk.⁶⁶ Ook alle voorschriften waaraan een product, dienst, proces of procedure moet voldoen om een keurmerk te verkrijgen, dienen verband te houden met het voorwerp van de opdracht.⁶⁷ Aanbesteders mogen dus niet verlangen dat een ondernemer over een keurmerk beschikt dat deels onderliggende keurmerkeisen heeft die verband houden met het voorwerp van de opdracht, maar ook onderliggende keurmerkeisen heeft waarbij dat niet het geval is.⁶⁸

In advies 430 diende de CvAE te adviseren of een keurmerkeis, op grond waarvan een mal voor de te leveren minicontainers vóór de start van de productie moest worden getest, voldoende verband hield met het voorwerp van de opdracht. Naar het oordeel van de CvAE was dat niet het geval. Producten die niet vóór de start van de productie waren getest, maar wel aan alle kwaliteitseisen voldeden, werden door de keurmerkeis immers geblokkeerd.⁶⁹ Aldus achtte de CvAE het vereiste keurmerk in strijd met art. 2.78a lid 1, sub a Aw 2012.⁷⁰

Inmiddels bestaat een aanzienlijke hoeveelheid private en publieke keurmerken en certificaten waarmee wordt gepretendeerd duurzaamheid te garanderen. Het is echter zeer de vraag of alle keurmerken die zijn ontwikkeld en waarnaar veelvuldig wordt verwezen in aanbestedingsdocumenten, aan de strenge voorwaarden van art. 2.78a Aw 2012 kunnen voldoen.⁷¹

3.3 Proportionaliteit

De Gids Proportionaliteit vestigt er de aandacht op dat de keuze voor technisch of functioneel specificeren rechtstreekse gevolgen heeft voor de eisen die aan de inschrijver worden gesteld.⁷² In het eerste geval wordt immers vooral getoetst of de inschrijver in staat is iets te maken dat tot in detail omschreven is, terwijl in het tweede geval van belang is dat de inschrijver in staat is oplossingen voor de door de aanbesteder gestelde uitvraag te bedenken. Daarmee worden bij het opstellen van het programma van eisen keuzes gemaakt die een duidelijk proportionaliteitsaspect kunnen hebben.

Naarmate specificaties gedetailleerder zijn, zal het voor ondernemers lastiger worden hun producten op de uitvraag aan te passen dan wel te bewijzen dat de door hen aangeboden producten daar-

aan voldoen. Volgens de CvAE dienen aanbesteders op grond van het proportionaliteitsbeginsel bij hun technische specificaties zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de in de branche gebruikelijke normen en standaarden.⁷³ Indien dat niet mogelijk is, adviseert de CvAE aanbesteders functioneel te specificeren.

Ook bij het voorschrijven van keurmerken vergt het proportionaliteitsbeginsel bijzondere aandacht. In veel gevallen zal een ondernemer niet binnen de termijn van een aanbesteding het voorgeschreven keurmerk (alsnog) kunnen verkrijgen; procedures voor de verkrijging daarvan duren meestal (te) lang. Gelet daarop dienen aanbesteders dus ook andere bewijzen te accepteren, waarmee een inschrijver aantoont aan de onderliggende keurmerkeisen te voldoen.⁷⁴ Dit kan bijvoorbeeld een technisch dossier zijn dan wel andere keurmerken of certificaten. Deze mogelijkheid bestaat echter alleen indien de inschrijver bewijst dat hij niet de mogelijkheid heeft gehad het specifieke keurmerk (of een gelijkwaardig keurmerk) tijdig voor deelname aan de aanbesteding te hebben kunnen verwerven vanwege redenen die hem niet aangerekend kunnen worden. Deze drempel zal met name het midden- en kleinbedrijf raken, nu de kosten van het hebben van een groot aantal keurmerken voor hen niet altijd op te brengen zijn.⁷⁵ De CvAE beveelt aanbestedende diensten daarom aan terughoudend te zijn met het vragen van keurmerken. Dit geldt, naar het oordeel van de CvAE, zeker bij standaardproducten waarvoor Europese normeringen bestaan, die in grote aantallen door nagenoeg alle marktpartijen worden aangeboden en waarbij veel inspanningen van die marktpartijen worden gevraagd om voor het behalen van dat keurmerk wijzigingen in hun aanbod aan te brengen.⁷⁶

Aanbesteders moeten zich tevens realiseren dat de gelijkwaardigheidstoets van art. 2.78a leden 3 en 4 Aw 2012, voldoende kennis van de aanbesteder vereist om een alternatief bewijsmiddel te kunnen beoordelen. Het gevaar dat een (langdurige) discussie ontstaat over de gelijkwaardigheid van de bewijsmiddelen ligt daar dus op de loer.⁷⁷ Keurmerken of certificaten kunnen bovendien innovatie belemmeren omdat nieuwe, innovatieve oplossingen (nog) niet zijn gecertificeerd. Het eisen van certificaten kan derhalve duurzame innovaties in de weg staan. In dat opzicht dienen aanbestedende diensten een weloverwogen keuze te maken, het

⁶⁶ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 58-59.

⁶⁷ G.R. Werkman-Bouwkamp, 'Meer ruimte voor keurmerken in aanbestedingen?', *TBR* 2016/186, par. 3.2.

⁶⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 59.

⁶⁹ CvAE 29 januari 2018, advies 430, *JAAN* 2018/106.

⁷⁰ Inmiddels gecodificeerd in art. 2.115 lid 3 Aw 2012.

⁷¹ Zie ook G.R. Werkman-Bouwkamp, 'Meer ruimte voor keurmerken in aanbestedingen?', *TBR* 2016/186, met verwijzing naar Rb. Rotterdam 3 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2189, *JAAN* 2014/102, m.nt. W.M. Ritsema van Eck.

⁷² Gids Proportionaliteit, p. 14.

⁷³ CvAE 18 april 2019, advies 522, overweging 5.2.5.

⁷⁴ Art. 2.78a lid 3-4 en art. 2.78b lid 2-3 Aw 2012.

⁷⁵ M.G. Rauws, *Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht*, commentaar bij art. 2.78a Aw 2012, p. C.5.

⁷⁶ CvAE 29 januari 2018, advies 430, *JAAN* 2018/106.

⁷⁷ Zie voor een langdurige procedure hierover: Rb. Alkmaar 9 mei 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:5550 (tussenvonnis), Rb. Alkmaar 14 november 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:5592 (tussenvonnis) en Rb. Noord-Holland 16 september 2015 (eindvonnis).

eisen van een keurmerk hoeft niet perse verstandig en proportioneel te zijn.

4. Kansen voor het MKB (?)

In het verlengde van de problematiek rondom het proportionaliteitsbeginsel, ligt de vraag welke invloed de keuzevrijheid van aanbesteders heeft op de kansen van het MKB op gunning van overheidsopdrachten die duurzaam zijn gespecificeerd. Het halen van milieudoelstellingen is immers niet het enige neven doel dat met de modernisering van het aanbestedingsrecht wordt nagestreefd. Daarmee beoogde de Europese wetgever immers eveneens de toegang van het MKB tot overheidsopdrachten te vergroten.⁷⁸

Het MKB maakt een belangrijk deel uit van onze (nationale en Europese) economie. Naar schatting bestaat circa 99% van alle ondernemingen in Europa uit MKB-bedrijven. Het MKB wordt beschouwd als de ruggengraat van de Europese economie met een groot potentieel op het gebied van het scheppen van banen, groei en innovatie.⁷⁹ Daarbij wordt veelal gewezen op de hoge mate van specialisatie en expertise bij het MKB, de organisatorische flexibiliteit van de ondernemingen en het innovatieve potentieel (bij onder andere *start-ups en scale-ups*).⁸⁰

Tegelijkertijd zijn er signalen dat het potentieel van het MKB onvoldoende wordt benut. Nederland neemt daarbij in Europa een besteedt ten opzichte van andere Europese landen relatief weinig aan het MKB aan.⁸¹ Het ECvR signaleert dat 'strategische' aanbestedingen eerder een belemmering vormen voor deelname van het MKB dan dat het kansen biedt⁸²:

'Strategische aanbestedingsdoelstellingen vormen regelmatig een grote belemmering voor kmo's die deelnemen aan aanbestedingsprocedures, omdat

kmo's, vergeleken met professioneel georganiseerde grote ondernemingen, vaak niet over de nodige middelen beschikken om aan de strategische aanbestedingscriteria te voldoen. Het aanscherpen van de strategische aanbestedingscriteria druist mogelijk in tegen de passende en nastrevenswaardige doelstelling om de toegang van kmo's tot overheidsopdrachten te bevorderen en te vergemakkelijken.'

Het aanbestedingsrecht voorziet echter niet in een mogelijkheid overheidsopdrachten te reserveren voor het categorieën van ondernemingen, zoals het MKB.⁸³ Het bevoordelen van het MKB ten opzichte van grote bedrijven, stuit af op het gelijkheidsbeginsel. Zoals een voorzieningenrechter oordeelde: '*Aanbestedingsrecht is niet louter MKB-recht*'.⁸⁴ Aanbestedende diensten worden weliswaar aangemoedigd om overheidsopdrachten op grond van art. 1.5 lid 3 Aw 2012 te splitsen in percelen die voor het MKB aantrekkelijk zijn, maar onbekend is in hoeverre het splitsingsgebod wordt nageleefd. Empirisch onderzoek ontbreekt.⁸⁵ Gelet op de open normen die in art. 1.5 Aw 2012 zijn opgenomen, blijken het clusterverbod en het splitsingsgebod in rechte moeilijk afdwingbaar.⁸⁶

Een belangrijke belemmering voor het MKB om in te schrijven op aanbestedingen is de administratieve belasting die daarmee gepaard gaat.⁸⁷ Dit geldt ook voor aanbestedingen waar duurzaamheidsaspecten worden voorgeschreven, zoals het verkrijgen van keurmerken of certificaten.⁸⁸ Daarbij komt dat ondernemers de kosten die zij moeten maken om innovaties te leveren, vaak moeilijk kunnen terugverdienen binnen de (veelal) korte duur en beperkte omvang van een opdracht.⁸⁹ De bevestiging hiervan volgt uit het hiervoor genoemde rapport *Toekomstige Opgave RWS*. Hierin signaleert Rijkswaterstaat dat een gebrek aan langetermijnperspectief, sturing op individueel projectresultaat en onvoldoende lerend vermogen, innovaties in de weg staan.⁹⁰ Ook de overdracht van intellectuele eigendomsrechten aan aanbesteders, die in menig

⁷⁸ Considerans Richtlijn 2014/24/EU, overweging 2.

⁷⁹ EU Commissie, *Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt* (COM (2011) 15 definitief), 27 januari 2011, p. 30.

⁸⁰ S. Schoenmaekers, 'The role of SMEs in promoting sustainable procurement', in: B. Sjöfjell & A. Wiesbrock (Eds.), *Sustainable Public Procurement under EU Law*, Cambridge, Cambridge University Press 2015, par. 8.3.

⁸¹ Onderzoek in opdracht van de Europese Commissie: 'SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU, 2014; zie ook: <<https://www.piano.nl/nl/themas/mkb-vriendelijk-inkopen/mkb-vriendelijk-inkopen-toegankelijk>>.

⁸² Advies van het Europees Comité van de Regio's over het uitvoeringsverslag inzake overheidsopdrachten d.d. 8 oktober 2019.

⁸³ S. Arrowsmith, *The Public and Utilities Procurement*, vol. 2. Third edition, 2018, p. 771.

⁸⁴ Vzgnr. Rb Oost-Brabant 26 juli 2018, ECLI:NL:RBOR:2018:3593, ro. 4.8.

⁸⁵ Brief Werkgroep 'Clusteren' d.d. 26 juni 2018 aan Staatssecretaris Keijzer in het kader van het Traject Beter Aanbesteden.

⁸⁶ Zie de bijdrage van W.A. Janssen en E.E. Neele in dit themanummer, TBR 2021/16.

⁸⁷ Considerans Richtlijn 2014/24/EU, overweging 84.

⁸⁸ Zie hiervoor in par. 3.3.

⁸⁹ Zie in gelijke zin: A. Beckers, 'Using Contracts to Further Sustainability? A Contract Law Perspective on Sustainable Public Procurement', in: Beate Sjöfjell and Anja Wiesbrock (eds), *Sustainable Public Procurement Under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge, Cambridge University Press 2015, par. 3.3.

⁹⁰ Rapport Rijkswaterstaat, *Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector*, mei 2019, p. 9.

contract is geregeld, zorgen voor een rem op innovaties.^{91,92}

Een ander probleem voor het MKB is dat voor elke aanbesteding andere eisen gelden. De ontwikkeling van Europese producteisen zou hiervoor een oplossing kunnen zijn. Producteisen zijn wettelijke veiligheids-, gezondheids- en milieuvorschriften die gelden voor specifieke productgroepen.⁹³ Producteisen vormen dwingende voorwaarden en leggen aanbesteders verplichtingen op met betrekking tot wat zij aanschaffen. Voor de bouwsector zijn deze productgroepen overigens nog beperkt.⁹⁴ Het voordeel van producteisen is dat aanbesteders worden ontlast, omdat zij niet alles meer gedetailleerd behoeven te specificeren.⁹⁵ Zij kunnen volstaan met een verwijzing naar deze eisen. Tevens kunnen zij slechts nog producten inkopen die aan (minimale) milieuvorschriften voldoen. Producenten en leveranciers zijn er weliswaar verantwoordelijk voor dat hun producten voldoen aan alle producteisen. Daar staat tegenover dat deze eisen in Europees verband gelden en de producten dus breed toepasbaar zijn. Dat biedt voor langere tijd perspectief.

5. 'Noblesse oblige', maar tot welke prijs?

'Als je het hebt over duurzaam ondernemen, wat we nu aan het doen zijn is: niet duurzaam ondernemen.'⁹⁶

Ongeacht de wijze waarop een aanbesteder maatschappelijke waarde in zijn inkoopproces betreft, voegt hij een secundaire (maatschappelijke) behoefte toe aan zijn primaire behoefte. Het gaat immers niet alleen nog om de realisatie van een weg, brug of een kantoorgebouw (primaire). Deze moeten ook duurzaam zijn of duurzaam tot stand zijn gekomen (secundair). De volledige en juiste nakoming van (bilaterale) overeenkomsten is essentieel om de milieudoelstellingen daadwerkelijk te halen.⁹⁷ Overeenkomsten bieden doorgaans di-

verse remedies ter waarborging van de deugdelijke nakoming. Deze kunnen variëren van het vorderen van nakoming, het opleggen van (EMVI)boetes tot de ontbinding van de overeenkomst. Vanzelfsprekend kunnen opdrachtnemers ook positief worden gestimuleerd.

Ondanks deze contractuele waarborgen, blijkt - zoals wel vaker - de praktijk weerbarstiger dan de theorie. Een goed voorbeeld hiervan is te lezen in een recent verschenen rapport naar aanleiding van de evaluatie van de 'performance' van DBFM-projecten bij Rijkswaterstaat.⁹⁸ De evaluatie maakt duidelijk dat DBFM-projecten weliswaar voordelen bieden en bijdragen aan het (sneller) beschikbaar maken van infrastructuur dan bij gewone D&C-contracten het geval is. Echter, als gevolg van de tijdsdruk die ontstaat vanwege de financiële prikkels om (tijdig) het te realiseren bouwwerk beschikbaar te stellen, kan de kwaliteit van het werk onder druk komen te staan. Het rapport beschrijft dat 'spanning' ontstaat tussen enerzijds de noodzaak tot tijdige beschikbaarstelling van het werk en anderzijds het nakomen van verplichtingen duurzaamheid.

DBFM-projecten zijn (beslist) niet de enige projecten die met deze 'spanning' kampen. De spanning lijkt het logische gevolg van de ondergeschikte aard van (maatschappelijke) nevedoelen ten opzichte van het primaire doel. *In the heat of the moment* zal de (tijdige) beschikbaarstelling van de weg, brug of het (kantoor)gebouw al snel de prioriteit krijgen boven het realiseren van de (voorgescreven) maatschappelijke waarde. Het gevaar is dat het gebouw dat BENG ontworpen is, bij ingebruikname bijna BENG is, maar niet helemaal.⁹⁹

Vanwege het bilaterale karakter van een overeenkomst waarin de duurzaamheidsaspecten zijn meegenomen, zullen bij uitstak de contractspartijen verantwoordelijk zijn voor het daadwerkelijk realiseren ervan. In de eerste plaats dient de opdrachtnemer de verplichting die hij is aangegaan, na te komen. Schiet hij daarin tekort, dan staat de aanbesteder - in zijn hoedanigheid van opdrachtgever - contractuele remedies ter beschikking. Aanbesteders beschikken echter over een zekere discretionaire bevoegdheid om de remedies toe te passen (en dus ook niet). De toepassing van de remedies zal door aanbesteders worden afgewogen tegen het (negatieve) effect daarvan op de voortgang van de

⁹¹ Ibid, p. 34.

⁹² Andersoortige contract- of samenwerkingsvormen zouden daar verandering in kunnen brengen, waaronder de door Rijkswaterstaat voorgestelde portfolio-aanpak. Bij de portfolio aanpak worden projecten met een repeterend karakter of projecten binnen een ontwikkeltraject, gebundeld. Zodoende worden bouwbedrijven in staat gesteld over meerdere projecten heen risico's te reduceren, faalkosten te verminderen en innovatie te vergroten. Het verdient overigens aandacht hoe de portfolio-aanpak zich verhoudt tot de in art. 1.5 Aw 2012 geregelde clusterverbod en splitsingsgebod. Ik meen dat art. 1.5 Aw 2012 op zich niet aan de portfolio-aanpak in de weg hoeft te staan.

⁹³ Zie ook: *Kamerstukken II 2019/20*, 22 112, nr. 2865.

⁹⁴ <<https://www.rvo.nl/onderwerpen/tools/wet-en-regelgeving/eu-wetgeving/ce-markering>>.

⁹⁵ Zie hiervoor in par. 2.2.

⁹⁶ J.F.M. Koppenjan e.a., *Leren van 15 jaar DBFM-projecten bij RWS (Eindrapport)*, uitgave van RWS en Bouwend Nederland, 12 oktober 2020, <<https://www.eur.nl/essb/nieuws/publiek-private-samenwerken-van-rijkswaterstaat-aan-zicht>>, p. 22.

⁹⁷ Europese Commissie, *Groen Kopen! Een handboek over groene overheidsopdrachten*, derde editie, par. 6.4.

⁹⁸ J.F.M. Koppenjan e.a. tap. p. 22.

⁹⁹ Richtlijn 2010/31/EU betreffende de energieprestatie van gebouwen (herschikking) definieert 'BENG' als 'gebouw met een zeer hoge energieprestatie (...). De dichtbij nul liggende of zeer lage hoeveelheid energie die is vereist, dient in zeer aanzienlijke mate te worden geleverd uit hernieuwbare bronnen, en dient energie die ter plaatse of dichtbij uit hernieuwbare bronnen wordt geproduceerd te bevatten'. Vanaf 1 januari 2021 is de richtlijn komen te vervallen en dienen kantoorgebouwen energieneutraal zijn ('ENG').

werkzaamheden of op de relatie met de opdracht-nemer.

Aanbestedingsrechtelijk wordt de discretionaire bevoegdheid slechts begrensd door het leerstuk van de wezenlijke wijziging van de opdracht.¹⁰⁰ Zo oordeelde voorzieningenrechter Den Haag dat het accepteren door een opdrachtgever van een partij strooizout van mindere kwalitatief dan was voorgeschreven, onrechtmatig kan zijn jegens een gepasseerde inschrijver. Dat geldt ook als de opdrachtgever voor de geleverde mindere kwaliteit een lagere prijs betaalt.¹⁰¹ Aldus was de aanbestedder in de betreffende zaak (feitelijk) gehouden de overeenkomst met de leverancier te ontbinden en het kwalitatief mindere goede zout terug te leveren.

Het toepassen van contractuele remedies is soms lastiger dan het lijkt. Anders dan bij de levering van producten (zoals strooizout), is ongedaanmaking van een reeds tot stand gebracht bouwwerk dat niet voldoet aan de voorgeschreven kwaliteit, in de meeste gevallen praktisch onmogelijk.¹⁰² Dit, terwijl het (alsnog) vorderen van nakoming disproportioneel kan zijn.¹⁰³ De ongedaanmaking van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden is doorgaans eveneens weinig realistisch. Het leerstuk van de wezenlijke wijziging wegens niet nakoming van duurzaamheidsaspecten in een overheidsopdracht boet daarmee aan effectiviteit in.

Los daarvan is waarschijnlijk dat de partij die zich doorgaans op een wezenlijke wijziging van de opdracht wenst te beroepen, een ander belang nastreeft dan het alsnog deugdelijk nakomen van de gegunde overeenkomst. Jansen typeert dat op een treffende wijze: een (potentiële of gepasseerde) inschrijver is niet de hoeder van het algemeen belang.¹⁰⁴ Hij dient vooral zijn eigen belang. Het valt te betwijfelen of een willekeurige burger, ten behoeve van wie de maatschappelijk waarde moet worden gecreëerd, een rechtens te respecteren belang heeft bij een vordering tot nakoming.¹⁰⁵

Het ondergeschikte belang van maatschappelijke (neven)doelen bij aanbestedingen - waaronder duurzaamheidsaspecten - maakt tevens dat de facultatieve uitsluitingsgronden van art. 2.87 Aw2012 weinig houvast bieden voor uitsluiting van marktpartijen wegens de niet-nakoming van

contractuele verplichtingen gericht op duurzaamheid.¹⁰⁶ Ten slotte ontbreekt in Nederland een autoriteit die op de naleving van overheidsopdrachten toeziet.¹⁰⁷ Wie is dan eigenlijk de 'eigenaar' van het probleem?¹⁰⁸

Een deel van de oplossing ligt mogelijk in de positieve benadering: het meewegen van goede milieuprestaties in een volgende aanbesteding. Oftewel: positieve 'past performance'.¹⁰⁹ Een goed voorbeeld hiervan is de door ProRail ontwikkelde CO₂-prestatieladder die inmiddels ook door andere aanbestedende diensten wordt toegepast.¹¹⁰ De CO₂-Prestatieladder is een gecertificeerd CO₂-managementsysteem dat ondernemers stimuleert tijdens de uitvoering van werken minder CO₂ uit te stoten. Des te succesvoller, hoe hoger een (gecertificeerde) ondernemer op de prestatieladder klimt. De trede op de ladder wordt vervolgens meegewogen. Inmiddels zijn de ervaringen positief.¹¹¹

6. Afsluiting

In het voorgaande kwam aan de orde dat het aanbestedingsrecht een ruim palet aan mogelijkheden biedt om als aanbestedder rekening te houden met maatschappelijke doelen, in het bijzonder innovatie en duurzaamheid. Indien hij deze aspecten niet wil overlaten aan de markt in het kader van kwalitatieve gunningscriteria, heeft aanbestedder de keuze tussen het voorschrijven van technische dan wel functionele specificaties, keurmerken en het voorschrijven van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden.

Waar door aanbesteders problemen worden gesignaleerd bij de toepassing van 'strategische' gunningscriteria, kunnen milieudoelstellingen evengoed worden bereikt door het voorwerp van de

¹⁰⁶Zie ook de bijdrage van J. Meesters in dit themanummer, *TBR* 2021/17.

¹⁰⁷Verschillende auteurs pleiten voor een aanbestedingsautoriteit als bedoeld in artikel 83 Richtlijn 2014/24/EU om toezicht te houden op de juiste naleving van de Richtlijn. Zie onder meer: J.M. Hebly, 'Over marktsconsultatie, belangenconflicten en (gebrek) aan toezicht' in: W.H. van Boom, C. Breedveld-de Voogd, Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M. de Deugd-Dijkman en J. Hijma, *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H. J. Snijders ter gelegenheid van zijn emiraat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 141-154, R.G.T. Bleeker en E.R. Manunza, 'Enkele kanttekeningen naar aanleiding van de evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts', *TBR* 2016/37 en E. Manunza en C.E.C. Jansen, 'Rechtsbescherming in aanbestedingszaken niet op orde', *Staatscourant* d.d. 12 juni 2018.

¹⁰⁸C.E.C. Jansen, 'De inschrijver als hoeder van het algemeen belang?', *TBR* 2015/80.

¹⁰⁹C.H.N.M. Petit, De nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn en Past Performance, *TA* 2015/2 en eveneens in Petit, 'Past en Present Performance', *TBR* 2010/143.

¹¹⁰Zie hierover de website van de Stichting Klimaatvriendelijk Aanbesteden & Ondernemen (SKAO), waarop ook een handleiding is gepubliceerd met de uitleg van de CO₂-prestatieladder (<<https://www.skao.nl/nl>>).

¹¹¹A. Kadefors e.a., *Procurement Requirements for Carbon Reduction in Infrastructure Construction Projects*, 2019, The Autors 2019, p. 33-41.

opdracht duurzaam te specificeren. De milieueffecten van overheidsinkopen zijn echter minder eenvoudig te meten (en te analyseren), omdat registratie daarvan ontbreekt.

De rol die de overheid als aanjager van verduurzaming (inmiddels) inneemt, biedt kansen voor grote en kleine ondernemers. Het vergt echter de nodige stuurmanskunst van aanbesteders om het potentieel te benutten binnen de kaders van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Deze beginselen beperken aanbesteders in de mogelijkheden om als *launching customer*, of zelfs als *scale-up customer*, op te treden. Gesteld kan worden

dat deze beginselen een ‘glazen plafond’ vormen bij de duurzame aanbestedingen.

De daadwerkelijke milieueffecten van overheidsinkoop dienen, ten slotte, niet alleen te worden gemeten na gunning van de opdracht, maar ook na de uitvoering daarvan. Ondanks het secundaire karakter van milieudoelstellingen ten opzichte van de primaire behoefte van aanbesteders, mogen de uiteindelijke milieueffecten niet uit het oog worden verloren. De (Europese en nationale) wetgever zou zich bij een volgende modernisering van de regelgeving kunnen afvragen hoe de naleving van duurzame aspecten in overheidsopdrachten daadwerkelijk kan worden gewaarborgd. ●

Licentie verstrekt aan:
buruma@tjbr.nl
Houthoff
IBR publicatie - 7-2-2025

Levenscycluskosten; het maatschappelijk meest verantwoorde-gunningscriterium

– Mr. D.R. Versteeg¹

1. Inleiding

Dit themanummer kent een doelgerichte opzet waarbij respectievelijk mogelijkheden en verplichtingen worden besproken om duurzaam, maatschappelijk verantwoord, aan te besteden. Dat maakt een duiding van het (hogere) doel - duurzaamheid - relevant, temeer omdat duurzaamheid een containerbegrip is, dat door gebruikers nogal eens naar eigen goeddunken wordt ingevuld.² Hetzelfde geldt voor begrippen in het verlengde hiervan zoals groen, milieuvriendelijk, klimaatverantwoord en het begrip circulariteit dat in deze bijdrage centraal staat. Dat vraagt om alertheid. Immers, waar middelen worden besproken om duurzaamheid als doel te bereiken - en de verplichting om die middelen toe te passen wordt overwogen - mag wel verwacht worden dat het doel concreet en controleerbaar is. Met het in deze bijdrage te bespreken middel: gunning op levenscycluskosten, wordt het doel automatisch concreet. Het gunningscriterium houdt namelijk rekening met de kosten van een product in al zijn levensfasen, gecombineerd met een kwantificatie van de externe milieueffecten. Als gevolg daarvan zal het product met de laagste levenscycluskosten de aarde het minst belasten bij productie, gebruik, hergebruik of verwijdering. Kortom: met dit gunningscriterium wordt bepaald wat het meest circulaire product is en daarmee ook het meest duurzaam, wat concreet betekent dat het de aarde het

minste uitput en ook verder het milieu en/of het klimaat het minste belast.³

In principe kan elke overheidsopdracht worden gegund op basis van de laagste levenscycluskosten. In deze bijdrage wordt ingegaan op het aanbesteden van werken op levenscycluskosten. Dat past niet alleen bij de aard van dit tijdschrift; de bouw is ook de sector waar ongetwijfeld de meeste milieuwinst kan worden behaald. Dat neemt niet weg dat zeker ook bij leveringen en - in wat minder mate - diensten, circulaire inkoop een duurzame gunningsmethodiek is, zo het niet dé meest duurzame.⁴

Teneinde te tonen hoe aanbesteden op laagste levenscycluskosten een belangrijk middel kan zijn om tot meer circulaire werken te komen, wordt in paragraaf 2 van deze bijdrage besproken hoe gunningscriteria het doorslaggevende sluitstuk van een circulaire aanbesteding kunnen zijn. In paragraaf 3 wordt het gunningscriterium: 'laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten' nader gezien, zoals dat met de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 werd geïntroduceerd en in 2016 in Nederland geïmplementeerd.⁵ De introductie van de levenscycluskosten kreeg veel aandacht van respectievelijk de Europese en de Nederlandse wetge-

³ Circulaire producten kunnen onder bepaalde omstandigheden leiden tot een grotere aanslag op het milieu en dus (per saldo) minder duurzaam zijn. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de focus te veel ligt op hergebruik, zonder externe milieueffecten daarbij te betrekken. Denk aan het geval dat een aannemer stenen niet wint uit een steengroeve maar tweedehands stenen betreft aan de andere kant van de wereld en deze op zeer vervuulende wijze naar Nederland transporteert. In deze bijdrage wordt getoond dat dit probleem zich in principe niet voordoet bij aanbesteding op levenscycluskosten omdat externe milieueffecten bij het bepalen van de kosten moeten worden meegenomen.

⁴ Relevante adviesrechtspraak waar in het vervolg van deze bijdrage naar wordt verwezen, betreft bijvoorbeeld een casus met betrekking tot de inkoop van bedrijfskleding.

⁵ Artikelen 67 en 68 Richtlijn 2014/24/EU en de artikelen 82 en 83 Richtlijn 2014/25/EU, gecodificeerd in artikelen 2.114 en 2.115a Aw 2016 (N.B. met Aw 2016 wordt verwezen naar de Aanbestedingswet 2012 na wijziging in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, teneinde een onderscheid te maken met de tekst van de oorspronkelijke Aanbestedingswet 2012 van 1 november 2012 die in deze bijdrage wordt geduid als Aw 2012).

¹ Daan Versteeg is Advocaat bij Rozemond Advocaten in Amsterdam.

² Bijvoorbeeld als er sprake is van 'greenwashing', waarbij entiteiten zich als duurzaam, groen of circulaair presenteren, op basis van hun eigen interpretatie van die begrippen. J. Gruyters en L. Michaux merken in dit kader in hun bijdrage in dit nummer op (TBR 2021/19): 'Greenwashing is een belangrijke controverse in CSR-debatten: heel wat ondernemingen doen zich namelijk steeds meer voor als 'groener' of 'maatschappelijk verantwoord' dan in wezen het geval is. In het kader van overheidsopdrachten kan men, zonder overdreven wantrouwen, dergelijke listigheden ook van overheden verwachten.'

ver, zowel in wettelijke bepalingen als in de parlementaire toelichting en behandeling.⁶

Het begrip levenscycluskosten doet vermoeden dat niet-circulaire aanbiedingen tot hogere kosten leiden, waarmee dit gunningscriterium inschrijvers zou prikkelen zich te onderscheiden op circulariteit. In hoeverre dat het geval is, is mede afhankelijk van het antwoord op de vraag welke kosten onder het begrip levenscycluskosten vallen. Die vraag wordt beantwoord in paragraaf 3.⁷

2. Gunnen op circulariteit is concurreren op circulariteit

De chronologie van de belangrijkste onderdelen van een aanbestedingsprocedure kenmerkt zich grofweg door het stellen van eisen aan een opdracht (de technische specificaties), gevolgd door het uitsluiten van bepaalde partijen (door middel van de uitsluitingsgronden), het stellen van eisen aan de inschrijvers die een aanbieding mogen indienen (de geschiktheidseisen), teneinde die aanbiedingen te beoordelen aan de hand van de vooraf bekendgemaakte criteria (gunningscriteria).⁸ In al die onderdelen van een aanbestedingsprocedure kunnen eisen, voorwaarden en/of andere bepalingen gehanteerd worden die als middel dienen om tot circulaire, meer duurzame, werken te komen.⁹ Daarbij heeft elk middel zo zijn eigen effect, waardoor het inzetten van een beperkt aantal middelen in de regel ook een beperkt effect heeft. Zo kan het voorschrijven van een bepaalde duurzame werkwijze en materialen tot een minimaal duurzaamheidsniveau leiden, maar het kan ook - onbedoeld - het aanbieden van innovatieve technieken en oplossingen verhinderen als die buiten de kaders van die technische specificaties vallen. Dat probleem kan deels worden opgelost met marktconsultaties (om letterlijk te onderzoeken wat er te koop is) en functionele specificaties (om meer oplossingen toe te laten), maar dan nog geldt dat inschrijvers dan niet worden geprikkeld om de eisen te overtreffen omdat ze daarvoor niet worden beloofd. De eisen zijn daarmee niet

alleen een lat, maar gelijktijdig ook een plafond. Bij het hanteren van uitsluitingsgronden van geschiktheidseisen kunnen - kort door de bocht gezegd - milieuvuilers worden buitengesloten en meer duurzame inschrijvers worden uitgenodigd. Dat is echter nog geen garantie dat zij ook de meest circulaire aanbieding doen en/of dat de meest circulaire aanbieder ook wint. Dat pleit voor het aanvullen van deze middelen met circulaire gunningscriteria. Immers, wanneer een aanbesteder inschrijvers in hun aanbieding kwaliteitspunten laat scoren op circulariteit, ontstaat er (ook) op dat vlak concurrentie. Dat pleit voor het gebruik van circulariteit als (sub)gunningscriterium. Teneinde te voorkomen dat inschrijvers circulariteit - op grond van hun inschrijvingsstrategie - links laten liggen, kan het gunningscriterium gecombineerd worden met minimumeisen¹⁰ en/of een zwaarder gewicht krijgen.¹¹

Wanneer een aanbesteder een opdracht op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding gunt, is er voldoende ruimte om circulaire bouwen een plaats te geven. Niets staat eraan in de weg om typisch circulaire aspecten op te nemen als subgunningscriteria. Te denken valt aan verschillende aspecten als:

- duurzame, hergebruikte of herbruikbare grondstoffen en (half)fabricaten;
- geen of een lage (externe) energiebehoefte;
- geen of een lage vervuilingsemisatie;
- duurzaam hergebruik van (onderdelen van) het werk in het einde van de levensfase.

Sterker nog: het gebruik van zogenoemde duurzaamheidscriteria wordt de afgelopen decennia uitdrukkelijk toegestaan én aangemoedigd. Een greep uit de ontwikkeling van de gunningscriteria toont dat onmiskenbaar.

2.1 Ontwikkeling van gunningscriteria ten aanzien van milieu en duurzaamheid

De mogelijkheid om milieu- en/of duurzaamheidscriteria te hanteren bij het gunnen van overheidsopdrachten is bepaald niet van meet af aan vanzelfsprekend geweest. In deze paragraaf wordt de ontwikkeling van gunningscriteria in dat kader geschetst.

Sinds de eerste Europese aanbestedingsrichtlijn van 1971 was er sprake van twee gunningscriteria: gunning op laagste prijs en gunning op basis van prijs én kwaliteit.¹² In het laatste geval zijn sub-

⁶ Zie onder meer de artikelen 67 en 68 Richtlijn 2014/24/EU, artikelen 82 en 83 Richtlijn 2014/25/EU en artikelen 2.114 en 2.115a Aw 2016, alsmede de toelichting bij COM(2011) 896, p. 10, considerans Richtlijn 2014/24/EU overwegingen (92), (96) en (97), *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 6, 7, 24, 81, 82-83 en *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 6, p. 14 en 22, *Handelingen II* 2015/16, 62, item 10, p. 3, *Handelingen II* 2015/16, 62, item 12, p. 3-4, 14 en 16.

⁷ Voor een uitgebreide analyse van de mogelijkheden van gunning op levenscycluskosten ten behoeve van het verkrijgen van circulaire werken, de (op dat moment) beschikbare berekeningsmethodes, beperkende factoren en suggesties voor het vergroten van de toegankelijkheid en toepasbaarheid van deze gunningsmethode, met aandacht voor de wisselwerking met andere delen van het aanbestedingsrecht, zij verwezen naar D. Versteeg, 'Levenscycluskosten: De sleutel naar circulair werk?' in R. Koolhoven e.a., *Preadviezen: Circulair Bouwen*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2018, p. 113-183.

⁸ Respectievelijk par. 2.3.3., 2.3.5. en 2.3.8. Aw 2016.

⁹ Zie in dat kader de bijdragen van J. Meesters en G.J. Huith in dit nummer (*TBR* 2021/17 en *TBR* 2021/14).

¹⁰ Een Aanbesteder kan bijvoorbeeld eisen stellen aan de maximale CO₂ om vervolgens gunningspunten toe te kennen naarmate inschrijvers verder onder dat maximum blijven.

¹¹ Naarmate het gewicht van een gunningscriterium zwaarder wordt, loont het minder om dat criterium te verwaarlozen en in te zetten op andere criteria zoals de prijs.

¹² Art. 29 lid 1 Richtlijn 1971/71/305/EEG.

gunningscriteria nodig om de kwaliteit te beoordelen.

In 2002 oordeelde het HvJ EU in het bekende *Finse bussen*-arrest,¹³ over de richtlijn voor de aanbesteding van diensten uit 1992¹⁴, dat subgunningscriteria niet noodzakelijk van zuiver economische aard hoeven te zijn¹⁵ en dat milieucriteria (zoals het niveau van de stikstofmonoxide-emissies en het geluidsniveau van de bussen) als subgunningscriteria mogen worden gebruikt,¹⁶ voor zover deze verband houden met het voorwerp van de opdracht.¹⁷

Dit arrest is gecodificeerd in de aanbestedingsrichtlijnen 2004 waarin 'milieukeurmerken' expliciet worden genoemd als mogelijk criterium om (mede) de economisch meest voordelige inschrijving te bepalen.¹⁸

Sinds 2005 geeft de Europese Commissie het Handboek '*Groen Kopen*' uit, waarmee de Europese Commissie overheden wil ondersteunen om met succes een milieuvriendelijk aanbestedingsbeleid op gang te brengen.¹⁹ Daarin wordt een volledig hoofdstuk gewijd aan de wijze waarop milieugerichte gunningscriteria kunnen worden toegepast.²⁰

In het zogenoemde *Max Havelaar*-arrest oordeelde het HvJ EU over de wijze waarop (milieu)keurmerken gehanteerd kunnen worden, alsmede dat uitvoeringsvoorwaarden (die gericht kunnen zijn op duurzaamheid) ook als gunningscriterium kunnen worden gebruikt.²¹

In de Aanbestedingswet 2013 (Aw 2012) worden milieukeurmerken ook als mogelijke subgunningscriteria genoemd.²² Met de Aw 2012 kwam ook de door de Tweede Kamer geïntroduceerde verplichting voor aanbesteders om voortaan in beginsel op prijs én kwaliteit te gunnen²³, destijds aangeduid als economisch meest voordelige inschrijving of kortweg EMVI. De initiators, de Kamerleden Ziengs en Leegte, lichtten in hun amendement toe dat zij

daarmee een omslag naar duurzaam en innovatief inkopen wilden bewerkstelligen.²⁴

Ook in de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 en de Aw 2016 keren milieukeurmerken terug als nader criterium, nu van het gunningscriterium de beste prijs-kwaliteitverhouding (de opvolger van wat daarvoor als EMVI werd aangeduid). Daarbij wordt expliciet ook 'innovatie kenmerken' als voorbeeldcriterium naast milieukeurmerken genoemd.²⁵

Daarnaast introduceren de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 en de Aw 2016 het nieuwe gunningscriterium 'laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten'.²⁶

Een voorbeeld van een duurzaamheidscriterium dat veelvuldig wordt toegepast, is de CO₂-prestatieladder. Dit instrument biedt een objectieve methode om te bepalen wat de CO₂ beperkende prestaties van een bedrijf zijn.²⁷ Via een certificaat kan een inschrijver zijn prestaties bewijzen en zo een hogere beoordelingscore behalen. Onder meer Rijkswaterstaat en ProRail hanteren de CO₂-prestatieladder in de regel bij aanbestedingen op beste prijs-kwaliteitverhouding.

Aanbesteders kunnen, onder meer online, instructies en suggesties vinden voor het gebruik van milieukeurmerken als gunningscriteria, in meer of mindere mate ook gericht op circulair aanbesteden.²⁸ Daarmee kan meer nadruk op circulariteit, althans duurzaamheid in algemene zin worden gelegd, maar dat is geen garantie dat de meest circulaire/duurzame inschrijving de aanbesteding wint. Ongelukkige keuzes in aard en weging van de gunningscriteria kunnen ertoe leiden dat met het gehanteerde middel niet het beoogde doel wordt bereikt. Vereist is een uitgelezen balans tussen duurzaamheidscriteria, 'gewone' subgunningscriteria en de prijscomponent. Het is maar de vraag of aanbesteders in staat zijn eigenhandig die balans te vinden. Het zal in ieder geval een grote administratieve belasting opleveren.

¹³ HvJ EU 17 september 2002, C-513/99 (*Concordia Bus Finland*).

¹⁴ Richtlijn 92/50/EEG d.d. 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening.

¹⁵ HvJ EU 17 september 2002, C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), ro. 55.

¹⁶ HvJ EU 17 september 2002, C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), ro. 57 en 64.

¹⁷ HvJ EU 17 september 2002, C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), ro. 59.

¹⁸ HvJ EU 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*), ro. 66-68.

¹⁹ Art. 53 lid 1 sub a) Richtlijn 2004/18/EG en art. 55 lid 1 sub a) Richtlijn 2004/17/EG.

²⁰ *Groen kopen!*, 2005, 2011 en 2016.

²¹ *Groen kopen!*, 2005, 2011 en 2016, hoofdstuk 5.

²² HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Max Havelaar*) ro. 84-92, zie ook overweging (97) considerans Richtlijn 2014/24/EU.

²³ Art. 2.115 lid 2 sub e. Aw 2012.

²⁴ Art. 2.114 Aw 2012.

²⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 440, nr. 25.

²⁶ Art. 67 lid 2 sub a) Richtlijn 2014/24/EU en art. 82 lid 2 sub a)

Richtlijn 2014/25/EU en art. 2.115 lid 2 sub e. Aw 2016.

²⁷ Art. 67 Richtlijn 2014/24/EU, art. 82 Richtlijn 2014/25/EU en art. 2.114 lid 2 sub b. Aw 2016.

²⁸ Het feit dat de CO₂-prestatieladder met name ziet op de prestaties van het bedrijf in het algemeen en niet (alleen) op de uitvoering van de opdracht die wordt aanbesteed, doet de vraag rijzen of het criterium wel voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht ex art. 2.115 lid 2 Aw 2016, zeker gelet op het oordeel van het HvJ EU inzake C-448/01 (*Wienstrom*). Die vraag zal - als niet relevant voor dit artikel - verder buiten beschouwing blijven.

²⁹ Zie bijvoorbeeld Mvonederland.nl/circular-procurement-guide, <https://www.piano.nl/nl/themas/maatschappelijk-verantwoord-inkopen-duurzaam-inkopen/mvi-themas/circular-inkopen> > Bouwend Nederland, Visie Circulaire Economie en *Groen kopen!* 2016, hoofdstuk 5.

3. Levenscycluskosten

3.1 Mogelijke voordelen van levenscycluskosten ten opzichte van andere gunningscriteria

Sinds 1 juli 2016 kunnen aanbesteders in plaats van gunning op beste prijs-kwaliteitverhouding of laagste prijs, ook kiezen voor gunning op levenscycluskosten. Het gunningscriterium levenscycluskosten bevat *prima facie* alle elementen voor de beoordeling van aanbiedingen voor circulaire bouwwerken, ervan uitgaande dat bij het bepalen van de levenscycluskosten ook rekening wordt gehouden met de externe milieueffecten.

Ter motivering van deze stelling dient de volgende vergelijking tussen de fictieve aanbesteding van een gebouw op respectievelijk laagste prijs, laagste levenscycluskosten en beste prijs-kwaliteitverhouding.

Wanneer het gebouw wordt aanbesteed op basis van de laagste prijs, wint de aanbieder met de laagste aanneemsom. Dat is echter geen enkele garantie dat de aanbesteder, laat staan andere gebruikers en/of het milieu, met deze aanbidding het beste af is (zijn). De aanneemer kan zijn lage prijs wellicht aanbieden omdat:

- het gebouw van mindere kwaliteit is, waardoor de gebruiker veel onderhoudskosten heeft;
- het gebouw een hoog energiegebruik heeft, waardoor de gebruiker hoge lasten heeft en het milieu belast wordt met hogere emissies;
- er grondstoffen zijn gebruikt die een grote aanslag plegen op het milieu, zoals niet-gecertificeerd hout uit kwetsbare regenwouden;
- het gebouw bestaat uit onderdelen die niet (of alleen tegen hoge kosten) te recylen zijn, waarmee het milieu verder wordt benadeeld en de eigenaar/rechthebbende aan het einde van de levensduur met hoge verwijderingskosten wordt geconfronteerd.

Bij gunning op de laagste prijs staat dan ook niet de waarde van een werk centraal, maar uitsluitend de vergoeding die de aanneemer ervoor krijgt. Dat is eigenlijk een merkwaardig beoordelingskader. Art. 1.4. lid 2 Aw 2016 verplicht aanbesteders immers om bij het aangaan van overeenkomst zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te leveren voor de publieke middelen en niet om aannemers een zo laag mogelijke vergoeding te geven. Voor het verkrijgen van circulaire werken is de laagste prijs dan ook het verkeerde beoordelingskader.

Wordt het gebouw daarentegen aanbesteed op basis van de laagste levenscycluskosten (waarbij rekening wordt gehouden met alle kosten en milieueffecten) dan zal de winnende aanbidding een gebouw zijn dat de laagste kosten voor aanbesteder en gebruikers kent, de meest duurzame oplossing

met zich brengt en dus de meeste maatschappelijke waarde creëert.

De kans is groot dat de aanneemsom van het gebouw hoger is, maar dat wordt ‘terugverdiend’ doordat:

- het gebouw lage onderhoudskosten heeft;
- nauwelijks energie gebruikt (en wellicht zelfs energie oplevert en daarmee geld);
- het gebouw, althans de onderdelen, aan het einde van de levensduur herbruikbaar zijn waardoor er sprake is van restwaarde in plaats van verwijderingskosten;
- aanbesteder en gebruiker weten dat de grondstoffen van het gebouw afkomstig zijn van hergebruik of een zo duurzaam mogelijke productiemethode.

Wordt het gebouw aanbesteed op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding dan kan de aanbesteder - bedoeld of onbedoeld - de nadruk meer op een lage prijs, lage kosten en/of duurzaamheid leggen. Voor zover hij uit is op een circulair bouwwerk, zal hij een palet aan gunningscriteria moeten vaststellen dat zowel leidt tot een aanvaardbare prijs voor hem en de eventuele gebruikers, als tot zo min mogelijk externe milieueffecten. Dat lijkt het paard achter de wagen spannen, omdat de aanbesteder dan uiteindelijk via een omweg zal uitkomen bij een gunning op basis van levenscycluskosten.

De opvatting dat circulariteit, innovatie en duurzaamheid gestimuleerd kunnen worden door te gunnen op levenscycluskosten, wordt breder gedragen. Zie de wijze waarop het gebruik van levenscycluskosten wordt aanbevolen in de toelichting op het amendement Ziengs en Leegte²⁹:

‘De overheid moet de markt uitdagen om de meest optimale oplossingen aan te dragen door ruimte te bieden voor innovatie en duurzaamheid. Dus sturen op EMVI waarbij wordt gelet op Total Cost of Ownership en de Life Cycle Analysis van producten in plaats van op aanschafwaarde of laagste prijs.’

Ook in de literatuur over circulair en duurzaam aanbesteden wordt gunning op levenscycluskosten genoemd als potentieel belangrijk middel.³⁰

²⁹ Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 25, p. 2.

³⁰ Zie: M. Andhov, R. Caranta & A. Wiesbrock, *The European Union law of life-cycle costing*, alsmede R. Carvalho, *Life-cycle costing in the Member States: does the tool meet its goals?*, in: M. Andhov, R. Caranta en A. Wiesbrock, *cost and EU Public Procurement Law – Life-Cycle Costing for Sustainability*, Londen: Routledge Publishers, 2020, F. Schotanus & K. Gaaikema, *De status van circulair en duurzaam inkopen: van best practice naar common practice*, TA 2020/104, W.A. Janssen, ‘Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigmaverandering’, TA 2020/3, M.A.B. Chao-Duivis, ‘Privatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel III). Het aanbestedingsrecht’, TBR 2018/1 en W.B. ten Haaf, ‘Circulair aanbesteden, het opbouwen van een nieuwe economie’, TA 2017, 41.

Hetzelfde geldt voor beleidsplannen, brochures en handleidingen in dat kader.³¹

Of gunning op levenscycluskosten inderdaad de omslag naar circulair bouwen kan stimuleren, is wel afhankelijk van de vraag welke kosten bij het bepalen van de levenscycluskosten worden betrokken en van de wijze waarop de levenscycluskosten worden berekend of geraamd.

3.2 Levenscycluskosten ingevolge de aanbestedingswetgeving

3.2.1 Introductie van levenscycluskosten in de aanbestedingsrichtlijnen 2014 en Aw 2016

De levenscycluskosten werden als gunningscriterium geïntroduceerd in de Richtlijn 2014/24/EU (de Richtlijn³²), de Richtlijn 2014/25/EU (Nutssectorenrichtlijn) en vervolgens geïmplementeerd in de Aw 2016.³³ Omdat de relevante bepalingen in de Richtlijn en de Nutssectorenrichtlijn nagenoeg gelijklopend zijn³³, wordt hierna alleen verwezen naar de Richtlijn en/of deel 2 Aw 2016.

Art. 2.114 Aw 2016 geeft overzichtelijk weer dat een aanbesteder zijn opdracht moet gunnen op grond van de economische meeste voordelige inschrijving, wat wordt vastgesteld op basis van een van de drie hoofdgunningscriteria: beste prijs-kwaliteitverhouding, laagste kosten zoals levenscycluskosten en laagste prijs.

‘Artikel 2.114

1. De aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving.
2. De economisch meest voordelige inschrijving wordt door de aanbestedende dienst vastgesteld op basis van de:
 - a. beste prijs-kwaliteitverhouding,
 - b. laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, bedoeld in artikel 2.115a, of
 - c. laagste prijs.’

Art. 2.115a Aw 2016 bepaalt vervolgens waar levenscycluskosten betrekking op hebben en geeft instructies aangaande het opstellen en gebruiken van methoden om levenscycluskosten te ramen en/of te berekenen.

31 Zie bijvoorbeeld *Public procurement for a circular economy 2017. Groen kopen!* 2016, 5.3. *Plan van aanpak maatschappelijk verantwoord inkopen overheden 2015*, *GPP, Green Public Procurement 2012*, Clement e.a. 2011.

32 Artikelen 67 en 68 Richtlijn 2014/24/EU, artikelen 82 en 83 Richtlijn 2014/25/EU en artikelen 2.114 en 2.115a Aw 2016.

33 Deel 3 Aw 2016, ‘Speciale-sectoropdrachten’ kent dan ook geen bepalingen over gunningscriteria en/of levenscycluskosten, maar bevat een verwijzing naar deel 2 van de wet, zie art. 3.74 Aw 2016 en par. 2.3.8.4

Die introductie van levenscycluskosten betekende niet de komst van een compleet nieuw criterium. Levenscycluskosten werden al langer gebruikt als subgunningscriterium bij het bepalen van de economisch meest voordelige inschrijving.³⁴ Zie bijvoorbeeld de hiervoor in 1.3.1. geciteerde toelichting bij het amendement Ziens en Leege.³⁵ En daarnaast ook de memorie van toelichting op de Aw 2016 waarbij de Nederlandse wetgever zelfs meldt dat er materieel niets verandert maar dat de staande praktijk wordt gecodificeerd waarin aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven bijvoorbeeld eisen stellen aan de milieubelasting van de productiemethode, de mate van recycling van de door hen af te nemen leveringen of de arbeidsomstandigheden van werknemers die worden ingezet bij de uitvoering van een opdracht.³⁶

De introductie van levenscycluskosten in 2014 in de Richtlijn en vervolgens de Aw 2016 was wel vernieuwend in de zin dat de levenscycluskosten promoveerde van subgunningscriterium tot een van de drie hoofdgunningscriteria (naast laagste prijs en beste prijs-kwaliteitverhouding).³⁷ Dat staat er niet aan in de weg om levenscycluskosten ook nog steeds als subgunningscriterium te hanteren om de beste prijs-kwaliteitverhouding te bepalen.³⁸ Dat is voorsnog zelfs de enige wijze waarop levenscycluskosten thans in de praktijk worden toegepast en dan nog op een zeer bescheiden schaal.³⁹

Wanneer aanbesteders levenscycluskosten als subgunningscriterium hanteren, hoeven zij de levenscycluskosten niet strikt te hanteren zoals deze zijn omschreven in art. 2.115a Aw 2016. Het staat aanbesteders in beginsel vrij om zelf de subgunningscriteria te bepalen waarmee zij de beste prijs-kwaliteitverhouding bepalen.⁴⁰ Bovendien verwijst de Aw 2016 alleen naar de omschrijving van levenscycluskosten in art. 2.115a Aw 2016 vanuit de mogelijkheid om levenscycluskosten als hoofdgunningscriterium te hanteren.⁴¹ Dat neemt niet weg dat aanbesteders er goed aan doen om art. 2.115a Aw 2016 zoveel mogelijk in acht te nemen als zij levenscycluskosten als subgunningscriterium

34 In de zin dat het fungeerde als een van de nadere criteria bij het vaststellen van de EMVI ex art. 2.115 lid 1 Aw 2012.

35 *Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 25, p. 2.*

36 *Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 6, zie ook overweging (95) considerans Richtlijn 2014/24/EU.*

37 Andhov, Caranta & Wiesbrock 2020, supra noot nr. 30, p. 24.

38 In de zin dat het fungeert als een van de nadere criteria bij het vaststellen van de beste prijs-kwaliteitverhouding ex art. 2.115 lid 1 Aw 2016, het begrip levenscyclus wordt in dat kader ook expliciet genoemd in art. 2.115 lid 3 Aw 2016.

39 F. Schotanus & K. Gaaikema hebben op basis van TenderNed-data berekend dat in 2019 levenscycluskosten slechts in 0,04% van alle gegunde aanbestedingen is gebruikt bij het gunnen van de opdracht, zie Schotanus & Gaaikema 2020, supra noot nr. 30.

40 HvJ EU 20 september 1988, zaak 31/87 (*Beentjes*), HvJ EU 17 september 2002, C-513/99 (*Concordia Bus Finland*) en HvJ EU 19 juni 2003, C-315/01 (*GAT*).

41 Zie art. 2.114 lid 2 sub b. Aw 2016.

hanteren. Het is niet wenselijk als er verschillende toepassingsvormen van een wettelijk begrip bestaan.

De introductie van de levenscycluskosten beperkt zich tot de Richtlijn en de Nutssectorenrichtlijn. De richtlijn voor het plaatsen van concessieovereenkomsten kent geen bijzondere bepalingen aangaande gunning op levenscycluskosten.⁴² Dat laat het gebruik van levenscycluskosten als gunningscriterium overigens onverlet. De richtlijn voor het plaatsen van concessieovereenkomsten en deel 2a Aw 2016 kennen geen voorgeschreven systematiek van gunningscriteria en geven aanbesteders veel vrijheid bij het opstellen en hanteren van gunningscriteria.⁴³

Bij de implementatie van de levenscycluskosten in de Aw 2016 kwam voor Nederlandse aanbesteders de verplichting om het gebruik van levenscycluskosten - als uitzonderlijk gunningscriterium - te motiveren, net zoals dat bij gunning op laagste prijs het geval is.⁴⁴ Die verplichting is het gevolg van het amendement Gesthuizen c.s. in de Tweede Kamer, dat is gebaseerd op de misvatting dat gunning op levenscycluskosten zou kunnen worden misbruikt als middel om - ongemotiveerd - op laagste prijs te gunnen.⁴⁵

3.2.2 De lengte van de levenscyclus

Voor het hanteren van een gunningscriterium als levenscycluskosten is vanzelfsprekend van belang wat verstaan moet worden onder het begrip levenscyclus. Op basis van een zuiver taalkundige interpretatie omvat levenscyclus alle levensstadia vanaf de (winning) van de grondstof tot de afvoer van het eindproduct, bij voorkeur natuurlijk ten behoeve van hergebruik. Populair (en dus in het Engels) gezegd: 'from cradle to cradle'. Immers, het onderdeel 'leven' refereert aan alle stadia van productie en gebruik. Het onderdeel 'cyclus' preludeert al op het hergebruik (de volgende cyclus), waarmee in ieder geval de afhandeling aan het einde van het leven ook een te betrekken stadium is

Deze uitleg wordt bevestigd door het bepaalde in de wetgeving en parlementaire geschiedenis. Zo

kennen de Richtlijn en de Aw 2016 een brede definitie van het begrip 'levenscyclus'⁴⁶:

„20. „levenscyclus”: alle opeenvolgende en/of onderling verbonden stadia, waaronder uit te voeren onderzoek en ontwikkeling, productie, handel en handelsvoorwaarden, vervoer, gebruik en onderhoud, in het bestaan van het product of werk of het verlenen van een dienst, gaande van de verkrijging van de grondstof of de opwekking van hulpbronnen tot de verwijdering, de opruiming en „end-of-service”-fase of de „end-of-utilisation”-fase

Die brede definitie is ook terug te zien in het specifieke artikel over levenscycluskosten, dat hieronder in paragraaf 3.2.3 nog nader wordt beschreven: „kosten gedragen door de aanbestedende dienst of andere gebruikers, zoals:

- i) kosten in verband met de verwerving,
- ii) gebruikskosten, zoals kosten voor verbruik van energie en andere hulpbronnen,
- iii) onderhoudskosten,
- iv) kosten volgend uit het einde van de levenscyclus, zoals inzamelings- en recyclingkosten.”⁴⁷

Opmerkelijk is het gebruik van het woord 'zoals'⁴⁸, voorafgaand aan de opsomming van enkele typische levensstadia (verwerving, gebruik, onderhoud en einde levensduur). Dat toont in ieder geval dat de lijst niet limitatief is. In voorkomend geval kunnen dus meer levensstadia bij het bepalen van de levenscycluskosten worden betrokken. Dat komt logisch voor omdat niet elk product dezelfde levensstadia kent, waardoor niet alle mogelijke varianten in de wet kunnen worden genoemd.

De vervolgvraag is of aanbesteders ook verplicht zijn alle mogelijke levensstadia bij het bepalen van levenscycluskosten te betrekken, dan wel of zij kunnen volstaan met een eigen selectie. In het eerste geval wordt er daadwerkelijk een levenscyclusanalyse van de aanbidding gedaan. In het tweede geval kunnen aanbesteders ook bewust (in de wet genoemde) levensstadia buiten beschouwing laten, ook al spelen deze stadia wel een rol bij (de kosten van) het werk. De wettekst gelezen in samenhang met de parlementaire toelichting, wijst op de eerste uitkomst: aanbesteders dienen zoveel mogelijk levensstadia bij de betreffende levenscyclus te betrekken.

Zo begint de zojuist geciteerde definitie van levenscyclus met 'alle [...] stadia'⁴⁹; waaruit volgt dat

⁴² Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten.

⁴³ Art. 41 Richtlijn 2014/23/EU en art. 2a.50 Aw 2016.

⁴⁴ Art. 2.114 lid 4 Aw 2016. Hetzelfde geldt voor artikelen 67 lid 2 en 68 Richtlijn 2014/24/EU.

⁴⁵ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 11. Zie voor een analyse van de misvatting achter dit amendement en de negatieve gevolgen ervan Versteeg 2018, supra noot nr. 7, p. 158-169.

⁴⁶ Art. 2 sub 20. Richtlijn 2014/24/EU, gecodificeerd in artikel 1 Aw 2016. *Nota bene* de bepalingen over levenscycluskosten in de Richtlijn 2014/24/EU zijn meer uitgebreid (inclusief voorbeelden) dan die in de Aw 2016 (dat wordt ook opgemerkt in Chao-Duiuis, TBR 2018/1), reden waarom dit en het volgende citaat afkomstig zijn uit de Richtlijn 2014/24/EU.

⁴⁷ Art. 68 Richtlijn 2014/24/EU, gecodificeerd in art. 2.115a Aw 2016.

⁴⁸ In zowel art. 68 lid 1 sub a als art. 2.115a lid 1 sub a. Aw 2016.

⁴⁹ Art. 2 sub 20. Richtlijn 2014/24/EU, art. 1 Aw 2016.

alle relevante stadia onderdeel zijn van de levenscyclus en dus alle bij de levenscycluskosten betrokken moeten worden. De parlementaire toelichting van de Europese en Nederlandse wetgever bevestigen deze uitleg. Zie reeds het voorstel voor de Richtlijn in 2011⁵⁰:

‘De levenscyclus dekt alle fasen van het bestaan van een product of werk of verrichting van een dienst, vanaf de aanschaf van de grondstof of het opwekken van de hulpbronnen tot het verwijderen, het opruimen of het afwerken ervan.’ (ond. D.V.)

Zie voorts de toelichting op het begrip levenscyclus in de memorie van toelichting op de Aw 2016⁵¹:

‘*levenscyclus* Het begrip levenscyclus is van belang voor een aantal bepalingen inzake gunningscriteria, met name voor artikel 2.115a. De omschrijving spreekt voor zich. De stadia in een levenscyclus lopen uiteen van de verkrijging van grondstof of de opwekking van hulpbronnen tot de verwijdering of opruiming. De fasen daartussen kunnen bijvoorbeeld betreffen: uit te voeren onderzoek en ontwikkeling, productie, handel en handelsvoorwaarden, vervoer, gebruik en onderhoud.’ (ond. D.V.)

Ten slotte zou de mogelijkheid om levensstadia te selecteren niet alleen afbreuk doen aan het idee van de hele levenscyclus, het bevoordeelt de inschrijvers die in de geselecteerde stadia lage kosten aanbieden terwijl hun aanbieding over de gehele levenscyclus gerekend wellicht tot hogere kosten leidt. Dat staat haaks op elementaire aanbestedingsrechtelijke doelstellingen als het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde en het verbod op favoritisme en willekeur.⁵²

Zo kan bij wijze van voorbeeld een aanbesteder die een voorkeur heeft voor elektrische auto's daar eenvoudig bij uitkomen. Deze aanbesteder beperkt zich dan tot de gebruiksfase bij het beoordelen van de levenscycluskosten. In die fase zijn de kosten van een elektrische auto laag. De relatief hoge kosten van de productie en de verwijdering van de auto worden dan ‘gemakshalve’ buiten beschouwing gelaten. Een producent van auto's met zuinige benzinemotoren krijgt dan geen eerlijke kans om zich met de elektrische auto te meten.⁵³

Kortom: in overeenstemming met de wettelijke bepalingen, de parlementaire geschiedenis en

de algemene doelstellingen van het aanbestedingsrecht, dient een aanbesteder alle toepasselijke levensstadia - voor zover redelijkerwijs mogelijk - te betrekken bij het bepalen van de levenscycluskosten. De bepaling in de wet zou in dit opzicht nog wat duidelijker kunnen zijn. Daarbij verdient het logischerwijs de voorkeur om ook de relevante bepalingen in de Europese Richtlijnen in dit opzicht duidelijker te formuleren.⁵⁴

3.2.3 Welke kosten tellen mee?

Wanneer duidelijk is wat wordt verstaan onder de levenscyclus, is de volgende vraag welke kosten aanbestedingsrechtelijk aan de levenscyclus moeten worden toegerekend. Wil er sprake zijn van gunningscriterium dat daadwerkelijk uitnodigt tot het doen van circulaire aanbiedingen, dan moeten zowel de zuivere kosten van het werk in al zijn fasen, als ook de kosten van de externe milieubelasting, betrokken worden. Anders zou het goed mogelijk zijn om een aanbieding tot te doen met lage kosten (zij het voor een werk van hoge kwaliteit), maar met een grote aanslag op het milieu. Neem bijvoorbeeld niet duurzaam geproduceerd hardhout. Het is relatief goedkoop en kent weinig onderhoud.

Zowel de zuivere kosten als de milieukosten hebben een eigen plaats gekregen in art. 68 Richtlijn en art. 2.115a Aw 2016 in respectievelijk lid 1 sub a en lid 1 sub b⁵⁵:

“1. Levenscycluskosten hebben voor zover relevant betrekking op alle of een deel van de volgende kosten gedurende de levenscyclus van een product, dienst of werk:

- a) kosten gedragen door de aanbestedende dienst of andere gebruikers, zoals:
 - i) kosten in verband met de verwerving,
 - ii) gebruikskosten, zoals kosten voor verbruik van energie en andere hulpbronnen,
 - iii) onderhoudskosten,
 - iv) kosten volgend uit het einde van de levenscyclus, zoals inzamelings- en recyclingkosten;
- b) kosten toegerekend aan externe milieueffecten, die verband houden met het product, de dienst of de werken gedurende de levenscyclus, mits hun geldwaarde kan worden bepaald en gecontroleerd; dergelijke kosten kunnen de kosten van de broeikasgasemissies en andere verontreinigende emissies en andere kosten voor bestrijding van klimaatverandering omvatten.’ (ond. D.V.)

⁵⁴ Het vaststellen van, al dan niet verplicht te hanteren, Europese levenscycluskostenberekeningsmethoden is een alternatieve, dan wel aanvullende, methode om zoveel mogelijk levensfasen te betrekken bij het bepalen van de levenscycluskosten, zoals voorgesteld en nader uitgewerkt door J. Gruyters en L. Michaux, in hun bijdrage in dit nummer (TBR 2021/19).

⁵⁵ Art. 68 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU, gecodificeerd in art. 2.115a lid 1 Aw2016. Ook bij deze bepaling geldt dat het artikel in de Richtlijn 2014/24/EU meer uitgebreid is dan dat in de Aw 2016, reden waarom ook hier de geciteerde is.

⁵⁰ COM(2011) 896, p. 10.

⁵¹ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 24.

⁵² Zie onder meer art. 1.4. lid 2 Aw 2016 en HvJ EU 29 april 2004, C-496/99, rov. 111 (Succhi di Frutta).

⁵³ Het voorbeeld is van J. Telgen.

Gelet op dit onderscheid worden in het vervolg van dit artikel de volgende termen gehanteerd⁵⁶:

‘A-kosten’, voor de kosten van het werk zelf in al zijn levensstadia; en

‘B-kosten’, voor de kosten van externe milieubelasting in alle levensstadia.

Relevant is dus het antwoord op de vraag of een Aanbesteder zowel de A-kosten als de B-kosten bij het bepalen van de levenscycluskosten moet betrekken of dat hij daarin een keuze mag maken.

Daaraan voorafgaand geldt dat ook de A-kosten weer uiteenvallen in twee categorieën: de kosten voor de aanbestedder zelf en de kosten voor andere gebruikers. Dat leidt dan automatisch tot de vraag of de kosten van het werk die niet door de aanbestedder worden gedragen, ook bij het bepalen van de levenscycluskosten moeten worden betrokken. Immers, het is zeker niet altijd het geval dat alle kosten tijdens de gehele levenscyclus voor rekening van de aanbestedder komen.

Het artikel over de levenscycluskosten bepaalt expliciet dat kosten van andere gebruikers dan de aanbestedder onderdeel zijn van de levenscycluskosten⁵⁷:

‘kosten gedragen door de aanbestedende dienst of andere gebruikers’.

Hiermee maakt de wetgever al duidelijk dat in voorkomend geval ook de kosten die andere gebruikers dragen, bij het bepalen van de levenscycluskosten moeten worden betrokken.

Ook de B-kosten komen niet ten laste van de aanbestedder zelf, maar zijn een kwantificering van de belasting van het milieu gedurende de levenscyclus. Zoals reeds opgemerkt moeten zowel de A- als B-kosten worden betrokken bij het bepalen van de levenscycluskosten, wil er sprake zijn van een circulair gunningscriterium. Dat is ook in overeenstemming met de tekst van art. 2.115a lid 1 Aw 2016, dat bepaalt dat zowel de A-kosten als de B-kosten onderdeel zijn van de levenscycluskosten⁵⁸:

‘Artikel 2.115a

1. Levenscycluskosten hebben betrekking op de volgende kosten gedurende de levenscyclus van een product, dienst of werk:

a. kosten gedragen door de aanbestedende dienst of andere gebruikers, zoals[...];

b. kosten toegerekend aan externe milieueffecten, [...]’ (ond. D.V.)

De redactie van de bepaling in art. 68 Richtlijn lijkt op het eerste gezicht wellicht minder beslist door het gebruik van de zinsnede ‘*alle of een deel van de volgende kosten*’. Dat zou gelezen kunnen worden als een keuzemogelijkheid tussen (onderdelen van) de A-kosten en B-kosten. Echter, het daaraan voorafgaande ‘*voor zover relevant*’ impliceert eveneens dat alle kosten die bij het betreffende werk aan de orde zijn, ook betrokken moeten worden bij de het bepalen van de levenscycluskosten⁵⁹:

‘1. Levenscycluskosten hebben voor zover relevant betrekking op alle of een deel van de volgende kosten gedurende de levenscyclus van een product, dienst of werk:

a) kosten gedragen door de aanbestedende dienst of andere gebruikers, zoals [...]

b) kosten toegerekend aan externe milieueffecten, [...]’ (Ond. D.V.)

Dat de wetgever inderdaad van aanbesteders verlangt dat zij de A-kosten als B-kosten betrekken bij het bepalen van de levenscycluskosten, volgt uit de totstandkoming van de bepaling⁶⁰:

Al in de toelichting op het eerste voorstel voor de Richtlijn meldt de Europese Commissie:

‘Levenscycluskosten: [...] De kosten waarmee rekening moet worden gehouden, bevatten niet alleen de directe monetaire uitgaven maar ook de externe milieukosten indien deze in geld kunnen worden uitgedrukt en gecontroleerd.’

Het betrekken van de B-kosten komt ook terug in de considerans van de Richtlijn.⁶¹

In de toelichting op de Aw 2016 maakt de Nederlandse wetgever duidelijk dat levenscycluskosten per definitie het meewegen van duurzaamheid en dus de B-kosten omvat⁶²:

‘Een voorbeeld hiervan is het meewegen van kosten verbonden aan de gehele levenscyclus van een product. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven kunnen op die manier duurzaamheid meewegen in de aanbestedingsprocedure. In dit wetsvoorstel wordt verduidelijkt welke kosten als levenscycluskosten kunnen worden aangemerkt en hoe deze moeten worden berekend.’ (ond. D.V.)

⁵⁶ Het zou een voorstelbare en goede ontwikkeling zijn als hier in de toekomst ook nog sociale kosten als een derde categorie aan zouden worden toegevoegd (bijvoorbeeld als C-kosten). De Europese wetgever preludeert hierop in overweging (96) van de considerans van de Richtlijn 2014/24/EU. Zie ook: Versteeg 2018, supra noot nr. 7, p. 155-156.

⁵⁷ Art. 68 lid 1 sub a) Richtlijn 2014/24/EU, gecodificeerd in art. 2.115a lid 1 sub a. Aw2016

⁵⁸ Art. 2.115a Aw lid 1.

⁵⁹ Art. 68 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.

⁶⁰ COM(2011) 896, p.10.

⁶¹ Considerans Richtlijn 2014/24/EU overweging (96).

⁶² Kamerstukken II 2015/16, 34-329, nr. 3, p. 7.

Zie ook de artikelsgewijze toelichting op art. 2.115a lid 1 AW 2016:

‘In het eerste lid van artikel 2.115a wordt verduidelijkt dat levenscyclus-kosten kosten zijn die worden gedragen door de aanbestedende dienst of andere gebruikers van een product, dienst of werk, maar dat dit ook kosten kunnen zijn die kunnen worden toegekend aan externe milieueffecten.’

Hoewel de B-kosten dus een logisch element van de levenscycluskosten zijn, lijkt het lastiger om de omvang van de B-kosten te bepalen. Naar hun aard komen B-kosten tamelijk onbegrensd voor omdat ze niet kunnen worden bepaald aan de van de kosten die aanbesteders en gebruikers dragen. Dat geldt temeer omdat ook voor de B-kosten geldt dat ze over de hele levenscyclus moeten worden bezien. Vanaf het moment van het delven van grondstoffen, tot het afvoeren en het verwerken van de resten van een werk.

Daar staat tegenover dat art. 2.115a lid 1 sub b AW 2016 een tweetal duidelijke grenzen bevat:⁶³

‘Artikel 2.115a

1. Levenscycluskosten hebben betrekking op [...] b. kosten toegerekend aan externe milieueffecten, die verband houden met het product, de dienst of het werk gedurende de levenscyclus, mits hun geldwaarde kan worden bepaald en gecontroleerd.’ (ond. D.V.)

Ten eerste geldt als voorwaarde dat het om kosten moet gaan die *‘die verband houden met het product, de dienst of het werk’*. Dezelfde voorwaarde geldt ook voor subgunningscriteria bij beste prijs-kwaliteitverhouding en volgt uit inmiddels gecodificeerde jurisprudentie van het HvJ EU.⁶⁴

Ten tweede geldt dat B-kosten alleen onderdeel kunnen uitmaken van de levenscycluskosten als de geldwaarde ervan kan worden bepaald en gecontroleerd. Deze voorwaarde spreekt voor zich. Wanneer de milieueffecten niet op geld gewaardeerd kunnen worden is het binnen een gunningscriterium als levenscycluskosten niet mogelijk om deze - op synthetische wijze⁶⁵ - bij de A-kosten op te tellen en te beoordelen. Wanneer de geldwaarde niet gecontroleerd kan worden, kan ook niet worden getoetst hoe goed de inschrijvingen aan de gunningscriteria voldoen en in hoeverre de door de

inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen juist zijn.⁶⁶

Beide grenzen zijn dus logisch en volgen uit reeds bestaande voorwaarden voor gunningscriteria, waardoor ze ook niet nieuw zijn. Dat neemt niet weg dat beide grenzen wel ruimte laten voor discussie.

De vraag in hoeverre bepaalde voorwaarden verband houden met het voorwerp van de opdracht is meer dan eens onderwerp van geschil geweest.⁶⁷ Dat heeft als voordeel dat aan de jurisprudentie nog extra kaders en criteria kunnen worden ontleend.

Er kan ongetwijfeld ook discussie ontstaan over de mate waarin de geldwaarde van bepaalde milieueffecten kan worden bepaald en gecontroleerd. Daarmee ontstaat het risico dat een aanbesteder die bepaalde milieueffecten niet bij de beoordeling wil betrekken, zich erachter verschuilt dat die effecten niet op geldwaarde bepaald of gecontroleerd kunnen worden.

Discussies over de grenzen van B-kosten kunnen het beste worden beslecht door middel van het vaststellen van algemene (Europese) kostenberekeningsmethoden, zodat onafhankelijke en deskundige instanties kunnen bepalen welke milieueffecten verband houden met de kosten van de opdracht en of deze op geld waardeerbaar en controleerbaar zijn.⁶⁸ Het tempo waarmee levenscycluskostenberekeningsmethodes momenteel door de Europese wetgever worden ontwikkeld is echter niet bepaald hoog. Hoewel het belang van de - verdere - ontwikkeling ervan reeds in de considerans van de Richtlijn wordt benoemd,⁶⁹ staat de teller thans op één richtlijn en vijf sectorspecifieke tools.⁷⁰

Daartegenover staat dat commerciële partijen en normaliseringsinstellingen grote stappen maken met de ontwikkelingen en verfijning van levenscycluskosten-/levenscyclusanalyse-tools. Wellicht kan de Europese wetgever zich beperken tot het stellen van kaders waaraan dergelijke methoden moeten voldoen en vaststellen van regels over de toepassing ervan. De ontwikkeling van levenscycluskostenberekeningsmethoden die voldoen aan de Europese standaarden kan dan een vogelvlucht krijgen. In de adviesrechtspraak van de Commissie van Aanbestedingsexperts is reeds een aanbeveling gedaan

⁶⁶ Zie art. 2.113a Aw 2016.

⁶⁷ Bekende voorbeelden zijn HvJ EU 17 september 2002, C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), HvJ EU 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*), HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Max Havelaar*) en Hof Den Haag 29 juni 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4167.

⁶⁸ J. Gruyters en L. Michaux analyseren de mogelijkheden daartoe in hun bijdrage in dit nummer (*TBR* 2021/19).

⁶⁹ Overweging (96) considerans Richtlijn 2014/24/EU.

⁷⁰ Zie voor een bespreking van deze methoden de bijdrage van J. Gruyters en L. Michaux in dit nummer (*TBR* 2021/19).

⁶³ Hetzelfde geldt voor art. 68 lid 1.

⁶⁴ Zie HvJ EU 17 september 2002, C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), HvJ EU 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*) en art. 67 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU en art. 2.114 lid 2 Aw 2016.

⁶⁵ Zie voor een uitleg van het begrip synthetische wijze D.R. Versteeg, *JAN* 2016/216 en T.H. Chen, *Hoe pas je EMVI toe? Handreiking voor inkopers*, Den Haag: PIANOO, p. 27-28.

zodat aanbesteders levenscycluskosten op een objectieve en transparante wijze kunnen toepassen als (sub)gunningscriterium.⁷¹ Daarmee wordt tevens voorkomen dat aanbestedende dienst het berekenen van de levenscycluskosten (en de daarbij te hanteren tools) overlaten aan inschrijvers, met een grote kans op discussies over de juistheid van de uitkomst.⁷²

Kortom: in overeenstemming met de wettelijke bepalingen, de parlementaire geschiedenis en de algemene doelstellingen van het aanbestedingsrecht, dient een aanbesteder alle kosten die toerekenbaar zijn aan het werk, in alle levensstadia, te betrekken bij het bepalen van de levenscycluskosten. Dat betreft naast de kosten die de aanbesteder zelf draagt, ook de kosten die ten laste komen van andere gebruikers, alsmede de kosten die toerekenbaar zijn aan externe milieueffecten voor zover die verband houden met het werk gedurende de levenscyclus en mits hun geldwaarde kan worden bepaald en gecontroleerd.

4. Conclusie

Duurzaam en in het bijzonder circulair aanbesteden en dus ook bouwen kan gestimuleerd worden door de wijze van aanbesteding. Daarbij heeft de inzet van circulaire gunningscriteria (in aanvulling op technische specificaties, uitsluitingsgronden en selectiecriteria), als voordeel dat aannemers geprikkeld worden om zich ten opzichte van elkaar te onderscheiden op het aanbieden van zo circulair mogelijke werken.

Sinds de invoering van de Aw 2016 zijn er drie hoofdgunningscriteria voor de gunning van opdrachten: laagste prijs, beste prijs-kwaliteitverhouding en laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten. Voordat de wettelijke mogelijkheid werd geboden om opdrachten te gunnen op levenscycluskosten als hoofdgunningscriterium, werden levenscycluskosten reeds als subgunningscriterium gehanteerd bij gunning op beste prijs-kwaliteitverhouding (destijds aangeduid als de economisch meest voordelige inschrijving). Ook na de invoering van de Aw 2016 is het gebruik van levenscycluskosten als subgunningscriterium nog mogelijk en wordt het als zodanig ook toegepast.

De aanbestedingswetgeving bepaalt welke elementen betrokken moeten worden bij het vaststellen van de levenscycluskosten, wanneer het als hoofdgunningscriterium wordt gebruikt. Het betreft alle kostenaspecten in alle levensstadia van een werk: de eigen kosten, de kosten voor andere gebruikers en

de kosten van externe milieueffecten (voor zover die verband houden met het werk en hun geldwaarde kan worden bepaald en gecontroleerd).

Daarbij zij opgemerkt dat de redactie van de wettelijke bepalingen over levenscycluskosten niet volledig eenduidig is, dankzij het gebruik van woorden en begrippen als ‘op alle of een deel van’⁷³; ‘zoals’⁷⁴, en ‘kunnen op die manier duurzaamheid meewegen’.⁷⁵ De parlementaire geschiedenis en de algemene doelstellingen van het aanbestedingsrecht bevestigen de zojuist genoemde invulling van het begrip levenscycluskosten. Het heeft natuurlijk de voorkeur als de Europese en nationale wetgeving in dit opzicht kan worden verduidelijkt om alle onzekerheid weg te nemen.

Wanneer een aanbesteder alle kostenaspecten in alle levensstadia van een werk betreft bij het bepalen van de levenscycluskosten van een werk, kan hij de werkelijke waarde van het werk - vanuit een circulair perspectief - beoordelen en als uitgangspunt nemen voor de gunning. Dat is de kern van het onderscheid tussen gunnen op levenscycluskosten en gunnen op de laagste prijs. In het laatste geval staat niet de waarde van het werk centraal, maar de vergoeding die de aannemer krijgt. Ook bij gunning op beste prijs-kwaliteitverhouding wordt in de regel niet de werkelijke waarde van het werk bepaald, omdat de subgunningscriteria meestal zien op de uitvoeringsfase van het werk. Slechts zelden zien subgunningscriteria op de gebruiksfase van een werk, laat staan op eindelevenscyclusfase of de productie van de bouwstoffen.

Met gunnen op levenscycluskosten wordt de keuze voor een werk niet langer bepaald aan de hand van de kostprijs van één element (de aannemer), maar door middel van de werkelijke maatschappelijke kosten van dat werk. Die omslag van gunningsperspectief is essentieel om via aanbesteding tot circulaire werken te komen. Gelet op hun verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te leveren voor de publieke middelen, zijn aanbesteders eigenlijk gehouden om dat perspectief te hanteren. Dat leidt ongetwijfeld tot hogere aanneemsommen, maar aanbesteders die daarop besparen krijgen de rekening later terug of leggen hem neer bij de gebruikers, dan wel verrijken zichzelf ten koste van het milieu.

Daarvoor is wel vereist dat er wordt voorzien in voldoende levenscycluskostenberekeningsmethoden. Bij voorkeur afkomstig van de Europese wetgever, al dan niet met behulp van commerciële partijen en normalisatie instituten. Zolang er nog

⁷¹ CvAE 25 januari 2019, advies 472, rov. 8.

⁷² Vzgnr. Overijssel 12 februari 2020, JAAN 2020/59, Vzgnr. Mid-den-Nederland 25 januari 2019, JAAN 2019/61 en CvAE 25 januari 2019, advies 472.

⁷³ Art. 68 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.

⁷⁴ Art. 68 lid 1 sub a) Richtlijn 2014/24/EU en art. 2.115a Aw 2016 lid a.

⁷⁵ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 7.

onvoldoende levenscycluskostenberekenningsmethoden beschikbaar zijn om (in alle gevallen) de laagste levenscycluskosten als hoofdgunningscriterium te hanteren, doen aanbesteders er goed aan zich het gunnen op levenscycluskosten eigen te ma-

ken door het als subgunningscriterium te hanteren. Daarbij geldt de reeds beschikbare aanbeveling van de Commissie van Aanbestedingsexperts als een praktische handreiking.⁷⁶ ●

Licentie verstrekt aan:
buruma@jji.nl
Houthoff
IBR publicatie - 7-2-2025

⁷⁶ CvAE 25 januari 2019, advies 472, ro. 8.

De (in)effectiviteit van open en concrete aanbestedingsrechtelijke verplichtingen in de strijd tegen klimaatverandering

– Mr. dr. W.A. Janssen en mr. E.E. Neele¹

1. Inleiding

Europa moet het eerste klimaat neutrale continent ter wereld worden, zo stelde de Europese Commissie ('Commissie') eind 2019 ambitieus vast in de *European Green Deal*.² Hoe dit doel precies bereikt moet gaan worden is nog onduidelijk, maar de eerste contouren van de Europese beleidskoers zijn vorig jaar zichtbaar geworden. Dit brede initiatief kreeg alweer meer handen en voeten in het *Circular Economy Action Plan* van mei 2020.³ Zoals past bij de trend van de afgelopen jaren, benadrukt de Commissie de rol van aanbestedende diensten om het goede voorbeeld te geven in de strijd tegen klimaatverandering. Aanbestedingen moeten meer dan ooit 'groen' worden.⁴ De ontwikkelingen op nationaal niveau sluiten hierbij aan. De Nederlandse overheid zet stevig in op het 'vergroenen' van de publieke inkoop. Hierbij kan gedacht worden aan het in 2019 gelanceerde Rijksbrede inkoopbeleid 'Inkopen met Impact' of

de circulaire doelstellingen op nationaal en decentraal niveau.⁵

Desondanks lijken aanbestedende diensten de instrumentele rol van publieke inkoop in mindere mate te omarmen dan bij de hervorming van de aanbestedingsrichtlijnen in 2014 werd gehoopt.⁶ De recent gepubliceerde *Klimaatmonitor* laat zien dat er stappen worden gemaakt in Nederland op het niveau van de centrale overheid, maar dat op veel punten de gestelde doelstellingen, waaronder helemaal klimaatneutraal in 2030, 50% minder gebruik van primaire grondstoffen en volledig circulair in 2050, niet op koers liggen. Als gevolg stelt de overheid dat 'er [...] een tandje bij' moet en 'In 2021 moet de inkoopstrategie "Inkopen met Impact" van de Rijksoverheid nog meer de norm worden.'⁷ Dit past goed binnen het beeld dat Schotanus en Gaaikema schetsen: er wordt duurzaam aanbesteed, maar in onvoldoende mate. Voortbouwend op andere onderzoeken laten zij zien dat er nog weinig circulair wordt aanbesteed in Nederland en dat er ook in de Europese Unie in brede zin nog veel op laagste prijs wordt aanbesteed.⁸

Deze ontwikkeling leidt ertoe dat de rol van het aanbestedingsrecht ter discussie wordt gesteld.⁹

¹ Willem Janssen is Universitair Docent & Onderzoeker bij het Centre for Public Procurement (UUCePP) en het Centre for Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE), Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht. Eveline Neele is student-assistent bij het UUCePP. Zij volgt momenteel de master Legal Research aan de Universiteit Utrecht en rondde in 2020 de master Onderneming & Recht aan dezelfde universiteit af. De auteurs danken de deelnemers aan de UUCePP-IBR expertmeeting 'Maatschappelijk verantwoord aanbesteden' en prof. E.R. Manunza voor hun gedachten n.a.v. een conceptversie van dit artikel.

² EU Commissie, *European Green Deal* (COM(2019) 640 final), 11 december 2019. Lees in dit kader ook de Sustainable Development Goals van de Verenigde Naties en de ontwikkeling waarin internationaalrechtelijke milieuverplichtingen juridisch afdwingbaar zijn bij de rechter. Hoge Raad, 20-12-2019, *Staat der Nederlanden t. Stichting Urgenda*, ECLI:NL:2019:2006. Zie aanvullend recentelijk in het kader van het mededingingsrecht: ACM, *Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken*, 09-07-2020.

³ EU Commissie, *Circular Economy Action Plan For a Cleaner and More Competitive Europe* (COM(2020) 98 final), 11 maart 2020.

⁴ EU Commissie, *European Green Deal* (COM(2019) 640 final), 11 december 2019, p. 8.

⁵ Rijksoverheid, *Nederland circulair in 2050. Rijksbreed programma Circulaire Economie* (rapport), 14 september 2016.

⁶ Kamerstukken II 2019/20, 35300-VII, nr. 15; Datalab, 'Can Governments Pick Quality Suppliers?', blog.datlab.eu 16 mei 2019; Aanbestedingsinstituut, *Duurzaamheid in openbare aanbestedingen: analyse 2018* (rapport in opdracht van Bouwend Nederland), 2019. Zie voor eenzelfde constatering: Huith in dit themanummer TBR 2021/14.

⁷ Rijksoverheid, *De Klimaatmonitor 2020: hoe staan we ervoor?*, Nieuwsbericht, 2 november 2020.

⁸ F. Schotanus, K. Gaaikema, 'De status van circulair en duurzaam inkopen: van best practice naar common practice', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht & Staatssteun*, 2020, 6, p. 6-12. Zie ook: G. Fimerius, 'Duurzaam aanbesteden: wel doelen, onvoldoende actie', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht & Staatssteun*, 2020, 6, pp. 4-5.

⁹ W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigmaverandering', *TA* 2020/1, p. 19-30.

Het huidige aanbestedingsrechtelijke kader richt zich hoofdzakelijk op juridische *mogelijkheden*, terwijl nadere *verplichtingen* om maatschappelijk verantwoord aan te besteden mogelijk in het verschieft zouden kunnen of zelfs moeten liggen. De vraag is echter hoe de discretionaire ruimte van aanbestedende diensten aangaande ‘wat’ zij inkopen, in aanvulling op ‘hoe’ zij inkopen, op de meest effectieve wijze in wet- en regelgeving gevat zou kunnen worden.¹⁰ Zijn open of juist concrete aanbestedingsrechtelijke verplichtingen effectief?¹¹

In deze bijdrage verkennen en bediscussieren wij de *ex ante* effectiviteit van de huidige - en mogelijk toekomstige - verplichtingen om maatschappelijk verantwoord aan te besteden.¹² Allereerst definiëren wij dergelijke verplichtingen op basis van twee categorieën rechtsnormen, namelijk open en concrete verplichtingen (par. 2). Daaropvolgend bediscussieren wij de juridische prioriteringsproblematiek van open verplichtingen, die naar onze mening niet wordt opgelost door de denkrichtingen die op dit moment in de literatuur worden geopperd (par. 3). Tot slot verkennen wij een veelbelovend alternatief: de concrete verplichting (par. 4). We sluiten af met een korte conclusie (par. 5).

2. Typologie: open en concrete verplichtingen

Een rechtsnorm wordt gekenmerkt door de mate waarin er flexibiliteit wordt geboden aan het rechtssubject dat moet acteren binnen de geboden juridische context. Als gevolg verkrijgt het rechtssubject veel of weinig discretionaire ruimte om eigen keuzes te maken.¹³ In algemene zin lijkt het zo te zijn dat meer flexibiliteit leidt tot meer discretionaire ruimte om te handelen, terwijl minder flexibiliteit juist minder handelingsvrijheid tot gevolg heeft. Anders gezegd: hoe rigider het recht, hoe minder ruimte er is voor eigen invulling. Dit onderscheid

komt goed naar voren bij open rechtsnormen. Soms is openheid gewenst, omdat de maatschappij zich simpelweg niet laat vatten in stringente regels die elk toekomstig feitencomplex kunnen voorzien. Voorbeelden hiervan zijn open rechtsnormen als de redelijkheid en billijkheid, en de goede trouw. Daar staat tegenover dat open rechtsnormen ook negatieve gevolgen met zich brengen. Rechtsonzekerheid ten aanzien van een open rechtsnorm kan leiden tot onvoorspelbaarheid in de rechtspraktijk en tot onduidelijkheid over de toepassing van de relevante verplichtingen.

Ook binnen de aanbestedingsrechtelijke context bestaat een diversiteit aan rechtsnormen. De Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) en de Europese aanbestedingsrichtlijnen bevatten verschillende voorbeelden van rechtsnormen, te onderscheiden in *open* verplichtingen en – de tegenovergestelde vorm van regulering – *concrete* verplichtingen. Veel procedurele verplichtingen binnen het aanbestedingsrecht vallen in de laatste categorie.¹⁴ De wettelijke verplichting om een aanbesteding openbaar aan te kondigen¹⁵ of de te stellen termijnen¹⁶ laten bijvoorbeeld weinig ruimte voor rechtsonzekerheid.

In deze bijdrage richten wij ons op een specifieke categorie rechtsnormen bestaande uit de verplichtingen die relevant zijn voor maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Deze verplichtingen onderscheiden zich van andere aanbestedingsrechtelijke verplichtingen, omdat een discussie over deze rechtsnormen ook inherent een discussie bevat over de gewenste positie van beleidsdoelstellingen in het recht.¹⁷ De vraag is echter: wat onderscheidt een open verplichting van een concrete verplichting? In de komende paragrafen bezien wij ten aanzien van de huidige verplichtingen in hoeverre de nagestreefde doelstelling duidelijk is, en of er een handelingsperspectief voor de aanbestedende dienst verplicht wordt gesteld.

2.1 Open aanbestedingsrechtelijke verplichtingen

In een open verplichting om maatschappelijk verantwoord aan te besteden, heeft de Europese of Nederlandse wetgever (1) in algemene zin vastgesteld dat een of meerdere beleidsdoelstellingen, zoals de strijd tegen klimaatverandering of werkgelegenheid van langdurig werklozen, moeten worden nagestreefd. De aanbestedende dienst krijgt (2) echter in het nastreven van de beleidsdoelstelling discretionaire ruimte om van geval tot geval vast te

¹⁰ EU Commissie, *Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt* (COM(2011) 15 definitief), 27 januari 2011, p. 39-48.

¹¹ In deze bijdrage gaan wij ervanuit dat verplichtingen *an sich* effectief en noodzakelijk zijn om inkoop bij te laten dragen aan de strijd tegen klimaatverandering.

¹² Wij begeven ons niet op het vlak van *ex post* effectiviteit door middel van empirische bevindingen anders dan een bespreking van de rechtspraak naar aanleiding van huidige verplichtingen. E.R. Manunza, ‘Een beschouwing van doel en effectiviteit *ex ante* van de Aanbestedingswet 2012’, *Europa Instituut working paper* 04/12, p.1-9.

¹³ C. E. Drion, ‘Open normen en het belang van de waarom-vraag’, *NJB*, 2017, afl. 37, p. 1979;

¹⁴ F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*, Cambridge: Harvard University Press 2009, p. 190-194. Voor de diverse termen die gerelateerd worden aan rechtsonzekerheid, zie J.B.M. Vranken, ‘Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht. Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland’, T.F.E. Tjong Tjin Tai, R.A.J. van Gestel & J.J.A. Braspenning (red.), *Cirkels. Een rondgang door het werk van Jan Vranken*, Deventer: Kluwer 2013, p. 137.

¹⁴ S. Bogojevi, X. Groussot & J. Hettne, ‘The ‘Age of Discretion’: Understanding the Scope and Limits of Discretion in EU Public Procurement Law’, in: S. Bogojevi, X. Groussot & J. Hettne (eds), *Discretion in EU Public Procurement Law*, Oxford: Hart Publishing 2019.

¹⁵ Art. 1.9 Aw 2012.

¹⁶ Zie wat betreft termijnen bijvoorbeeld art. 2.71 Aw 2012.

¹⁷ Ook wel omschreven als secundaire of horizontale doelstellingen.

stellen hoe deze verplichting vervolgens tot uiting moet komen in een aanbesteding. De aanbestedende dienst wordt niet beperkt in zijn handelingsperspectief.

Een voorbeeld van een open verplichting is art. 1.4 lid 2 Aw 2012. Deze bepaling werd in aanvulling op de Europese aanbestedingsrichtlijnen in 2012 toegevoegd aan de destijds nieuwe Nederlandse aanbestedingswet. Uit deze bepaling volgt dat aanbestedende diensten bij een aanbesteding:

‘zorg moeten dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen’

De kern van deze zinsnede, ‘maatschappelijke waarde’, wordt niet gedefinieerd, maar duidelijk is dat het gaat om een ruime definitie waaronder allerlei beleidsdoelstellingen kunnen vallen.¹⁸ De Nederlandse wetgever verwees tijdens de totstandkoming van deze bepaling naar ‘*maatwerk*’ en ruimte voor de aanbestedende dienst om te beslissen ‘*wat in het concrete geval de beste kwaliteit voor de beste prijs is*’.¹⁹ De nadere invulling van deze verplichting, het handelingsperspectief voor de aanbestedende dienst, wordt niet gereguleerd.

Art. 11 VWEU biedt een tweede voorbeeld van een open verplichting om maatschappelijk verantwoord aan te besteden. Dit artikel bepaalt dat:

‘alle eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling’.

In de literatuur is beargumenteerd dat deze bepaling een directe verplichting oplevert voor een aanbestedende dienst om milieubescherming te integreren in een aanbesteding.²⁰ Als deze conclusie daadwerkelijk getrokken kan worden²¹, dan is door deze verplichting de relevante beleidsdoelstelling wel bepaald, maar het daaropvolgende handelingsperspectief van de betrokken aanbestedende dienst wederom niet.

2.2 Concrete aanbestedingsrechtelijke verplichtingen

Concrete verplichtingen om maatschappelijk verantwoord aan te besteden, kenmerken zich doordat (1) de Europese of Nederlandse wetgever heeft bepaald welke beleidsdoelstelling nagestreefd

dient te worden, en (2) wordt, anders dan bij open verplichtingen, aanvullend de discretionaire ruimte van de aanbestedende dienst om deze verplichting in te vullen gereguleerd.

Een voorbeeld van een concrete verplichting is art. 69 van Richtlijn EU/2014/24 dat aanbestedende diensten verplicht inschrijvingen af te wijzen als is vastgesteld dat de inschrijving abnormal laag is én de reden daarvoor is dat zij niet voldoet aan milieu- of sociale verplichtingen uit internationale en Europese wet- en regelgeving in het kader van art. 18 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU.²² Deze Europese bepaling is in Nederland geïmplementeerd in art. 2.116 lid 5 Aw 2012. Het is een concrete verplichting, want de verschillende beleidsdoelstellingen liggen verscholen in de hiervoor genoemde wet- en regelgeving. Daarnaast ligt het handelingsperspectief – de afwijzing van de inschrijving – vast.²³

Een tweede voorbeeld van een concrete verplichting kan worden gevonden in de Richtlijn 2009/33/EG, die buiten de context van de aanbestedingsrichtlijnen in een aparte richtlijn is vormgegeven.²⁴ Voordat deze richtlijn hervormd werd, bepaalde art. 5 van deze richtlijn dat:

‘De lidstaten zien erop toe dat, uiterlijk op 4 december 2010, alle in artikel 3 bedoelde aanbestedende diensten, aanbestedende entiteiten en exploitanten bij de aankoop van wegvoertuigen rekening houden met de in lid 2 bedoelde energie- en milieueffecten: tijdens de operationele levensduur en ten minste een van de in lid 3 bedoelde opties toepassen.’

Lid 3 van deze bepaling bepaalt vervolgens dat er op twee manieren voldaan kan worden aan deze verplichting:

‘Aan de in de leden 1 en 2 bedoelde eisen wordt voldaan door middel van de volgende opties: a) door in de documentatie voor de aankoop van wegvoertuigen technische specificaties op te nemen inzake energie- en milieuprestaties met betrekking tot elk van de in aanmerking genomen effecten, alsmede eventuele bijkomende milieueffecten; of b) door energie- en milieueffecten mee te nemen in de aankoopbeslissing, waarbij: - in gevallen waarin een aanbestedingsprocedure wordt toegepast, deze plaatsvindt door deze effecten te gebruiken als gunningscriteria; en - ingeval deze effecten worden uitgedrukt in kosten ter opneming in de aankoopbeslissing, gebruik wordt gemaakt van de in artikel 6 vastgestelde methode.’

18 Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 46.

19 Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. C, p. 10.

20 J. H. Jans & H. H. B. Vedder, *European Environmental Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2012, p. 22 e.v.

21 Janssen 2020, supra noot 9, p. 7-21. Zie ook Van Heeswijk in dit themanummer TBR 2021/20.

22 Het gaat dan om de milieuverplichtingen van art. art. 18 lid 2 Richtlijn EU/2014/24. Zie ook recentelijk: HvJ EU 30 januari 2020, ECLI: EU:C:2020:58.

23 Niettemin kunnen vraagtekens gesteld worden bij de capaciteit van een aanbestedende dienst om deze norm in de praktijk te handhaven. Janssen 2020, supra nr. p. 25-26.

24 In de huidige Richtlijn 2019/1161/EU is deze bepaling verwijderd, waardoor het dwingend karakter van de richtlijn aan kracht verliest.

Als gevolg van deze bepaling is de beleidsdoelstelling in het kader van het klimaat bepaald, maar wordt ook het handelingsperspectief om een duurzaamheidsbijdrage te bieden door de Europese wetgever verplicht gesteld. De aanbestedende dienst moet ofwel technische specificaties opnemen inzake energie- en milieuprestaties ofwel de energie- en milieuprestaties gebruiken in de gunningscriteria. Als gunning op basis van de laagste levenscycluskosten wordt gekozen, wordt de laatste methode zelfs verplicht voorgeschreven.²⁵

Resumerend kan derhalve gesteld worden dat de algemene deler tussen deze twee categorieën, de open en concrete verplichtingen, is dat een aanbestedende dienst verplicht wordt om een of meerdere beleidsdoelstellingen na te streven door middel van een aanbesteding. Open en concrete verplichtingen verschillen daarentegen ten aanzien van de discretionaire ruimte die een aanbestedende dienst heeft gekregen van de wetgever om vervolgens invulling te geven aan deze verplichting. De vraag is dan hoe de discretionaire ruimte van de aanbestedende dienst het meest effectief kan worden gereguleerd om de doelstellingen van de *EU Green Deal* of andere duurzaamheidsdoelstellingen te behalen, en hoe bovenstaande verplichtingen uitwerken in de rechtspraktijk.

3. De prioriteringsproblematiek van de huidige open aanbestedingsrechtelijke verplichtingen

Op het eerste gezicht zou gedacht kunnen worden dat de Nederlandse rechter zich geen raad weet met de bepaling van het hiervoor reeds aangehaalde art. 1.4 lid 2 Aw 2012. Ten aanzien van dit wetsartikel zijn namelijk, grofweg, twee verschillende categorieën van uitspraken te onderscheiden.²⁶ Het is onduidelijk wanneer en waarom welke interpretatie gevolgd wordt.²⁷ De rechter concludeert in het overgrote deel van zijn uitspraken bij een beroep op art. 1.4 lid 2 dat deze bepaling *correspondeert* met art. 2.114 Aw 2012.²⁸ Beide artikelen zouden met

elkaar *corresponderen*.²⁹ De ratio achter deze interpretatie is dat de gunning op basis van gunningscriteria met een kwaliteitselement zorgt voor het vervullen van deze zorgplicht. De onderbouwing van deze interpretatie wordt door de rechter gevonden in de genoemde Memorie van Toelichting die verwijst naar een 'beste kwaliteit voor de beste prijs' en de discretionaire ruimte van de aanbestedende dienst. De opname van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 lijkt derhalve nobel, maar wordt in de rechtspraktijk verheven tot ineffectieve symboolwetgeving.

Een eerste stap in de juiste richting had gelegen in de opname van een concrete doelstelling in plaats van een brede wettelijke verplichting om maatschappelijke waarde te creëren. Hoe zou een rechter anders moeten bepalen wat 'maatschappelijke waarde' is? Of beter gezegd: hoe zou een rechter moeten bepalen welke inschrijving meer maatschappelijke waarde creëert wanneer wettelijke handvatten geheel ontbreken? Draagt de ene of de andere inschrijving meer bij aan een duurzame wereld? Moet een sociale inschrijving verkozen worden boven de duurzame inschrijving? Duidelijk mag zijn dat stap twee - het handelingsperspectief - nog steeds zou ontbreken.

Deze prioriteringsproblematiek komt ook ten aanzien van art. 11 VWEU tot uiting, hoewel op een andere manier. Art. 11 bevat een conflict van gelijkwaardige open verplichtingen op het niveau van de Europese Verdragen. Art. 9 VWEU bepaalt namelijk dat:

'Bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden houdt de Unie rekening met de eisen in verband met de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborging van een adequate sociale bescherming, de bestrijding van sociale uitsluiting alsmede een hoog niveau van onderwijs, opleiding en bescherming van de menselijke gezondheid.'

In het oog springt dat art. 9 VWEU verwijst naar 'houdt rekening met' en dat art. 11 VWEU een ogenschijnlijk meer dwingende toon bevat, namelijk 'moeten worden geïntegreerd'. Los van dit tekstuele verschil, is het duidelijk dat beide artikelen verplichtingen bevatten en dat het de vraag is hoe beide rechtsnormen met elkaar te verenigen zijn. Stel dat het beleid en het optreden van de Unie een keuze vereist tussen sociaal of duurzaam: hoe lossen we dit vanuit juridisch perspectief op? En: als deze verplichtingen direct doorwerken tot verplichtingen

²⁵ Art. 6 Richtlijn 2019/1161/EU.

²⁶ Zie bijvoorbeeld: Rb. Noord-Nederland, 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100; Rb. Noord-Nederland 29 November 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7367; Rb. Overijssel, 30 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3761; Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965; Rb. Midden-Nederland, 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:104, ro. 3.4.3 en 4.90 met een bevestiging in Rb. Den Haag, 12 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4854, ro. 4.3-4.4 en Rb. Amsterdam, 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1504.

²⁷ Janssen 2020, supra noot 9, p. 27. Zie eveneens in dit themnummer ten aanzien van de inroepbaarheid van verplichtingen, Den Houting *TBR* 2021/18 en Van Heeswijk *TBR* 2021/20.

²⁸ Er lijkt ruimte voor een tweede - meer dwingende - categorie uitspraken, waarin de deur open wordt gezet voor individuele toetsing van deze bepaling. W.A. Janssen & G. Bouwman, 'Legislating societal value into Dutch public procurement law: symbolism or substance?', *Public Procurement Law Review* 2020, nr. 2, p. 91-102.

²⁹ Voor een uitgebreide bespreking: A.J. van Heeswijk, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk "maatschappelijke waarde" voor de publieke middelen', *TBR* 2015/22, p. 130 en C.E.C. Jansen, 'De inschrijver als hoeder van het algemeen belang?' - Reactie op A.J. van Heeswijk, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk "maatschappelijke waarde" voor de publieke middelen', *TBR* 2015/5, p. 463-465; Janssen & Bouwman 2020, supra noot 28, p. 91-102.

tingen voor aanbestedende diensten, hoe moeten aanbestedende diensten dan manoeuvreren tussen beide open normen? Hoewel in dit geval stap één - de doelstelling - wel is genomen, is die stap echter tweemaal genomen door zowel als norm het 'sociale' als het 'duurzame' op te nemen als open norm. Ook ontbreekt - net als bij art. 1.4 lid 2 Aw 2012 - de invulling van het handelingsperspectief voor de aanbestedende dienst. Dit zou een reden kunnen zijn voor de - in de literatuur opgemerkte - beperkte invloed van art. 11 VWEU. Kingston stelt dat *'the practical effect of Article 11 TFEU to date has been underwhelming'*.³⁰

Art. 1.4 lid 2 Aw 2012 en art. 11 VWEU bevatten derhalve beiden een *prioriteringsprobleem*. Dit komt voort uit het feit dat de Nederlandse en Europese wetgever geen duidelijke prioritering van beleidsdoelstellingen heeft aangebracht. Ofwel is de gekozen doelstelling niet duidelijk, ofwel is de verhouding ten opzichte van andere - mogelijk conflicterende - doelstellingen niet duidelijk. Duidelijk wordt derhalve dat *ex ante* effectiviteit van open verplichtingen staat of valt met het feit dat de norm zelf duidelijk is 1) wat betreft doelstelling en 2) wat betreft het handelingsperspectief voor de aanbestedende dienst.

4. Discussies over de prioriteringsproblematiek

De prioriteringsproblematiek heeft ten aanzien van art. 11 VWEU geleid tot discussies in de literatuur over het antwoord op de vraag wat de betekenis is van de verplichtingen die hierboven zijn beschreven.³¹ De literatuur over art. 11 is grofweg in te delen in twee stromingen: de absolute prioriterings-stroming en de evenredigheids-stroming. Beide stromingen proberen nadere duidelijkheid te creëren rondom deze open norm, en trachten stap één ten aanzien van duidelijkheid over de doelstelling op te lossen.

4.1 Absolute prioritering van één doelstelling binnen art. 11 VWEU als open norm

Binnen de eerste stroming wordt beargumenteerd dat art. 11 VWEU de instellingen van de Unie een inhoudelijke verplichting oplegt, namelijk de

prioritering van milieuoverwegingen. Sjøfjell beargumenteert dat milieuverplichtingen altijd voor gaan op andere verplichtingen. Zij verwijst naar art. 3 lid 3 VEU om deze vorm van absolute prioritering te onderbouwen:

'De Unie brengt een interne markt tot stand. Zij zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. De Unie bevordert de wetenschappelijke en technische vooruitgang.'

Art. 11 VWEU zou in samenhang met deze brede doelstellingen van de Europese Unie gelezen moeten worden. Aangezien in artikel 11 VWEU terug wordt verwezen naar de duurzame ontwikkeling, leest Sjøfjell hierin een reden om aan te nemen dat het garanderen van milieubescherming een bijzondere verplichting is voor de Europese instellingen. De prioritering van milieuoverwegingen uit zich op twee manieren³²:

'Firstly, the global natural environment's non-negotiable limits set the boundaries within which the balancing must take place. Secondly, and in practice, this entails, with reference to the precautionary principle, that environmental protection may have to be given the highest priority in a number of cases, also where it is not immediately obvious that the global natural environment's limits are being tested in the individual case.'

Kort gezegd stelt Sjøfjell dat de afweging tussen de diverse belangen moet plaatsvinden binnen de randvoorwaarden die worden geboden door de grenzen van het milieu.³³ Als deze conclusie al getrokken kan worden en ervan uitgaande dat er een directe verplichting voor aanbestedende diensten is om zich te houden aan art. 11 VWEU, biedt dit echter nog steeds weinig houvast in de praktijk. De doelstelling 'milieubescherming' lijkt duidelijk, maar betekent dit dat alle aanbestedingen duurzaam moeten zijn? En op welke wijze moet dit vervolgens vorm worden gegeven? Deze benadering biedt geen antwoord op deze vragen, mede omdat het handelingsperspectief voor de aanbestedende dienst nog steeds onduidelijk is.

³⁰ S. Kingston, *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 112. Zie over de beperkte relevantie van artikel 11 VWEU ook: J. Nowag, 'The Sky is the Limit: On the Drafting of Article 11 TFEU's Integration Obligation and Its intended reach' in: B. Sjøfjell & A. Wiesbrock (eds), *The Greening of European Business under EU Law: Taking Article 11 TFEU Seriously*, Routledge 2015 en B. Sjøfjell & A. Wiesbrock, 'Why should public procurement be about sustainability?' in: B. Sjøfjell & A. Wiesbrock (eds), *Sustainable Public Procurement under EU Law New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge University Press 2015, p. 11.

³¹ A. Wiesbrock, 'An obligation for sustainable procurement? Gauging the potential impact of article 11 TFEU on public contracting in the EU', *Legal Issues of Economic Integration* 2013/40, nr. 2, p. 112.

³² Sjøfjell verwijst in dit stuk naar andere auteurs. Zie B. Sjøfjell, 'The Legal Significance of Article 11 TFEU for EU Institutions and Member States', in: B. Sjøfjell & A. Wiesbrock (eds), *The Greening of European Business under EU Law: Taking Article 11 TFEU Seriously*, Routledge 2015, p. 56.

³³ Zie ook F. Aldson, 'EU Law and Sustainability in Focus: Will the Lisbon Treaty Lead to 'The Sustainable Development of Europe'?', *Envtl. L. & Mgt.* 2001, p. 23 284-299, 297. Zoals besproken in Wiesbrock 2013, supra noot 31, p. 113.

4.2 Evenredigheidstoets binnen art. 11 VEU als een open norm

Binnen de tweede stroming wordt gesteld dat art. 11 VWEU slechts een procedurele eis oplegt om in het besluitvormingsproces rekening te houden met milieuoverwegingen. In aparte bijdragen menen Jans en Wiesbrock dat de doelstelling van duurzame ontwikkeling niet voorschrijft dat prioriteit moet worden gegeven aan milieubescherming ten opzichte van economische en sociale belangen, maar dat de milieubescherming, economische belangen en sociale belangen op gelijke voet met elkaar staan.³⁴ Art. 3 lid 3 VEU en art. 11 VWEU bieden volgens deze auteurs niet genoeg duidelijkheid om een andere conclusie te rechtvaardigen. Jans stelt terecht dat uit art. 11 VWEU niet afgeleid kan worden hoe conflicten tussen milieubescherming en andere doelstellingen, zoals economische of sociale doelstellingen, moeten worden opgelost. Daarom kan er niet van worden uitgegaan dat milieubeschermingsoverwegingen voorrang hebben op andere beleidsdoelstellingen.³⁵ Ook art. 3 lid 3 VEU wijst er niet op dat milieubelangen voor gaan op andere belangen. 'Duurzame ontwikkeling' is gericht op het creëren van een evenwicht tussen milieu-, economische én sociale belangen.³⁶ Uit art. 3 lid 3 VEU in samenhang met art. 11 VWEU volgt derhalve geen prioritering, maar slechts een verplichte afweging tussen gelijke belangen. Dit zou betekenen dat het prioriteringsprobleem derhalve niet wordt opgelost.

Wiesbrock bespreekt in dit kader dat de toepassing van art. 11 VWEU vormgegeven moet worden als een procedurele *evenredigheidstoets*.³⁷ De integratiebepaling zou verplicht toegepast moeten worden op aanbestedende diensten, in de zin dat zij overwegingen inzake het milieu mee moeten nemen in hun beslissingen. In geval van een conflict met andere doelstellingen binnen het aanbestedingsrecht, zal het proportionaliteitsvereiste er volgens Wiesbrock toe leiden dat aan de ene kant de minst restrictieve milieubeschermingsmaatregelen moeten worden gekozen en aan de andere kant dat de beperking van de milieubescherming, die voortvloeit uit andere verplichtingen, niet verder mag gaan dan wat nodig is.³⁸

Wederom biedt deze tweede benadering, en de specifieke uitwerking door beide auteurs, echter geen oplossing voor de effectiviteit van deze open norm. Een facultatieve vorm van het 'mee-nemen' van een doelstelling lijkt in onvoldoende mate bij te dragen aan een verbetering van de mate waarin er maatschappelijk verantwoord wordt aanbesteed. Tot slot biedt deze benadering ook geen toereikende invulling aan het handelingsperspectief van de aanbestedende dienst, die zich überhaupt al moest houden aan wet- en regelgeving op het gebied van het milieu.

Deze laatste conclusie sluit aan bij de rol die het Hof van Justitie recentelijk gaf aan art. 11 VWEU. Deze zaak betreft de juridische vraag of een steunmaatregel ten behoeve van een economische bedrijvigheid in de kernenergiesector verenigbaar kan worden verklaard met de interne markt. Het Hof van Justitie overweegt dat art. 11 VWEU van toepassing is³⁹:

'Zoals de Republiek Oostenrijk, ondersteund door het Groothertogdom Luxemburg, in wezen stelt, kan artikel 106 bis, lid 3, van het Euratom-Verdrag niet in de weg staan aan de toepassing van met name artikel 37 van het Handvest, volgens hetwelk „[e]en hoog niveau van milieubescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu moeten worden geïntegreerd in het beleid van de Unie en worden gewaarborgd overeenkomstig het beginsel van duurzame ontwikkeling”, artikel 11 VWEU, volgens hetwelk de eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling [...]’

Het Hof concludeert vervolgens met nogmaals een verwijzing naar art. 11 VWEU⁴⁰:

'Dienaangaande zij eraan herinnerd dat, zoals uit het onderzoek van het derde onderdeel van het eerste middel blijkt, de noodzaak om het milieu in stand te houden en te verbeteren, waaraan met name uitdrukking is gegeven in artikel 37 van het Handvest en in de artikelen 11 en 194, lid 1, VWEU, en de Unierechtelijke voorschriften op milieugebied van toepassing zijn op de kernenergiesector. Hieruit volgt dat de Commissie bij de beoordeling of staatssteun ten behoeve van een economische bedrijvigheid in deze sector voldoet aan de in punt 19 van het onderhavige arrest genoemde eerste voorwaarde van artikel 107, lid 3, onder c), VWEU, moet verifiëren of die bedrijvigheid niet in strijd is met de Unierechtelijke voorschriften op milieugebied, zoals in de punten 44 en 45 van dit arrest is uiteengezet. Indien

³⁴ J.H. Jans, 'Stop the Integration Principle?', Fordham Intl. L.J. 2011/33; Wiesbrock 2013, supra noot 31.

³⁵ Jans 2011, supra noot 34, p. 1542.

³⁶ Wiesbrock 2013, supra noot 31, p. 113.

³⁷ Wiesbrock meent overigens ook dat uit artikel 11 VWEU volgt dat het de keuze voor het gunningscriterium 'laagste prijs' moet worden afgeschaft door de Europese wetgever.

³⁸ Kingston bespreekt deze toets in het kader van mededingingsrecht. Zij stelt dat een maatregel is toegestaan als deze geschikt is om de doelstellingen van het EU-milieubeleid te bereiken en er geen manier is om deze doelstellingen te bereiken die minder concurrentiebeperkend is. Kingston 2011, supra noot 30, p. 116-117.

³⁹ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:742, rov. 42 (nadruk toegevoegd).

⁴⁰ Idem, rov. 100 (nadruk toegevoegd).

zij vaststelt dat deze voorschriften zijn geschonden, dient zij die steun zonder verder onderzoek onverenigbaar met de interne markt te verklaren.’

Het Hof van Justitie concludeert dat milieueisen vanuit het Europees recht een ondergrens vormen. Art. 11 VWEU functioneert hierdoor als een her-bevestiging van al bestaande duurzaamheidsnormen, en verliest zijn eigen toegevoegde waarde als open verplichting.

5. Concrete verplichtingen: de toekomst?

Uit bovenstaande blijkt dat het toepassen van open normen in de rechtspraak problematisch kan zijn. Concrete normen lijken meer geschikt in de strijd tegen klimaatverandering. Ook de Commissie heeft dit ingezien. In de publicatie van het *Sustainable Europe Investment Plan* in januari 2020 stelt de Commissie aan de slag te willen gaan met⁴¹:

‘[...] verplichte minimale groene criteria of doelstellingen voor overheidsopdrachten in sectorale initiatieven, EU-financiering of productspecifieke wetgeving’

Dit werd enkele maanden later nogmaals bevestigd en uitgebreid, in het *Circular Economy Action Plan*⁴²:

‘[...] de Commissie minimumvereisten inzake groene overheidsopdrachten (GPP) en doelstellingen in sectorale wetgeving voorstellen en verplichte verslaggeving om toezicht te houden op de invoering van groene overheidsopdrachten (GPP) geleidelijk invoeren, zonder onnodige administratieve lasten voor overheidsinkopers te creëren’

Binnen deze koers van de Commissie kunnen drie soorten concrete verplichtingen worden verkend, namelijk doelstellingen, minimumeisen en producteisen in het kader van duurzaamheid. Doelstellingen kunnen als horizontaal overkoepeld kader dienen. De aanbestedingsrechtelijke minimumeisen en algemene producteisen kunnen bijdragen aan het bereiken van deze doelstellingen. De door de Nederlandse overheid gekozen koers is daarom nuttig, hoewel de overheid minder enthousiast lijkt te worden van algemene verplichtingen, is zij momenteel wel voorstander is van een Europese aanpak op basis van circulaire doelstellingen⁴³:

‘Het kabinet deelt de visie van de Commissie dat de duurzaamheid van publieke aanbestedingen een belangrijke bouwsteen is voor de transitie naar een circulaire economie, waarbij het invoeren van een verplichting helpt. Het kabinet is daarbij voorstander van het stellen van verplichte circulaire doelen en niet van verplichte en gedetailleerde inkoopcriteria op het niveau van eisen en prestatie belonende gunningscriteria.’

Een belangrijk aspect ten aanzien van dergelijke doelstellingen lijkt te liggen in de zinnsnede van de Europese Commissie uit het *Circular Economy Action Plan*, waarin werd gewezen op ‘verplichte verslaggeving om toezicht te houden’⁴⁴. Verslaggeving is voor de effectiviteit van doelstellingen essentieel.

Een nadruk op aanbestedingsrechtelijke minimumcriteria - in aanvulling op art. 69(3) Richtlijn 2014/24/EU - betekent een uitbreiding van de methode uit de eerdergenoemde oude Richtlijn *Schone Voertuigen*.⁴⁵ Op dit vlak zal een balans gevonden moeten worden tussen het verplicht stellen van bepaalde technische specificaties of juist ruimte te laten ten aanzien van de soort specificaties. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid om het gebruik van duurzaamheids-labels of gunning op basis van de laagste levenscycluskosten verplicht te stellen. In Denemarken wordt bijvoorbeeld het gebruik van labels verplicht gesteld vanaf 2030. Er wordt gestart met labels t.a.v. reinigingsmiddelen, (toilet) papier en hygiëne producten. Deze lijst wordt in de toekomst steeds uitgebreid. Ook wordt ernaar gestreefd om alle aanbestedingen op basis van *total-cost-of-ownership* te gunnen.⁴⁶

Aanvullend zou verkend moeten worden of de doelstellingen en minimumcriteria niet gepaard zouden moeten gaan met sectorspecifieke producteisen. In Italië is hiermee in de aanbestedingscontext al ervaringen opgedaan. Zo heeft de Italiaanse wetgever zogeheten *Criteri Ambientali Minimi* geïntroduceerd voor verschillende productgroepen, waaronder binnenverlichting, verwarming en airconditioning, afval, catering, schoonmaak van ziekenhuizen, printers en kleding.⁴⁷ In soortgelijke zin wordt er in Denemarken gewerkt aan verplichte kwaliteitscriteria ten aanzien van recyclebaar materiaal.⁴⁸ Ook op Europees niveau zou in brede zin ingezet kunnen worden op producteisen. Dit zou

41 EU Commissie, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Sustainable Europe Investment Plan, European Green Deal Investment Plan (COM(2020) 21 final), 14 januari 2020, p. 12.

42 EU Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Een nieuw actieplan voor een circulaire economie: Voor een schoner en concurrerender Europa (COM(2020) 98 definitief), 11 maart 2020, p. 6.

43 Kamerstukken II 2019/20, 22112, nr. 2865, p. 5.

44 Finansministeriet, Grønne indkøb for en grøn fremtid – strategi for grønne offentlige indkøb – Strategi for Grønne offentlige indkøb, 2020.

45 Richtlijn 2019/1161/EU.

46 Idem, p. 11 en 15.

47 Zie art. 34 ‘Criteri di sostenibilità energetica e ambientale’ D.lgs. 50/2016 ‘Codice degli appalti’ in combinatie met de verplichting uit D.lgs 56/2017. Zie ook hierover: W. A. Janssen, ‘Duurzaamheid en het aanbestedingsrecht: wel toekomstbestendig?’, Markt en Mededinging, 2020, pp. 181-186.

48 Finansministeriet, Grønne indkøb for en grøn fremtid – strategi for grønne offentlige indkøb – Strategi for Grønne offentlige indkøb, 2020, p. 17.

regulering tot stand moeten brengen op het raakvlak tussen aanbestedingsrecht, milieurecht en consumentenrecht. In beide gevallen wordt duidelijk welke diensten, leveringen en werken ‘duurzaam’ zijn. Zoals de Commissie stelde in de *EU Green Deal*:

‘Such minimum criteria will “de facto” set a common definition of what a “green purchase” is, allowing collection of comparable data from public buyers, and setting the basis for assessing the impact of green public procurements. Public authorities across Europe will be encouraged to integrate green criteria and use labels in their procurements.’

6. Conclusie

De opgave uit de *EU Green Deal* en andere klimaatdoelstellingen is geen gemakkelijk uitdaging. In deze bijdrage hebben wij getracht een typologie te introduceren van open en concrete verplichtingen om maatschappelijk verantwoord aan te besteden met het doel om hun effectiviteit te bezien.

Uit het bovenstaande blijkt dat de tot nu geprefereerde open aanbestedingsrechtelijke normen een prioriteringsprobleem met zich meebrengen dat tot rechtsonzekerheid leidt. De keuze voor het handelingsperspectief van de aanbestedende dienst

wordt opengelaten, waardoor ruimte ontstaat voor niet-duurzaam handelen. Dergelijke ineffectiviteit blijkt zowel uit de toepassing in de rechtspraak van art. 1.4 lid 2 Aw 2012, als ook uit de onbevredigende oplossingen die worden geopperd in de literatuur ten aanzien van art. 11 VWEU. Dit kan bijdragen aan de zoektocht naar een verklaring voor de beperkte mate van waarin duurzaam wordt aanbesteed in de praktijk.

Concrete aanbestedingsrechtelijke verplichtingen, zoals klimaatdoelstellingen, minimumeisen in een aanbesteding en/of duurzame producteisen, reguleren wel het handelingsperspectief van aanbestedende diensten. De keuze voor duurzaamheid én de keuze van een aanbestedende dienst hoe dit praktisch vorm te geven in een aanbesteding, komen hierdoor vast te liggen. Concrete verplichtingen zijn hierdoor effectiever om daadwerkelijk aan de slag te gaan met het door de Commissie eerder aanstipte probleem uit de inleiding, dat ook werd benoemd in de gelekte conceptversie van de Mededeling over het nieuwe Circular Economy Actionplan. De hervorming van het aanbestedingsrecht ‘has not led to sufficient uptake of Green Public Procurement (GPP) yet’. Om deze koers te keren zijn concrete normen, en niet de tot nu toe gekozen open evenknieën, vanuit juridisch perspectief derhalve wenselijk. ●

TBR 2021/17

De uitsluitingsgronden als tool voor het bereiken van klimaatdoelstellingen

Is Europa klaar voor een concrete 'klimaat-uitsluitingsgrond'?

– Mr. J.W.A. Meesters¹

1. Inleiding

Aanbestedende diensten zijn gehouden om in Europese aanbestedingen de verplichte uitsluitingsgronden toe te passen. Daarnaast hebben zij de mogelijkheid om gebruik te maken van facultatieve uitsluitingsgronden. De huidige uitsluitingsgronden bieden slechts in beperkte mate mogelijkheden om de betrouwbaarheid van de ondernemer op het terrein van milieu en klimaat in aanmerking te nemen. Gelet op het karakter van de uitsluitingsgronden is ook een legitieme vraag in hoeverre deze geschikt zijn om het bereiken van milieudoelstellingen te bevorderen. Tegelijkertijd dringt de vraag zich op of de wereldwijde uitdagingen op het terrein van klimaatverandering geen aanleiding geven om de uitsluitingsgronden in te zetten als strategisch instrument dat kan bijdragen aan het realiseren van Europese beleidsdoelstellingen ten aanzien van milieu en klimaat. Is het tijd voor een uitsluitingsgrond die een ondergrens stelt aan de inspanningen ten aanzien van milieu en klimaat die van ondernemers die contracteren met de overheid mogen worden verwacht?

2. Verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden en de proportionaliteitstoets

De uitsluitingsgronden hebben betrekking op de beoordeling van de integriteit van de ondernemer en/of zijn betrouwbaarheid als potentiële opdrachtnemer voor de aanbestede opdracht. Zij vervullen een belangrijke rol bij de gunning van overheidsopdrachten: een ondernemer op wie één of meer uitsluitingsgronden van toepassing zijn, komt

in beginsel niet meer in aanmerking voor gunning van een overheidsopdracht.²

De artikelen 2.86 en 2.87 van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) maken hierbij, in overeenstemming met art. 57 van richtlijn 2014/24/EU (hierna: de aanbestedingsrichtlijn), onderscheid tussen verplichte uitsluitingsgronden en facultatieve uitsluitingsgronden.³ De verplichte uitsluitingsgronden moeten in iedere Europese aanbesteding boven de Europese drempelwaarden worden toegepast.⁴ Voor de facultatieve uitsluitingsgronden geldt dat het van toepassing verklaren daarvan voor de aanbestedende dienst niet verplicht is: de aanbestedende dienst heeft dus in beginsel de vrijheid om zelf per individuele aanbesteding te bepalen of hij deze uitsluitingsgronden al dan niet van toepassing verklaart op de aanbesteding.

De verplichte uitsluitingsgronden zijn in de Aw 2012 en de richtlijn concreter en duidelijker geformuleerd dan de facultatieve uitsluitingsgronden. Veel van de facultatieve uitsluitingsgronden laten de aanbestedende dienst nog beoordelingsruimte en vergen een nadere kwalificatie door de aanbestedende dienst van de ernst van hetgeen heeft plaatsgevonden; dit geldt bijvoorbeeld voor belangenconflicten, eerdere betrokkenheid in de voorbereiding van de aanbesteding, past performance en de valse verklaring. Bovendien benadrukt de Europese wetgever dat ten aanzien van de facultatieve

² Behoudens de mogelijkheid van self-cleaning en de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om wegens dwingende reden van algemeen belang of uit oogpunt van proportionaliteit af te zien van uitsluiting (artikelen 2.87a en 2.88 Aw 2012).

³ Op dit onderscheid ga ik in paragraaf 6 van deze bijdrage nader in.

⁴ Onder de drempelwaarden is het hanteren van uitsluitingsgronden facultatief (art. 1.19 Aw 2012).

¹ Janet Meesters is advocaat en partner bij DLA Piper in Amsterdam.

ve uitsluitingsgronden proportionaliteit belangrijk is: tekortkomingen of overtredingen moeten voldoende gewicht hebben om uitsluiting te kunnen rechtvaardigen. Bij de verplichte uitsluitingsgronden is dat voldoende gewicht een gegeven. Deze uitsluitingsgronden zien zonder uitzondering op strafrechtelijke veroordelingen en onherroepelijke en bindende rechtelijke of administratieve beslissingen.⁵ De toets is binair: de veroordelingen hebben plaatsgevonden of niet, zodat geen discretionaire beoordelingsruimte bestaat bij de vaststelling of de uitsluitingsgrond op een inschrijver of gegadigde van toepassing is. Inschrijvers en gegadigden kunnen bovendien sluitend bewijs leveren dat de verplichte uitsluitingsgronden *niet* op hen van toepassing zijn door middel van een Gedragsverklaring Aanbesteden.⁶ Dit draagt bij aan een transparante en eerlijke toepassing van dit ingrijpende instrument en bevordert de rechtszekerheid voor inschrijvers en gegadigden.

Ten aanzien van de facultatieve uitsluitingsgronden heeft het Hof van Justitie EU in zijn rechtspraak meerdere malen bevestigd dat de richtlijn ter zake niet voorziet in een uniforme toepassing, aangezien de lidstaten beoordelingsruimte moeten hebben ten aanzien van het al dan niet toepassen van deze uitsluitingsgronden en ten aanzien van de mate van striktheid waarmee zij deze willen toepassen die van geval tot geval kan verschillen, afhankelijk van de op nationaal niveau doorslaggevende juridische, economische of sociale overwegingen. Het niet toepassen van de facultatieve uitsluitingsgronden kan bijvoorbeeld zijn gelegen in de wens om een zo ruim mogelijke deelneming aan aanbestedingsprocedures te realiseren.⁷

Deze beoordelingsruimte is door het Hof van Justitie EU recent nog bevestigd, in zijn arrest *Tim* van 30 januari 2020.⁸ Wel heeft hij in zijn arrest *Meca* uit 2019 overwogen dat de beoordelingsruimte van de aanbestedende dienst in de laatste richtlijn is beperkt ten opzichte van de voorgaande richtlijn. Dit houdt verband met het feit dat in richtlijn 2004/18/EG in nagenoeg alle facultatieve uitsluitingsgronden een verwijzing naar nationale wet- en regelgeving was opgenomen. In richtlijn 2014/24/EU zijn deze verwijzingen, op één na (uitsluiting wegens faillissement, liquidatie, etc.), geschrapt. Voorts heeft het Hof van Justitie EU in *Meca* benadrukt dat, ingeval een lidstaat eenmaal heeft besloten een facultatieve uitsluitingsgrond op te nemen in zijn nationale recht, hij de wezenlijke kenmerken van deze uitsluitingsgrond in acht moet nemen. Dit betekent dat hij de uitsluitingsgrond

zoals geformuleerd in de aanbestedingsrichtlijn niet mag beperken of verdraaien; het is dan voorbehouden aan de aanbestedende dienst om te besluiten of de voorwaarden van de uitsluitingsgrond zijn vervuld.⁹ Aanbestedende diensten hebben dan weliswaar nog de vrijheid om individueel en van geval tot geval te bepalen met welke mate van striktheid zij deze uitsluitingsgronden willen toepassen, maar de lidstaten kunnen de volle werking van een facultatieve uitsluitingsgrond, indien zij deze eenmaal hebben opgenomen in hun nationale aanbestedingsregels, niet beperken.

De keuze van de Europese wetgever om de ene uitsluitingsgrond als verplicht aan te merken en de andere als facultatief, houdt zonder meer verband met de ernst van de tekortkomingen waarop de uitsluitingsgrond betrekking heeft en - in het verlengde daarvan - de mate waarin de integriteit en betrouwbaarheid van de ondernemer daardoor worden aangetast. Dit is ook af te leiden uit de considerans van de richtlijn, waarin de Europese wetgever specifiek in relatie tot facultatieve uitsluitingsgronden wijst op de noodzaak om proportioneel te handelen, en kleine onregelmatigheden in beginsel niet aan te merken als grond voor uitsluiting.¹⁰ Een dergelijke proportionaliteitsbeoordeling vindt bij de verplichte uitsluitingsgronden niet plaats.¹¹

De Nederlandse wetgever heeft de mogelijkheid om facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren ingekaderd. De Gids Proportionaliteit bepaalt in voorschrift 3.5A dat de aanbestedende dienst (uit oogpunt van proportionaliteit) slechts die facultatieve uitsluitingsgronden toepast die relevant zijn voor de betreffende opdracht. Hieruit vloeit een verplichting voor de aanbestedende dienst voort om per individuele opdracht te bepalen welke facultatieve uitsluitingsgronden relevant zijn. Door een dergelijk voorschrift in de Gids Proportionaliteit op te nemen, heeft de wetgever een verplichte proportionaliteitstoets verbonden aan het al dan niet van toepassing verklaren van facultatieve uitsluitingsgronden. Dit kan tot gevolg hebben dat facultatieve uitsluitingsgronden binnen de Nederlandse context minder geschikt zijn om een effectieve bijdrage te leveren aan bijvoorbeeld klimaatdoelstellingen.

Hoe de proportionaliteitsbeoordeling eruit zou moeten zien, is op basis van de Gids Proportionaliteit niet geheel duidelijk. In de toelichting op het voorschrift wordt slechts ingegaan op twee specifieke uitsluitingsgronden, betreffende de ernstige

⁵ Dit laatste voor zover het gaat om het niet betaald hebben van belastingen of sociale-zekerheidspremies.

⁶ Art. 2.89 lid 2 Aw 2012.

⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 9 februari 2006, C-226/04 en C-228/04, pt. 23 (*La Cascina*); HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12, pt. 36; HvJ EU 20 december 2017, C-178/16, pt. 31-32 (*Mantovani*).

⁸ HvJ EU 30 januari 2020, C-395/18, pt. 34 (*Tim*).

⁹ HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, pt. 26 e.v. en in het bijzonder pt.

33 (*Meca*). Het HvJ EU overweegt daarbij ook uitdrukkelijk dat de beoordelingsruimte van de lidstaten door de nieuwe richtlijn is beperkt ten opzichte van de beoordelingsmarge die zij onder richtlijn 2004/18/EG hadden (pt. 27).

¹⁰ Overweging 101 van de considerans bij richtlijn 2014/24/EU.

¹¹ De proportionaliteitsbeoordeling van art. 2.88 Aw 2012, die voor alle uitsluitingsgronden geldt, heeft een andere strekking.

beroepsfout en past performance. Ten aanzien van de ernstige beroepsfout wordt overwogen dat het gaat om een open norm die voor meerdere uitleg vatbaar is en daardoor lastig is toe te passen. Dit noopt volgens de Gids tot grote terughoudendheid bij het stellen van de norm. Hoewel dat een terechte signalering is, wordt in de toelichting niets gezegd over de *inhoudelijke* proportionaliteitstoets die moet worden uitgevoerd bij de beantwoording van de vraag in voorschrift 3.5A of de uitsluitingsgrond relevant is voor de betreffende opdracht. Ook de toelichting die in de Gids wordt gegeven ten aanzien van de omgang met de past performance uitsluitingsgrond, gaat niet in op de proportionaliteit van het van toepassing verklaren van de uitsluitingsgrond; ten aanzien van deze uitsluitingsgrond wordt in de Gids benadrukt dat uit oogpunt van proportionaliteit terughoudend moet worden omgegaan met het daadwerkelijk uitsluiten van een ondernemer op deze grond (dus *nadat* deze in de lopende aanbesteding al van toepassing *is* verklaard).

De toelichting in de Gids maakt dan ook vooral duidelijk dat de facultatieve uitsluitingsgronden met terughoudendheid moeten worden tegengehouden aan ondernemers en dat zij deels wegens gebrek aan inkadering praktisch moeilijk toepasbaar zijn. Dat impliceert in mijn optiek een oproep aan de Nederlandse wetgever om, met het oog op een zinvol gebruik van deze uitsluitingsgronden, het kader voor toepassing zo mogelijk te verduidelijken. Daarbij zou de wetgever ook nut en noodzaak van voorschrift 3.5A kunnen heroverwegen: een verplichting tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets bij het al dan niet van toepassing verklaren van facultatieve uitsluitingsgronden volgt namelijk niet uit de aanbestedingsrichtlijn.

Het is (ook na het eventueel schrappen van dit voorschrift) vanzelfsprekend niet zo dat aanbestedende diensten ondernemers die ergens eens een 'scheve schaats' hebben gereden te hooi en te gras mogen uitsluiten van deelname aan aanbestedingen. Integendeel, bij het nemen van een beslissing omtrent uitsluiting zullen zij proportioneel moeten handelen. Gelet op de ingrijpende consequenties van uitsluiting (en de mogelijke doorwerking in toekomstige aanbestedingen, zeker voor ondernemers die in belangrijke mate afhankelijk zijn van opdrachten van (één of enkele) overheidsopdrachtgevers) is terughoudendheid op zijn plaats. Dit wordt ook met zoveel woorden bevestigd door de Europese wetgever¹²:

'Bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, moeten de aanbestedende diensten bijzondere aandacht schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Kleine onregelmatigheden mogen slechts in

uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden.'

Bovendien moet de aanbestedende dienst, indien en nadat hij heeft vastgesteld dat op een inschrijver of gegadigde een uitsluitingsgrond van toepassing is, die ondernemer in de gelegenheid stellen om aan te tonen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om desondanks zijn betrouwbaarheid aan te tonen (*self-cleaning*, art. 2.87a Aw 2012). Indien dat bewijs volgens de aanbestedende dienst toereikend is, wordt de ondernemer niet uitgesloten.

3. Uitsluitingsgronden en het realiseren van klimaatdoelstellingen

3.1 Uitsluitingsgrond voor schending verplichtingen art. 2.81 lid 2 Aw 2012

De uitsluitingsgronden hebben over het geheel genomen weinig raakvlakken met het thema milieu en klimaat. De enige uitsluitingsgrond die specifiek verband houdt met milieu, is de facultatieve uitsluitingsgrond ten aanzien van schending van verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht (art. 2.87 lid 1 sub a Aw 2012):

'De aanbestedende dienst kan een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure op de volgende gronden: de aanbestedende dienst toont met elk passend middel aan dat de gegadigde of inschrijver een of meer van de in artikel 2.81, tweede lid, genoemde verplichtingen heeft geschonden;'

Art. 2.81 lid 2 Aw 2012, waarnaar deze uitsluitingsgrond verwijst, bepaalt:

'Een aanbestedende dienst verzoekt de inschrijvers of de gegadigden aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het recht van de Europese Unie, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X van richtlijn 2014/24/EU vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht.'

De in bijlage X bij de richtlijn vermelde bepalingen van internationaal milieurecht zijn een viertal verdragen (en een protocol) die betrekking hebben op bescherming van de ozonlaag, de beheersing van grensoverschrijdende overbrenging van gevaarlijke afvalstoffen en de verwijdering ervan, persistente organische verontreinigende stoffen (POP's) en gevaarlijke chemische stoffen en pesticiden.

Deze uitsluitingsgrond is nieuw geïntroduceerd in de meest recente aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU. De Europese Commissie lichtte in

¹² Overweging 101 van de considerans van richtlijn 2014/24/EU. Zie ook HvJ EU 30 januari 2020, C-395/18, pt. 48 (Tim).

haar voorstel¹³ voor de nieuwe richtlijn toe dat deze richtlijn ten opzichte van de oude richtlijn twee aanvullende doelstellingen kent. Eén daarvan is om het voor aanbesteders mogelijk te maken om aanbestedingen strategisch in te zetten voor het bereiken van brede maatschappelijke doelstellingen, zoals de bescherming van het milieu, efficiënter gebruik van bronnen en energie en het bestrijden van klimaatverandering. Door aanbestedende diensten hiervoor de juiste instrumenten te geven, kunnen zij door middel van aanbestedingen effectiever bijdragen aan het bereiken van de Europa 2020 strategie. In dat kader vond de Commissie het opportuun om aanbestedende diensten de mogelijkheid te bieden om ondernemers uit te sluiten die hun verplichtingen op grond van milieuregelgeving hebben geschonden. De Commissie beperkte zich in haar voorstel tot schendingen van Europese regelgeving op het terrein van milieu.

Het Europees Economisch en Sociaal Comité onderstreepte bij zijn behandeling van het Commissievoorstel eveneens de bijdrage die de aanbestedingspraktijk kan leveren aan duurzaamheid¹⁴:

‘The current generation of public procurement directives are the product of a long evolution that started in 1971 with the adoption of Directive 71/305/EEC. A comprehensive economic evaluation has shown that the procurement directives have achieved their objectives to a considerable extent. However, major advances are still required to achieve the objectives of social and environmental sustainability. It is true that they have resulted in greater transparency, higher levels of competition and lower prices but attention must also be paid to jobs, wages and working conditions so that the objectives of growth and job creation in the Europe 2020 Strategy and the cross-sector social and environmental requirements set by the Treaty of Lisbon are not compromised.’

Het Economisch en Sociaal Comité juichte de nieuw geïntroduceerde uitsluitingsgrond dan ook toe en voegde daaraan toe dat in zijn optiek evident was dat ook schending van *nationale* milieuregelgeving expliciet onder het bereik van de uitsluitingsgrond moest worden gebracht. Verder overwoog het Economisch en Sociaal Comité: ‘*At all events the EESC considers that exclusion for these reasons should be mandatory.*’¹⁵ In zijn optiek moest het dus een verplichte uitsluitingsgrond worden. Een amendement¹⁶ dat deze aanscherping mogelijk moest maken, kreeg echter niet voldoende

stemmen. In de finale richtlijntekst behield de uitsluitingsgrond dan ook zijn facultatieve karakter. Wel werd de reikwijdte in lijn met de wens van het Comité verbreed, zodat deze nu ook schending van nationale milieuregelgeving omvat.

De Nederlandse wetsgeschiedenis betreffende de implementatie van de nieuwe richtlijn beperkt zich voor wat betreft de milieutechnische aspecten van de nieuw geïntroduceerde uitsluitingsgrond tot een enkele verwijzing naar de verplichtingen voortvloeiend uit de Wet milieubeheer. Over het klimaat wordt in de memorie van toelichting in het geheel niet gesproken.¹⁷ De door de Europese Commissie zo prominent geformuleerde, en in het Europese wetgevingstraject omarmde strategische doelstelling van de aanbestedingsrichtlijn om bij te dragen aan milieudoelstellingen en het tegengaan van klimaatverandering, lijkt aldus in de marge te zijn beland.

Dit terwijl de naleving van de verplichtingen in art. 2.81 lid 2 Aw 2012 volgens het Hof van Justitie EU een kernwaarde vormt die door de Europese wetgever op dezelfde voet is geplaatst als de aanbestedingsrechtelijke kernbeginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie, evenredigheid en het verbod om een opdracht uit te sluiten van het toepassingsgebied van richtlijn 2014/24/EU of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken¹⁸:

‘Dienaangaande moet worden opgemerkt dat artikel 18 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Aanbestedingsbeginselen”, het eerste artikel is van hoofdstuk II van deze richtlijn, dat gewijd is aan de „[a]lgemene regels” voor aanbestedingsprocedures. Door in lid 2 van dit artikel te bepalen dat de ondernemers bij de uitvoering van de opdracht moeten voldoen aan de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, heeft de Uniewetgever dit vereiste in beginsel op dezelfde voet willen plaatsen als de andere, in lid 1 van dit artikel genoemde beginselen, namelijk de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie, evenredigheid en het verbod om een opdracht uit te sluiten van het toepassingsgebied van richtlijn 2014/24 of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. Hieruit volgt dat een dergelijk vereiste in de algemene opzet van deze richtlijn een kernwaarde vormt waarvan de eerbiediging op grond van de bewoordingen van artikel 18, lid 2, van die richtlijn door de lidstaten moet worden gewaarborgd.’

3.2 Overtreding beroepsgedragsregels en ernstige fout

Onder de oude richtlijn 2004/18/EG, dus vóór de implementatie van de zojuist besproken nieuwe

¹³ Zie de explanatory memorandum bij het Commissievoorstel, par. 1, en overweging 34 van de considerans, COM/2011/0896 final.

¹⁴ Zie pt. 2.2 van het advies van het Europees Sociaal en Economisch Comité, 2012/C/191/16, PbEU 29 juni 2012, C 191/84.

¹⁵ Zie pt. 1.11 van het advies van het Europees Sociaal en Economisch Comité, 2012/C/191/16, PbEU 29 juni 2012, C 191/84.

¹⁶ Zie onder b) point 4.26 van het advies van het Europees Sociaal en Economisch Comité, 2012/C/191/16, PbEU 29 juni 2012, C 191/84.

¹⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 63.

¹⁸ Hof van Justitie EU 30 januari 2020, C-395/18, pt. 38 (Tim).

uitsluitingsgrond, kon de niet-naleving van milieuregelgeving onder omstandigheden worden aangemerkt als een overtreding van de beroepsgedragsregels of als een ernstige fout, mits het nationale recht daartoe strekkende bepalingen bevatte. Volgens de considerans van de richtlijn moest dan wel sprake zijn van een onherroepelijk vonnis of een beslissing met vergelijkbare werking wegens onwettige afspraken, die volgens de bepalingen van nationaal recht resulteert in een overtreding van beroepsgedragsregels of een ernstige fout.¹⁹ Aangenomen moet worden dat de mogelijkheid om een milieuschending aan te merken als een ernstige fout nog steeds bestaat.²⁰ Denkbaar is dus dat in nationaal recht bepaalde overtredingen van milieuregelgeving die door een onherroepelijk vonnis of een onherroepelijke administratieve beslissing zijn gesanctioneerd, worden aangemerkt als een ernstige fout. Niet iedere overtreding kan echter aanleiding geven tot uitsluiting; het Hof van Justitie EU heeft ten aanzien van het begrip 'ernstige fout' overwogen dat dit gewoonlijk ziet op gedrag dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van een marktpartij.²¹ Voorts past als gezegd volgens de Gids Proportionaliteit bij het gebruik van de ernstige fout als uitsluitingsgrond terughoudendheid, omdat dit zo'n vage - en daardoor moeilijk toepasbare - norm is. Aan dit bezwaar kan overigens worden tegemoetgekomen door de overtredingen op het terrein van milieu die worden aangemerkt als een ernstige fout in nationale regelgeving in te kaderen.

3.3 Past performance

En andere uitsluitingsgrond die in bepaalde gevallen mogelijk een rol kan spelen bij milieurechtelijke overtredingen, is de - eveneens nieuw geïntroduceerde - past performance uitsluitingsgrond (art. 2.87 lid 1 sub g Aw 2012). Deze uitsluitingsgrond ziet op gevallen waarin een ondernemer bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen ten aanzien van wezenlijke voorschriften, en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van de eerdere opdracht, schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie. Denkbaar is dat de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen betrekking hadden op wezenlijke milieuvoorschriften en dat in verband daarmee een sanctie is opgelegd. De aanbestedende dienst van de actuele opdracht zal moeten bepalen of de oplegging van de

sanctie resulteert in een past performance situatie die de ondernemer onbetrouwbaar maakt als potentiële opdrachtnemer voor de actuele opdracht. Dat zal naar verwachting niet enkel afhankelijk zijn van de aard en ernst van de tekortkomingen, maar ook van de relevantie daarvan voor de actuele opdracht. Indien milieuaspecten een belangrijke rol spelen in de actuele opdracht en juist ten aanzien van die milieuaspecten in de eerdere opdracht een sanctie is opgelegd wegens aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen, kan dat aanleiding zijn om de ondernemer als onvoldoende betrouwbare partij aan te merken voor de actuele opdracht. Uit het hiervoor aangehaalde arrest *Tim* van het Hof van Justitie EU²² kan bovendien worden afgeleid dat het Hof van oordeel is dat de verplichtingen van art. 2.81 lid 2 Aw 2012, die - in overeenstemming met de inschrijving - tijdens de uitvoering van de opdracht moeten worden nageleefd, naar hun aard een wezenlijk karakter hebben, zodat eenvoudig kan worden geconcludeerd dat dit 'wezenlijke voorschriften' zijn in de zin van art. 2.87 lid 1 sub g Aw 2012.

4. Toepassingsbereik en effectiviteit nieuwe uitsluitingsgrond beperkt

In deze paragraaf ga ik nader in op de toepassingsmogelijkheden van de nieuwe uitsluitingsgrond voor milieurechtelijke overtredingen, zoals opgenomen in art. 2.87 lid 1 sub a Aw 2012. De richtlijn met deze specifieke uitsluitingsgrond is in 2016 in werking getreden. Er is mij vooralsnog geen nationale rechtspraak bekend waarin deze uitsluitingsgrond aan een inschrijver of gegadigde is tegengeworpen en een inhoudelijk debat is gevoerd over de vraag of al dan niet aan bepaalde milieuregelgeving was voldaan. De aangehaalde Europese zaak *Tim*²³ heeft weliswaar betrekking op deze uitsluitingsgrond, maar stelt vragen aan de orde die een bredere strekking hebben en niet specifiek zien op de milieuaspecten van de bepaling (maar op de mogelijkheid om deze uitsluitingsgrond tegen te werpen aan een onderaannemer en de betekenis van het evenredigheidsbeginsel daarin).

En eerste aandachtspunt is dat de uitsluitingsgrond inhoudelijk een beperkte reikwijdte heeft.²⁴ De uitsluitingsgrond ziet enkel op de verplichting om 'bij de uitvoering van overheidsopdrachten' te voldoen aan de toepasselijke verplichtingen uit hoofde van milieurecht.²⁵ De Nederlandse wetgever heeft de reikwijdte vervolgens nog verder beperkt door de uitsluitingsgrond te koppelen aan de

¹⁹ Overweging 43 van de considerans bij richtlijn 2004/18/EG.

²⁰ De facultatieve uitsluitingsgrond betreffende overtreding van beroepsgedragsregels is vervallen in de meest recente richtlijn. De schending van beroepsgedragsregels kent volgens de wetgever grote gelijkenis met de uitsluiting op basis van een ernstige fout in de uitoefening van een beroep, zodat bepaalde overtredingen van beroepsgedragsregels onder de noemer ernstige fout nog steeds een grond voor uitsluiting kunnen opleveren (Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 69).

²¹ HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (*Forposta*).

²² HvJ EU 30 januari 2020, C-395/18 (*Tim*).

²³ HvJ EU 30 januari 2020, C-395/18 (*Tim*).

²⁴ Zie hierover ook W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigmaverandering', in *TA* 2020/3.

²⁵ Art. 18 lid 2 richtlijn 2014/24/EU.

bepaling in de Aw 2012, dat inschrijvers ‘bij het opstellen van hun inschrijving’ rekening moeten houden met de verplichtingen op het gebied van (onder andere) milieurecht. De uitsluitingsgrond kan dan slechts worden ingeroepen tegen een ondernemer waarvan de aanbestedende dienst kan aantonen dat hij in zijn inschrijving op een overheidsopdracht die valt binnen het bereik van deel 2 Aw 2012 geen rekening heeft gehouden met de in art. 2.81 lid 2 Aw 2012 bedoelde milieuregelgeving.

Aan die bewijslast zal een aanbestedende dienst veelal slechts kunnen voldoen voor zover het zijn eigen aanbestedingen betreft. Een verplichting voor ondernemers om in zijn algemeenheid te handelen in overeenstemming met milieuregelgeving ligt hierin bovendien niet besloten. Een ondernemer kan alleen als onbetrouwbaar in de zin van deze uitsluitingsgrond worden aangemerkt, indien zijn inschrijving op een overheidsopdracht binnen de reikwijdte van deel 2 Aw 2012 een schending van milieuregelgeving behelst. Dit is een belangrijk verschil met uitsluitingsgronden die een generiek karakter hebben, zoals de verplichte uitsluitingsgronden, de ernstige beroepsfout en de vervalsing van de mededinging. Er zijn weliswaar ook uitsluitingsgronden die specifiek zijn toegesneden op aanbestedingssituaties (en die dus een beperkte strekking hebben), maar voor die uitsluitingsgronden geldt dat zij betrekking hebben op gedragingen in relatie tot een specifieke aanbesteding (zoals het ontstaan van een belangenconflict en onrechtmatige beïnvloeding van het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst). De vraag kan gesteld worden of een afbakening tot inschrijvingen op aanbestedingen bij de uitsluitingsgrond inzake milieuregelgeving wel zo logisch of noodzakelijk is.

Een tweede aandachtspunt is het facultatieve karakter van de uitsluitingsgrond. Er is geen verplichting om de uitsluitingsgrond toe te passen in individuele aanbestedingen. Sterker nog, de Gids Proportionaliteit schrijft voor dat eerst de proportionaliteit van het van toepassing verklaren van de uitsluitingsgrond moet worden beoordeeld, voordat de uitsluitingsgrond daadwerkelijk van toepassing wordt verklaard. Het is echter wel van belang om op te merken dat de dwingende formulering van art. 2.81 lid 2 Aw 2012 ertoe kan leiden dat, ook ingeval de uitsluitingsgrond niet van toepassing is verklaard, overtreding van milieuregelgeving in de inschrijving toch resulteert in uitsluiting, in ieder geval in de actuele aanbesteding. Art. 2.81 lid 2 Aw 2012 bepaalt immers:

‘Een aanbestedende dienst verzoekt de inschrijvers of de gegadigden aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht (...)’.

Hieruit vloeit reeds voort dat een inschrijver wiens inschrijving niet in overeenstemming is met de betreffende milieuregelgeving (indachtig het beginsel van gelijke behandeling) moet worden uitgesloten van verdere deelname aan de actuele aanbesteding.²⁶ Een inschrijver die niet voldoet aan de minimumeisen die in de aanbesteding zijn gesteld, kan immers niet voor gunning in aanmerking komen. Dit geldt temeer nu de verplichtingen van art. 2.81 lid 2 Aw 2012 (volgens het Europese Hof van Justitie in *Tim*) een kernwaarde van het aanbestedingsrecht inhouden die is gelijk te stellen met de andere kernbeginselen en dus zonder meer geëerbiedigd moet worden.

Een derde aandachtspunt is dat de effectiviteit van de uitsluitingsgrond in de praktijk beperkt lijkt. Volgens de Europese wetgever moeten alle lidstaten ‘passende maatregelen’ treffen om te waarborgen dat ondernemers bij de uitvoering van overheidsopdrachten voldoen aan milieurechtelijke verplichtingen.²⁷ Die passende maatregelen beperken zich in Nederland tot het feit dat de aanbestedende dienst de inschrijvers verzoekt om aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de verplichtingen op het gebied van milieurecht. De facto komt dit er doorgaans op neer dat aanbestedende diensten de uitsluitingsgrond van art. 2.87 lid 1 sub a Aw 2012 van toepassing verklaren en dat ondernemers vervolgens in hun Uniform Europees Aanbestedingsdocument bevestigen dat deze niet op hen van toepassing is (en dat zij dus aan de toepasselijke regelgeving voldoen). Een korte rondvraag bevestigt dit beeld: de uitsluitingsgrond wordt in veel aanbestedingen van toepassing verklaard, maar een daadwerkelijke inhoudelijke beoordeling blijft uit. Inschrijvers en gegadigden verklaren dat zij met hun inschrijving volledig en correct aan de milieuregelgeving voldoen, de aanbestedende dienst gaat af op de juistheid van die verklaring en daar eindigt het dan. Aanleiding tot het verrichten van nader onderzoek is er immers niet zolang er geen concrete twijfel is over de juistheid van hetgeen de inschrijver of gegadigde in het Uniforme Europees Aanbestedingsdocument heeft verklaard.

Hierbij speelt ongetwijfeld een rol dat zowel aanbestedende diensten als inschrijvers moeite hebben met het (volledig) identificeren van de regelgeving die valt onder het toepassingsbereik van de uitsluitingsgrond en met de beoordeling of sprake is van overtreding van die regelgeving, zodat aan de beoordeling daarvan weinig aandacht wordt be-

²⁶ Dit geldt dan niet in toekomstige aanbestedingen waarin de facultatieve uitsluitingsgrond eveneens niet van toepassing is verklaard, ervan uitgaande dat de inschrijver in die toekomstige aanbestedingen in zijn inschrijving wél heeft voldaan aan de verplichtingen ex art. 2.81 lid 2 Aw 2012.

²⁷ Art. 18 lid 2 richtlijn 2014/24/EU.

steed. Hoewel dat misschien begrijpelijk is in verband met de bestaande onduidelijkheid over het toepassingsbereik van de uitsluitingsgrond, constateer ik ook dat de uitsluitingsgrond mede daardoor niet de impact heeft die de Europese Commissie bij het opstellen van haar voorstel voor een nieuwe richtlijn voor ogen had.

De hiervoor genoemde aandachtspunten lijken in de weg te staan aan een effectieve toepassing van de uitsluitingsgrond in de praktijk. Ervan uitgaande dat de uitsluitingsgronden volgens de Europese wetgever wel behulpzaam kunnen zijn bij het bereiken van strategische Europese klimaatdoelstellingen, is het dan ook zinvol om nader te verkennen hoe de impact van een klimaatgerelateerde uitsluitingsgrond kan worden vergroot. In dat kader bespreek ik de mogelijkheid om een duidelijker norm te formuleren, hetzij door verduidelijking van de bestaande uitsluitingsgrond, hetzij door de introductie van een nieuwe uitsluitingsgrond. Hierbij ga ik ook in op het onderscheid tussen verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden en de vraag of mogelijk een klimaatgerelateerde uitsluitingsgrond onder de verplichte uitsluitingsgronden kan worden opgenomen.

5. ESG en uitsluitingsgronden: een inhaalslag voor de *Environmental component*

Art. 2.81 lid 2 Aw 2012 verwijst in algemene zin naar Europese en nationale milieuregelgeving en concreet naar een aantal specifieke internationale verdragen. Bedacht moet worden dat deze bepaling is geïntroduceerd in 2012 en in zijn definitieve vorm is aangenomen in de richtlijn uit 2014. Sindsdien hebben de ontwikkelingen ten aanzien van klimaat en klimaatverandering een grote vlucht genomen. Internationale en nationale afspraken en gebeurtenissen zoals het Klimaatakkoord van Parijs uit december 2015, de uit dat akkoord voortvloeiende Klimaatwet en de Urgenda-zaak hebben de noodzaak bevestigd om in actie te komen, harde klimaatdoelstellingen te formuleren en actief maatregelen te treffen die eraan bijdragen om die doelstellingen te behalen. Het bredere thema ESG *Environment, Social and Governance*, een invulling van de 3P's (People Planet Profit), staat in dat kader ook volop in de belangstelling en het voeren van actief ESG-beleid wordt inmiddels als cruciaal beschouwd voor het zijn van een duurzame onderneming of overheid. Duurzaamheid, dat enkele jaren geleden nog werd beschouwd als *nice to have* in aanbestedingen, is daarmee opgeschoven naar *must have* in brede zin (met alle drie de componenten E, S en G) waarover in board rooms wordt beslist.

Uit de historie van de aanbestedingsrichtlijnen blijkt dat het belang van integriteit op de onderdelen *Social* en *Governance* al veel langer (en breder) wordt onderkend dan het belang van 'En-

vironmental integrity.²⁷ Diverse verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden houden verband met deze twee criteria. Te denken valt aan de verplichte uitsluitingsgronden die betrekking hebben op omkoping/corruptie, kinderarbeid en mensenhandel en de facultatieve uitsluitingsgronden betreffende de ernstige fout, belangenverstremgeling, onrechtmatige beïnvloeding van de besluitvorming van de aanbestedende dienst en het verstrekken van valse verklaringen.

Het *Environmental aspect* is met de introductie van art. 2.87 lid 1 sub a Aw 2012 begonnen aan een voorzichtige inhaalslag. Indien de uitsluitingsgronden echter daadwerkelijk een rol moeten gaan vervullen in het realiseren van de strategische doelstellingen ten aanzien van bescherming van het milieu en het bestrijden van klimaatverandering, lijkt het mij aangewezen dat wordt nagedacht over een uitsluitingsgrond die daaraan concreter invulling geeft dan de bestaande uitsluitingsgrond over milieuregelgeving doet, met een duidelijker en beter toetsbare norm. Dit kan zowel door het formuleren van een nieuwe, specifieke 'klimaat-uitsluitingsgrond' als door het uitbreiden en verduidelijken van de bestaande regel in art. 2.81 lid 2 Aw 2012. De te formuleren norm dient dan bij voorkeur te worden gerelateerd aan de klimaatafspraken die in Europees verband worden gemaakt. Dit vergt wel dat duidelijke regels c.q. grenswaarden worden geformuleerd die tot uitdrukking brengen wat op het terrein van milieu en klimaat ten minste van betrouwbare en integere ondernemers wordt verwacht en van welke gedragingen (of overschrijding van welke grenswaarden) zij zich ten minste dienen te onthouden. Het gebruik van (vage) open normen is onwenselijk, omdat die op gespannen voet staan met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, en in de praktijk moeilijk zijn te hanteren.²⁸ Ondernemers moeten weten welke overtredingen onder de uitsluitingsgrond worden geschaard, zodat zij in staat zijn het Uniform Europees Aanbestedingsdocument correct in te vullen (en niet het risico lopen op een onbedoelde valse verklaring).²⁹ Zij moeten bovendien voorafgaand aan de aanbesteding een reële inschatting kunnen maken ten aanzien van de vraag of het zinvol is de kosten en inspanningen voor een inschrijving te maken.

Een belangrijk aandachtspunt is voorts dat de concrete uitwerking van de Europese afspraken over het terugdringen van klimaatverandering grotendeels op nationaal niveau plaatsvindt en dat (grote) verschillen bestaan tussen het ambitieniveau van de lidstaten en de klimaatdoelstellingen die zij zichzelf opleggen, en in het verlengde daar-

²⁸ Zo wordt ook benadrukt in de Gids Proportionaliteit, toelichting op voorschrift 3.5A.

²⁹ Die immers ook een zelfstandige uitsluitingsgrond oplevert, zie art. 2.87 lid 1 sub h Aw 2012.

van tussen het aantal en type maatregelen dat zij treffen om die doelstellingen te bereiken. Voorkomen moet worden dat ondernemers als gevolg van deze verschillen worden verhinderd om in andere lidstaten succesvol te participeren in aanbestedingen. Dit zou immers kunnen leiden tot een ongelijke behandeling die niet zonder meer gerechtvaardigd is en tot een verstoring van het level playing field, bijvoorbeeld omdat ondernemers uit andere lidstaten disproportionele inspanningen moeten verrichten om te voldoen aan regelgeving waaraan de ondernemers uit de eigen lidstaat reeds voldoen. Hierbij speelt een rol dat het niet kunnen voldoen aan een klimaatnorm die is geformuleerd als een uitsluitingsgrond, in beginsel direct leidt tot uitsluiting (en dus een 'fataal' karakter heeft, waardoor de kans op gunning volledig wordt weggenomen). Dit is een belangrijk verschil met bijvoorbeeld een gunningscriterium op grond waarvan ondernemers kunnen worden uitgedaagd zich te onderscheiden op klimaatprestaties. Bij een dergelijk criterium doen de effecten van verschillen in klimaatregulering tussen lidstaten op de gunningskansen van partijen zich minder (hard) voelen.

6. Verplicht of facultatief karakter?

Men kan zich afvragen of een klimaatgerelateerde uitsluitingsgrond een verplicht of een facultatief karakter zou moeten hebben. De reden voor de Europese wetgever om een uitsluitingsgrond in het ene geval als verplicht en in het andere geval als facultatief aan te duiden, is niet zonder meer duidelijk. Het is op zichzelf evident dat de verplichte uitsluitingsgronden betrekking hebben op veroordelingen waarvan maatschappelijk geaccepteerd is dat deze raken aan de integriteit en betrouwbaarheid van de ondernemer - en dat een ondernemer die zich in één van die situaties bevindt in beginsel niet voldoende integer en betrouwbaar is als contractant van de overheid (met de inzet van gemeenschapsgeld). Behoudens de mogelijkheid van self-cleaning kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden van het invoeren van deze uitsluitingsgronden tegen een ondernemer worden afgezien: om dwingende redenen van algemeen belang of indien naar het oordeel van de aanbestedende dienst uitsluiting niet proportioneel is met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.³⁰

Er lijkt echter ook een meer 'politieke' afweging van de wetgever ten grondslag te liggen aan de beslissing om een uitsluitingsgrond als verplicht dan wel facultatief aan te merken; zo was het verplichte of facultatieve karakter van de nieuwe uitsluitingsgrond inzake schending van milieuregeling (artikel 2.87 lid 1 sub a Aw 2012) onderdeel

van het inhoudelijke debat bij de behandeling van het commissievoorstel. De door de Europese wetgever gemaakte keuzes lijken op onderdelen ook arbitrair. Immers, waarom zou een ondernemer die niet voldoet aan zijn verplichting tot betaling van belastingen of sociale premies 'moeten' worden uitgesloten,³¹ terwijl een ondernemer waarvan vaststaat dat hij zijn verplichtingen schendt op het gebied van Europees milieu-, sociaal- en/of arbeidsrecht alleen hoeft te worden uitgesloten indien de aanbestedende dienst hem hierdoor onvoldoende betrouwbaar vindt en deze uitsluitingsgrond dus van toepassing verklaart in de concrete aanbesteding?³² Wat rechtvaardigt dat schending van het ene type regels een ondernemer minder betrouwbaar en integer maakt dan schending van het andere type regels? De considerans bij de richtlijn geeft hierover geen duidelijkheid.³³

Indien een eventuele klimaatgerelateerde uitsluitingsgrond wordt vormgegeven als een verplichte uitsluitingsgrond, geeft dat zekerheid dat deze in alle lidstaten consequent wordt toegepast en dat aanbestedende diensten er niet, bijvoorbeeld om sociale of economische redenen of om meer markwerking te realiseren, van afzien om deze toe te passen; dit komt de effectiviteit in de praktijk mogelijk ten goede. Die zekerheid is er bij een facultatieve uitsluitingsgrond niet. Zou daadwerkelijk een klimaatgerelateerde uitsluitingsgrond aan de verplichte uitsluitingsgronden worden toegevoegd, dan dient de aanbestedende dienst wel op effectieve en transparante wijze - en in mijn optiek zonder eigen beoordelingsruimte - te kunnen bepalen of die uitsluitingsgrond al dan niet op een ondernemer van toepassing is. Het formuleren van een heldere en eenduidige norm, in lijn met de reeds bestaande verplichte uitsluitingsgronden, is in dat geval des te belangrijker. Hiertoe wordt bij voorkeur aangesloten bij regelgeving die dan eveneens in EU-verband wordt vastgesteld. Dan is voor ondernemers, waar ook binnen de Europese Unie, duidelijk wat op dit punt van hen wordt verwacht met het oog op eventuele participatie in overheidsaanbestedingen en wordt het level playing field tussen de lidstaten zo goed mogelijk verzekerd. Regelgeving waaraan de uitsluitingsgrond wordt gekoppeld, kan bijvoorbeeld betrekking hebben op de door ondernemers te realiseren energiebesparingen, reductie van de uitstoot van broeikasgassen en/of de mate van gebruik van duurzame energiebronnen - daarbij vanzelfsprekend rekening houdend met verschillen tussen sectoren en typen ondernemingen (en mo-

³¹ Zie art. 2.86 lid 4 Aw 2012, in lijn met art. 57 lid 2 richtlijn 2014/24/EU.

³² Art. 2.87 lid 1 sub a Aw 2012, in lijn met art. 57 lid 4 sub a richtlijn 2014/24/EU.

³³ Zie overweging 100 en 101, waarin een concreet onderscheid wordt gemaakt tussen verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden, maar niet wordt toegelicht waarom een uitsluitingsgrond een verplicht dan wel facultatief karakter heeft.

³⁰ Zie art. 2.88 Aw 2012.

gelijk ook met andere aspecten, zoals geografische en sociaaleconomische verschillen). Voor de effectiviteit van de uitsluitingsgrond lijkt mij van belang dat het (al dan niet) voldoen aan de norm verifieerbaar is door een externe partij en dat marktpartijen bij voorkeur met gebruikmaking van een extern certificaat (vergelijk de Gedragsverklaring Aanbesteden) kunnen aantonen dat de uitsluitingsgrond niet op hen van toepassing is.

7. Tot slot: hoe passend is een uitsluitingsgrond als instrument om klimaatverandering tegen te gaan?

Indien de Europese wetgever de wens heeft om de uitsluitingsgronden effectief te laten bijdragen aan het realiseren van strategische Europese doelstellingen ten aanzien van de bescherming van het milieu en de bestrijding van klimaatverandering, ligt het voor de hand om een specifiek op klimaatregulering geënte uitsluitingsgrond te formuleren die dan mogelijk een verplicht karakter zou moeten hebben. Dat dat op zichzelf mogelijk is, wordt bevestigd door het standpunt van het Europese Economisch en Sociaal Comité in het Europese wetgevingstraject voor richtlijn 2014/24/EU bij de behandeling van de (nieuwe) uitsluitingsgrond inzake milieu-regulering. Ik realiseer mij dat de uiteindelijke haalbaarheid van een dergelijke klimaat-uitsluitingsgrond niet alleen een juridische beoordeling vergt, maar ook een belangrijke politieke component heeft. Een dergelijke uitsluitingsgrond draagt immers uitdrukkelijk niet bij aan het verder vervolmaken van de interne markt, maar is (louter) gericht op het realiseren van een andere strategische Europese doelstelling.

Een kritische vraag die in dat verband nog kan worden gesteld, is of uitsluitingsgronden naar hun aard wel geschikt zijn als instrument om daadwerkelijk bij te dragen aan het bestrijden van klimaatverandering. De uitsluitingsgronden hebben als functie in het aanbestedingsproces dat de aanbestedende dienst wordt beschermd tegen ondernemingen die niet integer en betrouwbaar zijn en dat in het verlengde daarvan geen belastinggeld aan dergelijke ondernemingen wordt besteed. Zij zijn erop gericht om ondernemers aan te moedigen zich te *onthouden* van gedragingen die naar algemene maatschappelijke opvattingen als niet-integer worden beschouwd en die hen onbetrouwbaar maken. Anders dan bij geschiktheidseisen en gunningscriteria³⁴, aan de hand waarvan inschrijvers zich juist actief, positief kunnen onderscheiden ten opzichte van hun concurrenten, ziet de beoordeling aan de hand van de uitsluitingsgronden niet op de waardering en beloning van positief gedrag. Anders

gezegd: van uitsluitingsgronden gaat geen prikkel uit om het beste te doen, maar een prikkel om 'het foute' niet te doen.

Hoewel ik meen dat de uitsluitingsgronden, inzichtelijk het hiervoor omschreven karakter, niet de 'heilige graal' zijn als het gaat om het realiseren van klimaatdoelstellingen, kunnen zij wel degelijk een nuttige functie vervullen. Indien door middel van uitsluitingsgronden wordt gestuurd op actieve naleving van noodzakelijke klimaatregulering heeft dat naar verwachting reële impact, alleen al door de zeer substantiële omvang van overheidsinkopen binnen de Europese Unie. Het bedrijfsleven lijkt bovendien wel klaar voor een dergelijke stap. Veel (grote) private opdrachtgevers hanteren ESG-aspecten inmiddels als belangrijk (knock-out) criterium bij de selectie van hun dienstverleners. Ook verlangen zij meer en meer dat die dienstverleners in hun dagelijkse bedrijfsvoering en bij de uitvoering van hun opdrachten actief ESG-beleid voeren om in aanmerking te kunnen komen voor een contract. Daarmee laten veel ondernemers zien dat het incorporeren van ESG als noodzakelijke voorwaarde voor het zijn van een betrouwbare samenwerkingspartner voor hen al een nieuwe werkelijkheid is.

Dat uitsluitingsgronden iets kunnen zeggen over de betrouwbaarheid en integriteit van een ondernemer ten aanzien van milieugerelateerde aspecten, staat niet ter discussie. Dit wordt bevestigd door de reeds bestaande uitsluitingsgrond in art. 2.87 lid 1 sub a Aw 2012. Het belang van milieuaspecten is voorts binnen de Europese context al meerdere malen onderstreept: de Europese wetgever heeft in de considerans van de richtlijn³⁵ expliciet overwogen dat ondernemers onbetrouwbaar kunnen blijken wegens schending van milieuverplichtingen en het Hof van Justitie EU heeft het beginsel in art. 18 lid 2 van de richtlijn betreffende naleving van onder meer milieuwetgeving³⁶ op hetzelfde niveau geplaatst als de kernbeginselen van het aanbestedingsrecht.³⁷ Mits een nader geconcretiseerde 'klimaat-uitsluitingsgrond' wordt gekoppeld aan een voldoende eenduidige en afdwingbare norm, kan dus ook gesteld worden dat een (bewuste) overtreding van klimaatregulering een ondernemer onbetrouwbaar maakt. De zorgwekkende wereldwijde klimaatontwikkeling van de afgelopen jaren bevestigt voorts de noodzaak om in internationaal verband harde afspraken te maken - en dan ook effectieve instrumenten in te zetten om ervoor te zorgen dat overheden en ondernemers die afspraken nakomen. Dat is niet alleen in het belang van het klimaat, maar ook in hun eigen belang. Als de aanbestedingsregels daarbij een strategische rol kunnen vervullen, is daar in mijn optiek niets op tegen. ●

³⁴ Zie ook de bijdragen van G.J. Huith en D. Versteeg in dit themanummer (TBR 201/14 en TBR 2021/15).

³⁵ Overweging 101 van de considerans bij richtlijn 2014/24/EU.

³⁶ Zoals geïmplementeerd in art. 2.81 lid 2 Aw 2012.

³⁷ HvJ EU 30 januari 2020, C-395/18 (Tim).

TBR 2021/18

Onderzoek naar de abnormaal lage inschrijving als duurzaamheidsverplichting

Een verkenning van een inconsistente implementatie van artikel 69 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU in art. 2.116 lid 1 Aanbestedingswet 2012 en de toepassing hiervan in de Nederlandse rechtspraak

– Mr. J.S.O. den Houting¹

1. Aanleiding en introductie

Een abnormaal lage inschrijving bij een aanbesteding kan wijzen op een niet-duurzame inschrijving vanwege toepassing van niet-duurzame productieprocessen aan de kant van de inschrijver. De regulering van dergelijke inschrijvingen binnen het aanbestedingsrecht is daarom van belang in de strijd tegen klimaatverandering, zoals mede ingezet door de Europese Commissie met de 'Europese Green Deal'² welke mededeling centraal staat in deze bijdrage.

Art. 2.116 lid 1 Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) biedt momenteel aan een aanbestedende dienst de mogelijkheid om bij een 'abnormaal lage inschrijving' een toelichting te vragen aan de bewuste inschrijver. Lid 4 van dit artikel bepaalt vervolgens dat hij een inschrijving *kan* afwijzen indien de prijs door deze inschrijver niet genoegzaam kan worden gestaafd. Volgens lid 5 van dit artikel moet hij daartoe overgaan als de inschrijving niet voldoet aan dwingende voorschriften op het ge-

bied van milieu-, sociaal- of arbeidsrecht. Die laatste verplichting is geïntroduceerd in Richtlijn nr. 2014/24/EU, waarmee de Europese wetgever onder meer het bovengenoemde belang voor een duurzame samenleving nader heeft onderstreept. In deze Richtlijn is de onderzoeksplicht naar een abnormale inschrijving ook aangescherpt: waar in art. 55 lid 1 Richtlijn nr. 2004/18/EG nog 'verzoekt' stond (en deze verplichting enkel gold in het geval een aanbestedende dienst voornemens was een inschrijving af te wijzen), is dit in art. 69 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU vervangen door 'verplicht' (en is de hiervoor tussen haakjes genoemde voorwaarde geschrapt). Deze wijzigingen zijn in lijn met de in dit themanummer gesignaleerde trend van mogelijkheden naar verplichtingen.³

Engoed wordt in de nationale rechtspraak - ook na de implementatie van de hiervoor genoemde Richtlijn in de nationale wet per 1 juli 2016 - nog steeds aangenomen dat een aanbestedende dienst op grond van art. 2.116 lid 1 Aw 2012 een bevoegdheid heeft om al dan niet te onderzoeken of sprake is van een abnormaal lage inschrijving. In het verlengde daarvan wordt door rechters geoor-

¹ Mr. J.S.O. den Houting is advocaat bij Rozemond te Amsterdam.

² 'De Europese Green Deal' Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Brussel, 11 december 2019 COM (2019) 640.

³ Zie ook: W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigma verandering', TA 2020 /1.

deeld dat concurrerende inschrijvers geen beroep kunnen doen op die bepaling (met dien verstande dat de nationale rechter zich, voor zover ik kan nagaan, nog niet heeft hoeven buigen over art. 2.116 lid 5 Aw 2012).

De vraag dringt zich dan ook op in hoeverre de Nederlandse wetgever art. 69 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU deugdelijk heeft geïmplementeerd en de nationale rechter de onderzoeksplicht juist toepast en/of andere inschrijvers niet toch rechtstreeks een beroep zouden moeten kunnen doen op de bepaling. Ik richt mij in deze bijdrage voornamelijk op deze ‘gewone’ abnormaal lage inschrijvingen, en bespreek art. 2.116 lid 5 Aw 2012 slechts terloops en ter vergelijking (aangezien HvJ EU noch nationale rechter zich hierover al hebben gebogen).

Ik concludeer in mijn bijdrage dat art. 2.116 leden 1 en 4 Aw 2012 nog te weinig worden toegepast in het kader van duurzaamheid, terwijl toepassing hiervan een belangrijke rol kan spelen bij maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een abnormaal lage inschrijving kan namelijk mogelijk wel voldoen aan vigerende milieuvoorschriften en daardoor niet onder lid 5 vallen, maar evengoed nog steeds niet-duurzaam zijn. Ook kan het voorkomen dat een aanbestedende dienst toepassing van lid 5 uit oogpunt van bewijslast als lastig ervaart en daarom (terecht of niet) de juridische toetsing vanuit praktische overwegingen toch via lid 1 en 4 laat verlopen. Een dergelijke vrijblijvende toets hoeft dan niet tot een afwijzing te leiden, waarmee niet duurzame inschrijvingen toch als beste uit de bus kunnen komen. Dit onderschrijft daarom het belang van een bredere blik op de regulering van abnormaal lage inschrijvingen.

2. De reikwijdte van de onderzoeksplicht naar abnormaal lage inschrijvingen in Richtlijn nr. 2014/24/EU en Europese jurisprudentie

De regeling over abnormaal lage inschrijvingen staat beschreven in art. 69 Richtlijn nr. 2014/24/EU. De onderzoeksplicht wordt verwoord in lid 1 en luidt als volgt⁴:

‘De aanbestedende dienst verplicht [onderstreping auteur] ondernemers ertoe de in de inschrijving voorgestelde prijs of kosten nader toe te lichten wanneer de inschrijving in verhouding tot de werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt te zijn.’

Daarmee is deze verplichting aangescherpt, nu art. 55 lid 1 Richtlijn nr. 2004/18/EG bepaalde:

‘Wanneer voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot de te verlenen dienst abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat hij deze inschrijvingen kan afwijzen, [onderstrepingen auteur] schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving.’

Vervolgens staat in de eerste alinea van lid 3 beschreven dat een aanbestedende dienst een inschrijving ongeldig *kan* verklaren als de inschrijver zijn lage inschrijving niet voldoende kan staven:

‘[...] Hij kan de inschrijving alleen afwijzen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal, rekening houdend met de in lid 2 bedoelde elementen.’

Bij een schending van verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal- of arbeidsrechtelijke aard, zoals opgesomd in art. 18 lid 2 Richtlijn nr. 2014/24/EU, *moet* de aanbestedende dienst overgaan tot afwijzing van de inschrijving. De tweede alinea van lid 3 luidt als volgt:

‘De aanbestedende diensten wijzen de inschrijving af wanneer zij hebben vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat zij niet voldoet aan de in artikel 18, lid 2, genoemde toepasselijke verplichtingen [te weten verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, toevoeging auteur].’

Die verplichte afwijzingsgrond is geïntroduceerd in Richtlijn nr. 2014/24/EU. In art. 55 lid 2 onder d van (de oude) Richtlijn nr. 2004/18/EG werd enkel schending van het arbeidsrecht als aspect vermeld dat toegelicht kon worden (en mogelijk tot afwijzing kon leiden).

Beide gronden genoemd in art. 69 lid 3 Richtlijn nr. 2014/24/EU worden onder overweging 103 considerans als volgt gemotiveerd:

‘Inschrijvingen die abnormaal laag worden bevonden in verhouding tot de werken, leveringen of diensten, kunnen gebaseerd zijn op technisch, economisch of juridisch ondeugdelijke veronderstellingen of praktijken. Indien de inschrijver niet voldoende uitleg kan verschaffen, moet de aanbestedende dienst het recht hebben de inschrijving af te wijzen. De aanbestedende dienst is verplicht de inschrijving af te wijzen indien hij heeft vastgesteld dat de abnormaal lage prijzen of kosten het gevolg zijn van niet-nakoming van dwingende sociaal-, arbeids- of milieurechtelijke voorschriften van het Unierecht, van met het Unierecht verenigbare voorschriften van nationaal recht, of van internationale arbeidsrechtelijke voorschriften.’

⁴ De Engelse tekst luidt als volgt: ‘Contracting authorities shall [onderstreping auteur] require economic operators to explain the price or costs proposed in the tender where tenders appear to be abnormally low in relation to the works, supplies or services.’

Janssen noemt die verplichte afwijzingsgrond in zijn hiervoor al aangehaalde artikel⁵ 'de meest concrete en enige vorm van maatschappelijk verantwoord aanbesteden'.

De in art. 69 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU genoemde verplichting lijkt een codificatie van de interpretatie van het Hof van Justitie EU van het (oude) art. 55 lid 1 Richtlijn nr. 2004/18/EG in het SAG-arrest uit 2012.⁶ Hierin brengt het Hof een aantal verduidelijkingen aan over de abnormaal lage inschrijving naar aanleiding van een niet-openbare aanbesteding voor diensten op het gebied van inning van tolgeden op (snel)wegen. In deze zaak had in het kader van die aanbesteding de aanbestedende dienst NDS onder meer de inschrijving van SAG ELV Slovenko a.s. ongeldig verklaard. Deze onderneming had volgens NDS een abnormaal lage prijs ingediend en kon die kennelijk onvoldoende staven. SAG heeft die beslissing vervolgens in rechte aangevochten. In dat verband heeft het Slowaakse Hooggerechtshof onder meer een prejudiciële vraag aan het Hof gesteld over de reikwijdte van de verplichting voor een aanbestedende dienst om bij een abnormaal lage lijkende inschrijving een toelichting te vragen.

Relevant voor dit deze bijdrage is - met name - de Overweging van het Hof in par. 38:

'Uit deze bepalingen [te weten art. 55 Richtlijn nr. 2004/18/EG, toevoeging auteur], die in dwingende bewoordingen zijn geformuleerd, volgt duidelijk dat de Uniewetgever de aanbestedende dienst heeft willen verplichten om de samenstelling van abnormaal lage inschrijvingen te onderzoeken door hem in dat opzicht te verplichten de gegadigden te verzoeken de nodige motiveringen te verstrekken teneinde te bewijzen dat deze inschrijvingen serieus zijn (zie in die zin arrest van 27 november 2001, Lombardini en Mantovani, C-285/99 en C-286/99, Jurispr. blz. I-9233, punten 46-49).'

Uit deze overweging leid ik af dat het Hof van oordeel is dat een aanbestedende dienst altijd verplicht is nader onderzoek te doen naar abnormaal lage inschrijvingen en niet alleen op het moment dat hij voornemens is die af te wijzen. Ik meen dus dat hier een actieve rol voor de aanbestedende dienst is weggelegd. De Groot komt in zijn artikel naar aanleiding van het SAG-arrest over het regelmatigheidsonderzoek van offertes tot eenzelfde conclusie.⁷ Ook Arrowsmith deelt die conclusie

met dien verstande dat zij er wel - terecht - op wijst dat het arrest niet voorzien was van een conclusie van een advocaat-generaal.⁸ Tegelijkertijd heeft het Hof geen recentere arresten gewezen over dit onderwerp en neem ik voornoemd oordeel daarom als uitgangspunt in dit artikel.

Uit de bewoordingen van art. 69 lid 3 en punt 103 considerans Richtlijn nr. 2014/24/EU leid ik af dat een aanbestedende dienst een inschrijving ongeldig kan verklaren, indien de inschrijver er niet in slaagt deze genoegzaam te staven (tenzij deze strijdig is met milieu-, sociaal-, of arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving in welk geval hij die ongeldig moet verklaren). Hoewel ook verdedigd zou kunnen worden dat met de nieuwe regeling niet alleen beoogd is aanbestedende diensten altijd te verplichten onderzoek te doen naar abnormaal lage inschrijvingen, maar hen ook altijd te verplichten die af te wijzen (als de inschrijver deze onvoldoende kan staven), lijkt die uitleg gelet op de bewoordingen van artikel en considerans minder voor de hand te liggen. Arrowsmith acht de eerstgenoemde uitleg ook het meest aannemelijk.⁹

De volgende vraag is dan in hoeverre concurrerende inschrijvers een beroep zouden kunnen doen op art. 69 lid 1 en 3 Richtlijn nr. 2014/24/EU. Relevante Europese jurisprudentie hierover heb ik helaas niet kunnen vinden. Uit het SAG-arrest - dat nog ging nog over art. 55 lid 1 Richtlijn nr. 2004/18/EG - kan wel worden afgeleid dat de regeling over de abnormale inschrijving mede strekt ter bescherming van hun belangen.¹⁰ Het Hof overweegt namelijk in ro. 39:

'Het bestaan van een daadwerkelijk contradictoair debat tussen de aanbestedende dienst en de gegadigde, op een nuttig tijdstip in de procedure van het onderzoek van de inschrijvingen, opdat laatstgenoemde kan bewijzen dat zijn inschrijving serieus is, vormt bijgevolg een vereiste van richtlijn 2004/18, om willekeurig optreden van de aanbestedende dienst te voorkomen en een gezonde mededinging tussen de ondernemingen te garanderen [onderstreping auteur] (zie in die zin arrest Lombardini en Mantovani, reeds aangehaald, punt 57).'

⁵ W.A. Janssen, a.w.

⁶ HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (SAG ELV Slovenko a.s. et al).

⁷ M. de Groot, 'Het arrest-Slovensko: een Europese omkadering van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes', TA 2013/1, p. 10. 'Mijn inziens - een mening die niet door iedereen wordt gedeeld - rust in de regel op de aanbestedende dienst een plicht om de inschrijving te bevragen wanneer het abnormaal karakter van de offerteprijs wordt vermoed'. Opmerkelijk is wel dat de auteur meent dat de bewuste verplichting niet uit het SAG-arrest kan worden afgeleid.

⁸ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Vol. 1 3rd edition. Sweet & Maxwell 2014, p. 804: 'Slovensko interpreted the above provision to require examination of low tenders in every case. However, that decision was given without an Advocate General's Opinion and the reasoning is brief and fallacious.'

⁹ S. Arrowsmith, a.w., p. 814: 'A second - and better - interpretation however, is that there is a general duty to investigate but no general duty to reject tenders based on risk of non-performance - such a duty exists only in the specific caste stated in Art. 69, namely non-compliance with certain legislation.'

¹⁰ Zie hierover ook de bijdrage van Van Heeswijck over art. 1.4 lid 2 Aw 2012 aan dit themanummer: TBR 2021/20.

In een Britse annotatie bij dit arrest wordt die conclusie ook getrokken.¹¹

Tegelijkertijd gaan zowel art. 69 lid 3 als punt 103 considerans uit van een *recht* van de aanbestedende dienst om bij een onvoldoende uitleg de inschrijving ongeldig te verklaren en niet van een *verplichting*. Welk recht wordt afgezet tegen de in datzelfde artikel opgenomen dwingende afwijzingsgrond ingeval er sprake is van strijdigheid met milieu-, sociale of arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving. Ik meen dan ook dat dat recht – geleet op de bewoordingen van voornoemde bepaling en toelichting in de considerans – strekt ter bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst (en niet die van concurrerende inschrijvers). Een andere uitleg zou namelijk haaks staan op het onderscheid dat gemaakt wordt in lid 3 tussen het recht tot afwijzing bij ‘gewone’ abnormaal lage inschrijvingen en de verplichting daartoe bij abnormaal lage inschrijvingen in strijd met dwingende voorschriften van milieu-, sociale of arbeidsrechtelijke aard.

Hierbij wijs ik er wel op dat als aangenomen moet worden dat een aanbestedende dienst te allen tijde verplicht is actief te onderzoeken of er sprake is van een abnormaal lage inschrijving, het opmerkelijk is dat deze vaststelling zonder gevolgen kan blijven. Daarmee lijkt deze verplichting - behoudens in het geval van evidente schending van dwingende milieu-, sociale of arbeidsrechtelijke voorschriften - een zinledige bepaling te zijn. Een aanbestedende dienst hoeft immers in die andere situaties inschrijvingen niet af te wijzen, ook al zijn die mogelijk abnormaal laag vanwege niet-duurzame productieprocessen aan de kant van de inschrijver. Dit is in het kader van verantwoord maatschappelijk aanbesteden niet wenselijk.

Wel realiseer ik mij dat het in de praktijk lastig kan zijn voor aanbestedende diensten om inschrijvingen als abnormaal laag te identificeren, nu immers niet gedefinieerd is in Richtlijn nr. 2014/24/EU wat hieronder moet worden verstaan en de na-

tionale wetgever daar evenmin uitsluitsel over heeft gegeven.¹²

3. De reikwijdte van de onderzoeksplicht naar abnormaal lage inschrijvingen in de Aanbestedingswet 2012 en nationale rechtspraak

Met de invoering van de Aanbestedingswet in 2012 heeft de nationale wetgever art. 55 van de oude Richtlijn nr. 2004/18/EG geïmplementeerd in art. 2.116 lid 1. De oude tekst luidde als volgt:

‘Indien een inschrijving voor een overheidsopdracht wordt gedaan die in verhouding tot de te verrichten werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat hij deze inschrijving afwijst, schriftelijk om de door hem noodzakelijk geachte verduidelijkingen over de samenstellingen van de desbetreffende inschrijving.’

Ter toelichting merkte de wetgever op¹³:

‘Dit artikel is een omzetting van artikel 55 van Richtlijn 2004/18/EG waarin is opgenomen dat de aanbestedende dienst die in een aanbestedingsprocedure inschrijvingen ontvangt, welke abnormaal laag lijken, eerst de inschrijvers die een dergelijke inschrijving hebben gedaan, verzoekt om precisering van de inschrijving, voordat hij een dergelijke inschrijving af zal wijzen.’

Vervolgens is met de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 per 1 juli 2016 (ter implementatie van Richtlijn nr. 2014/24/EU) dit artikel als volgt gaan luiden:

‘Indien een inschrijving voor een overheidsopdracht wordt gedaan die in verhouding tot de te verrichten werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat hij deze inschrijving afwijst, schriftelijk om de door hem noodzakelijk geachte verduidelijkingen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving.’

Daarnaast is aan art. 2.116 in lid 5 de volgende verplichting toegevoegd:

‘Een aanbestedende dienst wijst een inschrijving af indien hij heeft vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat zij niet meer voldoet aan de verplichtingen op het gebied van milieu- sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het recht van de Euro-

11 D. McGowan, ‘An obligation to investigate abnormally low bids? SAG Slovensko a.s. (C-599/10)’, *Public Procurement Law review* 2012, (165), 167. ‘Nevertheless, the uncertainty on this point had seen national courts (at least in the United Kingdom) adopt differing views as to whether the obligation to investigate is concerned only with the rights of the tenderer whose bid is at risk of exclusion and arises only when exclusion is contemplated or whether it is a wider duty also owed to other bidders. The judgment in the present case seems to put such doubts to rest and favours the wider interpretation. Given the court’s contextualising of its treatment of abnormally low bids as being viewed in the light of the principles of equal treatment and transparency, it is submitted that in the light of this judgment it is likely that the duty to investigate abnormally low bids is a duty owed to other tenderers as well as being intended to protect the rights of the party whose tender is under investigation.’

12 Zie: HvJ 27 november 2001, C-285/99 en C-286/99 (*Impresa Lombardini*), ro. 67. ‘Wat de tweede regel als bedoeld in punt 60 van dit arrest betreft, staat vast dat de richtlijn het begrip abnormaal lage inschrijving niet omschrijft, en a fortiori de berekeningswijze van een drempel voor abnormaal lage inschrijvingen niet bepaalt. Dit is dan ook de taak van de lidstaten’ en G. t Hart, in T&C Aanbestedingsrecht, art. 2.116 Aw 2012, aant. 1: ‘Het artikel laat aan de rechtspraak toe te bepalen wanneer een lage prijs overgaat in een abnormaal lage prijs.’

13 Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 375.

pese Unie, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X van richtlijn 2014/24/EU vermelde bepalingen van internationaal milieu, sociaal en arbeidsrecht.⁷

De wetgever is vrij kort in zijn toelichting bij deze wijziging(en)¹⁴:

‘In dit artikel wordt artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Evenals in het huidige artikel 2.116, wordt in de voorgestelde wijziging van het eerste lid bepaald dat een aanbestedende dienst een inschrijver om toelichting op zijn inschrijving dient te vragen indien het niveau van de voorgestelde prijs of kosten van de inschrijving hem abnormaal laag voorkomt. Het voorgestelde onderdeel d van het tweede lid bepaalt dat de aanbestedende dienst de inschrijver om verduidelijking vraagt indien de inschrijving abnormaal laag lijkt en de aanbestedende dienst vermoedt dat de inschrijver verplichtingen op het gebied van het milieu, sociaal- of arbeidsrecht niet heeft vervuld. Indien de aanbestedende dienst vervolgens vaststelt dat de inschrijving abnormaal laag is omdat deze niet voldoet aan voormelde verplichtingen, dient hij de inschrijving om die reden af te wijzen, aldus het voorgestelde vijfde lid van artikel 2.116. [...]’

Opvallend is dat de wetgever in art. 2.116 lid 1 gekozen heeft voor een, naar het lijkt, vrijblijvende formulering dan in art. 69 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU. Hij volstaat immers met de formulering dat een aanbestedende dienst *verzoekt* om een toelichting als de inschrijving abnormaal laag *lijkt*. Daarmee wijkt de wetgever af van de bewoordingen in art. 69 lid 1 (nieuw) waarin ‘*verplicht*’ is vervangen door ‘*verzoekt*’. De leden 4 en 5 van art. 2.116 zijn daarentegen vrijwel gelijklopend aan art. 69 lid 3 Richtlijn nr. 2014/24/EU (resp. 1^e en 2^e alinea). Ik stel verder vast dat de uitleg door de nationale rechter van art. 2.116 lid 1 ongewijzigd is gebleven na de wijziging van de wet op 1 juli 2016 (de aanscherping in art. 69 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU ten spijt).

Zo oordeelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag in zijn vonnis van 5 oktober 2017 dat een aanbestedende dienst, ondanks de gewijzigde formulering van art. 2.116 lid 1 Aw 2012, nog steeds niet verplicht is altijd onderzoek te doen naar een abnormaal lage inschrijving. Hij oordeelt in ro. 5.4¹⁵:

‘Het standpunt [eiseres] komt er feitelijk op neer dat, als iemand uiteenzet - in de meeste gevallen, waar- onder ook in dit geval: een teleurgestelde inschrijver - dat en waarom de prijs van de winnende inschrijver haar abnormaal laag voorkomt, Rijkswaterstaat verplicht is om deze te verifiëren. Dat is niet het geval.

Het is aan de aanbestedende dienst om zich hier een oordeel over te vormen, zoals Rijkswaterstaat en [X] terecht hebben gesteld. De huidige formulering van artikel 2.116 Aanbestedingswet en artikel 69 van Richtlijn 2014/24, waar [eiseres] aan refereert, maakt dit niet anders. [onderstreping auteur] Niet valt in te zien waarom de bewoordingen indien of wanneer een inschrijving ‘abnormaal laag lijkt (te zijn)’ en het vervallen in het eerste lid van eerstgenoemd artikel van de zinsnede “voordat hij deze inschrijving afwijst” dit anders zouden maken. [...]’

Gelijk de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam in een vonnis eerder dat jaar evenmin de hiervoor toegelichte overweging in het SAG-arrest volgt en oordeelt in ro. 4.6¹⁶:

‘[...] Volgens Maas volgt uit artikel 2.116 Aw en het SAG arrest (van 29 maart 2012, C-599/10) dat de aanbestedende dienst gehouden is een abnormaal lage inschrijving te onderzoeken. Dit standpunt wordt niet gevolgd. Uit artikel 2.116 Aw volgt dat de aanbestedende dienst een discretionaire bevoegdheid heeft om te beoordelen of sprake is van een abnormaal lage inschrijving. In de lagere nationale rechtspraak is voorts geoordeeld dat artikel 2.116 Aw is geschreven ter bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst en dat aan haar de keuze is om van de mogelijkheid die dit artikel biedt gebruik te maken. Niet is gebleken dat - zoals Maas stelt - dit een onjuist uitgangspunt is en dat de nationale rechtspraak na het SAG-arrest op dit onderdeel een onjuiste ontwikkeling heeft doorgemaakt. Dat de Europese regelgeving en/of -rechtspraak dwingt tot een ander oordeel is voorshands niet aannemelijk.’

Deze lijn wordt consistent aangehouden door de nationale rechter en is tot op heden niet gewijzigd.¹⁷

In het verlengde hiervan oordeelt de nationale rechter dat concurrerende inschrijvers geen beroep kunnen doen op art. 2.116 lid 1 Aw 2012. Zo oordeelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag in zijn vonnis van 4 juni 2019 in ro. 5.5¹⁸:

‘Artikel 2.116 Aw biedt de aanbestedende dienst de mogelijkheid inschrijvingen met een abnormaal lage prijs af te wijzen. Dit betreft een discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst; zij zijn niet steeds verplicht inschrijvingen met een abnormaal lage prijs terzijde te leggen. Dit brengt met zich dat andere inschrijvers niet met succes van een aanbestedende dienst kunnen verlangen dat een abnormaal lage inschrijving wordt afgewezen.’

¹⁶ Vzgnr. Rb. Amsterdam 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1504.

¹⁷ Vzgnr. Rb. Midden-Nederland 31 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3633, ro. 3.26 en vzgnr. Rb. Rotterdam 12 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10240 (m.nt. P.H.L. Kuypers in JAAN 2020/37), ro. 4.7 en 4.8.

¹⁸ Vzgnr. Rb. Den Haag 4 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5826 en in diezelfde lijn zie ook vzgnr. Rb. Rotterdam 6 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2607, ro. 4.13 en 4.14.

¹⁴ Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3, p. 83.

¹⁵ Vzgnr. Rb. Den Haag 5 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11525.

Ik stel dan ook vast dat de nationale rechter art. 2.116 lid 1 Aw 2012 niet uitlegt conform het SAG-arrest en evenmin in lijn met de gewijzigde tekst van art. 69 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU. Daarmee gaat de nationale rechter er (dus) ten onrechte aan voorbij dat een aanbestedende dienst altijd verplicht is nader onderzoek te doen naar abnormaal lage inschrijvingen en niet alleen op het moment dat hij voornemens is een inschrijving af te wijzen. Ik maak daarbij wel het voorbehoud dat ik geen rechtspraak heb aangetroffen over de dwingende afwijzingsgrond in art. 2.116 lid 5 Aw 2012 en dus niet kan beoordelen of de nationale rechter in die situatie een dergelijke verplichting wel zou aannemen.

Tegelijkertijd acht ik de interpretatie van art. 2.116 lid 1 Aw 2012 in de nationale rechtspraak wel begrijpelijk, nu deze verplichting niet zo duidelijk kan worden afgeleid uit de bewoordingen ervan. Ik meen dan ook dat de nationale wetgever art. 69 lid 1 Richtlijn nr. 2014/24/EU niet juist heeft geïmplementeerd, dan wel in ieder geval weinig gelukkig.

Hieruit volgt naar mijn mening alleen nog *niet* dat concurrerende inschrijvers altijd rechtstreeks een beroep kunnen doen op art. 2.116 lid 1 Aw 2012. Immers, zoals ik hiervoor uiteen heb gezet, leid ik de bewoordingen van art. 69 lid 1 en lid 3 Richtlijn nr. 2014/24/EU en de toelichting in 103 considerans af dat die bepaling enkel strekt ter bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst. Concurrerende inschrijvers lijken hier alleen een beroep op te kunnen doen in het geval er sprake is van een dwingende afwijzingsgrond als bedoeld in art. 2.116 lid 5 Aw 2012. Immers, alleen in die situatie is een aanbestedende dienst gehouden tot uitsluiting over te gaan en strekt de bepaling mede ter bescherming van derden. Jurisprudentie hierover is naar mijn weten nog niet geweest, maar deze redenering trof ik wel aan in de literatuur.¹⁹

Zoals ik al toelichtte bij de bespreking van het Europees kader, acht ik het wel afbreuk doen aan de onderzoeksplicht naar abnormaal lage inschrijvingen dat de aanbestedende dienst buiten de gevallen als beschreven in art. 2.116 lid 5 Aw 2012 dergelijke inschrijvingen niet verplicht hoeft af te wijzen. Het gevolg is immers ook dat concurrerende inschrijvers in die andere gevallen geen beroep kunnen doen op die verplichting en aanbestedende diensten niet kunnen attenderen op niet duurzame inschrijvingen. Dit klemte te meer nu juist concurrerende inschrijvers dat in de regel beter door hebben dan aanbestedende diensten.

4. Conclusie

Ik stel allereerst vast dat met de introductie van de verplichte afwijzingsgrond van abnormaal lage inschrijvingen wegens schendingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht in art. 69 lid 3 Richtlijn nr. 2014/24/EU (2^e alinea) en art. 2.116 lid 5 Aw 2012 een belangrijke stap is gezet op het gebied van maatschappelijk verantwoord aanbesteden.²⁰ In een dergelijke situatie is een aanbestedende dienst immers gehouden de inschrijving af te wijzen en lijken concurrerende inschrijvers hem daar ook aan te kunnen houden.

Vervolgens concludeer ik op basis van het SAG-arrest en het gewijzigde art. 69 lid 1 in Richtlijn nr. 2014/24/EU dat aanbestedende diensten *altijd* verplicht zijn abnormaal lage inschrijvingen te onderzoeken (en dus niet alleen bij een mogelijke schending van de hiervoor genoemde verplichtingen of enkel wanneer zij voornemens zijn een dergelijke inschrijving af te wijzen). Deze verplichting is naar mijn mening niet zo duidelijk geïmplementeerd in art. 2.116 lid 1 Aw 2012 en wordt bovendien niet aangenomen door de nationale rechter.

Het is echter de vraag of deze aangescherpte onderzoeksplicht concurrerende inschrijvers altijd kan baten, nu aanbestedende diensten ook onder Richtlijn nr. 2014/24/EU enkel de bevoegdheid hebben abnormaal lage inschrijvingen af te wijzen en niet de verplichting (behalve natuurlijk bij schending van de hiervoor genoemde verplichtingen). Het onderscheid in deze Richtlijn tussen 'gewone' abnormaal lage inschrijvingen en abnormaal lage inschrijvingen als gevolg van dwingende milieu- sociaal-, of arbeidsrechtelijke voorschriften, is weinig gelukkig. Het was consistent geweest als de verplichting in art. 69 lid 1 zou zijn doorgetrokken naar alle abnormaal lage inschrijvingen. Immers, hierdoor glippen mogelijk abnormaal lage inschrijvingen er tussendoor die niet aantoonbaar strijdig zijn met dergelijke dwingende voorschriften, maar hier mogelijk wel in de buurt komen. Dit onderscheid draagt dan ook naar mijn mening niet bij aan meer maatschappelijk verantwoorde aanbestedingen. ●

²⁰ Zie: Arrowsmith, a.w., p. 815: 'As we have seen at para. 7-29, Art. 18(2) requires Member States to take appropriate measures to ensure that in performing public contracts economic operators comply with applicable obligations in the fields of environmental, social and labour law established by Union law, national law, collective agreements or by the international environmental, social and labour law provisions listed in Annex X. This provision on abnormally low tenders supports this by requiring tenders to be rejected when non-compliance causes them to be abnormally low.'. Zie ook HvJ EU 27 november 2001, C-285/99 en C-286/99 (*Impresa Lombardini*), ro. 67. 'Wat de tweede regel als bedoeld in punt 60 van dit arrest betreft, staat vast dat de richtlijn het begrip abnormaal lage inschrijving niet omschrijft, en a fortiori de berekeningswijze van een drempel voor abnormaal lage inschrijvingen niet bepaalt. Dit is dan ook de taak van de lidstaten.'

¹⁹ G. t Hart, in T&C Aanbestedingsrecht, art. 2.116 Aw 2012, aant. 7: 'Nu sprake is van een dwingende afwijzingsgrond, kan deze grond ook door concurrerende inschrijvers worden ingeroepen en zo nodig worden afdgewongen.'

Levenscycluskosten: een eerste stap naar dwingend duurzaam aanbesteden?

– Mr. J. Gruyters en mr. L. Michaux¹

1. Inleiding

In haar 'European Green Deal' onderschrijft de Commissie het belang van overheidsopdrachten als instrument ter realisatie van duurzaamheidsdoelstellingen.² De laatste jaren heeft de regelgeving inzake overheidsopdrachten zich dan ook steeds meer open gesteld voor meer niet-economische overwegingen.³ De traditionele doelstellingen van non-discriminatie, transparantie en gelijke concurrentie worden aangevuld door de nood aan sociale inclusie en ecologisch initiatief. Deze ontwikkelingen verschuiven het model van de klassieke aanbestedende overheid naar een marktdeelnemer die pro-actief de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de inschrijver stimuleert.⁴

Deze bijdrage tracht een duidelijk beeld te geven van de juridische vormgeving van het gebruik van levenscycluskosten (hierna: LCK) in het aanbestedingsrecht. Daarvoor wordt de bestaande Europese regelgeving geanalyseerd, met aandacht voor de flexibiliteit die aan lidstaten wordt gelaten om eigen methodologieën te ontwikkelen en toe te passen. Centraal staat de vraag hoe dwingend de huidige regels en leidraden zijn, en welke knelpun-

ten hieruit volgen. De bijdrage bestudeert hiervoor de juridische vormgeving van de levenscyclusanalyse in het aanbestedingsrecht en mogelijk toekomstige perspectieven.

In de eerste plaats is een duiding van het begrip levenscycluskosten (hierna: LCK) noodzakelijk, gevolgd door een analyse van de huidige instrumenten die deze techniek in kaart brengen. Een bijzondere aandacht gaat daarvoor naar Richtlijn 2009/33, tot dusver de enige poging om een dwingende LCK-methodologie in het leven te roepen, meer bepaald voor de aankoop van schone voertuigen. Op basis van de vastgestelde problemen en onduidelijkheden in de huidige *modus operandi*, stellen we enkele wegwijzers voor voor een algemeen dwingende harmonisatie.⁵ In de voorstellen zoeken we naar een evenwicht tussen Europees initiatief en het belang van subsidiariteit. Dit subsidiariteitsbeginsel is immers een noodzakelijke premisse voor het handelen van de EU wetgever.

2. Hoe krijgen levenscycluskosten juridisch vorm?

2.1 Levenscycluskosten als containerbegrip

De levenscyclusanalyse deed zijn intrede in het aanbestedingsrecht na de eerste tekenen van duurzame initiatieven binnen het uitschrijven van aanbestedingen.⁶ Rond de eeuwwende werd de intrede van duurzaam aanbesteden, ook in het Europees *soft law*-landschap, zichtbaarder.⁷

¹ Joris Gruyters en Lennard Michaux zijn doctoraatsonderzoekers aan de KU Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid. Zij maken deel uit van het onderzoeksinstituut 'Consument, Concurrentie, Markt'.

² Mededeling van de Commissie van 11 december 2019 aan het Europees Parlement, de Europese raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'De Europese Green Deal', COM(2019)640(final), p. 9 (zie: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75e-d71a1.0005.02/DOC_1&format=PDF>).

³ Onder 'economische overwegingen' begrijpen we het bevorderen van mededinging, gelijke behandeling ('level playing field') en transparantie.

⁴ O.a. P. Kunzlik gebruikt de bewoording *instrumental procurement* wanneer overheidsopdrachten ook strekken tot bevordering van het sociaal en/of ecologisch beleid van de aanbestedende overheid. Hij ziet dit vraagstuk van sociale overwegingen als het voorbeeld bij uitstek dat het aanbestedingsrecht voor een politieke keuze stelt: de *governance* approach of het *neoliberalism*-paradigma. P. Kunzlik, 'The 2014 Public Procurement Package: One-step forward and two back for Green and Social Procurement?' in Y. Marique en K. Wauters, *EU Directive 2014/24 on Public Procurement – A new turn for competition in public markets?*, Brussel, Larcier, 2016, p. 195-196.

⁵ Deze bijdrage bouwt voor een stuk voort op bestaand onderzoek in dit veld. Een uitgebreide en recente analyse van de huidige stand van zaken m.b.t. kostberekening in het aanbestedingsrecht kan de lezer vinden in M. Andhov, R. Caranta en A. Wiesbroeck, *cost and EU Public Procurement Law – Life-Cycle Costing for Sustainability*, Londen: Routledge Publishers 2020.

⁶ Deze 'eerste stappen' komen voor het eerst terug in de rechtspraak rond het einde van de jaren '80, met het spraakmakende arrest Beentjes: HvJ EU 20 september 1988, nr. C-31/87 (Beentjes).

⁷ Meer nadruk lag daarbij ook op de 'sociale aspecten' in aanbestedingen. Zie o.m. de interpretatieve mededeling van de commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op de overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren, Pb. C. 28 november 2001, afl. 333, p. 32 e.v.

Levenscycluskosten verwijzen naar de kostberekening van een product of dienst gedurende het volledige productie- of toeleveringsproces. Art. 68 van de Richtlijn 2014/24/EU⁸ kadert dit concept voor aanbestedingen: de levenscycluskosten omvatten i) kosten in verband met de verwerving, ii) gebruikskosten, zoals kosten voor verbruik van energie en andere hulpbronnen, iii) onderhoudskosten en iv) kosten volgend uit het einde van de levenscyclus, zoals inzamelings- en recyclingkosten. Bijkomend mag de berekening externe milieu-effecten bevatten. Dezelfde bepaling is opgenomen in art. 83 van de Richtlijn 2014/25 voor wat betreft de nutssectoren.⁹

Levenscycluskosten worden geïnternaliseerd in het klassiek overkoepelende gunningscriterium van de 'economisch meest voordelige inschrijving'.¹⁰ Dit concept duidt in de eerste plaats op de beste 'prijs-kwaliteitsverhouding'. Aangezien LCK's echter rechtstreeks betrekking hebben op de wijze waarop de prijs of kost van de dienst, levering of werken worden berekend, fungeert deze methodologie niet als apart gunningscriterium.¹¹

2.2 Externaliteiten

De LCK kan zowel de interne als de externe kosten in rekening brengen. Onder interne kosten valt iedere gemaakte kost inherent aan het goed, de werken of de levering van de dienst. Dit behelst bijvoorbeeld onderzoek, ontwikkeling, productie, transport maar ook verwijderings- en vervangingskosten.¹²

Moelijker in kaart te brengen zijn de externe kosten, de zogenaamde 'externaliteiten'. Dit zijn bijvoorbeeld de externe milieu-effecten van het product. De waardeerbaarheid van deze kosten in geld is wel een noodzakelijke voorwaarde. Dat deze externaliteiten niet tot de materiële essentie behoren van het product, hoeft geen probleem te zijn.¹³

⁸ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, Pb. L 28 maart 2014, afl. L 94, p. 65-242.

⁹ Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG Voor de EER relevante tekst, Pb. L 28 maart 2014, afl. 94, p. 243-374.

¹⁰ Overweging 89-90, Richtlijn 2014/24/EU.

¹¹ Overweging 96, Richtlijn 2014/24/EU: 'Deze sectorspecifieke maatregelen moeten worden aangevuld door aanpassing van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, zodat aanbestedende diensten de bevoegdheid krijgen in hun aankoopstrategieën de doelstellingen van de Europa 2020-strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei na te streven. Derhalve dient duidelijk te worden gemaakt dat, de aanbestedende diensten de economisch meest voordelige inschrijving en de laagste prijs kunnen bepalen aan de hand van een levenscycluskostenberekening tenzij de prijs het enige beoordelingscriterium is.'

¹² D. Dragos en B. Neamtu, 'Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing in the New EU Directive Proposal', EPPL 2013, afl. 1, p. 20.

¹³ Zie naar analogie ro. 97, Richtlijn 2014/24/EU.

Een heikel punt is de verhouding van externe levenscycluskosten ten aanzien van sociale parameters. De Richtlijn blijft hierover voorlopig vaag en stelt dat 'Voorts moet worden nagegaan of gemeenschappelijke methoden inzake de sociale levenscycluskosten haalbaar zijn, rekening houdend met de bestaande methoden als de Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Products die zijn vastgesteld in het kader van het milieuprogramma van de Verenigde Naties'.¹⁴ Tot dusver nam de Commissie geen concrete initiatieven om een gemeenschappelijke 'sociale LCK-methode' te ontwikkelen, wat het gebruik ervan door aanbestedende overheden precair maakt, maar - althans volgens de letter van de Richtlijn - niet verboden.¹⁵

2.3 Juridische grondslag

De LCK van een product of dienst is een fundamenteel begrip wanneer het gaat om de vormgeving van een duurzame overheidsopdracht. Vaak laat de literatuur echter na om de juridische vormgeving van dit concept te doorgronden. In tegenstelling tot de meer klassieke aspecten van een overheidsopdracht, volstaat het voor het begrip van levenscycluskosten niet om louter naar de Richtlijn te kijken.

Art. 68 van de Richtlijn 2014/24/EU fungeert echter wel als beginpunt. De bepaling legt in wezen drie elementen vast: een definitie van LCK, minstens haar kenmerken (lid 1), de voorwaarden waaraan een LCK-methodologie dient te voldoen (lid 2) en een delegatie aan de Commissie om concrete methoden dwingend te maken (lid 3).

Deze delegatie werd door de Commissie slechts eenmaal benut, meer bepaald voor de Richtlijn 2009/33/EG inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen (hierna: Richtlijn schone voertuigen). Deze richtlijn werd, wegens het gering gebruik ervan, gewijzigd door Richtlijn 2019/1161.¹⁶ In wat volgt, gaan we dieper in op deze Richtlijn, omdat zij een zeldzaam inzicht biedt in de structuur van een (quasi)-dwingende LCK-methodologie.

¹⁴ Overweging 96, laatste lid, Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁵ Er zijn enkele voorzichtige initiatieven op nationaal niveau die een soort binair 'punteraster' opstellen. Voor iedere schakel zou dan worden nagegaan of bijv. de toeleverancier aan een aantal sociale quota voldoet (conformiteit met de IAO-conventie, het inzetten van een minimaal aantal werklieden met een beperking, e.d.m.). Voor meer informatie, zie het volgende rapport van de Belgische Federale Overheidsdienst Duurzame Ontwikkeling: K. Wallyn, Handleiding voor de toepassing van de levenscycluskost - LCC bij duurzame overheidsopdrachten, Brussel, FOD Duurzame Ontwikkeling, 2011.

¹⁶ Richtlijn 2019/1161 van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn 2009/33/EG inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen, Pb. L 12 juli 2019, afl. 118, p. 116-130.

2.4 *Baby you can drive my car*: de Richtlijn schone voertuigen

In tegenstelling tot wat de bewoording van art. 68, lid 3, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) jo. Bijlage XIII doet vermoeden, ontwikkelt de Richtlijn schone voertuigen geen verplichte LCK-methodologie. Uit een letterlijke lezing van art. 68, lid 3 van de Richtlijn 2014/24/EU¹⁷ kan men afleiden dat iedere Richtlijn die is opgenomen in de bijlage een *verplichte* methodologie omvat. Dit is dus niet het geval.

Sterker nog, met de *update* in 2019 werd deze methodologie volledig verwijderd¹⁸:

‘Gezien het schaarse gebruik van de in Richtlijn 2009/33/EG voorgeschreven methode om de operationele levenscycluskosten te berekenen en de informatie die aanbestedende diensten en hun aanbestedende instanties hebben verstrekt over het gebruik van eigen methoden, die afgestemd zijn op hun specifieke omstandigheden en behoeften, dient geen methode naar voren te worden geschoven die verplicht moet worden gebruikt, maar moeten de aanbestedende diensten en aanbestedende instanties kunnen kiezen welke methode voor de berekening van de levenscycluskosten zij willen gebruiken (...)’.

Deze overweging, die doet vermoeden dat het subsidiariteitsbeginsel meer ruimte terug geeft aan de lidstaten, staat in schril contrast met de verdere voornemens van de Richtlijn. Zo stelt de Commissie ten laatste op 31 december 2027 een evaluatie op over de aankoop van schone voertuigen, waarin - voor de periode na 2030 - opnieuw wordt gestreefd naar een LCK-methodologie die afgestemd is ‘van bron tot wiel’ op de ‘*uniale CO2-emissienormen voor voertuigen*’.¹⁹

Uit deze overwegingen blijkt dat er nog een toekomst is voor de verplichte LCK-methodologie. Omdat onbekend ook vaak onbemind is, is het van belang de ‘afgeschepte’ methodologie uit de eerste Richtlijn alsnog van naderbij te bekijken.

De voornoemde methodologie werd opgesteld ter bepaling van de operationele levensduurkosten van het voertuig. De berekening hiervan gebeurt aan de hand van twee stappen, te weten a) de algemene berekening (monetisering) van de energie- en milieueffecten van het voertuig,²⁰ gekoppeld aan b) de

‘aankoopprijs’ van het voertuig, verder gekwantificeerd overeenkomstig de parameters uit a).²¹

In de eerste plaats neemt de algemene berekening van energie- en milieueffecten in ogenschouw a) het energieverbruik, b) de uitstoot van CO₂ en c) de uitstoot van stikstofdioxiden, fijne stofdeeltjes en de overige verontreinigende stoffen (‘NMHC’).²²

Aan iedere stof wordt een geldwaarde toegekend, vermenigvuldigd in functie van de uitgestoten hoeveelheid. De eenheid loopt van 0,004 EUR/g (voor NO₂) tot 0,087 EUR/g voor fijne stofdeeltjes. Op deze manier worden de verschillende stoffen gedifferentieerd in functie van hun relatieve schadelijkheid.

Vervolgens wordt de operationele levensduurkosten van iedere parameter uit de eerste stap verder uitgewerkt. De Richtlijn bevat dus specifieke berekeningsmethoden voor zowel energieverbruik, CO₂ als NMHC. Ter illustratie tonen we hoe het ‘energieverbruik’ van de wagen in drie stappen wordt berekend²³:

(i) het brandstofverbruik van de wagen wordt uitgedrukt in een eenheid per kilometer. De omzetting van iedere soort brandstof gebeurt op basis van een tabel in de Richtlijn, die iedere brandstof herleidt tot een gemeenschappelijke eenheid - elk met een relatieve zwaarte in functie van de impact op het milieu. De omzettingfactor dient nadien nog herleid te worden tot energieverbruik per kilometer.²⁴ De Richtlijn neemt acht verschillende soorten brandstof op, gaande van diesel tot waterstof.

(ii) Iedere energie-eenheid wordt nadien uitgedrukt in één monetaire waarde.

(iii) Deze waarden worden vervolgens vermenigvuldigd met het geanticipeerd aantal kilometers dat het voertuig zal afleggen gedurende de levensduur. Opnieuw legt de richtlijn deze waarden vast.²⁵

De methode die de oude Richtlijn schone voertuigen naar voor schuift lijkt behapbaar en helder voor overheden om bij de aankoop van voertuigen te implementeren in de aankoopbeslissing. De reden voor het ondermaats succes van de verplichte LCK-methodologie is ons daarom een raadsel. In een verslag aan de andere instellingen,²⁶ beperkt de Commissie zich tot het volgende²⁷:

²¹ Art. 6, lid 1, Richtlijn schone voertuigen.

²² Art. 5, lid 2, Richtlijn schone voertuigen.

²³ Art. 6, lid 1, sub a), Richtlijn schone voertuigen.

²⁴ Zie de bijhorende tabel in de Richtlijn schone voertuigen.

²⁵ Zie tabel 3 van de Richtlijn schone voertuigen.

²⁶ Meer bepaald het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's.

²⁷ Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's betreffende de tenuitvoerlegging van Richtlijn 2009/33/EG inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen, COM(2013/0214 (final), nr. 52013DC0214 (Zie: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A52013DC0214>>).

¹⁷ Meer bepaald gaat het om volgende passage: ‘Wanneer een gemeenschappelijke methode voor de berekening van de levenscycluskosten verplicht is op grond van een wetgevingshandeling van de Unie, wordt die gemeenschappelijke methode toegepast voor de raming van de levenscycluskosten’.

¹⁸ Overweging 24, Richtlijn 2019/1161.

¹⁹ Overweging 31, Richtlijn 2019/1161.

²⁰ *Ibid*; concreet legt deze eerste stap vast welke factoren in rekening worden genomen en wat hun relatieve geldwaarde is.

‘Hoewel er geen bewijzen zijn dat Richtlijn 2009/33/EG een directe impact heeft op de aanschaf van schone en energie-efficiënte voertuigen in de private sector, zijn er toch een aantal voorbeelden van private ondernemingen die voor energie-efficiëntere voertuigen hebben gekozen.’

Het verdwijnen van deze LCK-methodologie heeft geen grote praktische implicaties (anders was ze er wellicht nog), maar doet wel vragen rijzen over de toekomst van dit soort dwingende instrumenten. Hoe voorkomt men dat een volgende richtlijn opnieuw een dode letter blijkt? Het is te betreuren dat de Commissie hierover, althans voorlopig, geen concrete vooruitzichten stelde. Ook geeft deze Richtlijn duidelijk weer dat een levenscyclusanalyse nooit verstoken blijft van moeilijke (soms zelfs politieke) keuzes. Zo legt deze methode de nadruk op ‘milieukosten’ bij *gebruik*, eerder dan bij productie, recyclage of hergebruik.²⁸

Na het verdwijnen van de levenscyclusanalyse voor schone voertuigen, blijft het gissen naar mogelijke toekomstperspectieven daarvan. Dat brengt ons op het huidige duurzaamheidsbeleid van de Commissie. Dit beleid, en de daarmee vooropgestelde doelen, lijken allesbehalve vrijblijvend. Een meer dwingend kader rond duurzaam aanbesteden lijkt hierdoor onvermijdelijk. De wenselijkheid van verplichte levenscyclusanalyses is echter niet zo vanzelfsprekend. Een noodzakelijk aspect, te vaak over het hoofd gezien in het aanbestedingsrecht, is het belang van subsidiariteit dat aan de basis ligt van ieder wetgevend handelen van de EU. Er zijn diverse manieren om het subsidiariteitsbeginsel mee in aanmerking te nemen bij een verplichtstelling van levenscyclusanalyses.

3. Subsidiariteit: wat moet Europees, en wat kan nationaal?

Vooraleer over te gaan tot het uitwerken van een aantal vertrekpunten voor een mogelijke overkoepelende LCK-richtlijn, loont het de moeite om na te gaan of dit daadwerkelijk opportuun is om op Europees niveau te ontwikkelen. Om de zogenaamde ‘eenheid in verscheidenheid’ te vrijwaren, pleit men de laatste jaren (decennia) voor een algemene toepassing van het subsidiariteitsbeginsel doorheen de verschillende bevoegdheden van de EU. Art. 5 van het Verdrag betreffende de Europese Unie stelt dan ook dat²⁹:

‘de Unie op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt.’

Kort gesteld bepaalt dit beginsel dat een (gedeeltelijke) bevoegdheid moet worden uitgeoefend op het niveau het dichtst bij de burger, op voorwaarde dat dit ook werkelijk haalbaar is.

Dit beginsel - hoewel niet dominant aanwezig in de dagelijkse rechtsanalyses - dient ook een rol te spelen bij wetgevende initiatieven in het aanbestedingsrecht. Zo stelt overweging 136 uit Richtlijn 2014/24/EU dat deze harmonisatie op Europees niveau is aangenomen aangezien³⁰:

‘de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die van toepassing zijn op bepaalde aanbestedingsprocedures, niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt’.

Ook een toekomstige LCK-harmonisatie zou hieraan moeten worden getoetst. Eerbied voor het subsidiariteitsbeginsel zou mogelijks zelfs nog belangrijker zijn, aangezien het niet langer gaat over het algemeen coördineren van de aanbestedingsprocedure, maar over één bepaald aspect hieruit. Hierbij kunnen de lidstaten uiteraard een actievere rol spelen. Het loont dan ook de moeite om kort de elementen op te noemen die subsidiariteit in voldoende mate waarborgen.

Een eerste keuze lijkt mogelijk evident, maar is qua harmonisatie-techniek een eerste stap in de richting van flexibiliteit voor de lidstaten. Dit kan men bereiken door te werken met een richtlijn. Waar een LCK *verordening* zowel het doel als de methode zou opleggen, worden bij een *richtlijn* vaak eerder de gewenste resultaten uitgewerkt. Dit onderscheid wordt in theorie echter scherper gesteld dan in de praktijk: Richtlijn 2014/24/EU is een mooi voorbeeld waarbij ook een richtlijn weinig bewegingsruimte laat aan de lidstaten. Hoewel het kiezen voor dit instrument dus een eerste stap is, blijft veel afhangen van de uiteindelijke invulling.³¹

In de hierboven aangehaalde definitie van subsidiariteit uit art. 5 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), is een aantal criteria met elkaar verweven. Enerzijds moet de bevoegdheid ‘niet voldoende door de lidstaten [...] kunnen worden verwezenlijkt’; daarnaast moet de ‘omvang’ voldoende

²⁸ Een boeiend artikel dat de onvermijdelijke keuzes en moeilijkheden in het kader van *low carbon procurement* blootlegt: F. Correia e.a., ‘Low carbon procurement: An emerging agenda’, *Journal of Purchasing and Supply Management* 2013, vol. 19, nr. 1, p. 58-64.

²⁹ Zie ook Protocol nr. 2 bij het Verdrag betreffende de Europese Unie betreffende de toepassing van subsidiariteit en evenredigheid, *Pb C*, 9 mei 2008, afl. 115, p. 206-209.

³⁰ Overweging 136, Richtlijn 2014/24/EU.

³¹ C. Bovis, *The Law of EU Public Procurement*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 9.

de zijn om Europees ingrijpen te rechtvaardigen. Beide perspectieven staan centraal in onze benadering van een mogelijke verplichtstelling.

Zoals hieronder verder wordt uitgewerkt, stellen wij eerst en vooral voor om ook deze specifiekere harmonisatie te voorzien van drempelwaardes. Dit om te garanderen dat de aanbesteding voldoende belang heeft, om de bijkomende verplichtingen te rechtvaardigen. Aangezien het hier gaat om bijkomende verplichtingen, bovenop de traditionele vereisten, zouden deze dan ook hoger liggen dan bijvoorbeeld de waarden uit Richtlijn 2014/24/EU. Op deze manier grijpt dit EU-rechtelijk instrument enkel in wanneer de omvang (en het belang) van het contract voldoende hoog is.

Het tweede luik van het subsidiariteitsbeginsel focust op de capaciteit van het nationale niveau. Wij pleiten niet voor een minutieus uitgewerkt stappenplan, maar eerder voor het aanreiken van een polyvalente methodologie.³² Op deze manier kan de kennis en slagkracht van het Europese niveau – op dit moment voornamelijk gebruikt voor sectorale handleidingen³³ – worden doorgegeven aan lokale, regionale en nationale besturen. De richtlijn zou dus een catalogus aanbieden, waaruit de aanbestedende overheid naar eigen vermogen kan selecteren, eerder dan een strikte beslissingsboom. Op deze manier zou enkel worden ingegrepen waar bijkomende capaciteit nodig is, zonder disproportionele reductie van de lokale discretionaire bevoegdheid.

Met het aanhouden van bovenstaande stappen wordt een garantie geboden waarmee wij erop vertrouwen dat dat een invoering van een LCK-richtlijn niet voorbijgaat aan het subsidiariteitsbeginsel. Op die basis, en rekening houdend met, enerzijds de absolute nood om ecologische en sociale initiatieven te ondersteunen en zelfs te promoten via overheidsopdrachten, en anderzijds de hierboven aangetoonde nood om hiermee op een coherente wijze om te gaan, werken wij hieronder enkele uitgangspunten uit. Deze vormen de basis voor een nieuw, dwingend *legal design*.

4. Gebreken van de huidige benadering

Gekeken naar de huidige stand van levenscycluskosten, beperkt de Commissie zich voorlopig tot het geven van leidraden. Tot dusver ontwikkelde

ze vijf sector-specifieke *tools* die pogen het gebruik van LCK in aanbestedingen voor deze producten te vergemakkelijken. Het gaat over (i) computers en beeldschermen, (ii) binnenverlichting, (iii) buitenverlichting, (iv) beeldvormingsapparatuur en (v) verkoopautomaten.³⁴ Voor iedere sector werd een *user guide* ontwikkeld, alsmede een toepassing die het mogelijk maakt automatisch gegevens te 'monetiseren'.

Duurzaam aanbesteden dient onzes inziens het sectorale te overstijgen, en mag niet beperkt blijven tot eerder vrijblijvende initiatieven voor specifieke producten of diensten. Hierbij zal de Richtlijn een opdeling moeten maken van de verschillende fases die er in diensten, werken en leveringen bestaat. Zo kunnen productie- en verwijderingsfasen, en hun relatieve impact in de totale uitvoering van de opdracht, sterke onderlinge verschillen vertonen.³⁵

Gezien de belangrijke functie van aanbesteden in de implementatie van de Green Deal, lijkt ons voor de levenscyclusanalyse een steeds dominantere rol weggelegd, meer dan het enkel aanvullend werken met zeer specifieke *tools*. Hoewel deze tools een sturende rol kunnen spelen, en blijven garant staan voor de nodige kennisoverdracht van de Commissie naar het nationaal niveau, is een meer algemene, gecentraliseerde en dwingende aanpak aan te raden. Het facultatief gebruik van Europese leidraden en (enigszins onvolledige) methoden van kostenberekening leidt op dit ogenblik niet voldoende tot een breed gedragen gebruik van LCK-analyses.³⁶ Hierdoor zou men niet enkel een meer coherente aanpak van LCK's doorheen het aanbestedingsrecht verzekeren, ook dwingt een bindende levenscyclusanalyse de Europese wetgever om klare taal te spreken.

Deze bijdrage ambieert niet om dit nieuwe instrument volledig uit te werken - hiervoor is een veelvoud aan politieke, sociale en economische inzichten vereist en dat past niet binnen het bereik en het doel van deze bijdrage. Wel kunnen we, naast

³⁴ Voor een overzicht: <<https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm>>.

³⁵ Zie hierover, in dit nummer, de bijdrage van D. Versteeg en de specificiteiten van levenscycluskosten bij speciale sectorbedrijven, TBR 2021/15.

³⁶ Zoals ook blijkt uit het preadvies van D. Versteeg, 'Levenscycluskosten: De sleutel naar circulair werk?' *Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2018, nr. 46, 181: 'Hoewel de Nederlandse drempel inderdaad niet behulpzaam is bij het vergroten van de populariteit van de levenscycluskosten als gunningscriterium, blijkt het grootste probleem te liggen bij de Europese wetgever die nog onvoldoende voorziet in algemene methoden om levenscycluskosten te berekenen. De methoden die in Nederland beschikbaar zijn, zijn voor het merendeel door grote Aanbesteders opgesteld, dan wel door (internationale) samenwerkingsverbanden van Aanbesteders. Daarnaast zien die methoden in de regel maar op een deel van de levenscycluskosten of een bepaald kostenaspect. Dat maakt ze vooralsnog alleen geschikt als subgunningscriterium'.

³² Een dergelijk gemeenschappelijke methodologie legt de vaste vertrekpunten en aannames van een berekening vast: welke stadia van de cyclus moeten minimaal in rekening worden gebracht? Welke stappen moet een aanbestedende overheid doorlopen bij de kostberekening? Deze 'gemeenschappelijke uitgangspunten' worden hierna verder uitgewerkt.

³³ Zie de diverse handleidingen op de website van de Europese Commissie, waaronder bijvoorbeeld een leidraad voor afvalverwerking: <<https://ec.europa.eu/environment/waste/index.htm>>.

het voornoemde belang van subsidiariteit, reeds een aantal kernideeën vooropstellen.

5. Naar een dwingender rechtskader

5.1 Streng voor groot, mild voor klein

Gezien de ingrijpende kracht van het aanbestedingsrecht, is er traditioneel een zoektocht naar de nodige balans en reikwijdte in dit domein.³⁷ Een van de meest doeltreffende technieken die men hanteert in de algemene richtlijnen is het vooropstellen van verschillende minimumbedragen. Een dergelijk drempelbedrag zou ook uitwerking kunnen vinden in een LCK-richtlijn. Een verplichte levenscycluskost-berekening zou dan pas toepasselijk zijn bij het overschrijden van bedragen die hoger liggen dan in de basisharmonisatie. Dit heeft minstens twee rechtstreekse voordelen.

1. Vooreerst kan men dezelfde redenering maken als bij de standaardbedragen in de algemene Richtlijn: door de drempel hoog te leggen, is de kans groot dat de EU binnen de grenzen van haar bevoegdheid blijft. Voor een opdracht van puur nationaal belang blijft het aan de lokale/nationale autoriteiten om keuzes te maken. De hoop bestaat uiteraard dat de vernieuwde inzichten qua duurzaamheid ook doordruppelen naar zgn. 'zuiver interne situaties' (*infra*). Deze vorm van *goldplating*,³⁸ zij het onbewust, is in het reguliere aanbestedingsrecht reeds schering en inslag.³⁹

2. Daarnaast verkrijgt men op die wijze ook een responsabilisering van grote(re) economische actoren. Een drempelwaarde die uitgaat van de waarde van de opdracht zou, zoals bij de Europese drempels die we reeds kennen, een onderscheid moeten maken tussen leveringen, diensten en werken.⁴⁰ Dat een levenscyclusanalyse hierbij zou verworden tot 'uitzonderingscriterium', lijkt ons niet waarschijnlijk. Wanneer een overheidsopdracht substantieel is (in dit geval dus boven de drempelwaarde uitkomt), kiezen lokale overheden er vaak voor om ook finan-

ciële parameters als selectiecriterium te handhaven. Dit komt *de facto* vaak neer op het verkleinen van de mogelijke kandidaten tot gevestigde marktspelers, soms in de vorm van een concern/combinatie. Waar de economische realiteit ervoor zorgt dat kleinere spelers moeilijker duurzaamheidscriteria kunnen realiseren (bijv. door hoge investeringskosten die niet in lijn zijn met een eenmalige opdracht), kunnen de 'usual suspects' bij grote opdrachten op deze manier gedwongen worden om duurzaamheid een centrale rol te geven in hun tender-strategie. Drempelwaarden zouden zo leiden tot bijkomende duurzaamheidseisen voor grotere spelers. Dat lijkt een wenselijke compensatie voor het feitelijk voordeel dat zij ondervinden ten gevolge van hun financiële draagkracht.

Een drempelbedrag is slechts een eerste manier om de balans tussen Europees beleid en nationale keuzes te verzekeren. Meer fundamenteel zal ook het type instrument, en het hierin uiteengezette kader een belangrijke rol spelen. In tegenstelling tot de hierboven besproken sectorale aanpak, mag het niet de bedoeling zijn om in detail het volledige LCK-proces te beschrijven. Een dwingend(er) kader dient uit te gaan van algemene vuistregels, aangevuld met normen die besnaard zijn volgens iedere sectorale eigenheid. Dit is een aanpak die zich tussen de mogelijkheid tot geharmoniseerde methodologieën uit art. 68 en de sectorale aanpak bevindt: er is een duidelijke verplichting om vanaf het minimumbedrag een LCK-methodologie mee te nemen in de gunningsprocedure, maar deze is niet tot het detail reeds uitgewerkt door de Commissie. Het systematisch integreren van duurzaamheids-oefeningen in het aanbestedingsrecht kan hiermee een gelaagd maar dwingender proces worden. Op die manier volgt de voorgestelde heruitvinding van art. 68 het traditionele patroon van overheidsopdrachten als verplicht corpus

Het ontwikkelen van een methodologie die a) voldoet aan de voorwaarden van art. 67 en 68 Richtlijn 2014/24/EU, en b) op een transparante en verstaanbare wijze wordt gecommuniceerd aan de inschrijver, is allerminst vanzelfsprekend voor een lokale aanbestedende overheid. Deze tools tonen aan dat er nood is aan een pioniersrol van de Commissie in de integratie van levenscycluskosten.

5.2 Uitdagingen voor een algemene Richtlijn

De toekomst van LCK's bevindt zich in het spanningsveld tussen flexibiliteit en duidelijke maar dwingende basisbeginselen. De volgende elementen kunnen dienst doen in een algemene Richtlijn Levenscycluskosten:

- Een vaste omschrijving van de 'cyclus', op basis van de verschillende stadia waarop de kost wordt gebaseerd. De bewoording van de Richtlijn 2014/24/EU is hier momenteel facultatief

³⁷ Deze wisselwerking tussen nationaal en Europees niveau wordt goed weergegeven door L. Mélon, « Sustainable Public Procurement Best Practices at Sub-National Level: Drivers of Strategic Public Procurement Practices in Catalonia and Barcelona », *EPPL* 2020, afl. 2, p. 138-161.

³⁸ *Goldplating* houdt in dat lidstaten Europese regelgeving implementeren op een manier die verder gaat dan wat door de EU wetgever wordt opgelegd. Deze praktijk komt vaak voor in het kader van richtlijnen. Dit is het gevolg van de implementatiebevoegdheid van lidstaten, waar de implementatiewetgeving – soms onbewust – dwingender is dan de Europese verplichtingen. Dit komt ook voor in het kader van overheidsopdrachten. Zie hiervoor de bijdrage van M.E. Comba en S. Richetto, 'Implementation of Public Procurement Directives in Italy: after three years, still a long way to be completed', *PPLR* 2019, afl. 5, p. 201-213.

³⁹ Zie hiervoor W. Janssen, 'Onbewust wordt steeds vaker Europees aanbesteed', verschenen in Gemeente.nu, beschikbaar onder: <<https://www.gemeente.nu/blog/onbewust-wordt-steds-vaker-europees-aanbesteed/>>.

⁴⁰ D. Versteeg, a.w., p. 171-172.

over, en geeft slechts een indicatieve lijst van de factoren die in aanmerking kunnen worden genomen. Hier is een onderscheid tussen levering, diensten en werken noodzakelijk. Zo bevat een aanbeveling van de Commissie uit 2003 een overzicht van de relevante kostenstadia voor werken.⁴¹ Het vastleggen van de exacte parameters van een levenscyclus zal voorkomen dat de methodologie gelinkt blijft aan de materiële essentie van het product, een element dat bij algemeen sociale of ecologische gunningscriteria fel gecontesteerd is.⁴² Een meer nauwkeurige omschrijving van de bestaande cyclus binnen opdrachten voor werken, diensten en leveringen kan wegwijs bieden voor de in aanmerking komende kosten.

- Levenscycluskosten, en de in rekening te nemen externaliteiten, moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht. Deze voorwaarde zorgde meer dan eens voor academische controverses en litige in het kader van groene gunningscriteria.⁴³ Een Richtlijn LCK kan bijkomende duidelijkheid verschaffen door een limitatieve opsomming van de externaliteiten die 'vermoed worden' verband te houden met het voorwerp van de opdracht. Eveneens tempert het de risico's die gepaard gaan met deze voorwaarde in het kader van een levenscyclusanalyse.⁴⁴
- Een algemene Richtlijn LCK moet worden opgesteld in de vorm van een minimumharmonisatie, om 'pioniersgedrag' van lidstaten nog steeds toe te laten. Net zoals dat het geval is bij aparte ecologische gunningscriteria, is waakzaamheid evenwel geboden voor een teveel aan *goldplating*, dat onder meer de klassieke beginselen (non-discriminatie, bevorderen van vrij verkeer) kan ondergraven.
- Een belangrijk aandachtspunt is dat - bij minimumharmonisatie - overheden bij monde van levenscycluskosten aan 'greenwashing' kunnen doen. Greenwashing is een belangrijke controverse in CSR-debatten: heel wat ondernemin-

gen doen zich namelijk steeds meer voor als 'groener' of 'maatschappelijk verantwoord' dan in wezen het geval is. In het kader van overheidsopdrachten kan men, zonder overdreven wantrouwen, dergelijke listigheden ook van overheden verwachten. Zo kunnen lokaliteitscriteria (door een kostenberekening die transport en vervoersafstand sterk laat doorwegen) tot een vermomd protectionisme leiden en het integreren van de verschillende levensstadia tot een vorm van *path dependency*.⁴⁵

- De Richtlijn moet anticiperen op bestaande strenge sectorale regels, die niet altijd de ruimte bieden om levenscycluskosten te integreren in een aanbesteding. Negatieve uitkomsten van de levenscyclusanalyse kwamen onder meer voor bij productie en levering van koolstofarm voedsel.⁴⁶ Andere sectoren zijn dan weer, door strenge regulering, niet in staat om een productie- of toeleveringsproces om te vormen naar de eisen van een levenscyclusanalyse.⁴⁷ Een algemene LCK-richtlijn zal dus een globale oefening vereisen, waarbij de grenzen van iedere bijzondere sector in rekening worden genomen. Dergelijke sectoren kunnen worden uitgesloten van de Richtlijn, of - indien de kosten binnen sommige stadia niet in te schatten zijn - gebruik maken van een levenscyclusanalyse met meer nadruk op de milieu-effecten die wél berekenbaar zijn.⁴⁸
- Een aanvullend sectorale aanpak kan de eerbiediging voor het transparantie- en gelijkheidsbeginsel verder concretiseren. Onder meer het nader bepalen en openbaar maken van de te gebruiken data voor specifieke leveringen, diensten of werken kunnen transparantieproblemen vermijden. Een recent advies van de Nederlandse aanbestedingscommissie toont aan dat dit probleem verre van hypothetisch is. In het

41 Final Report. European Commission – Task Group 4: Life Cycle costs in Construction (2003). De verschillende stadia worden in drie 'cycli' opgedeeld, nl. (i) 'planning costs', (ii) construction costs en (iii) utilization costs. Een andere verdienstelijke methode is die van de Oostenrijkse werkgroep voor de bouw (de zgn. IG Lebenszyklus Bau, zie: < <https://www.ig-lebenszyklus.at/startseite/download/> >).

42 Zie hiervoor de uitstekende bijdrage van M. Martens, en S. De Margerie, 'The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement', *EPPPL* 2013, afl. 1, p. 8-18.

43 Zie bijv. HvJ EU 17 september 2002, nr. C-513/99 (*Concordia Bus Finland*). Verder over deze voorwaarde: P. B. Faustino, 'Award criteria in the new EU Directive on public procurement', *PPLR* 2014, p. 130.

44 Zie o.m. M. Andhov, R. Caranta e.a., 'Sustainability Through Public Procurement: The Way Forward – Reform Proposals', 2020 (<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3559393>). In het bijzonder p. 54: 'objectivity is safeguarded by reference to the life cycle of the goods and service purchased: suggested action on developing LCC methodologies at EU level will also reinforce progress in limiting risks of discrimination beyond what is achievable through the "link to the subject matter".'

45 Voor meer uitleg over *path dependency*, zie T. Bruyninckx, 'Gunningscriteria gebaseerd op levenscycluskosten: een valstrik of opportuniteit?', in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2017-2018*, 555. Dit begrip omschrijft de situatie waarin een inschrijver, ten gevolge van het gebruik van LCK, door dominantie in één stadium (bijv. het meest milieuvriendelijk productieproces) kan wegen op de toekomstige diensten die aan het product vasthangen.

46 Bij testen in Finland, Canada, Zweden en de Verenigde Staten leidde een levenscyclusanalyse uiteindelijk niet tot de meest ecologische uitkomst. Zie het onderzoeksrapport, 'Life Cycle Costing in Sustainable Public Procurement: A Question of Value', *International Institute for Sustainable Development* 2009, 12, 'issue 17': LCC-efficient alternatives are not always the most environmentally and socially sustainable ones.'

47 J. Hettne, 'Sustainable Public Procurement and the Single Market – Is There a Conflict of Interest?', *EPPPL* 2013, afl. 1, 40. Hettne gaf, reeds in 2013, het voorbeeld van dierenwelzijn, waar - door strenge Europese regelgeving - niet veel marge overblijft voor een 'groene' invulling van gunningscriteria. Dit conflict werd duidelijk in een reeks arresten door de *Kammarrätten* (Zweedse administratieve hoven van beroep). Meer info: K. Pedersen, 'Upphandlingskrönika – Djurskyddshänsyn vid livsmedelsupphandlingar', *Europarättslig Tidsskrift* 2011, p. 787-792.

48 'Capability of predicting future costs' is een onontbeerlijke vereiste voor een 'stadium' om deel uit te maken van de levenscyclusanalyse. Zie 'SIGMA Life-Cycle Costing', *Public Procurement Brief*, OECD, vol. 34, p. 7.

bewuste advies werd een LCK-methodologie voor bedrijfskleding beoordeeld in het licht van het gelijkheids- en transparantiebeginsel. De Commissie van Aanbestedingsexperts stelde:

‘Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbestede met de uitwerking van het nadere kwalitatieve gunningscriterium ‘Levens Cyclus Analyse’ de gelijke behandeling van de inschrijvers onvoldoende gewaarborgd en de inschrijvingen niet aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem beoordeeld, doordat de inschrijvers bij hetzelfde product met dezelfde productie- en transportwijze verschillende keuzes konden maken.’⁴⁹

- Uit het voornoemde advies van de Commissie van Aanbestedingsexpert blijkt ook het belang van marktconsultatie. Dit vermijdt het onnodig ‘filteren’ van inschrijvers op basis van een levenscyclusanalyse die te ingewikkeld of te specifiek is. Zo kan, door verkeerde inschattingen inzake de te gebruiken grondstoffen, verwerkingsprocessen, etc., een situatie ontstaan waarin de aanbestedende overheid zich te zeer van de huidige marktomstandigheden verwijderd. Een verplichte marktconsultatie kan problemen inzake transparantie of mededinging vermijden.⁵⁰

Zes jaar na de aannae van de Richtlijnen overheidsopdrachten, lijkt de Commissie zich ook bewust van het lauwe succes van de huidige werkwijze. Waar de Richtlijn 2014/24/EU toen nog in het kader van de Europa 2020-strategie (*tempus fugit*) stelde ‘de ontwikkeling en het gebruik van Europese methoden van levenscycluskostenberekening te bevorderen als verdere aanzet tot de aanwending van aanbestedingen met het oog op duurzame groei’,⁵¹ slaat de EU Green Deal een meer bindende toon aan: ‘Overheden, en dus ook de EU-instellingen, moeten het goede voorbeeld geven en waarborgen dat hun aanbestedingen groen zijn. De Commissie zal nadere wetgeving en richtsnoeren voorstellen voor groene overheidsopdrachten.’⁵² Het lijkt weinig waarschijnlijk

⁴⁹ Advies nr. 472 van de Commissie Aanbestedingsexperts van 25 januari 2019, zie: <<https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/advies/advies-472-nader-kwalitatief-gunningscriterium-%E2%80%98levenscyclusanalyse-1ca%E2%80%99-strijd-met->>.

⁵⁰ Zie overweging 8.3 van het bewuste advies: ‘Vóór de aankondiging van de aanbestedingsprocedure betreft de aanbestedende dienst de markt – door middel van een marktconsultatie – bij de wijze waarop een levenscyclusanalyse een rol kan gaan spelen in de procedure. Daarbij kunnen naast potentiële inschrijvers ook hun onderaannemers, leveranciers en producenten van grondstoffen worden geconsulteerd. Dit kan helpen om de uitvraag toe te spitsen op de relevante aspecten van verduurzaming. Ook kunnen daarmee zorgen over oneerlijke vergelijking worden weggenomen en kan draagvlak worden gecreëerd.’

⁵¹ Overweging 95, Richtlijn 2014/24/EU.

⁵² Mededeling van de Commissie van 11 december 2019 aan het Europees Parlement, de Europese raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, ‘De Europese Green Deal’, COM(2019)640(final), 9 (zie: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75e-d71a1.0005.02/DOC_1&format=PDF>).

dat ‘nadere wetgeving’ inzake groene overheidsopdrachten het huidige kader inzake LCK's ongewijzigd zou laten.

6. Concluderend

Als stichter van het huidige rechtskader, laakt de Commissie zelf het tekort aan a) juridische expertise in de toepassing van ecologische gunningscriteria en b) het tekort aan informatie hieromtrent.⁵³ Een heldere en dwingende Richtlijn kan daarom zoden aan de dijk zetten.

Om de beoogde doelen van de Green Deal te behalen, dient een nieuw kader voor levenscycluskosten zich aan. Hierboven bespraken we de belangrijkste problemen, alsmede een begin van de oplossing. De volgende elementen kunnen aan een ‘LCK-richtlijn’ slagkracht geven:

- onder de drempelwaarden van de algemene richtlijn ligt de keuze volledig bij de nationale wetgever en/of de aanbestedende overheden;
- boven het drempelgedrag is het verplicht om de LCK-oefening te maken, waarbij een nieuwe richtlijn een kader kan aanbieden om de lokale autoriteiten houvast te bieden;
- een basisrichtlijn dient minstens duidelijkheid te scheppen over de productie- of verrichtingsfasen die een LCK in rekening moet nemen;
- het toenemend belang van levenscycluskosten leidt onvermijdelijk tot strengere eisen voor inschrijvers. Een vorm van voorafgaande marktconsultatie kan nodig zijn om tegemoet te komen aan de bestaande realiteit van de relevante markt;
- indien een sectorale aanpak is uitgewerkt, zullen deze ook werkelijk verplicht zijn om toe te passen – hierbij is de kost van deze laatste stap eerder beperkt door de Commissie, die duidelijk haar inzet voor ‘user tools’ wil verderzetten. Een dwingende richtlijn dient zich ook te bezinnen over haar eigen grenzen, en sectoren uitsluiten waar een levenscyclusanalyse niet tot een gewenste uitkomst leidt.

Tegelijkertijd heeft het aanbestedingsrecht ook een rijke traditie aan *spill-over* (of, volgens sommigen, *goldplating*). Hiermee bedoelt men dat nationale wetgevers bepaalde Europese normen ook toepassen op situaties die normaliter buiten het toepassingsgebied vallen. Indien een nieuwe LCK-richtlijn een voldoende coherent kader zou aanbieden, is het niet uitgesloten dat een nationale overheid ervoor kiest om deze lijn ook door te trekken naar situaties die bijvoorbeeld niet de drempelwaarde halen. Op deze manier zou de Commissie zich werkelijk als motor van een duurzamer aanbestedingsrecht kunnen beschouwen, en is er wel degelijk een toekomst voor ‘top-down’ beleid.

⁵³ Zie de deelpagina rond ‘Barriers for Life Cycle Costing’ van de Europese Commissie rond levenscycluskosten: <https://ec.europa.eu/environment/gpp/barriers_en.htm>.

Een nieuwe invulling van art. 68 van de Richtlijn 2014/24/EU dringt zich op. Het effectief gebruik van levenscycluskosten vraagt om een algemeen, eenvoudig, maar dwingend kader, zoals dat woordelijk is bepaald door art. 68. Niet enkel voor (nationale en lokale) overheden is dit duidelijker, maar ook voor ondernemingen. Met verplichte methoden kan een inschrijver vertrouwen op gemeenschappelijke 'uniale' standaarden, zonder zich

te moeten verdiepen in methodologieën die kunnen leiden tot maatwerk en *reverse engineering*.⁵⁴ De Richtlijn schone voertuigen toont aan dat een verplichte methodologie mogelijk is, al was deze niet succesvol in het verleden. In dat opzicht blijft een open vraag voor de toekomst de volgende: hoe onvermijdelijk is de evolutie naar dwingend duurzaam aanbesteden? ●

Licentie verstrekt aan:
buruma@tj.r.nl
Houthoff
IBR publicatie - 7-2-2025

⁵⁴ De Richtlijn 2014/24/EU anticipeert ook het gevaar van dit soort praktijken. Zie onder meer overweging 96: *'De methoden die aanbestedende diensten gebruiken voor de raming van aan externe milieueffecten toe te schrijven kosten moeten vooraf op een objectieve en niet-discriminerende manier worden gekozen en voor alle betrokken partijen toegankelijk zijn. Deze methoden kunnen nationaal, regionaal of lokaal worden vastgesteld; om vervalsing van de mededinging door maatwerk te voorkomen, moeten zij echter algemeen van opzet blijven, in die zin dat zij niet specifiek voor een bepaalde openbare aanbestedingsprocedure bedoeld mogen zijn.'*

TBR 2021/20

Handhaving van duurzaamheidsverplichtingen bij aanbestedingen

– Mr. dr. A.J. van Heeswijck¹

1. Inleiding

De aanbestedingsregels bieden aanbestedende diensten al langere tijd ruimte om milieu- en sociale aspecten in overheidsopdrachten te integreren. Steeds vaker zijn aanbestedende diensten niet alleen bevoegd, maar ook verplicht om bij het gunnen van overheidsopdrachten rekening te houden met milieu- en sociale aspecten. De verwachting is dat het aantal verplichtingen in de toekomst verder zal toenemen. Zo moeten overheidsopdrachten een belangrijke rol spelen bij het bereiken van doelstellingen op het gebied van klimaat en milieu, zo valt te lezen in de door de Europese Commissie opgestelde Europese Green Deal.² Gedacht wordt aan het vaststellen van bindende milieucriteria.³

Deze tendens roept vragen op over handhaving van de regels bij het toepassen van criteria op het gebied van milieu en klimaat (hierna: duurzaamheid en duurzaamheidscriteria) door aanbestedende diensten. Is er een rol weggelegd voor ondernemers om via de rechter naleving van verplichtingen op het gebied van duurzaamheid af te dwingen? Zo ja, welke obstakels vinden zij op hun pad? En is de rechter toegerust voor het beoordelen of een aanbestedende dienst voldoende ‘groen’ inkoopt. In deze bijdrage ga ik op zoek naar antwoorden op deze vragen. De aandacht gaat uit naar

aanbestedingen die vallen onder de reikwijdte van deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012), waarin Richtlijn 2014/24/EU grotendeels is geïmplementeerd.⁴

Paragraaf 2 bevat een korte beschrijving van het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming bij aanbestedingen. Paragraaf 3 behandelt de rechtsbescherming van ondernemers bij de toepassing van duurzaamheidscriteria door een aanbestedende dienst. Hierbij komen drie verschillende gevalstypen aan de orde. Paragraaf 4 bevat een reflectie op de handhaving van duurzaamheidsverplichtingen bij aanbestedingen door de civiele rechter. Paragraaf 5 bevat conclusies.

2. Het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming

2.1 Unierechtelijk kader

Op grond van het Unierechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming zijn lidstaten verplicht ervoor te zorgen dat particulieren de rechten die zij aan het Unierecht ontleen, kunnen effectueren.⁵ Omdat de controlemechanismen van lidstaten naar het oordeel van de Commissie tekortschoten, is op voorstel van de Commissie Richtlijn 89/665/EEG (hierna: de Rechtsbeschermingsrichtlijn) vastgesteld.⁶ De Rechtsbeschermingsrichtlijn is in

¹ Arthur van Heeswijck is advocaat bij Van Heeswijck Aanbestedingsadvocaat.

² EU Commissie, De Europese Green Deal, COM(2019) 640 final, 11 december 2019, p. 9. Zie ook EU Commissie, Een nieuw actieplan voor een circulaire economie. Voor een schoner en concurrerende Europa, COM(2020) 98 final, 11 maart 2020, p. 6; EU Commissie, Sustainable Europe Investment Plan. European Green Deal Investment Plan, COM(2020) 21 final, 14 januari 2020, p. 11-12.

³ EU Commissie, Sustainable Europe Investment Plan. European Green Deal Investment Plan, COM(2020) 21 final, 14 januari 2020, p. 11-12.

⁴ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2014, L 94/65).

⁵ A.J. van Heeswijck, Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter, Den Haag: IBR 2020, p. 3.

⁶ Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PbEG 1989, L 395/33).

2007 door middel van Richtlijn 2007/66/EG aangescherpt om enkele zwakke plekken te dichten.⁷

De Rechtsbeschermingsrichtlijn beoogt ondernemers tegen de willekeur van aanbestedende diensten te beschermen en voorziet in de eerste plaats in maatregelen voor benadeelde ondernemers om snel en doeltreffend beroep in te stellen tegen besluiten van aanbestedende diensten, in een stadium waarin aanbestedingsrechtelijke schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt.⁸ Een door de aanbestedende dienst in acht te nemen opschortende termijn moet ervoor zorgen dat benadeelde ondernemers niet voor een onomkeerbare situatie worden gesteld, doordat de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst al is gesloten, voordat zij kans hadden beroep in te stellen. In de tweede plaats dienen benadeelde ondernemers schadevergoeding te kunnen vorderen. In de derde plaats moet in een aantal welomschreven gevallen de mogelijkheid voor ondernemers bestaan om een overeenkomst 'onverbindend' te laten verklaren.

De in de Rechtsbeschermingsrichtlijn voorziene beroepsprocedures beogen te waarborgen dat de relevante regels van het Unierecht, in het bijzonder Richtlijn 2014/24/EU, worden nageleefd. De door lidstaten in te richten beroepsprocedures moeten dus voorzien in rechtmatigheidstoetsing. Lidstaten mogen - met inachtneming van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid - beroepsinstanties ruimere bevoegdheden toekennen en hen in staat stellen 'opportunitiestoetsing' (doelmatigheidstoetsing) te verrichten.⁹

2.2 Implementatie

Par. 2.3.8.8. (art. 2.127-2.131) van de Aw 2012 bevat de implementatie van de richtlijnbepalingen over de opschortende termijn die de aanbestedende dienst voor het sluiten van de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst in acht moet nemen. De richtlijnbepalingen over 'verbindend verklaren' van overeenkomsten zijn geïmplementeerd in Hoofdstuk 4.3 van de Aw 2012 (art. 4.15-4.24). Er bestaat geen bijzonder procesrecht voor de effectivering van de rechten die ondernemers aan de Europese (en nationale) aanbestedingsregels ontleen. De beslissingen van aanbestedende diensten bij het organiseren en afwickelen van een aanbestedingsprocedure die onder de reikwijdte van Deel 2 van de Aw 2012 valt, kwalificeren niet

als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb.¹⁰ Tegen deze beslissingen staat daarom geen beroep open bij de bestuursrechter. De civiele rechter is bevoegd kennis te nemen van geschillen over aanbestedingen waarop Deel 2 van de Aw 2012 van toepassing is.¹¹

De wijze van procederen bij de civiele rechter is geregeld in het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (hierna: Rv). Het Rv biedt de mogelijkheid in een vorderingsprocedure schadevergoeding of vernietiging van een overeenkomst te vorderen (art. 78 e.v. Rv). In spoedeisende zaken, waarin getel op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, kan de voorzieningenrechter deze geven (art. 254 lid 1 Rv).

In het Nederlandse rechtspraktijk ligt het zwaartepunt van de rechtsbescherming van ondernemers bij aanbestedingen in het kort geding. Verreweg de meeste aanbestedingsgeschillen worden in kort geding in eerste aanleg beslecht. Na de uitspraak van de voorzieningenrechter is de aanbestedende dienst niet langer verplicht het sluiten van de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst op te schorten, mits de opschortende termijn is verstreken. Als de aanbestedende dienst op dat moment overgaat tot het sluiten van de overeenkomst, is deze de facto onaantastbaar.¹² Beroep van vonnissen in kort geding komt mede hierdoor niet vaak voor bij aanbestedingsgeschillen. Bodemprocedures komen ook relatief weinig voor.¹³

Het kort geding kent in vergelijking met een bodemprocedure beperkingen. Er is in de regel geen plaats voor wisseling van conclusies of uitgebreid onderzoek naar de feiten en het bewijsrecht mist toepassing. De voorzieningenrechter kan voorts een voorziening weigeren, wanneer hij de zaak niet geschikt acht om in kort geding te worden beslecht. Bovendien moet hij bij het beoordelen van een voorlopige voorziening de daarbij betrokken belangen afwegen.¹⁴ Beperkingen op het gebied van procedurele waarborgen zijn inherent aan een procedure die gericht is op een snelle ordemaatregel. De Rechtsbeschermingsrichtlijn verzet zich daar blijkens het Van Spijker-arrest dan ook niet tegen.¹⁵

⁷ Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PbEU 2007, L 335/31).

⁸ HvJ EU 15 september 2016, de gevoegde zaken C-439/14 en C-488/14, ECLI:EU:C:2016:688 (SC Star Storage), ro. 41; HvJ EU 11 september 2014, zaak C-19/13 (Fastweb/Telecom Italia), ro. 59.

⁹ HvJ EU 11 december 2014, zaak C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435 (Croce Amica One Italia), ro. 42-45.

¹⁰ A.J. van Heeswijck, Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter, Den Haag: IBR 2020, p. 12.

¹¹ A.J. van Heeswijck, Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter, Den Haag: IBR 2020, p. 27.

¹² A.J. van Heeswijck, Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter, Den Haag: IBR 2020, p. 46-47.

¹³ Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2016-2018, eindrapport juli 2019, p. 5, bijlage bij de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 12 juli 2019 (Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr. 13).

¹⁴ A.J. van Heeswijck, Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter, Den Haag: IBR 2020, p. 31-32.

¹⁵ HvJ EU 9 december 2010, zaak C-568/08, ECLI:EU:C:2010:751 (Van Spijker), ro. 57-59.

De rechter toetst, zowel in bodemprocedure als in kort geding, vol of de bestreden beslissing of handeling van de aanbestedende dienst in strijd is met het geschreven of ongeschreven recht (rechtmatigheidstoetsing). Als een aanbestedende dienst beslissingsruimte toekomt¹⁶, is de rechter terughoudender en is er alleen plaats voor ingrijpen bij 'kenmerklijke procedurele of inhoudelijke fouten' (doelmatigheidstoetsing).¹⁷

3. Rechtsbescherming bij toepassing duurzaamheidscriteria

3.1 Inleiding

Bezwaren van ondernemers die verband houden met duurzaamheidsaspecten kunnen verschillende redenen hebben. Ten eerste kan een ondernemer van mening zijn dat een duurzaamheids criterium onrechtmatig is, in welk geval hij verwijdering van dit criterium uit de aanbestedingsstukken zal nastreven. Ten tweede kan een ondernemer van mening zijn dat de aanbestedende dienst in strijd met wet- en regelgeving nalaat rekening te houden met duurzaamheidsaspecten. In dat geval zal de ondernemer willen bewerkstelligen dat de aanbestedende dienst dit alsnog doet. Ten derde kan de ondernemer van mening zijn dat de aanbestedende dienst een bevoegdheid om duurzaamheidscriteria toe te passen niet of onvoldoende benut. Deze drie gevaltypen worden hierna achtereenvolgens behandeld.

3.2 Onrechtmatige duurzaamheidscriteria

Zoals gezegd bieden Richtlijn 2014/24/EU en de Aw 2012 aanbestedende diensten op verschillende manieren ruimte op duurzaamheidsaspecten in overheidsopdrachten te integreren. De bevoegdheden van aanbestedende diensten zijn echter niet onbegrensd. Aanbestedende diensten zullen te allen tijde de toepasselijke voorschriften moeten naleven. Neem bijvoorbeeld het gebruik van keurmerken. Art. 2.78a lid 1 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst die voornemens is een werk, levering of dienst met specifieke milieu-, sociale of andere kenmerken aan te kopen, in de technische specificaties, gunningscriteria of contractvoorwaarden een specifiek keurmerk mag eisen als bewijs dat het werk, de levering of de dienst overeenstemt met de vereiste voorschriften. In de onderdelen a tot en met e van lid 1 en de leden 2 tot en met 5 van voor-

noemd artikel worden echter strenge voorwaarden verbonden aan het gebruik van keurmerken.¹⁸

Een ander voorbeeld betreft de mogelijkheid om bijzondere voorwaarden te verbinden aan de uitvoering van de opdracht, die betrekking kunnen hebben op milieu- en sociale aspecten. Art. 2.80 Aw 2012 staat de aanbestedende dienst dit toe, maar stelt hier wel voorwaarden aan. Zo moeten bijzondere voorwaarden verband houden met het voorwerp van de opdracht en moeten deze door de aanbestedende dienst in de aankondiging van de overheidsopdracht worden vermeld.

Naast de specifieke voorschriften die gelden voor het toepassen duurzaamheidscriteria moeten aanbestedende diensten te allen tijde de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht respecteren, te weten de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit.¹⁹

De specifieke voorschriften die de bevoegdheid van aanbestedende diensten om duurzaamheidscriteria toe te passen aan banden leggen en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht strekken tot bescherming van de rechten van ondernemers. Wanneer een aanbestedende dienst een voorschrift niet naleeft of een algemeen beginsel schendt, kan de voorzieningenrechter de aanbestedende dienst in kort geding bevelen de bestreden duurzaamheidscriteria te verwijderen en de aanbesteding in te trekken. Een ondernemer kan ook in een bodemprocedure schadevergoeding vorderen. Het gaat in deze gevallen om rechtmatigheidstoetsing. De aanbestedende dienst komt geen beslissingsruimte toe en de rechter zal het handelen van de aanbestedende dienst vol aan de toepasselijke regels en aanbestedingsrechtelijke beginselen moeten toetsen. De (voorzieningen)rechter biedt op dit terrein in het algemeen effectieve rechtsbescherming.

3.3 Schending verplichting tot toepassing van duurzaamheidscriteria

De regelgeving opent niet alleen mogelijkheden voor aanbestedende diensten om duurzaamheidsaspecten in overheidsopdrachten te integreren, soms bestaat daartoe een *verplichting*. In het oogt springt art. 1.4 lid 2 Aw 2012, dat de aanbestedende dienst (en het speciale-sectorbedrijf) verplicht zorg te dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke

¹⁶ In lijn met recente bestuursrechtspraak hanteer ik de nieuwe term 'beslissingsruimte'; een overkoepelend begrip voor 'beoordelingsruimte' en 'beleidsruimte'. Zie over terminologie het jaarverslag van de RvS van 2017, par. 4.3, <<https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2017/download-of-bestel-jaarverslag/>>.

¹⁷ A.J. van Heeswijck, Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter, Den Haag: IBR 2020, p. 37-38 en 61.

¹⁸ Zie hierover uitgebreid G.J. Huith, 'Maatschappelijk verantwoord specificeren. Balanceren op het grensvlak tussen groene ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht', TBR 2020/14.

¹⁹ HvJ EG 17 september 2002, zaak C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495 (Finse Bussen), r.o. 63; HvJ EG 4 december 2003, zaak C-448/01, ECLI:EU:C:2003 (Wienström), r.o. 56-58; HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284 (Max Havelaar), r.o. 88.

middelen bij (onder meer) aanbestedingen.²⁰ 'Maatschappelijke waarde' is een abstract begrip. Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat 'maatschappelijke waarde' ruim moet worden uitgelegd en dat dit begrip verder gaat dan het verkrijgen van de laagste prijs. Daaronder kunnen ook kwalitatieve aspecten bij gunning of duurzaamheid en innovatie worden verstaan. Het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde vergt maatwerk. De aanbestedende dienst moet bij iedere aanbesteding opnieuw een afweging maken.²¹ Biedt art. 1.4 lid 2 Aw 2012 een kapstok voor ondernemers om de aanbestedende dienst, zo nodig in rechte, te bewegen bij een concrete aanbesteding (meer) rekening te houden met duurzaamheidsaspecten? Dat valt tot dusver tegen.

Ten eerste kan worden betwijfeld of art. 1.4 lid 2 Aw 2012 (mede) strekt tot bescherming van de rechten van ondernemers. Het creëren van zo veel mogelijk maatschappelijk waarde is onmiskenbaar een algemeen belang. Als met art. 1.4 lid 2 Aw 2012 niet is beoogd (tevens) de belangen te beschermen van ondernemers met belangstelling voor een bepaalde overheidsopdracht, en daar heeft het alle schijn van, zal zowel een voorlopige voorziening die erop gericht is te bewerkstelligen dat de aanbestedende dienst duurzaamheidscriteria toepast, als een schadevergoedingsvordering stranden.²² Dit punt is aangestipt in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam, maar hierop werd niet beslist.²³

Ten tweede houdt art. 1.4 lid 2 Aw 2012 geen concrete verplichting in voor de aanbestedende dienst of het speciale sectorbedrijf. Art. 1.4 lid 2 Aw 2012 van de Aanbestedingswet is een voorbeeld van een open norm.²⁴ Een aanbestedende dienst komt daardoor beslissingsruimte toe (zie par. 2.2) bij het geven van invulling aan de verplichting om

zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren. Voor rechterlijk ingrijpen is slechts plaats in geval van 'kennelijke procedurele of inhoudelijke fouten'. Uit de rechtspraak blijkt dat ondernemers tot dusver weinig succes hebben behaald met een beroep op art. 1.4 lid 2 Aw 2012. Toetsing aan art. 1.4 lid 2 Aw 2012 gaat vaak op in toetsing aan een ander, meer concreet voorschrift. Dit is vooral te zien in zaken waarin deze bepaling in stelling werd gebracht tegen het gunningscriterium. (Voorzieningen)rechters verwijzen in hun uitspraken naar art. 2.114 Aw 2012, waarmee art. 1.4 lid 2 Aw 2012 zou corresponderen. Als een gunningscriterium in overeenstemming is met art. 2.114 Aw 2012, voldoet de aanbestedende dienst ook aan zijn verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren.²⁵

Een ander voorbeeld biedt een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag over een aanbesteding van leermiddelen. Een ondernemer betoogde dat distributeurs door de wijze van aanbesteden en de gekozen gunningscriteria geen eerlijke kans maakten op gunning. De aanbestedende dienst handelde volgens deze partij in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en art. 2.113a Aw 2012, op grond waarvan de gunningscriteria de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging moeten waarborgen. De ondernemer beriep zich daarnaast op art. 1.4 lid 2 Aw 2012. De voorzieningenrechter toetst uitvoerig of de gekozen wijze van aanbesteden en de gunningscriteria de concurrentie inperken en in strijd zijn met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en art. 2.113a Aw 2012. Hij concludeert dat dit niet het geval is. Het beroep op art. 1.4 lid 2 Aw 2012 lijkt automatisch hetzelfde lot te zijn beschoren.²⁶

'Uit het voorgaande volgt dat de mededinging op de markt van leermiddelen met de door Carmel ingerichte aanbestedingsprocedure niet wordt ingeperkt en (aldus) van een schending door Carmel van de door TLN en Iddink genoemde aanbestedingsrechtelijke beginselen geen sprake is. Daarmee kan ten slotte evenmin worden geconcludeerd dat met deze wijze van aanbesteden, waarbij voor uitgevers en distributeurs een gelijk speelveld is gecreëerd, door Carmel niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de aan haar beschikbaar gestelde publieke middelen wordt genereerd.'

Een beroep op art. 1.4 lid 2 Aw 2012 lijkt in de hiervoor beschreven gevallen geen toegevoegde

20 Zie hierover uitgebreid W.A. Janssen & G. Bouwman, 'Legislating societal value into Dutch public procurement law: from symbolism to substance?', *PPLR* 2020/2; A.J. van Heeswijk, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk 'maatschappelijke waarde' voor de publieke middelen', *TBR* 2015/22. Zie ook W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigmaverandering', *TA* 2020/3, p. 27-28; C.E.C. Jansen, 'De inschrijver als hoeder van het algemeen belang? Reactie op A.J. van Heeswijk, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk 'maatschappelijke waarde' voor de publieke middelen', *TBR* 2015/80.

21 *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, nr. C, p. 10.

22 Art. 3:296 lid 1 BW en art. 6:163 BW. Zie ook E. Verweij in zijn noot onder *Vzgnr. Rb. Noord-Nederland* 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100, *JAAN* 2014/13; A.J. van Heeswijk, *Naschrift bij C.E.C. Jansen, De inschrijver als hoeder van het algemeen belang? Reactie op A.J. van Heeswijk, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk 'maatschappelijke waarde' voor de publieke middelen', TBR 2015/80*, p. 465.

23 *Vzgnr. Rb. Amsterdam* 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1504, ro. 4.8.

24 W.A. Janssen & E.E. Neele, 'De (in)effectiviteit van open en concrete aanbestedingsrechtelijke verplichting in de strijd tegen klimaatverandering', *TBR* 2021/16.

25 *Vzgnr. Rb. Noord-Nederland* 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100; *Vzgnr. Rb. Noord-Nederland* 29 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7367, ro. 4.2; *Vzgnr. Rb. Overijssel* 30 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3761, ro. 4.2.-4.3.

26 *Vzgnr. Rb. Den Haag* 27 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13949, ro. 5.6.

waarde te hebben. In zoverre is art. 1.4 lid 2 Aw 2012 als symboloolwetgeving te beschouwen.²⁷

In zaken waarin art. 1.4 lid 2 Aw 2012 tegen andere aspecten dan het gunningscriterium in stelling wordt gebracht, stuitte het bezwaar af op de stel- en substantiëringsplicht²⁸, werd het beroep op art. 1.4 lid 2 Aw 2012 afgedaan als vergezocht²⁹, of fungeerde het³⁰. In 2015 concludeerde ik op basis van de rechtspraak tot dan toe, dat art. 1.4 lid 2 Aw 2012³¹. Anno 2021 is de invloed van het artikel op de aanbestedingspraktijk nog steeds beperkt.

De Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE) kwalificeert art. 1.4 lid 2 Aw 2012 als een zorgplicht en lijkt geneigd te zijn het handelen van de aanbestedende dienst strenger te toetsen dan de rechter. De klager moet zijn stellingen wel goed onderbouwen. Zo overwoog de CvAE in een advies over een Europese aanbesteding voor de realisatie van werktuigkundige en elektrotechnische installaties, dat klager niet kon volstaan met het poneren van de stelling dat de aanbestedingsprocedure ondoelmatig is en onnodig kostenverhogend uitpakt, enkel en alleen omdat geen ruimte is geboden een energiesysteem als variantoplossing aan te bieden waarmee besparingen op de exploitatiekosten zouden kunnen worden bereikt. Klager had die stelling moeten uitwerken. Zou klager dat hebben gedaan, dan zou het vervolgens op de weg van de aanbestedende dienst hebben gelegen om in reactie daarop te stellen en te bewijzen dat hij zijn zorgplicht van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 is nagekomen. Omdat klager zijn stellingen onvoldoende had onderbouwd, kwam de CvAE niet toe aan toetsing van de beslissing van de aanbestedende dienst. Hoe streng de CvAE die beslissing zou toetsen, is dus niet bekend.

Art. 2.116 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst om een toelichting op de voorgestelde prijs of kosten van de inschrijving verzoekt, indien de betreffende inschrijving in verhouding tot de te verrichten werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt. De aanbestedende dienst wijst op grond van art. 2.116 lid 5 Aw 2012 een

inschrijving af, indien hij heeft vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is, doordat zij niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van milieu- sociaal en arbeidsrecht. Indien de inschrijving door een andere oorzaak abnormaal laag is, bestaat er geen verplichting tot afwijzing. Inschrijvers hebben vaak in rechte een beroep gedaan op art. 2.116 Aw 2012 (en zijn voorgangers) in een poging de aanbestedende dienst ertoe te bewegen de gekozen inschrijving terzijde te leggen. Succesvol zijn die pogingen echter niet.³² Ten eerste blijkt het voor een ondernemer een lastige, zo niet onmogelijke, opgave om aan te tonen dat de inschrijving van een andere ondernemer abnormaal laag is.³³ Ten tweede oordelen lagere rechters dat art. 2.116 lid 1 Aw 2012, ondanks de dwingende formulering van deze bepaling en art. 69 lid 1 van Richtlijn 2014/24/EU, dat de aanbestedende dienst bevoegd, maar niet verplicht is onderzoek te doen naar een abnormaal lage inschrijving.³⁴ De regels over abnormaal lage inschrijvingen zouden zijn geschreven ter bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst.³⁵ Bij die rechtspraak zijn kanttekeningen te plaatsen. Volgens Den Houting houdt art. 2.116 lid 1 Aw 2012 wel degelijk een verplichting in om onderzoek te doen naar een abnormaal lage inschrijving.³⁶

Een verplichting om bij aanbestedingen rekening te houden met duurzaamheidsaspecten is ook buiten de Aw 2012 en Richtlijn 2014/24/EU te vinden. Richtlijn 2009/33/EG heeft ten doel de markt voor schone en energiezuinige wegvoertuigen te stimuleren en bevat voorschriften over de aankoop van voertuigen door (onder andere) aanbestedende diensten.³⁷ Deze richtlijn is geïmplementeerd art. 9.6.1 van de Wet milieubeheer en de Regeling bevordering aankoop schone en energiezuinige voertuigen (hierna: de Regeling schone en energiezuinige voertuigen). Art. 2 van de Regeling schone en energiezuinige voertuigen verplicht de aanbestedende dienst bij de aankoop van een of meer voertuigen rekening te houden met het energieverbruik

32 Zie ook W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigmaverandering', *TA* 2020/3, p. 26-27.

33 Zie bijv. Vzgnr. Rotterdam 13 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1182; Vzgnr. Rb. Rotterdam 12 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10240, ro. 4.9.

34 Zie bijvoorbeeld Vzgnr. Rb. Den Haag 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1504, ro. 4.6.

35 Vzgnr. Rb. Midden-Nederland 31 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3633, ro. 3.2.9.

36 J.S.O. den Houting, 'De abnormaal lage inschrijving als verplichting', *TBR* 2021/18.

37 Richtlijn 2009/33/EG van het Europees parlement en de Raad van 23 april 1999 inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen, *PbEU* L 120/5. De richtlijn is gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2019/1161 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn 2009/33/EG inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen, *PbEU* L 188/116. Deze richtlijn moet uiterlijk 2 augustus 2021 zijn omgezet in nationaal recht. Dat is in Nederland nog niet gebeurd.

27 W.A. Janssen & G. Bouwman, 'Legislating societal value into Dutch public procurement law: from symbolism to substance?', *PPLR* 2020, p. 96-98; W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden. Een eerste verkenning van een paradigmaverandering', *TA* 2020/3, p. 28 en p. 30.

28 Vzgnr. Rb. Midden-Nederland 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:104, ro. 4.91.

29 Vzgnr. Rb. Amsterdam 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1504, ro. 4.8.

30 Vzgnr. Rb. 12 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4854, ro. 4.1-4.5. Deze zaak gaat over een opdracht voor 'sociale en andere specifieke diensten'. Art. 2.114 Aw 2012 is hierop niet van toepassing. De rechter toetst daarom aan art. 1.4 lid 2 Aw 2012, maar hanteert in feite het criterium van art. 2.114 Aw 2012.

31 A.J. van Heeswijk, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk 'maatschappelijke waarde' voor de publieke middelen', *TBR* 2015/22, p. 135.

en de uitstoot van schadelijke stoffen in de technische specificaties, de gunningscriteria of de levensduurkosten, berekend overeenkomstig de in art. 6 van Richtlijn 2009/33/EG neergelegde methodiek. De aankoop van schone en energiezuinige voertuigen door aanbestedende diensten dient het algemeen belang van een schone lucht en beperking van CO₂-uitstoot. De vraag kan worden gesteld of art. 9.6.1 van de Wet milieubeheer en de Regeling schone en energiezuinige voertuigen (mede) strekken tot bescherming van het belang van ondernemers die belangstelling hebben voor een concrete overheidsopdracht voor de levering van voertuigen. De Nederlandse wetgever heeft zich niet expliciet over deze vraag uitgelaten, maar uit de wetgeschiedenis blijkt dat hij voor ondernemers die deelnemen aan aanbestedingen een taak ziet weggelegd om via de civiele rechter in kort geding naleving van de regels af te dwingen. Van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving is bewust afgezien³⁸:

‘Door een burger of een bedrijf kan een beroep worden gedaan op artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, indien de op artikel 9.6.1 van de Wm gebaseerde regels niet worden nageleefd. Bij aanbestedingen is al gebruikelijk dat de naleving van de toepasselijke regels kan worden afgedwongen door middel van een kort geding bij de civiele rechter. Deze methode werkt in de praktijk snel en efficiënt.’

De Regeling schone en energiezuinige voertuigen heeft overigens weinig om het lijf. De Regeling schone en energiezuinige voertuigen bepaalt dat aanbestedende diensten rekening moeten houden met het energieverbruik en de uitstoot van schadelijke stoffen en op welke wijze. In zoverre is sprake van een concrete verplichting. Maar de Regeling schone en energiezuinige voertuigen bepaalt niet het niveau van het energieverbruik en de uitstoot van schadelijke stoffen. In zoverre is sprake van een open norm, die beslissingsruimte laat aan aanbestedende diensten. Voor rechterlijk ingrijpen is dus slechts plaats in geval van ‘kennelijke procedurele of inhoudelijke fouten’. Voor zover mij bekend is er geen rechtspraak over naleving van de Regeling schone en energiezuinige voertuigen bij aanbestedingen.

3.4 Mogelijkheid om duurzaamheidscriteria toe te passen niet of onvoldoende benut

Tot slot kan het voorkomen dat een aanbestedende dienst bevoegd is duurzaamheidscriteria toe te passen, maar die bevoegdheid in de ogen van een belangstellende ondernemer niet of onvoldoende benut. Voorbeelden in de rechtspraak zijn mij niet bekend. Een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland uit 2019 komt nog

enigszins in de beurt.³⁹ Deze zaak gaat over een Europese openbare aanbesteding van een overheidsopdracht voor de levering van minicontainers en aanverwante dienstverlening. Het gunningscriterium was de ‘beste prijs-kwaliteitverhouding’. Een van de kwalitatieve criteria had betrekking op de CO₂-uitstoot. Naarmate de afstand tussen opdrachtgever (aangebestedende dienst) en de locatie waar opdrachtgever de minicontainers zou afhalen kleiner was, ontving de inschrijver meer punten. De eiser in deze zaak betoogde dat het criterium ondeugdelijk was, omdat het daarmee beoogde doel, een zo laag mogelijke CO₂-uitstoot, niet werd bereikt. Het criterium zou in strijd zijn met het transparantiebeginsel, niet bijdragen aan de ‘beste prijs-kwaliteitverhouding’, in strijd zijn met het *level playing field* en disproportioneel zijn.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat het aan de aanbestedende dienst is om het gunningscriterium te bepalen. Het stond de aanbestedende dienst daarom vrij bij het vaststellen van de gunningscriteria alleen belang te hechten aan beperking van CO₂-uitstoot van het vervoer van de containers dat hij zelf zou uitvoeren. Aan eiser kan worden toegegeven dat het vanuit het perspectief van het grotere geheel van de noodzaak van het streven naar reductie van CO₂-uitstoot weinig zinvol is slechts één stukje van de vervoersketen in de beschouwing te betrekken, maar niet kan worden gezegd dat het aanbestedingsrechtelijk in de gegeven omstandigheden ontoelaatbaar is. De uitspraak van de voorzieningenrechter laat in mijn ogen zien dat de beslissingsruimte van aanbestedende diensten en de daarmee gepaard gaande terughoudende toetsing van rechters het belangstellende ondernemers lastig maken in rechte toepassing van optimale duurzaamheidscriteria af te dwingen.

4. (Her)bezinning op toezicht op naleving van verplichtingen op het gebied van duurzaamheid

4.1 Knelpunten bij handhaving duurzaamheidsverplichtingen

Zoals in de inleiding van deze bijdrage is geconstateerd, neemt het aantal verplichtingen voor aanbestedende diensten om rekening te houden met duurzaamheidsaspecten toe. Het toezicht op de naleving van die verplichtingen krijgt naar mijn mening tot dusver te weinig te aandacht.

Om te beginnen dient nagedacht te worden over het karakter van de norm. Open normen laten de beslissingsruimte van aanbestedende diensten grotendeels intact, maar zijn voor ondernemers die belangstelling hebben voor een bepaalde overheidsopdracht, lastig te handhaven. Rechters blijken niet

38 Kamerstukken II 2009/10, 32 357, nr. 3 (MvT), p. 8.

39 Vzgnr. Rb. Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2019:3390.

snel geneigd te zijn in te grijpen. Illustratief hiervoor is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland, waarin het nut van een gunningscriterium met het oog op de reductie van CO₂-uitstoot openlijk in twijfel wordt getrokken, maar het gunningscriterium toch toelaatbaar wordt geacht.⁴⁰ Als de inhoud en strekking van de norm onduidelijk zijn, kan een verplichting om duurzaam in te kopen zelfs eindigen in symboolwetgeving, zo toont de rechtspraak over art. 1.4 lid 2 Aw 2012 aan. Vanzelfsprekend mag er geen twijfel over bestaan of er sprake is van een afdwingbare verplichting of slechts een bevoegdheid, zoals dat nu het geval is bij art. 2.116 Aw 2012.

Verder moet helderheid worden geschapen over het beschermingsbereik van de norm. Komt een ondernemer die belangstelling heeft voor een overheidsopdracht in rechte een beroep toe op een bepaling, als hij meent dat de aanbestedende dienst de daaruit voortvloeiende verplichting niet naleeft? Dit aspect lijkt systematisch aan de aandacht van de wetgever te ontsnappen. Zo is de handhaving van art. 9.6.1 van de Wet milieubeheer en de Regeling schone en energiezuinige voertuigen met een zekere vanzelfsprekendheid neergelegd bij de civiele rechter, die onder meer in kort geding aanbestedingsgeschillen beslecht. De wetgever noemde dit een *'methode (die) in de praktijk snel en efficiënt (werkt, toevoegingen auteur)*'.⁴¹ Over het beschermingsbereik van art. 9.6.1 van de Wet milieubeheer en de Regeling schone en energiezuinige voertuigen is door de wetgever met geen woord gerept. Anders dan de wetgever doet voorkomen, is het niet zo vanzelfsprekend dat een ondernemer in een geschil over een aanbesteding in rechte een beroep kan doen op verplichtingen op het gebied van duurzaamheid. Over het beschermingsbereik van art. 1.4 lid 2 en art. 2.116 Aw 2012 bestaat bijvoorbeeld al geruime tijd discussie.

In het verlengde van het voorgaande ligt de keuze voor strafrechtelijke, bestuursrechtelijke of civielrechtelijke handhaving. Om (ten minste) twee redenen zijn kanttekeningen te plaatsen bij de keuze voor civielrechtelijke handhaving van verplichtingen op het gebied van duurzaamheid bij aanbestedingen, althans in de huidige vorm. Ten eerste dienen duurzaamheidsverplichtingen een algemeen belang, terwijl het belang van een belangstellende ondernemer erin is gelegen zijn kansen op het verwerven van de aanbestede opdracht te maximaliseren.⁴² Aannemelijk is dat een belangstellende ondernemer alleen tegen eisen en beslissingen van

aanbestedende diensten zal ageren, als hij inschat dat hij daarmee zijn kans op het verwerven van de overheidsopdracht vergroot. Zonder concreet belang komt hem in elk geval geen rechtsoverdracht toe.⁴³ Als handhaving exclusief aan de civiele rechter wordt opgedragen, kunnen aan het licht gekomen schendingen van duurzaamheidsverplichtingen onbestraft blijven.

Ten tweede lijkt de civiele rechter onvoldoende toegerust op de handhaving van duurzaamheidsverplichtingen bij aanbestedingen. Bij toetsing of de aanbestedende dienst verplichtingen op het gebied van duurzaamheid naleeft, kan behoefte bestaan aan specifieke deskundigheid waarover de rechter zelf niet beschikt. Van de rechter kan bijvoorbeeld niet worden verwacht dat hij zelfstandig beoordeelt of de door de aanbestedende dienst opgestelde technische specificaties voldoende ruimte bieden voor milieuvriendelijke en energiezuinige oplossingen. Hiervoor is echter geconstateerd dat het zwaartepunt van de rechtsbescherming van ondernemers bij aanbestedingen in het kort geding ligt. In het kort geding is in de regel geen ruimte voor wisseling van conclusies of uitgebreid onderzoek naar de feiten. De voorzieningenrechter zal zelden een deskundigenbericht inlassen.

4.2 Mogelijke oplossing

Door een toezichthouder als bedoeld in art. 83 van Richtlijn 2014/24/EU aan te wijzen, waarvan in elk geval onderzoeksbevoegdheden worden verleend, zouden de geconstateerde problemen van civielrechtelijke handhaving kunnen worden verholpen. Aan de toezichthouder zou daarnaast de bevoegdheid kunnen worden verleend om op eigen initiatief of na ontvangst van informatie van derden klachten aan de civiele rechter voor te leggen.⁴⁴ Hem zou ook een eigen sanctiebevoegdheid kunnen worden verleend. De laatste oplossing sluit het beste aan bij bestaande toezichtstelsel en verdient daarom naar mijn mening de voorkeur. Er bestaat al een toezichthouder die aanbestedende diensten een sanctie kan opleggen, namelijk de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) maar die bevoegdheid bestaat alleen, wanneer een overeenkomst op grond van art. 4.15 lid 1 Aw 2012 vernietigbaar is en de rechter op grond van de in art. 4.18 Aw 2012 voorziene belangenafweging de overeenkomst in stand laat. Door de bevoegdheden van de ACM uit te breiden, kan worden voorzien in volwaardig toezicht als bedoeld in art. 83 van Richtlijn 2014/24/EU. Hebly heeft overigens overtuigend betoogd dat lidstaten verplicht zijn een dergelijke

⁴⁰ Vzgnr. Rb. Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2019:3390.

⁴¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 357, nr. 3 (MvT), p. 8.

⁴² HvJ EU 11 mei 2017, zaak C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358 (*Archus en Gama*), ro. 51-52. Zie ook C.E.C. Jansen, De inschrijver als hoeder van het algemeen belang? Reactie op A.J. van Heeswijck, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk "maatschappelijke waarde" voor de publieke middelen', TBR 2015/80, p. 463.

⁴³ A.J. van Heeswijck, *Praktijkboek rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter*, Den Haag: IBR 2020 p. 29-31.

⁴⁴ Art. 83 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU.

toezichthouder aan te wijzen.⁴⁵ Door een toezichthouder aan te wijzen worden dus twee vliegen in één klap geslagen.

Handhaving door toezichthouders en rechters zijn naar mijn mening niet de enige manier om aanbestedende dienst ertoe te bewegen duurzamer in te kopen en hun verplichtingen op dit gebied na te leven. Vooral wanneer aanbestedende diensten beslissingsruimte toekomt bij het toepassen van duurzaamheidscriteria, is er naar mijn mening een rol weggelegd voor volksvertegenwoordigende organen, zoals gemeenteraden.⁴⁶ Doelmatigheid gaat onder meer over besteding van belastinggeld en ambities op het gebied van duurzaamheid. Voor zover de aanbestedende dienst beslissingsruimte toekomt, toetst de rechter enkel of er sprake is van 'kennelijke procedurele of inhoudelijke fouten', maar die beperking geldt niet voor de gemeenteraad. Een gemeenteraad zal niet elke aanbestedingsprocedure kunnen toetsen, maar hij kan wel het beleid sturen en bij grove schendingen het college van B en W ter verantwoording roepen.

5. Conclusies

Als aanbestedende diensten bij het toepassen van duurzaamheidscriteria inbreuk maken op de toepasselijke regels of in strijd handelen met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, hebben benadeelde ondernemers de mogelijkheid die schendingen in kort geding of in een bodemprocedure aan te vechten. De civiele rechter biedt in het algemeen effectieve rechtsbescherming tegen onrechtmatig handelen van aanbestedende diensten.

De handhaving door de civiele rechter van verplichtingen om bij aanbestedingen rekening te houden met duurzaamheidsaspecten verloopt moeizamer. De inhoud en strekking van normen zijn niet altijd duidelijk. Ook bestaat discussie over het beschermingsbereik van normen. Deze aspecten verdienen aandacht bij het introduceren van nieuwe duurzaamheidsverplichtingen. Een wetswijziging biedt ook gelegenheid opheldering te verschaffen over bestaande verplichtingen.

Anders dan de Nederlandse wetgever lijkt te veronderstellen is handhaving van duurzaamheidsverplichtingen door de civiele rechter niet vanzelfsprekend. Duurzaamheidsverplichtingen dienen een algemeen belang, terwijl het een belangstellende ondernemer te doen is zijn kansen op het verwerven van de aanbestede opdracht te maximaliseren. Daarnaast valt te betwijfelen of de civiele rechter voldoende toegerust is voor de handhaving van duurzaamheidsverplichtingen bij aanbestedingen. Van de rechter kan geen technische kennis worden verwacht. De meeste aanbestedingsgeschillen worden echter in kort geding beslecht en daarin bestaat geen ruimte voor uitgebreid onderzoek naar de feiten.

Het aanwijzen van een toezichthouder met eigen onderzoeksbevoegdheden kan een oplossing zijn voor de geconstateerde problemen bij handhaving van duurzaamheidsverplichtingen door de civiele rechter. Daarnaast is er een taak voor volksvertegenwoordigende organen om hun bestuur tot duurzaam inkopen te bewegen. ●

⁴⁵ J.M. Hebly, 'Over marktconsultatie, belangenconflicten en (gebrek aan) toezicht. Enkele beschouwingen over nieuwe aanbestedingsregels uit Brussel', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 153-154.

⁴⁶ A.J. van Heeswijk, Naschrift bij C.E.C. Jansen, De inschrijver als hoeder van het algemeen belang? Reactie op A.J. van Heeswijk, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk "maatschappelijke waarde" voor de publieke middelen', *TBR* 2015/80, p. 465.

Jurisprudentie – I. Ruimtelijk ordeningsrecht

TBR 2021/21

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 14 oktober 2020, No. 201809571/1/RZ, ECLI:NL:RVS:2020:2439 (Efteling)

(Mr. R. Uylenburg, mr. E. Helder en mr. A. ten Veen)

Wro: art. 3.1

Bestemmingsplan. Tussenuitspraak. Ladder voor duurzame verstedelijking. Flexibiliteit planregels. Bestuurlijke lus

Met noot M.C. Brans en M.C.T.M. Sonderger, Red.

Overwegingen

Inleiding

1. Het bestemmingsplan ‘Wereld van de Efteling 2030’ zoals dat bij het besluit van 20 september 2018 is vastgesteld voorziet volgens paragraaf 1.2 van de plantoelichting in een actuele juridisch-planologische regeling voor het attractiepark van de Efteling, daaraan verbonden verblijfsaccommodaties, een golfterrein, bos- en natuurgebied en enkele (agrarische) percelen.

Volgens paragraaf 3.3 van de plantoelichting maakt het plan daarnaast een uitbreiding mogelijk, die globaal bestaat uit: een uitbreiding van het attractiepark in oostelijke en westelijke richting, de aanleg van een nieuwe parkeervoorziening aan de westzijde en het parkeren op afstand aan de oostzijde, een uitbreiding van verblijfsrecreatieve voorzieningen, een aanpassing van de golfbaan en aanpassingen van de infrastructuur in de vorm van onder meer een verlegging van de Horst en de aanleg van een nieuwe zuidelijke ontsluiting. De zuidelijke ontsluiting loopt via de Heideweg, de Horst en de Eftelingsestraat en is bedoeld als extra route naar het westelijke parkeerterrein van de Efteling op de 74 drukste dagen van het jaar. De Europalaan blijft de hoofdroute naar de parkeerterreinen van de Efteling.

In het Masterplan Wereld van de Efteling 2030 van januari 2017 (hierna: het Masterplan) is vastgelegd dat de uitbreiding in drie fasen moet plaatsvinden, namelijk de korte termijn (tot 2020), de middellange termijn (2020-2025) en de lange termijn (2025-2030).

Het plangebied wordt globaal begrensd door de Europalaan aan de noordzijde, aan de oostzijde door de Midden-Brabantweg (hierna: de N261), aan de zuidzijde door het Hooispoor en de Eerste Dwarsbaan en aan de westzijde door de Dreefseweg.

Herstelbesluit

2. Bij het herstelbesluit van 19 september 2019 heeft de raad het plan opnieuw vastgesteld met een aantal wijzigingen. Deze wijzigingen betreffen onder meer de aanpassing of toevoeging van een aantal definities en voorwaardelijke verplichtingen in de planregels, de opname van een parkeernorm en geluidgrenswaarden in de planregels en wijziging van het beeldkwaliteitsplan. Voorts heeft de raad op basis van nieuw onderzoek een gewijzigde onderbouwing gegeven van de gevolgen van het plan voor de stikstofdepositie voor het Natura 2000-gebied ‘Loonse en Drunense Duinen & Leemkuilen’. Het plan is met deze wijzigingen bij het herstelbesluit in zijn geheel opnieuw vastgesteld, inclusief de verbeelding, planregels en plantoelichting.

Beroepen van rechtswege

3. Ingevolge artikel 6:19, eerste lid, van de Awb heeft het beroep van rechtswege mede betrekking op een besluit tot intrekking, wijziging of vervanging van het bestreden besluit, tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben.

De Afdeling merkt het herstelbesluit van 19 september 2019 aan als een besluit zoals bedoeld in artikel 6:19 van de Awb, omdat dit besluit het oorspronkelijke besluit van 20 september 2018 vervangt, en niet geheel tegemoet komt aan de beroepen van (appellanten sub 1) en (appellant sub 2) en anderen tegen het oorspronkelijke besluit. Gelet hierop worden de beroepen van (appellanten sub 1) en (appellant sub 2) en anderen geacht ook te zijn gericht tegen het herstelbesluit.

Volgorde van behandeling

4. Hierna komen de beroepen van (appellanten sub 1) en (appellant sub 2) en anderen aan de orde. Eerst worden hun beroepen tegen het herstelbesluit van 19 september 2019 behandeld. Dit besluit is namelijk in zijn geheel in werking getreden en behelst het geldende planologische regime. Omdat de Afdeling met betrekking tot dit besluit de bestuurlijke lus toepast, zullen de beroepen tegen het oorspronkelijke besluit van 20 september 2018 pas in de einduitspraak worden besproken. Hierbij zal bovendien worden bezien of (appellanten sub 1) en (appellant sub 2) en anderen dan nog belang hebben bij een inhoudelijke bespreking van die beroepen.

Het besluit van 19 september 2019**Onderwerpen en bijlage**

5. In het navolgende worden de volgende onderwerpen besproken.

- toetsingskader (overwegingen 7-9)
- Het beroep van (appellanten sub 1)
 - inleiding (overweging 10)
 - goede procesorde (overweging 11)
 - plangrens (overweging 12)
 - gevolgen voor percelen (overweging 13)
 - conclusie (overweging 14)
- Het beroep van (appellant sub 2) en anderen
 - inleiding (overweging 15)
 - intrekking beroepsgrond (overweging 16)
 - afdeling 3.4 Awb (overweging 17)
 - werkwijze STAB (overweging 18)
 - milieueffectrapportage (overwegingen 19-22)
 - SVBP 2012 (overweging 23)
 - plangrens (overweging 24)
 - plansystematiek voorwaardelijke verplichtingen (overweging 25)
 - het Masterplan (overweging 26)
 - de structuurvisie (overweging 27)
 - strijd van de Verordening met het Barro (overwegingen 28-29)
 - artikel 5.4 van de Verordening (overweging 30)
 - artikel 9.1 van de Verordening (overweging 31)
 - ladder voor duurzame verstedelijking (overweging 32)
 - verkeer en infrastructuur (overwegingen 33-50)
 - luchtkwaliteit (overweging 51)
 - maximaal aantal bezoeken in artikel 10, lid 10.1, onder a, van de planregels (overweging 52)
 - parkeernorm in de planregels (overwegingen 53-58)
 - geluid - wegverkeerslawaaï (overwegingen 59-62)
 - geluid - inrichtingslawaaï (overwegingen 63-79)
 - geluid - cumulatie van wegverkeerslawaaï en inrichtingslawaaï (overweging 80)
 - gevolgen voor bedrijfsvoering (appellant sub 2) en anderen (overwegingen 81-84)
 - uitbreiding dagrecreatieve en parkeervoorzieningen westzijde (overweging 85)
 - uitbreiding verblijfsrecreatieve voorzieningen westzijde (overweging 86)
 - camperparkeerplaats Bernschoef (overweging 87)
 - zorgboerderij Bernschoef 6 (overweging 88)
 - stiltegebied (overwegingen 89-91)
 - Natura 2000 (overwegingen 92-112)
 - beschermde diersoorten (overwegingen 113-117)
 - bodem (overwegingen 118-120)
 - water (overwegingen 121-123)
 - landschap en cultuurhistorie (overwegingen 124-126)
 - archeologie (overwegingen 127-128)
 - lichthinder (overweging 129)
 - uitvoerbaarheid (overwegingen 130-136)
 - herhaling zienswijze (overweging 137)
 - bestuurlijke lus (overweging 138)
 - voorlopige voorziening (overweging 139)

(...)

Toetsingskader

7. Bij de vaststelling van een bestemmingsplan moet de raad bestemmingen aanwijzen en regels geven die de raad uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De raad heeft daarbij beleidsruimte en moet de betrokken belangen afwegen. De Afdeling beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan in overeenstemming is met het recht. De Afdeling stelt niet zelf vast of het plan in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening, maar beoordeelt aan de hand van die gronden of de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.

8. In artikel 8:51d van de Awb is het volgende bepaald: 'Indien de bestuursrechter in hoogste aanleg uitspraak doet, kan hij het bestuursorgaan opdragen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen. De artikelen 8:51a, eerste lid, tweede volzin, en tweede lid, 8:51b, tweede en derde lid, en 8:51c, aanhef en onderdelen b tot en met d, zijn van toepassing.'

9. In artikel 8:69a van de Awb is het volgende bepaald: 'De bestuursrechter vernietigt een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.'

Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Kamerstukken II, 2009/10, 32 450, nr. 3, blz. 18-20) heeft de wetgever met artikel 8:69a van de Awb de eis willen stellen dat er een verband moet bestaan tussen een beroepsgrond en het belang waarin de appellant door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad. De bestuursrechter mag een besluit niet vernietigen wegens schending van een rechtsregel die kennelijk niet strekt tot bescherming van het belang van de appellant.

(...)

Inleiding

15. Appellant sub 2 en anderen wonen aan de (locatie 3) t/m (locatie 4) en (locatie 5) en aan de (locatie 6) te Kaatsheuvel. Een aantal van hen exploiteert daar ook een bedrijf. De genoemde percelen aan de Bernschoef zullen in de voorziene situatie worden omsloten door de Efteling, met inbegrip van de bijbehorende voorzieningen zoals verblijfsaccommodaties.

Appellant sub 2) en anderen vrezen dat de voorgestane uitbreiding van de Efteling zal leiden tot een verergering van de al bestaande verkeersoverlast, parkeeroverlast, geluid-, licht- en stofhin-

der en aantasting van hun privacy en uitzicht. Zij vrezen daarnaast nadelige gevolgen voor de bedrijfsvoering van hun bedrijven. (appellant sub 2) en anderen voeren verder diverse beroepsgronden aan, over onder meer de gevolgen voor beschermde natuurgebieden.

Intrekking beroepsgrond

16. Ter zitting hebben (appellant sub 2) en anderen hun beroepsgrond over privaatrechtelijke belemmeringen voor de verbreding van de Eftelingsstraat ingetrokken.

Afdeling 3.4 Awb

17. Appellant sub 2 en anderen betogen dat het besluit van de raad van 19 september 2019, waarbij het plan gewijzigd is vastgesteld, ten onrechte niet met toepassing van afdeling 3.4 van de Awb is voorbereid.

17.1. Uit de rechtspraak van de Afdeling volgt dat een bestuursorgaan een besluit als bedoeld in artikel 6:19 van de Awb dat strekt tot wijziging van een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan, in beginsel dient voor te bereiden met toepassing van afdeling 3.4 van de Awb indien het oorspronkelijke besluit met toepassing van die afdeling is voorbereid.

Hierop zijn naar het oordeel van de Afdeling uitzonderingen mogelijk. De raad kan na de vaststelling van het bestemmingsplan alsnog besluiten tot een aanpassing van het plan zonder dat afdeling 3.4 opnieuw behoeft te worden toegepast, mits deze aanpassing naar aard en omvang niet zodanig groot is dat een wezenlijk ander plan wordt vastgesteld (vergelijk in dit kader onder meer de tussenuitspraak van 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6546).

17.2. De aangebrachte wijzigingen in het bestemmingsplan zijn naar het oordeel van de Afdeling naar aard en omvang niet zodanig dat moet worden geoordeeld dat een wezenlijk ander plan voorligt. Weliswaar voorziet het besluit van 19 september 2019 in een aantal wijzigingen, deels in de planregels en deels in de onderbouwing van het plan, maar dit laat onverlet dat het plan nog steeds in hoofdzaak dezelfde uitbreiding van de Efteling mogelijk maakt. Gelet op het vorenstaande doet zich de in overweging 17.1 bedoelde uitzondering voor, zodat de raad afdeling 3.4 van de Awb niet behoefde toe te passen op de voorbereiding van het besluit van 19 september 2019.

Het betoog slaagt niet.

Werkwijze STAB

18. Appellant sub 2) en anderen betogen dat de STAB zich bij het opstellen van het deskundigenverslag niet heeft gehouden aan de onderzoeksopdracht die de Afdeling heeft gegeven. De Afdeling heeft de STAB bij brief van 16 juli 2019 gevraagd om de gevolgen van het plan te beschrijven, voor zover dit nodig is voor de behande-

ling van de beroepen. (appellant sub 2) en anderen vinden dat de STAB een te actieve rol heeft aangenomen, doordat zij de raad en de Efteling opdracht heeft gegeven om nadere onderzoeken te verrichten en doordat zij verschillende specifieke stukken bij de gemeente Loon op Zand heeft opgevraagd. Zij twijfelen daarom aan de objectiviteit van de STAB.

18.1. De Afdeling deelt het standpunt dat de STAB een andere invulling had moeten geven aan haar onderzoeksopdracht niet. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de STAB de gegeven onderzoeksopdracht op correcte en gebruikelijke wijze uitgevoerd. Zo zijn de stukken die de STAB heeft opgevraagd aan de andere partijen ter beschikking gesteld. Voor zover (appellant sub 2) en anderen specifiek doelen op het verzoek van de STAB aan de raad om toe te lichten wat de geluidbelasting vanwege wegverkeerslawaai op enkele woningen is op een van de 74 drukke dagen waarop de zuidelijke ontsluiting in gebruik is, overweegt de Afdeling dat de raad ter zitting heeft gesteld dat ter beantwoording van de vraag van de STAB op basis van de gegevens uit de eerdere onderzoeken een toelichting is gegeven, waarbij door de raad geen nieuw onderzoek is uitgevoerd.

Gelet op het voorgaande ziet de Afdeling in wat (appellant sub 2) en anderen hebben aangevoerd geen reden om het deskundigenverslag van de STAB, of onderdelen daarvan, met de daarbij behorende bijlagen buiten beschouwing te laten. Voor zover (appellant sub 2) en anderen het inhoudelijk oneens zijn met de bevindingen van de STAB, komt dit bij de bespreking van de desbetreffende onderwerpen aan de orde.

(...)

Ladder voor duurzame verstedelijking

32. Appellant sub 2 en anderen betogen dat het plan in strijd met artikel 3.1.6, tweede lid, van het Bro is vastgesteld.

(appellant sub 2) en anderen betogen in de eerste plaats dat de raad onvoldoende heeft aangevoerd dat er behoefte bestaat aan de in het plan voorziene ontwikkelingen. Zij voeren daartoe aan dat een deugdelijke, cijfermatige, onderbouwing van de actuele behoefte aan uitbreiding van de dag- en verblijfsrecreatieve voorzieningen ontbreekt. (appellant sub 2) en anderen stellen in dit verband, onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3672, dat in de plantoelichting ten onrechte enkel is volstaan met een uiteenzetting van de beleidsambities om het aanbod aan de desbetreffende voorzieningen uit te breiden. Zij stellen daarnaast dat het rapport 'Laddertoets uitbreiding Efteling' van Stec Groep van 25 juni 2019 (hierna: het rapport van Stec) niet als zodanig kan worden aangemerkt. Uit de laddertoets blijkt niet dat van een kwantitatieve en kwalitatieve behoefte om de Efteling uit te breiden sprake is, aldus (appellant sub 2) en anderen.

(appellant sub 2) en anderen betogen voorts dat de raad niet deugdelijk heeft gemotiveerd waarom niet binnen het bestaand stedelijk gebied in de gestelde behoefte kan worden voorzien. (appellant sub 2) en anderen voeren daartoe aan dat enig onderzoek naar de mogelijkheden hiervoor en een motivering op dit punt, ontbreken. De omstandigheid dat 89 procent van het bestaande attractiepark niet bebouwd is, geeft aanleiding aan te nemen dat de gestelde behoefte tevens door benutting van deze gronden kan plaatsvinden, aldus (appellant sub 2) en anderen.

32.1. De raad stelt zich, onder meer onder verwijzing naar het rapport van Stec, op het standpunt dat het plan met de voorziene ontwikkelingen in een behoefte voorziet. Volgens de raad kan niet binnen bestaand stedelijk gebied in die behoefte worden voorzien.

32.2. Artikel 3.1.6, tweede lid, van het Bro luidt: 'De toelichting bij een bestemmingsplan dat een nieuwe stedelijke ontwikkeling mogelijk maakt, bevat een beschrijving van de behoefte aan die ontwikkeling, en, indien het bestemmingsplan die ontwikkeling mogelijk maakt buiten het bestaand stedelijk gebied, een motivering waarom niet binnen het bestaand stedelijk gebied in die behoefte kan worden voorzien.'

32.3. Zoals de Afdeling eerder in de overzichtsuitspraak van 28 juni 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1724) heeft overwogen, dient in het geval in een bestemmingsplan een nieuwe stedelijke ontwikkeling mogelijk wordt gemaakt, de toelichting een beschrijving te bevatten van de behoefte aan de voorgenomen stedelijke ontwikkeling. Indien het bestemmingsplan een nieuwe stedelijke ontwikkeling mogelijk maakt buiten het bestaand stedelijk gebied, dient de toelichting, aanvullend op de beschrijving van de behoefte en het resultaat van het nodige overleg, een motivering te bevatten waarom niet binnen het bestaand stedelijk gebied in de behoefte kan worden voorzien. Dit betekent dat bij een ontwikkeling buiten bestaand stedelijk gebied een nadrukkelijke motivering nodig is waarom niet in het bestaand stedelijk gebied in de behoefte aan de nieuwe stedelijke ontwikkeling wordt voorzien. Daarbij kunnen de beschikbaarheid en geschiktheid van de ontwikkelingsmogelijkheden in bestaand stedelijk gebied een rol spelen.

32.4. De plantoelichting bevat op dit onderdeel een uiteenzetting, waarin de behoefte aan de voorziene ontwikkelingen is onderbouwd aan de hand van de 'Nota Ambities en Uitgangspunten Ruimtelijke Planvorming Wereld van de Efteling 2030' (hierna: de Nota Ambities), het Masterplan, het 'Visiedocument verblijfsaccommodaties' (hierna: het Visiedocument) en de 'Economische Onderbouwing Toekomstvisie Wereld van de Efteling 2018 - 2030' (hierna: de Toekomstvisie). Voorts is het rapport van Stec ten grondslag gelegd aan het besluit van 19 september 2019. De

behoefte aan de voorziene ontwikkelingen is in dit onderzoek, nogmaals, tegen het licht gehouden.

Uit deze stukken volgt dat het aantal bezoekers per jaar van de Efteling sinds 2009 is gegroeid, tot 5,4 miljoen in 2018. Op basis van de historische groei - gemiddeld circa 4% per jaar - zal het aantal bezoekers toenemen tot ongeveer 7 miljoen in 2030. Daarbij is gebleken dat de economische ontwikkelingen zorgen voor een vergroting van het marktpotentieel en dat ook de groei van bezoeken aan attractieparken zal doorzetten. Op basis van het unieke concept van de Efteling is het verzorgingsgebied van de Efteling Nederland en delen van België en Duitsland. Naar verwachting zal het verzorgingsgebied de komende jaren verder uitgroeien tot Luxemburg en Frankrijk. Gelet op het voorgaande wordt de vraag of de voorgestane uitbreiding van het attractiepark voorziet in een behoefte, positief beantwoord.

Uit bedoelde stukken volgt dat dit ook geldt voor de vraag of behoefte bestaat aan de voorziene uitbreiding van de verblijfsrecreatieve voorzieningen tot 5.800 bedden. De totale bestaande capaciteit aan verblijfsaccommodaties bedraagt ongeveer 3.000 bedden. Op basis van het verwachte aandeel combinatiebezoekers (verblijf en park) en de bezettingsgraad, wordt een aanvullende behoefte verwacht van ongeveer 2.800 tot 3.700 bedden.

32.5. Uit de plantoelichting, de stukken waarnaar hierin wordt verwezen en het rapport van Stec volgt dat de raad heeft gezien of sprake is van een behoefte aan de in het plan voorziene uitbreidingsmogelijkheden voor de Efteling. De Afdeling is van oordeel dat de raad zich terecht op het standpunt stelt dat het uitgevoerde onderzoek voldoende gegevens bevat om in dit geval te kunnen dienen als een onderzoek naar de behoefte als bedoeld in artikel 3.1.6, tweede lid, van het Bro. Anders dan aan de orde was in de uitspraak van de Afdeling van 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3672, heeft de raad niet volstaan met een enkele uiteenzetting van de beleidsambities om het aanbod aan de desbetreffende voorzieningen uit te breiden. Er bestond dan ook geen aanleiding voor een verdere, cijfermatige, onderbouwing van de behoefte aan de uitbreidingsmogelijkheden waarin het plan voorziet.

Op grond van het uitgevoerde onderzoek stelt de raad dat er behoefte bestaat aan de in het plan voorziene uitbreiding van het attractiepark en de nieuwe verblijfsaccommodaties. Er zal geen onaanvaardbare leegstand ontstaan. De Afdeling is van oordeel dat de raad voldoende inzichtelijk heeft gemaakt dat er behoefte bestaat aan de ontwikkelingen die het plan mogelijk maakt en dat dit niet leidt tot een vanuit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening onaanvaardbare structurele leegstand. Het betoog slaagt niet.

32.6. Wat betreft het betoog dat onvoldoende is gemotiveerd dat binnen bestaand stedelijk gebied niet kan worden voor-

zien in de behoefte aan nieuwe dag- en verblijfsrecreatieve voorzieningen, gaat de Afdeling uit van het volgende. Vast staat dat het attractiepark en de verblijfsaccommodaties van de Efteling bestaand stedelijk gebied in de zin van artikel 1.1.1, eerste lid, onder h, van het Bro, zijn. Vast staat ook dat de gronden waar het plan uitbreiding van het attractiepark en nieuwe verblijfsaccommodaties mogelijk maakt, niet als zodanig kunnen worden aangemerkt. De raad heeft in het verweerschrift en ter zitting gesteld dat de voorziene uitbreiding niet binnen het huidige attractiepark mogelijk is. De raad heeft er in dit verband op gewezen dat hij wil vasthouden aan een maximaal bebouwingspercentage van 11 procent voor het attractiepark. Dit lage bebouwingspercentage is niet alleen de wens van de Efteling, maar is ook neergelegd in gemeentelijk beleid. De raad heeft voorts naar voren gebracht dat de gewenste uitbreiding in ruimtelijk opzicht direct aansluitend aan het huidige attractiepark moet plaatsvinden, omdat splitsing van de locatie van de Efteling om logistieke redenen onwenselijk is. Dit betekent volgens de raad dat het onontkoombaar is dat het plan buiten het bestaand stedelijk gebied voorziet in de gewenste ontwikkelingen.

Hierover overweegt de Afdeling als volgt. Artikel 3.1.6, tweede lid, van het Bro verlangt, nu het bestemmingsplan een nieuwe stedelijke ontwikkeling mogelijk maakt buiten het bestaand stedelijk gebied, een deugdelijke motivering waarom niet binnen het bestaand stedelijk gebied in die behoefte kan worden voorzien. Gelet op de omstandigheid dat de Efteling een bestaand attractiepark is dat van oudsher op deze locatie is gevestigd, en mede gezien de bezwaren tegen splitsing van de Efteling over twee locaties, heeft de raad zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat niet elders op een andere locatie binnen het bestaand stedelijk gebied kan worden voorzien in de behoefte aan nieuwe dag- en verblijfsrecreatieve voorzieningen. Gegeven het feit dat in de huidige situatie ten minste 89 procent van het attractiepark van de Efteling niet is bebouwd, mist de Afdeling evenwel een nadrukkelijke motivering van de raad waarom niet in dit bestaand stedelijk gebied zou kunnen worden voorzien in de behoefte aan de nieuwe stedelijke ontwikkeling. Noch uit de toelichting bij het plan, noch anderszins blijkt dat de raad heeft gezien of binnen het bestaande attractiepark gronden beschikbaar en geschikt zijn, om daar in de behoefte aan nieuwe attracties en verblijfsaccommodaties te voorzien. Enkel de wens van de Efteling en het gemeentelijk beleidsuitgangspunt om ten hoogste 11 procent van het attractiepark te bebouwen, is onvoldoende om deze beoordeling achterwege te laten. De Afdeling mist een vanuit zorgvuldig ruimtegebruik vereiste afweging tussen het al dan niet verhogen van de bebouwingsconcentratie in het attractiepark, en het al dan niet behouden van (landbouw)gronden buiten bestaand stedelijk gebied.

Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat onvoldoende is gemotiveerd waarom niet in het bestaand stedelijk gebied in de behoefte aan de nieuwe stedelijke ontwikkelingen kan worden voorzien.

Het betoog slaagt.

32.7. In hetgeen (appellant sub 2) en anderen hebben aangevoerd ziet de Afdeling aanleiding voor het oordeel dat het besluit van 19 september 2019, voor zover dat een uitbreiding van dag- en verblijfsrecreatieve voorzieningen buiten bestaand stedelijk gebied mogelijk maakt, is genomen in strijd met artikel 3.1.6, tweede lid, van het Bro.

(...)

Uitbreiding dagrecreatieve en parkeervoorzieningen westzijde

85. Appellant sub 2 en anderen richten zich specifiek tegen de plandelen met de bestemming 'Recreatie - Dagrecreatie' betreffende de gronden ten westen van het bestaande attractiepark.

Appellant sub 2 en anderen betogen dat de ter plaatse voorziene uitbreidingsmogelijkheden voor de Efteling leiden tot een onaanvaardbare aantasting van hun woon- en leefklimaat. Zij voeren daartoe aan dat de desbetreffende gronden voorheen voor agrarische doeleinden waren bestemd en achten wijziging hiervan niet aanvaardbaar. (appellant sub 2) en anderen voeren daartoe voorts aan dat de hier voorziene (buiten)attracties en gebouwde parkeervoorzieningen leiden tot een onevenredige beperking van hun uitzicht, privacy, rust en woongenot. Zij wijzen in dit verband op de korte afstand tussen hun woningen in Bernsehoef en de bestreden plandelen en de ruime bouw mogelijkheden die het plan biedt. Zo is de maximale bouwhoogte voor attracties en gebouwde parkeervoorzieningen voor deze plandelen 25 m. Daarnaast stelt het plan geen beperkingen aan de oppervlakte aan gebouwde parkeervoorzieningen. Ook neemt de ingevolge artikel 26, lid 26.4, van de planregels voorgeschreven landschappelijke inpassing de nadelige gevolgen van de ontwikkelingen niet weg. Bovendien is deze bepaling rechtsonzeker.

Appellant sub 2) en anderen voeren tot slot aan dat de raad ten onrechte heeft verzuimd vast te leggen dat touringcars niet mogen parkeren ter plaatse van de parkeervoorzieningen op de gronden ten westen van het bestaande attractiepark.

85.1. De raad stelt zich op het standpunt dat kan worden aangenomen dat het woon- en leefklimaat in Bernsehoef door de bestreden ontwikkelingen zal worden beïnvloed. Gelet op de afstand van ten minste 90 m tussen de bestreden plandelen en de dichtstbijzijnde woning alsmede de voorgestane landschappelijke inpassing van de ontwikkelingen, is volgens de raad echter geen sprake van een onaanvaardbare aantasting van het uitzicht, de rust, het woongenot en de privacy van (appellant sub 2) en anderen. Ook anderszins zullen geen onaanvaardbare gevolgen optreden, aldus de raad.

85.2. In de verbeelding is weergegeven dat het plan ter plaatse van de gronden ten westen van het bestaande attractiepark van de Efteling voorziet in twee plandelen met de bestemming 'Recreatie - Dagrecreatie'.

Het betreft in de eerste plaats het plandeel ten oosten van de Dodenaueg, dat in het beeldkwaliteitsplan is aangeduid als deelgebied 8.2. Naast de bestemming 'Recreatie - Dagrecreatie' zijn aan dit plandeel de aanduidingen 'bouwvlak', 'maximum bebouwingspercentage (%) = 60', 'maximum bouwhoogte (m) = 25', 'minimum percentage groen (%) = 15' en 'specifieke vorm van recreatie - parkeren touringcars uitgesloten' toegekend. Verder is aan een strook grond tussen dit plandeel en Bernsheoef de bestemming 'Groen' toegekend.

Het betreft in de tweede plaats het plandeel ten westen van de Dodenaueg. Dit plandeel valt vervolgens te scheiden in twee gedeelten. Het eerste gedeelte is in het beeldkwaliteitsplan aangeduid als deelgebied 8.3. Naast de bestemming 'Recreatie - Dagrecreatie' zijn aan dit gedeelte de aanduidingen 'bouwvlak', 'maximum bebouwingspercentage (%) = 60', 'maximum bouwhoogte (m) = 25', 'minimum percentage groen (%) = 15' en 'specifieke vorm van recreatie - touringcars uitgesloten' toegekend. Verder is aan een strook grond in het zuiden van dit gedeelte de aanduiding 'overige zone - voorwaardelijke verplichting landschappelijke inpassing' toegekend. Verder gaat het om het gedeelte van dit plandeel dat in het beeldkwaliteitsplan is aangeduid als deelgebied 8.9. Naast de bestemming 'Recreatie - Dagrecreatie' zijn aan dit gedeelte de aanduidingen 'uitgesloten - gebouwde parkeervoorzieningen' en 'specifieke vorm van recreatie - touringcars uitgesloten' toegekend. Aan dit gedeelte is niet de aanduiding 'bouwvlak' toegekend.

Artikel 10 van de planregels gaat over de bestemming 'Recreatie - Dagrecreatie'. De relevante bepalingen uit dit artikel zijn opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak.

85.3. Voor zover (appellant sub 2) en anderen aanvoeren dat de raad heeft verzuimd om in het plan vast te leggen dat touringcars niet mogen parkeren op de gronden ten westen van het bestaande attractiepark, overweegt de Afdeling het volgende. Ter plaatse van beide plandelen met de bestemming 'Recreatie - Dagrecreatie' betreffende deze gronden is tevens de aanduiding 'specifieke vorm van recreatie - parkeren touringcars uitgesloten' toegekend. Ingevolge artikel 10, lid 10.5, onder 10.5.6, van de planregels is het parkeren van touringcars niet toegestaan op deze gronden.

Dit betoog mist feitelijke grondslag.

85.4. Waar (appellant sub 2) en anderen aanvoeren dat de bestreden plandelen ten onrechte zijn vastgesteld, reeds nu deze voorzien in nieuwe bebouwing op - voornamelijk agrarische - gronden waar ingevolge het voorgaande bestemmingsplan geen bebouwing was toege-

staan, overweegt de Afdeling het volgende. In het algemeen kunnen aan een geldend bestemmingsplan geen blijvende rechten worden ontleend. De raad kan op grond van gewijzigde planologische inzichten en na afweging van alle betrokken belangen andere bestemmingen en voorschriften voor gronden vaststellen.

Het betoog slaagt niet.

85.5. Over het betoog van (appellant sub 2) en anderen dat de ter plaatse van de desbetreffende plandelen met de bestemming 'Recreatie - Dagrecreatie' voorziene (buiten) attracties en gebouwde parkeervoorzieningen met een maximale bouwhoogte van 25 m leiden tot een onaanvaardbare aantasting van hun uitzicht, privacy, rust en woongenot, overweegt de Afdeling het volgende. Vooropgesteld zij dat aan het westelijke gedeelte van het plandeel ten westen van de Dodenaueg niet de aanduiding 'bouwvlak' is toegekend en wel de aanduiding 'uitgesloten - gebouwde parkeervoorzieningen'. Dientengevolge maakt het plan op deze gronden niet de bouw van attracties en gebouwde parkeervoorzieningen mogelijk. Blijkens het beeldkwaliteitsplan is ter plaatse van deelgebied 8.9 de aanleg van parkeervoorzieningen op maaiveldniveau voorzien. Gelet hierop acht de Afdeling de geuite vrees van (appellant sub 2) en anderen in zoverre ongegrond.

Aan het oostelijke gedeelte van het plandeel ten westen van de Dodenaueg - deelgebied 8.3 - en het plandeel ten oosten van deze weg - deelgebied 8.2 - is wel de aanduiding 'bouwvlak' toegekend en niet de aanduiding 'uitgesloten - gebouwde parkeervoorzieningen'. Gelet op de ruime bouw- en gebruiksmogelijkheden die het plan hier biedt, alsmede gezien de situering en afstand van deze gronden tot het buurtschap Bernsheoef, zal het uitzicht van (appellant sub 2) en anderen vanuit hun woningen in aanzienlijke mate veranderen en worden beperkt. Ook kan worden aangenomen dat hierdoor hun privacy, rust en woongenot aanzienlijk zal worden aangetast.

De raad heeft erop gewezen dat ter plaatse van de grondstrook met de aanduiding 'voorwaardelijke verplichting - landschappelijke inpassing' een groene voorziening is beoogd. Dit neemt naar het oordeel van de Afdeling echter niet weg dat gelet op de ruime bouw mogelijkheden alsook de aard van de mogelijk gemaakte bebouwing niet aannemelijk is dat door de bedoelde voorwaardelijke verplichting de negatieve gevolgen van de ontwikkelingen in voldoende mate kunnen worden weggenomen. De Afdeling merkt hierbij op dat zij, anders dan door (appellant sub 2) en anderen gesteld, geen aanleiding ziet voor het oordeel dat de realisatie en instandhouding van de groene voorziening onvoldoende is gewaarborgd op grond van de voorwaardelijke verplichting in artikel 26, lid 26.4, van de planregels. Zij acht de verwijzing in deze bepaling naar het beeldkwaliteitsplan voor de concrete invul-

ling van de groene voorziening, aanvaardbaar en niet rechtsonzeker.

Het beeldkwaliteitsplan is als bijlage 2 bij de planregels is gevoegd, en hieruit volgt dat op deze locatie een landschappelijke wal van 30 m breed komt. Gelet op het kaartmateriaal en de inrichtingsprofielen in het beeldkwaliteitsplan, bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat uit het landschappelijk inpassingsplan geen concrete aanpak volgt.

Voorts is de Afdeling van oordeel dat de raad, mede gezien de belangen van (appellant sub 2) en anderen, onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt waarom ter plaatse van de deelgebieden 8.2 en 8.3 is voorzien in dusdanig ruime bouwmogelijkheden. De gegeven motivering dat vanuit de Efteling behoefte aan een flexibele planregeling bestaat, die voor de concrete invulling van de deelgebieden verschillende mogelijkheden biedt, is daartoe niet toereikend. De Afdeling acht in dit kader van belang dat het plan

overal ter plaatse van deze gronden een maximale bouwhoogte van 25 m toelaat, ongeacht de situering en afstand van die gronden ten opzichte van Bernsehoef. Zij betreft daarbij voorts dat voor beide deelgebieden weliswaar een maximum bebouwingspercentage van 60 procent geldt, maar dat gebouwde parkeervoorzieningen ingevolge artikel 10, lid 10.2, onder 10.2.2, sub e, hierbij niet meetellen. Dit betekent dat het plan niet uitsluit dat de deelgebieden 8.2 en 8.3 volledig kunnen worden bebouwd, met gebouwen van 25 m hoog.

Het betoeg slaagt.

(...)

Camperparkeerplaats Bernsehoef

87. Appellant sub 2 en anderen richten zich voorts specifiek tegen het plandeel met de bestemming 'Recreatie - Verblijfsrecreatie' voor het perceel ten zuiden van (locatie 3).

Appellant sub 2 en anderen betogen dat de realisatie van een camperparkeerplaats op deze locatie niet in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening. Zij voeren daartoe aan dat dit zal leiden tot verkeersoverlast op de Bernsehoef, geluidhinder ter plaatse van de woning (locatie 3) en dat de ontwikkeling niet deugdelijk landschappelijk is ingepast. (appellant sub 2) en anderen betogen verder dat de in het plan opgenomen bouw- en gebruiksmogelijkheden voor deze locatie te ruim zijn. Zij wijzen er in dit verband op dat het plan meer mogelijkheden biedt dan alleen een camperparkeerplaats. De raad heeft onvoldoende onderzoek verricht naar de ruimtelijke gevolgen hiervan.

87.1. De raad stelt zich op het standpunt dat het bestreden plandeel in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening is. Volgens de raad is het in beginsel de bedoeling op deze locatie een camperparkeerplaats te realiseren. Aangezien vanuit de Efteling behoefte bestaat aan een flexibele planregeling, heeft de raad evenwel

ook voorzien in andere mogelijkheden voor verblijfsaccommodaties. Volgens de raad kan een camperparkeerplaats met 48 standplaatsen voor zover het betreft de ruimtelijke gevolgen als worst-case situatie kan worden aangemerkt. De raad wijst ter ondersteuning van dit standpunt op het memo van Rho Adviseurs B.V. (hierna: Rho) van 18 juli 2019. Aangezien deze ontwikkeling aanvaardbaar is gebleken, geldt dat ook voor andere invullingen.

87.2. In de verbeelding is weergegeven dat aan het perceel ten zuiden van (locatie 3) de bestemming 'Recreatie - Verblijfsrecreatie' is toegekend. Voorts zijn aan dit perceel de aanduidingen 'bouwvlak', 'maximum bebouwingspercentage (%) = 20', 'maximum bouwhoogte (m) = 10' en 'specifieke vorm van recreatie - verblijfsrecreatie - ontsluiting alleen via Duiksehoef' toegekend.

87.3. Ter plaatse van de gronden ten zuiden van (locatie 3) was voorheen een gemeentewerf met een oppervlakte van ongeveer 8.000 m² in gebruik. Dit perceel was in het vorige bestemmingplan 'Buitengebied 2011' voor bedrijfsdoeleinden bestemd. Op het perceel waren geen gebouwen toegestaan.

Het betreffende perceel is in het voorliggende plan voor verblijfsrecreatieve doeleinden bestemd. Ten hoogste twintig procent van het bouwvlak mag worden bebouwd, waarbij de maximale bouwhoogte voor gebouwen tien meter bedraagt. Het perceel is in het plan niet nader aangeduid als camperparkeerplaats. Evenmin is het aantal toegestane standplaatsen voor campers in het plan begrensd.

De Afdeling volgt de raad niet in zijn standpunt dat een camperparkeerplaats met 48 standplaatsen voor zover het gaat om de mogelijke ruimtelijke gevolgen voor dit plandeel als worst-case situatie kan worden aangemerkt. De Afdeling acht gezien de oppervlakte van het perceel van ongeveer 8.000 m² aannemelijk dat hier een groter aantal campers kan worden geplaatst. In het door de raad overgelegde memo van Rho ontbreekt op dit punt een deugdelijke, cijfermatige, onderbouwing. De door de raad ter zitting gegeven motivering dat het parkeren van meer dan 48 campers niet mogelijk is vanuit veiligheids oogpunt en daaraan verwante regelgeving, is hiertoe niet toereikend. De Afdeling overweegt daartoe voorts dat het gezien de ruime bouw- en gebruiksmogelijkheden voor het perceel niet uitgesloten is dat daar een andere ontwikkeling dan een camperparkeerplaats wordt gerealiseerd. Zo voorziet het plan bijvoorbeeld eveneens in de bouw van een verblijfsaccommodatie met een grondoppervlakte van ongeveer 1.600 m² en een bouwhoogte van 10 m. De ruimtelijke gevolgen van een dergelijke ontwikkeling heeft de raad niet in kaart gebracht.

Gelet op het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat de raad onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt wat de ruimtelijke gevolgen zijn van de ontwikkelingen die het plan mogelijk maakt ter plaatse van het perceel ten zuiden van (locatie 3).

Het betoog slaagt.
(...)

Bestuurlijke lus

138. De Afdeling ziet in het belang bij een spoedige beslechting van het geschil aanleiding de raad op de voet van artikel 8:51d van de Awb op te dragen de in deze uitspraak geconstateerde gebreken in het herstelbesluit van 19 september 2019 te herstellen. De Afdeling zal hiertoe een termijn stellen.

De raad dient daartoe:

a. met inachtneming van overweging 32.6 alsnog toereikend te motiveren waarom niet binnen het bestaand stedelijk gebied - in dit geval het huidige attractiepark zijnde - in de behoefte aan de nieuwe stedelijke ontwikkelingen kan worden voorzien, dan wel het bestreden besluit te wijzigen.

b. met inachtneming van overweging 42.4 de beoogde wijze van ontsluiting van de westelijke verblijfsrecreatie via de nieuwe toegangsweg en het westelijke parkeerterrein alsnog door middel van een voorwaardelijke verplichting in de planregels vast te leggen;

c. met inachtneming van overweging 87.3 en overweging 42.4 opnieuw te bezien of de verkeersbewegingen van en naar de camperparkeerplaats leiden tot onaantoonbare verkeershinder of aantasting van de bereikbaarheid op de Bernsehoef en directe omgeving, en indien nodig, het plan op passende wijze aan te passen;

d. met inachtneming van overweging 52.4 in artikel 10, lid 10.1, onder a, van de planregels te verduidelijken aan welke eisen de verruiming van de rotondes bij de aansluiting op de N261 ter hoogte van Loon op Zand moet voldoen om meer dan 6,33 miljoen bezoeken per jaar te kunnen toestaan;

e. met inachtneming van overweging 58.2 in artikel 25, lid 25.4, onder b, van de planregels alsnog inzichtelijk te maken onder welke omstandigheden van de afwijkingsbevoegdheid gebruik kan worden gemaakt, bijvoorbeeld door de planregel te herformuleren en/of toepassing te geven aan artikel 3.1.2, tweede lid, onder a, van het Bro, dan wel de afwijkingsbevoegdheid uit de planregels te verwijderen;

f. met inachtneming van overweging 66.2 in artikel 13, lid 13.1, onder h, van de planregels alsnog vast te leggen dat alleen ondersteunende dagrecreatieve voorzieningen ten behoeve van de verblijfsrecreatie zijn toegestaan;

g. met inachtneming van overweging 71.2 nader onderzoek te doen naar de geluidbelasting vanwege het attractiepark (deelgebied B) op de woningen aan de Bernsehoef en in dat onderzoek buitenattracties en stemgeluid in en buiten attracties te betrekken. Naar aanleiding van de resultaten van dit onderzoek dient de raad opnieuw te beoordelen of bij de woningen aan de Bernsehoef sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat wat betreft geluid en, indien nodig, het plan op passende wijze te wijzigen;

h. met inachtneming van overweging 76.1 de ligging van de beoordelingspunten als bedoeld in tabel 1 bij artikel 16, lid 26.9, van de planregels te verduidelijken;

i. met inachtneming van overweging 79.2 alsnog te bezien of het noodzakelijk is de aanduiding 'specifieke vorm van recreatie - voorwaardelijke verplichting geluid' ook toe te kennen aan de camperparkeerplaats;

j. met inachtneming van de overwegingen 82.2, 82.3, 83.2 en 84.2 alsnog onderzoek te doen naar de gevolgen van de westelijke verblijfsrecreatie en de camperparkeerplaats voor de bedrijfsvoering van de bedrijven aan de (locatie 7), (locatie 9) en (locatie 4) en de gebruiksmogelijkheden van deze percelen, deze gevolgen alsnog in de belangenafweging te betrekken en, indien nodig, het plan op passende wijze aan te passen. Daarbij moet de raad voor (locatie 7) alsnog uitgaan van de maximale mogelijkheden van het voor dat perceel geldende bestemmingsplan en rekening houden met een spuitzone, dan wel alsnog toereikend motiveren waarom in dit geval sprake is van een zodanig bijzondere situatie dat daarvan kan worden afgezien;

k. met inachtneming van overweging 85.5 het besluit te wijzigen door een planregeling vast te stellen waarbij, mede gezien de gegeven belangen van (appellant sub 2) en anderen, toereikend wordt gemotiveerd waarom ter plaatse van deelgebieden 8.2 en 8.3 waar welke bouwmogelijkheden worden geboden;

l. met inachtneming van overweging 87.3 inzake de camperparkeerplaats hetzij alsnog onderzoek te verrichten naar de gevolgen van de ontwikkelingen die het plan daadwerkelijk mogelijk maakt, hetzij het bestreden besluit te wijzigen waarbij valt te denken aan vaststelling van een andere planregeling die is begrensd op camperparkeerplaats met 48 standplaatsen en de uitgevoerde onderzoeken. Daarbij dient de raad met inachtneming van overweging 68.4 ook opnieuw onderzoek te doen naar de geluidbelasting op de woning aan de (locatie 3) en alsnog toereikend te motiveren waarom bij die woning wat betreft geluidhinder sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat;

m. met inachtneming van de overwegingen 106.4, 107.2, 107.3, 108.1 en 110 hetzij alsnog sluitend te onderbouwen dat, rekening houdend met de in de voortoets betrokken maatregelen, geen toename van de stikstofdepositie optreedt ten opzichte van de referentiesituatie of dat significante negatieve effecten ondanks een toename van de stikstofdepositie uitgesloten zijn, hetzij alsnog een (aanvulling op de) passende beoordeling te maken en in dat kader beoordelen of de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied 'Loonse en Drunense Duinen & Leemkuilen' worden aangetast. Voor zover de raad daarbij de voorgenomen maatregelen noodzakelijk acht als maatregelen in het kader van de voortoets dan wel als mitigerende maatregelen,

dient de raad artikel 26 lid 26.3.1 van de planregels aan te passen door:

1. de lijst van agrarische percelen in bijlage 5 bij de planregels aan te passen op de inmiddels door hem beoogde wijze;
 2. de voorgenomen beperking van het houtverbruik tot een maximum van 276.000 kg per jaar vast te leggen in onderdeel d;
 3. de reikwijdte van de onderdelen b, c en d alsnog te beperken en in deze bepaling alsnog aan te duiden voor welke onderdelen van de Efteling de beperkingen voor het gebruik van diesel, aardgas en de verbranding van hout in vuurkorven gelden; n. met inachtneming van de overwegingen 85.5 en 125.1 alsnog te beoordelen of de regeling in artikel 10, lid 10.2.2, onder e, van de planregels die gebouwde parkeervoorzieningen buiten beschouwing laat bij het bebouwingspercentage leidt tot een onaanvaardbare aantasting van landschappelijke en cultuurhistorische waarden en deze bepaling indien nodig aan te passen;
 - o. met inachtneming van overweging 129.3 in de planregels voor de bestemmingen 'Groen' en 'Verkeer' alsnog te voorzien in een passende regeling voor de maximumbouwhoogte van lichtmasten.
- Bij het nemen van een nieuw besluit hoeft geen toepassing te worden gegeven aan afdeling 3.4 van de Awb. Een nieuw besluit moet op de wettelijk voorgeschreven wijze worden bekendgemaakt en medegedeeld.

Voorlopige voorziening

139. De Afdeling ziet aanleiding om met toepassing van artikel 8:80b, derde lid, van de Awb een voorlopige voorziening treffen. Zij overweegt daartoe het volgende.

De voorzieningenrechter heeft het plan gedeeltelijk geschorst bij uitspraak van 1 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:658. Die schorsing betreft de gronden met de bestemming 'Recreatie - Dagrecreatie' ter plaatse van deelgebied 8.1 Efteling-Park Oost, voor zover daar een maximumbouwhoogte van 35 m geldt. Uit de uitspraak blijkt voorts dat de Efteling een aantal toezeggingen heeft gedaan, die er kort gezegd op neerkomen dat de Efteling vóór de uitspraak in de bodemprocedure niet zal beginnen met de realisatie van onder meer de uitbreiding van het attractiepark, parkeervoorzieningen, de westelijke verblijfsrecreatie, de camperparkeerplaats, de zorgboerderij en wijzigingen in het bestaande attractiepark die op grond van het vorige plan nog niet mogelijk waren.

De uitspraak van de voorzieningenrechter geldt alleen voor het vaststellingsbesluit van 20 september 2018 en niet voor het herstelbesluit van 19 september 2019. Het plan zoals dat bij het herstelbesluit is vastgesteld, is inmiddels dan ook in zijn geheel in werking getreden. Ter zitting heeft de Efteling bovendien verklaard dat in het geval van een tussenuitspraak haar toezeggingen zes weken na de datum van de tussenuitspraak komen te vervallen.

De Afdeling begrijpt daaruit dat de Efteling vanaf dat moment mogelijk omgevingsvergunningen zal aanvragen voor ontwikkelingen die op grond van het vorige plan nog niet mogelijk waren en zal beginnen met werken en werkzaamheden ter uitvoering van het plan.

De Afdeling ziet, om te voorkomen dat zich onomkeerbare gevolgen voordoen, aanleiding om een voorlopige voorziening te treffen door het besluit van 19 september 2019 te schorsen totdat de einduitspraak is gedaan. Omdat een aantal van de vastgestelde gebreken op het gehele plan betrekking heeft, en vanwege de ruimtelijke samenhang tussen diverse plandelen, bestaat geen grond om het plan voor bepaalde gronden wél in werking te laten. De Afdeling ziet voorts, onder de gegeven omstandigheden, aanleiding om óók het besluit van 20 september 2018 te schorsen totdat de einduitspraak is gedaan. Het bij dit besluit vastgestelde bestemmingsplan voorziet in hoofdzak in dezelfde (uitbreidings)mogelijkheden en planologische regeling voor de Efteling, zodat veel van de in deze uitspraak geconstateerde gebreken tevens aan het oorspronkelijke besluit van 20 september 2018 zullen kleven. (Enz., enz., Red.)

NOOT

1. Er was eens... een pretpark dat wilde uitbreiden. Maar dat bleek nog niet zo eenvoudig. Sinds de opening van het sprookjesbos (in 1952) is de Efteling, gelegen in Kaatsheuvel (gemeente Loon op Zand, 'Gemeente'), uitgegroeid tot Nederlands meest populaire dagattractie en een van de grootste attractieparken van Europa. Om deze positie vast te houden wil de Efteling de komende jaren doorgroeien tot een internationale bestemming met 5 miljoen bezoeken in 2020 en 7 miljoen bezoeken in 2030. Forse uitbreidingsplannen voor de komende tien jaar moeten deze ambitie mogelijk maken. Globaal bestaan de plannen uit een uitbreiding in oostelijke en westelijke richting van het park, de aanleg van een nieuwe parkeervoorziening aan de westzijde en parkeren op afstand aan de oostzijde, uitbreiding van verblijfsrecreatieve voorzieningen, een aanpassing aan de golfbaan en aanpassingen van de infrastructuur in de vorm van onder meer een verlegging van de weg de Horst en de aanleg van een nieuwe zuidelijke ontsluiting.

2. Om de uitbreidingsplannen ook planologisch mogelijk te maken heeft de gemeenteraad van Loon op Zand ('Raad') op 20 september 2018 het bestemmingsplan 'Wereld van de Efteling 2030' vastgesteld. Op 19 september 2019 heeft de Raad dit bestemmingsplan opnieuw vastgesteld met een aantal wijzigingen ('Bestemmingsplan'), dat met toepassing van artikel 6:19 Algemene wet bestuursrecht ('Awb') van rechtswege onderdeel is geworden van de lopende beroepsprocedure. De Raad heeft met het Bestemmingsplan (mede) tegemoet willen komen aan de uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('Afdeling') van 1 maart 2020 (ECLI: NL: RVS: 2019: 658), waarin deze het initiële bestemmingsplan

op inhoudelijke gronden heeft geschorst. Omdat, zo zal hierna blijken, de Afdeling in het kader van de onderhavige uitspraak van 14 maart 2020 besluit de bestuurlijke lus toe te passen, worden de beroepen tegen het initiële bestemmingsplan pas in de einduitspraak besproken. De uitspraak van 14 maart 2020 beperkt zich daarom tot de beroepsgronden tegen het Bestemmingsplan.

3. Tegen het bestemmingsplan zijn twee (groepen van) appellanten opgekomen. Het betreft ten eerste een groep van negen erfgenamen en (klein)kinderen die gezamenlijk in een onverdeelde boedel vier percelen nabij het plangebied in eigendom hebben. Zij zijn onder meer van mening dat ter plaatse van hun percelen ernstige hinder zal worden ondervonden van de uitbreiding van de Efteling. De tweede appellant betreft een groep van omwonenden te Kaatsheuvel, waarvan een deel ook een bedrijf exploiteert. Ook deze personen vrezen ernstige overlast - op het gebied van verkeer, parkeren, geluid, licht, stof en aantasting van privacy en uitzicht - als gevolg van de uitbreiding van de Efteling en nadelige gevolgen voor hun bedrijfsvoering. De appellanten voeren een groot aantal (deel)gronden en -argumenten aan dat een voor een door de Afdeling wordt besproken (een overzicht hiervan is gegeven in r.o. 4.). Op voorhand kan al worden 'verklapt' dat diverse van deze gronden en argumenten slagen en de Raad met toepassing van de bestuurlijke lus wordt opgedragen om de betreffende gebreken (binnen 26 weken) te herstellen (r.o. 138.-139.).

4. Alhoewel de uitspraak in algemene zin lezenswaardig is, is er een aantal punten dat in het bijzonder de aandacht trekt. Wij beperken ons in deze noot tot de bespreking van deze (drie) punten. Het betreft een procedureel punt, namelijk (i) de werkwijze van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak ('StAB'). De (twee) materiële punten in deze uitspraak die zich ons inziens voor bespreking lenen zijn: (ii) de toepassing van de ladder voor duurzame verstedelijking ('Ladder') en (iii) het gebruik van flexibele planregels. Wij beginnen met het procedureel punt.

5. De StAB had van de Afdeling de opdracht gekregen om de gevolgen van het plan te beschrijven, voor zover dit nodig was voor de behandeling van de beroepen. Dat is een opdrachtformulering die de Afdeling vrij standaard in bestemmingsplanprocedures hanteert (r.o. 18.). Een van de appellanten vond echter dat de StAB zich niet aan deze onderzoekopdracht had gehouden en zich te actief had opgesteld, door de Raad en de Efteling opdracht te geven nadere onderzoeken te verrichten en bij de Gemeente specifieke stukken op te vragen. De Afdeling ging hier niet in mee; de onderzoekopdracht was volgens haar 'op correcte en gebruikelijke wijze' uitgevoerd. Voor de opgevraagde stukken vond de Afdeling van belang dat deze ook aan de andere partijen ter beschikking waren gesteld. Het verwijt van opdracht tot nader onderzoek spitste de Afdeling toe op één voorbeeld, waarbij de StAB de Raad had verzocht om toe te lichten wat de geluidsbelasting vanwege wegverkeerslawaaï op enkele woningen zou zijn op een van de 74 drukke dagen waarop de zuidelijke ontsluiting in gebruik is. De Afdeling heeft hierbij doorslaggevend geacht dat, zoals

de Raad ter zitting heeft toegelicht, de vraag van de StAB is beantwoord c.q. toegelicht op basis van gegevens uit eerdere onderzoeken en daarbij geen nieuw onderzoek is uitgevoerd. Voor zover wij hebben kunnen nagaan heeft de Afdeling deze taakbeoordeling en -afbakening van de StAB niet eerder gemaakt.

6. Dat de hier door StAB gehanteerde aanpak conform de gebruikelijke wijze is, kunnen wij bevestigen. De StAB stelt zich doorgaans proactief en onderzoeksgericht op en vraagt in dat verband vaak een behoorlijke hoeveelheid aanvullende stukken en informatie bij de betrokken partijen (inclusief derde-belanghebbenden) op. Voor het aanleveren van (toelichtingen op) onderzoeken acht de Afdeling dat deze werkwijze blijkbaar in elk geval is toegestaan op het moment dat geen nieuw onderzoek wordt verricht. Wij merken op dat het in de praktijk best lastig kan zijn die lijn te trekken; uit een bestaand model of onderzoek kunnen vaak aanvullende gegevens worden afgeleid, maar soms moeten ook aanvullende berekeningen of invoergegevens worden uitgevoerd of bepaald om tot resultaten te komen. Het zal niet altijd eenvoudig te bepalen zijn of in zo'n situatie sprake is van een nieuw onderzoek of niet.

7. Belangrijker dan of wel of niet sprake is van nieuw onderzoek achten wij dat het beginsel van hoor en wederhoor zorgvuldig door de StAB wordt toegepast. Zodoende bevat het StAB-verslag het eindproduct van een volledig gevoerde inhoudelijke discussie op technisch gebied. In het verleden ging dit nog weleens mis en nam een partij pas in het uiteindelijke StAB-verslag kennis van (een toelichting op) een nader onderzoek. Met een Afdeling die niet altijd even genegen is (en daartoe ook minder geëquipeerd, daarvoor is immers de StAB), naar aanleiding van een reactie van een van de partijen, kritisch naar de technische analyse in het StAB-verslag te kijken, was het voor partijen lastig een dergelijke nieuwe (toelichting op een) onderzoek bij de Afdeling alsnog met succes ter discussie te stellen. Dat de StAB, wiens verslag een belangrijke functie in een beroepsprocedure en -uitspraak vervult, in dit opzicht meer zorgvuldigheid is gaan betrachten, maakt mogelijk ook dat de door haar aangenomen actieve rol beter te billijken is. Tegelijkertijd is het ook aan de Afdeling om te monitoren dat de StAB die zorgvuldigheid blijft betrachten en de rol en te verwachten werkwijze van de StAB - ook op voorhand - goed aan appellanten uit te leggen.

8. Belangrijke redenen waarom het sprookje voor de Efteling en de Raad vooralsnog geen goed einde kent, is gelegen in de toepassing van de Ladder. De Ladder, neergelegd in artikel 3.1.6, tweede lid Besluit ruimtelijke ordening ('Bro'), komt uitgebreid aan bod in deze uitspraak. In een eerdere uitspraak van 28 juni 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1724) heeft de Afdeling reeds een uitgebreid overzicht van haar 'Ladder jurisprudentie' tot dat moment gegeven. De Ladder vereist ten eerste dat indien met een bestemmingsplan een nieuwe stedelijke ontwikkeling mogelijk wordt gemaakt, de toelichting op het bestemmingsplan een beschrijving bevat van de behoefte aan de voorgenomen stedelijke ontwikkeling. Indien het bestemmingsplan daarnaast een

nieuwe stedelijke ontwikkeling mogelijk maakt buiten het bestaand stedelijk gebied, dient de toelichting, aanvullend op de beschrijving van de behoefte, een motivering te bevatten waarom niet binnen het bestaand stedelijk gebied in de behoefte kan worden voorzien.

9. De Afdeling oordeelde ten eerste dat is voldaan aan de horde van de eerste trede, de 'behoefte-toets' (r.o. 32.). Volgens de Afdeling heeft de Raad afdoende aannemelijk gemaakt dat de Efteling behoefte heeft aan een uitbreiding van het attractiepark. Waar appellanten aanvoerden dat een deugdelijke, cijfermatige onderbouwing van de actuele behoefte aan de uitbreiding van de dag- en verblijfsrecreatieve voorzieningen zou ontbreken, ging de Afdeling daar niet in mee. De Afdeling gaf in de uitspraak een opsomming van al hetgeen door de Raad was aangevoerd en onderbouwd, waaronder een 'Laddertoets uitbreiding Efteling' van extern bureau Stec Groep. Hieruit blijkt -samengevat- dat op basis van een historische groei van gemiddeld circa 4% per jaar, het aantal bezoeken zal toenemen tot ongeveer 7 miljoen in 2030. Van slechts een uiteenzetting van de ambities is geen sprake en voor een verdere cijfermatige onderbouwing ten aanzien van de verblijfsrecreatie doeleinden zag de Afdeling geen aanleiding. De verwijzing van appellanten naar een uitspraak van 15 oktober 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:3672) ging daarmee volgens de Afdeling niet op. Ook overigens lijken appellanten - de uitspraak geeft daar in elk geval geen blijk van - geen tegenrapportage te hebben ingebracht. Het succesvol bestrijden van een 'behoefte onderbouwing zonder tegenrapportage is meestal het recept voor het niet slagen van beroepsgronden die zich richten tegen de onderbouwing van de behoefte. Het Bestemmingsplan voor de uitbreiding doorstaat in ieder geval de behoefte toets van de Ladder.

10. Vervolgens sneuvelt het bestemmingsplan op trede 2 van de Ladder, het voorzien van een ontwikkeling buiten bestaand stedelijk gebied, alsnog. Appellanten voeren aan dat de Raad niet deugdelijk heeft gemotiveerd waarom niet binnen het bestaand stedelijk gebied in de behoefte kan worden voorzien. In dit verband wordt de omstandigheid aangevoerd dat 89% van de Efteling onbebouwd is. Gelet hierop menen appellanten dat de behoefte aan een uitbreiding van nieuwe dag- en verblijfsrecreatieve voorzieningen ook kan worden gerealiseerd door het bestaande stedelijke gebied te benutten. Kennelijk is het de uitdrukkelijke gezamenlijke wens van de Raad en de Efteling om die 89% onbebouwde grond te behouden. In gemeentelijk beleid is een maximaal bebouwingspercentage van 11% voor de Efteling neergelegd. Ten aanzien van de locatie voor de uitbreiding heeft de Raad aangevoerd dat de uitbreiding direct aansluitend aan de bestaande Efteling moet plaatsvinden omdat de Raad splitsing van de Efteling vanwege logistieke redenen onwenselijk vindt. Het gewenste maximale bebouwingspercentage en de gewenste aansluiting op het park samen maken dat de uitbreiding wordt voorzien buiten het bestaand stedelijke gebied.

11. De Afdeling kon mee in de afweging van de Raad dat er bezwaren zijn tegen de splitsing van de Efteling,

te meer nu de Efteling van oudsher op deze locatie is gevestigd. In de omstandigheid dat de Efteling voor 89% niet is bebouwd miste de Afdeling echter een nadrukkelijke motivering waarom de uitbreiding niet in bestaand stedelijk gebied kan worden gerealiseerd. In dit verband overwoog de Afdeling dat niet uit de toelichting op het bestemmingsplan is gebleken of is beoordeeld dat binnen het park gronden beschikbaar en geschikt zijn om in de behoefte aan attracties en verblijfsaccommodaties te voorzien. Enkel de wens om het terrein onbebouwd te laten is in dit opzicht onvoldoende. Vanuit het belang van zorgvuldig ruimtegebruik moet een nadere afweging worden gemaakt tussen het verhogen van de bebouwingsconcentratie in het park en het al dan niet behouden van de gronden buiten het bestaand stedelijk gebied. Het ontbreken van deze afweging maakt dat het bestemmingsplan is genomen in strijd met de Ladder. De Raad krijgt zes maanden de tijd om een nieuw besluit te nemen en (opnieuw) de tweede trede van de Ladder te onderbouwen. Tot die tijd is het bestemmingsplan geschorst.

12. Het zal een hele kluit voor de Raad worden om aan de gegeven opdracht van de Afdeling te kunnen voldoen. Sinds de eerder genoemde uitspraak van 28 juni 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1724, r.o. 10.3.) legt de Afdeling in dit kader de toets aan of het bevoegde gezag zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat binnen het bestaand stedelijk gebied geen geschikte locatie beschikbaar is waar de desbetreffende stedelijke ontwikkeling zou kunnen worden gerealiseerd. Indien locaties binnen stedelijk gebied kenmerken bevatten die doorslaggevend worden geacht om de ontwikkeling juist buiten stedelijk gebied te voorzien, moet de locatie goed en edegen worden betrokken in de afweging om de Ladder toets te kunnen doorstaan. Zo bleek ook uit een uitspraak van de Afdeling van 27 november 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:3987), waarbij de raad ten onrechte een - zo naar het leek geschikte - locatie binnen stedelijk gebied voor de gewenste woningbouw had 'overgeslagen' in de motivering. In een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Afdeling van 20 juni 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:1959) leverde de bekentenis van de raad ter zitting dat het onderzoek naar locaties binnen bestaand stedelijk gebied beperkt was gebleven tot twee locaties en er verder geen locaties waren beoordeeld, een schorsing van het bestemmingsplan op vanwege strijd met de Ladder. In de beoordeling naar de geschiktheid van locaties binnen bestaand stedelijk gebied dienen ook de mogelijkheden van herstructurering en transformatie te worden betrokken en gemotiveerd, zo volgt uit een uitspraak van de Afdeling van 29 mei 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:1740).

13. Kort en goed lijkt dus een inventarisatie van de mogelijkheden binnen het bestaand stedelijk gebied vereist en vervolgens een toets of die locaties aan de behoefte van de ontwikkeling voldoen. Zoals uit voornoemde jurisprudentie blijkt, toont de Afdeling zich kritisch als het gaat om een onderbouwing van de mogelijkheden om binnen het bestaand stedelijk gebied de gewenste ontwikkeling te realiseren. Dit is ook nadrukkelijk een van de doelen van de Ladder, zorgvuldig ruimtegebruik. De raad zal moeten inventariseren of binnen het bestaande attractiepark mo-

gelijkheden bestaan om de nieuwe dag- en verblijfsrecreatieve voorzieningen te voorzien. Nu 89% van de Efteling onbebouwd is, en daarmee - ogenschijnlijk - op het terrein bebouwingmogelijkheden te over, leidt dat tot de vraag of niet beter (deels) kan worden ingezet op inbreiding dan enkel uitbreiding op de (landbouw)gronden.

14. Vervolgens biedt het bestemmingsplan, aldus de Afdeling, op een aantal punten een te flexibele planregeling voor de Efteling. Mede ook met het oog op de Omgevingswet, die nadrukkelijk een meer flexibele vormgeving van (omgevings-)planregels voorstaat en waarvoor in de praktijk een steeds breder wordend enthousiasme lijkt te ontstaan, is het interessant om te zien welke eisen de Afdeling aan de onderbouwing van flexibele planregels stelt. Ten eerste is in het bestemmingsplan ter plaatse van de zogenaamde deelgebieden 8.2 en 8.3 de bestemming 'Recreatie - Dagrecreatie' en zijn de aanduidingen 'bouwvlak', 'maximum bebouwingspercentage (%) = 60' en 'maximum bouwhoogte (m) = 25' toegekend, maar niet de aanduiding 'uitgesloten - gebouwde parkeervoorzieningen' (r.o. 85.5.). Dit heeft tot gevolg dat overal in de twee deelgebieden een maximale bouwhoogte is toegestaan, ongeacht de situering en afstand ten opzichte van de woningen van appellant (en anderen). Weliswaar voorzagen de planregels in een maximum bebouwingspercentage, maar omdat gebouwde parkeervoorzieningen van dat percentage waren uitgesloten, kan het hele perceel met gebouwen van 25 m hoog worden gebouwd.

15. De Afdeling oordeelde dat, gelet op deze ruime bouw- en gebruiksmogelijkheden en de situering en afstand daarvan tot de woningen in de betreffende deelgebieden, het uitzicht vanuit die woningen in aanzienlijke mate zal veranderen en zal worden beperkt. Ook nam zij aan dat hierdoor de privacy, rust en het woongenot van de bewoners aanzienlijk zal worden aangetast. De Raad had volgens de Afdeling onvoldoende aannemelijk gemaakt dat met een voorwaardelijke verplichting waarmee een groene voorziening werd voorzien, die negatieve gevolgen van de ontwikkelingen voldoende konden worden weggenomen. De Afdeling oordeelde daarom dat de Raad, mede gelet op de betrokken belangen, onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt waarom ter plaatse van de twee deelgebieden is voorzien in dusdanig ruimte bebouwingmogelijkheden. De Afdeling achtte in dit verband niet toereikend de door de Raad gegeven motivering dat vanuit de Efteling behoefte bestaat aan een flexibele planregeling, die voor de concrete invulling van deelgebieden verschillende mogelijkheden biedt. Een reden voor het hier ontbreken van een meer kwalitatieve beoordeling kan mogelijk worden verklaard doordat de visuele effecten van de potentiële bebouwing op de hier betrokken woningen aan de Bernsehoef (anders dan de woningen aan de Europalaan), niet in kaart waren gebracht (par. 3.3 en bijlage 9 bij toelichting). De Afdeling achtte de betrokken bestemming 'Recreatie - Dagrecreatie' en aanduiding 'bouwvlak' in strijd met het motiveringsbeginsel van artikel 3:46 Awb genomen.

16. Ook op een ander punt had de Efteling behoefte aan flexibiliteit. Op het perceel ten zuiden van de zoge-

naamde locatie 3, bestemd als 'Recreatie - Verblijfsrecreatie', wilde de Efteling in beginsel een camperparkeerplaats (met maximaal 48 plaatsen) realiseren, maar heeft de Raad ook voorzien in andere mogelijkheden voor verblijfsaccommodaties, in die zin dat andere verblijfsaccommodaties dan camperparkeerplaatsen niet zijn uitgesloten (r.o. 87.). Ter onderbouwing van de ruimtelijke impact vanuit dit perceel heeft de Raad, met verwijzing naar een deskundigenrapport, betoogd dat een camperparkeerplaats met 48 standplaatsen als 'worst case' kan worden aangemerkt, en de aanvaardbaarheid hiervan ook voor andere invullingen geldt. De Afdeling accepteerde deze 'worst case' benadering hier om twee redenen niet. Ten eerste achtte zij het aannemelijk dat op dit perceel (van ca. 8.000 m²) een groter aantal campers kan worden geplaatst. In het deskundigenrapport ontbrak het op dit punt aan een deugdelijke motivering, hetgeen evenzeer gold voor het door de Raad ter zitting ingebrachte punt dat vanuit veiligheidsoogpunt niet meer plaatsen kunnen worden geparkeerd. Ten tweede achtte de Afdeling het, gelet op de ruime bouw- en gebruiksmogelijkheden, niet uitgesloten dat ter plaatse een andere ontwikkeling (met meer en/of andere impact) dan een camperparkeerplaats kan worden gerealiseerd. Het Bestemmingsplan voorzorg volgens de Afdeling bijvoorbeeld eveneens in de bouw van een verblijfsaccommodatie van circa 1.600 m² en een bouwhoogte van 10 m. De Afdeling concludeerde daarom samenvattend dat de Raad onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt wat de ruimtelijke gevolgen zijn van de ontwikkelingen die het plan mogelijk maakt op het perceel ten zuiden van locatie 3, en oordeelde dat de betrokken bestemming 'Recreatie - Verblijfsrecreatie' in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb is genomen.

17. Als uitgangspunt voor flexibel bestemmen (in een regulier bestemmingsplan) geldt dat de raad beleidsvrijheid heeft om de mate van gedetailleerdheid van de planregels te bepalen. Of een niet nader uitgewerkte globale of flexibele bestemming uit het oogpunt van rechtszekerheid aanvaardbaar is, dient volgens de Afdeling van geval tot geval te worden beoordeeld (ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1747, r.o. 12.3.). Een beleidskeuze om globaal of flexibel te bestemmen is ook toegestaan indien al specifieke plannen voor de invulling van het plangebied bestaan, wel zal de raad in een voorkomend geval de voorkeur voor een flexibele regeling moeten onderbouwen (ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1400, r.o. 5.3.). Bij de motivering van flexibele planregels is dus van belang om met de rechtszekerheid van belanghebbenden rekening te houden.

18. Indien in een bestemmingsplan wordt gekozen voor ruime gebruiksmogelijkheden en daarmee een ruime mate van flexibiliteit, dan dient van de maximale invulling van die planologische mogelijkheid te worden uitgegaan (ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1146, r.o. 5.). In deze uitspraak ging dat op twee punten mis. Ten eerste was in het deskundigenrapport onvoldoende onderbouwd dat voor de maximale invulling van de camperparkeerplaats, van 48 campers kon worden uitgegaan. Hier lijkt het vooral stuk te zijn gelopen op een onvoldoende cijfermatige onderbouwing in het deskundigenrapport. Daarnaast heeft de

raad, bij deze ruime bestemmingsomschrijving, verzuimd te onderzoeken wat voor impact andere functies dan waarvan ze primair verwachtte dat die zouden worden gerealiseerd, op het woon- en leefklimaat hebben (ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4003 r.o. 11.3.). Een analoge benadering qua impact beredeneerd vanuit de primair voorziene functie, zoals de raad hier heeft geprobeerd, zal - zo is onze inschatting - vanwege onvergelijkbaarheid van functies, al snel spaak lopen.

19. Een vervolgvraag die in het kader van de bestuurlijke lus bij deze, maar zeker ook bij de andere hier besproken flexibele planregel zal volgen is in hoeverre van belang is dat de Efteling als initiatiefnemer deze flexibiliteit ook daadwerkelijk nodig heeft. Hoewel in zijn algemeenheid niet kan worden gezegd dat een bestemmingsplan niet meer nodig kan maken dan hetgeen een initiatiefnemer beoogt, kan het bieden van flexibiliteit onder omstandigheden niet zijn toegestaan indien de initiatiefnemer de geboden flexibiliteit niet nodig heeft (ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1136, r.o. 9.1.). De Afdeling kwam in een uitspraak van 26 september 2018 tot het oordeel dat het college een wijzigingsplan onzorgvuldig had voorbereid door te veel flexibiliteit te bieden; in het betreffende plan waren geen bouwvlakken en te ruime bouwhoogten opgenomen, ook konden overall vergunningsvrije bouwwerken worden gerealiseerd. Daarbij speelde mee dat de initiatiefnemer ook akkoord was gegaan met een lagere bouwhoogte en dat het college een lagere bouwhoogte tevens aanvaardbaar vond (ECLI:NL:RVS:2018:3105, r.o. 9.1.). Tegelijkertijd vond de Afdeling in een andere uitspraak het iets groter vaststellen van het bouwvlak dan nodig was voor de realisatie van het bouwplan zodat enige flexibiliteit werd geboden, niet onredelijk (ABRvS 26 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2001, r.o. 4.5.). Afhankelijk van de mate van flexibiliteit en ruimte in gebruiksmogelijkheden die de Raad wenst te bieden, zal vervolgens moeten worden onderzocht wat voor een impact dergelijk gebruik op het woon- en leefklimaat heeft.

20. Alhoewel de nieuwe Omgevingswet de planwetgever tot globaler bestemmen lijkt te inspireren, is de beoordeling van flexibele planregels onder het bestemmingsplan niet noodzakelijkerwijs dezelfde als die onder het omgevingsplan zal zijn, tenminste als wij kijken naar de experimenten die op dit punt zijn gedaan met het bestemmingsplan verbrede reikwijdte. De reden hiervoor is dat het onder een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte is toegestaan om bij de toetsing van de aanvraag van een omgevingsvergunning een nadere invulling te geven aan open normen (welke invulling ook dan kan worden getoetst). De Afdeling heeft expliciet overwogen dat de rechtspraak die zij over reguliere bestemmingsplannen heeft gevormd, namelijk dat een nader afwegingsmoment omtrent het toegestane grondgebruik in geval van een bestemming bij recht niet is toegestaan (bijv. 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3971), niet van toepassing is op een vergunningstelsel als in een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte (zie ABRvS 14 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2772, r.o. 16.2.). Kortom, aangezien er sprake kan zijn van een nader afwegingsmoment is flexibel bestemmen in een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte onvergelijkbaar met dat in een regulier bestemmingsplan.

21. De slotsom is dat de Raad op deze punten - de lader voor duurzame verstedelijking en de flexibele planregels - in de gelegenheid wordt gesteld om deze, tezamen met een reeks andere punten, met toepassing van de bestuurlijke lus te repareren (r.o. 138-139.). Al met al lijken de tekortkomingen die de Afdeling in het bestemmingsplan op de hier besproken punten heeft geconstateerd, te kunnen worden gerepareerd. Vermoedelijk eind goed al goed dus voor de Efteling en haar bezoekers, maar zoals bij sprookjes blijft het nog even spannend..

M.C. Brans en M.C.T.M. Sonderegger

TBR 2021/22

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 6 januari 2021, No. 202001792/1/R4, ECLI:NL:RVS:2021:8 (Last onder dwangsom zorgcomplex Arnhem)

(Mr. S.F.M. Wortmann, mr. G.T.J.M. Jurgens en mr. A. ten Veen)

Wro: art. 3.1, art. 7.1, ; Wabo: art. 2.1 lid 1 aanhef en onder c, art. 5.1, art. 5.2; Gemw: art. 125; Awb: art. 5:1, art. 5:2, art. 5:4, art. 5:32, art. 8:1, art. 8:86 lid 1, art. 8:104 lid 1 onder b, art. 8:113 lid 1

Onderdak met overnachting en begeleiding voor personen met gedrags- of verslavingsproblemen in gedeelte flatgebouw. Bewoning niet in strijd met bestemming Maatschappelijk. Woonfunctie niet hoofddoel plaatsing bewoners. B en W onbevoegd handhavend op te treden

Met noot H.J. de Vries, Red.

Procesverloop

Bij besluit van 4 juni 2019 heeft het college (B en W van de gemeente Arnhem, HdV) aan Stichting Onderdak twee lasten onder dwangsom opgelegd om de geconstateerde overtreding van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: de Wabo) op het perceel aan de Bronbeeklaan 66 in Arnhem (hierna: het perceel) te beëindigen en beëindigd houden en het verboden gebruik niet te herhalen of uit te breiden.

Bij besluit van 25 november 2019 heeft het college het door Stichting Onderdak daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 5 februari 2020 heeft de rechtbank het door Stichting Onderdak daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft Stichting Onderdak hoger beroep ingesteld.

(...)

Overwegingen

Juridisch kader

1. De relevante bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), de Gemeentewet, de Wabo, de Wet ruimtelijke ordening en de regels bij het bestemmingsplan 'Velperweg e.o.' (hierna: de planregels onderscheidenlijk het bestemmingsplan) zijn opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak. Die bijlage maakt deel uit van deze uitspraak.

Inleiding

2. Stichting Onderdak biedt op verschillende locaties onderdak met overnachting en begeleiding aan personen met gedrags- of verslavingsproblemen die sociaal-maatschappelijk ernstig in de knel zitten. Ten tijde van belang huurde

Stichting Onderdak een deel van een gebouw op het perceel (hierna: het gebouw) waar zij verblijft met overnachting en begeleiding bood aan zeven uit detentie afkomstige personen (hierna: de cliënten) op grond van een voor elk van de cliënten met de Dienst Justitiële Inrichtingen (hierna: de DJI) gesloten plaatsingsovereenkomst. Voor alle hiermee verband houdende kosten ontving Stichting Onderdak een vergoeding van het ministerie van Justitie en Veiligheid. Buiten het gebouw kregen de cliënten therapie van psychiaters, psychologen of verslavingsartsen. In het gebouw beschikten de cliënten over een eigen kamer en er was een gemeenschappelijke ruimte ingericht voor dagbesteding. De begeleiders beschikten over sleutels om de kamers van de cliënten te kunnen betreden en in het gebouw was 24-uurs toezicht aanwezig. De cliënten waren verplicht om tussen 22.00 uur en 8.00 uur in het gebouw aanwezig te zijn. De Stichting belangenbewoners heeft het college verzocht handhavend op te treden tegen de wijze waarop Stichting Onderdak het perceel gebruikt. Als gevolg van de opgelegde lasten heeft Stichting Onderdak het gebouw inmiddels niet meer in gebruik, maar zij wil in de toekomst weer cliënten in het gebouw plaatsen. Ingevolge het bestemmingsplan rust op het perceel de bestemming "Maatschappelijk". Op de gronden met die bestemming is ingevolge artikel 13 van de planregels onder meer gezondheids- en welzijnszorg toegestaan als omschreven in artikel 1.30 van de planregels.

De besluiten

3. Het besluit van 4 juni 2019 vermeldt dat een toezichthouder van de omgevingsdienst van de gemeente op 9 mei 2019 heeft geconstateerd dat Stichting Onderdak de cliënten in het gebouw laat wonen. Volgens het college dient dit gebruik te worden aangemerkt als een bijzondere woonvorm als omschreven in artikel 1.17 van de planregels. Dit gebruik is alleen toegestaan binnen de bestemming 'Wonen'. Door dit gebruik overtreedt Stichting Onderdak artikel 2.1, aanhef en onder c, van de Wabo, omdat op het perceel niet de bestemming 'Wonen', maar de bestemming 'Maatschappelijk' rust, aldus het college. Het college heeft Stichting Onderdak, onder oplegging van een dwangsom van €50.000,00 ineens, gelast de overtreding binnen vier weken na de verzenddatum van dit besluit te beëindigen en beëindigd te houden (hierna: last 1). Om uitbreiding van het verboden gebruik te voorkomen, heeft het college Stichting Onderdak voorts, onder oplegging van een dwangsom van € 10.000,00 per nieuwe bewoner, met een maximum van € 100.000,00, gelast het verboden gebruik van het gebouw niet te herhalen of uit te breiden (hierna: last 2). Het college zal geen medewerking verlenen aan een verzoek om af te wijken van de re-

gels in het bestemmingsplan, omdat het college het huidige gebruik van het gebouw onwenselijk acht. Dit betekent dat geen sprake is van concreet zicht op legalisatie, aldus het college in het besluit van 4 juni 2019.

Bij besluit van 25 november 2019 heeft het college, door naar het advies van de bezwaarschriftencommissie van 21 november 2019 te verwijzen en de daarin vermelde motivering te onderschrijven en over te nemen, het besluit van 4 juni 2019 gehandhaafd. In het advies staat dat de begeleiding die Stichting Onderdak de cliënten aanbiedt niet kan worden aangemerkt als (therapeutische) behandeling als omschreven in artikel 1.30 van de planregels, omdat geen sprake is van een behandeling gericht op herstel of genezing, maar van begeleiding en ondersteuning op verschillende leefgebieden. Daarbij is uitgegaan van de betekenis van het begrip behandeling in het algemeen spraakgebruik, omdat dat begrip niet in het bestemmingsplan is omschreven. Onder behandeling moet dan worden verstaan een verzorging die gericht is op herstel of op voorkoming van verergering. Een therapeutische behandeling is dan een op een geneeswijze betrekking hebbende behandeling, aldus het advies. Bij besluit van 25 november 2019 heeft het college voorts de begunstigingstermijn om aan last 1 te voldoen, verlengd tot zes weken na verzending van dat besluit.

De aangevallen uitspraak

4. De rechtbank heeft overwogen dat het geschil zich toespitst op de vraag of het gebruik van het gebouw gepaard gaat met (therapeutische) behandeling, maar dat de tekst van het bestemmingsplan geen antwoord geeft op de vraag hoe intensief de behandeling moet zijn om maatschappelijke opvang met (therapeutische) behandeling te kunnen spreken. Voor het antwoord op die vraag heeft de rechtbank daarom gekeken naar de systematiek van de planregels en met name naar het onderscheid tussen de ‘bijzondere woonvorm’ als omschreven in artikel 1.17 van de planregels enerzijds en ‘maatschappelijke opvang’ als omschreven in artikel 1.30 van de planregels anderzijds. Omdat uit artikel 1.17 volgt dat het doel van het verblijf bij een ‘bijzondere woonvorm’ niet in therapeutische behandeling kan zijn gelegen, kan alleen sprake zijn van ‘maatschappelijke opvang’, indien therapeutische behandeling het doel van de opvang is, aldus de rechtbank. Het doel van het verblijf van de cliënten is niet primair gelegen in behandeling, maar in begeleiding bij het terugkeren in de maatschappij. De eventueel gegeven behandeling voor gedrags- of verslavingsproblemen is daaraan slechts onderschikt, aldus de rechtbank. Daarom heeft de rechtbank overwogen dat het college zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het gebruik van het gebouw door Stichting Onderdak in strijd is met het bestemmingsplan.

Het hoger beroep

5. Stichting Onderdak betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het college zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het gebruik van het gebouw door Stichting Onderdak in strijd is met het bestemmingsplan. Stichting Onderdak voert aan dat artikel 1.30 van de planregels niet vereist dat sprake is van therapeutische behandeling, omdat het woord ‘therapeutisch’ in die bepaling tussen haakjes staat. De cliënten hadden geen huurovereenkomst met Stichting Onderdak, maar verbleven in het gebouw op basis van een plaatsingsovereenkomst. De duur van dat verblijf was afhankelijk van de zorgvraag, maar met een maximum van twee jaar. De zorgvraag van de cliënten zag op hun gedragsproblemen, al dan niet in samenhang met verslavingsproblemen. Het doel van de plaatsing was het disfunctioneren van de cliënten te verhelpen als voorbereiding op hun terugkeer in de maatschappij. Om dat doel te bereiken werden de cliënten in het gebouw op intensieve en gestructureerde wijze begeleid door medewerkers van Stichting Onderdak. Daarnaast kregen de cliënten buiten het gebouw therapieën van psychiaters, psychologen of verslavingsartsen. In het gebouw zouden therapieruimten worden gerealiseerd, maar door de opgelegde lasten zijn de verbouwwerkzaamheden stilgelegd. Niet alleen de therapieën, maar ook de begeleiding dient als therapeutische behandeling te worden aangemerkt, aldus Stichting Onderdak. Tussen 8.00 uur en 22.00 uur mochten de cliënten het gebouw uitsluitend verlaten, indien dat, naast hun therapie, nodig was voor hun resocialisatie. Het verblijf van de cliënten in het gebouw kan niet worden aangemerkt als zelfstandige, dan wel nagenoeg zelfstandige bewoning. Dat verblijf had immers een overwegend verzorgend karakter waarbij de nadruk lag op behandeling. Dat verblijf valt dus niet binnen de functie ‘bijzondere woonvorm’, maar binnen de functie ‘gezondheids- en welzijnszorg’ als bedoeld in artikel 13.1, aanhef en onder b, van de planregels. Voor zover het gebruik van het gebouw niet binnen die functie past, heeft de rechtbank niet onderkend dat dat gebruik zodanig met die functie vergelijkbaar is dat het valt binnen de in artikel 13.1, aanhef en onder f gegeven omschrijving, aldus Stichting Onderdak.

5.1. Gelet op het aangevoerde in hoger beroep en het verhandelde ter zitting gaat de Afdeling uit van de volgende feiten en omstandigheden. De DJI had de cliënten bij Stichting Onderdak geplaatst, omdat gedragsproblemen van de cliënten, al dan niet versterkt door verslavingsproblematiek, in de weg stonden aan hun terugkeer in de maatschappij. De plaatsing had tot doel het functioneren van de cliënten zodanig te verbeteren of te herstellen dat zij na afloop van de plaatsing weer in de maatschappij kunnen functioneren. Voor dat doel was een behandelplan opgesteld op grond waarvan de cliënten in het gebouw intensief werden begeleid door medewerkers van Stichting On-

derdak en buiten het gebouw therapie kregen van psychiaters, psychologen of verslavingsartsen. De plaatsing van de cliënten bij Stichting Onderdak was voor de duur van twee jaar, of korter als de zorg eerder zou worden beëindigd.

5.2. Stichting Onderdak heeft het gebouw ten tijde van belang gebruikt in overeenstemming met de op het perceel rustende bestemming 'Maatschappelijk', omdat dat gebruik naar het oordeel van de Afdeling kan worden aangemerkt als gezondheids- en welzijnszorg als bedoeld in artikel 13.1, aanhef en onder b, gelezen in samenhang met artikel 1.30, van de planregels. Het hoofddoel van de plaatsing van de cliënten bij Stichting Onderdak was immers gelegen in het herstellen of verbeteren van hun functioneren ten behoeve van hun terugkeer in de maatschappij door intensieve begeleiding en therapie op basis van een behandelplan. Therapeutische behandeling maakte onderdeel uit van het plan op grond waarvan de behandelingen werden gegeven. Gelet daarop is sprake geweest van maatschappelijke opvang met therapeutische behandeling inclusief overnachting en behoeft de vraag naar de betekenis van het tussen haakjes geplaatste woord 'therapeutische' in artikel 1.30 van de planregels in dit geval geen beantwoording. Dat een deel van de behandeling buiten het gebouw heeft plaatsgevonden, doet niet af aan het doel waarvoor de cliënten in het gebouw verbleven. Dat de cliënten ten tijde van belang ook in het gebouw woonden doet voorts niet af aan het maatschappelijke karakter van de geboden opvang, omdat de woonfunctie niet het hoofddoel van de plaatsing was. Het college heeft zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat Stichting Onderdak het perceel en het gebouw in strijd met het bestemmingsplan heeft gebruikt. Omdat Stichting Onderdak artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo niet heeft overtreden, is het college niet bevoegd tegen dit gebruik handhavend op te treden.

Het betoeg slaagt.

Slotsom

6. Het hoger beroep is gegrond. Wat Stichting Onderdak overigens in hoger beroep heeft aangevoerd, behoeft geen bespreking. De aangevalen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 26 november 2019 van het college alsnog gegrond verklaren. Dat besluit komt voor vernietiging in aanmerking, omdat aan de daarbij opgelegde lasten geen overtreding ten grondslag ligt. De Afdeling zal op na te melden wijze in de zaak voorzien. Het primaire besluit van 4 juni 2019 zal worden herroepen. De Afdeling zal bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. (Enz. enz. Red.)

NOOT

Algemeen

1. De Stichting Onderdak te Arnhem biedt op verschillende locaties onderdak met overnachting en begeleiding aan personen met gedrags- of verslavingsproblemen die sociaal-maatschappelijk ernstig in de knel zitten. De Stichting huurt een deel van een gebouw op het perceel Bronbeeklaan 66 (de Paasbergflat), waar zij verblijft met overnachting en begeleiding biedt aan zeven uit detentie afkomstige personen. De Stichting heeft hiertoe een plaatsingsovereenkomst gesloten met de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI). Voor alle hiermee verband houdende kosten ontvangt de Stichting een vergoeding van het ministerie van Justitie en Veiligheid. Buiten het gebouw krijgen de cliënten therapie van psychiaters, psychologen of verslavingsartsen, binnen het gebouw beschikken zij over een eigen kamer en is er een gemeenschappelijke ruimte ingericht voor dagbesteding. De begeleiders beschikken over sleutels om de kamers van de cliënten binnen te kunnen en in het gebouw is 24-uurs toezicht aanwezig. Aan cliënten is een avondklok opgelegd, inhoudende dat zij tussen 22.00 uur en 8.00 uur in het gebouw aanwezig moeten zijn.

2. De Stichting belangenbewoners heeft B en W verzocht om handhavend op te treden tegen de wijze waarop de Stichting Onderdak het door haar gehuurde deel van de Paasbergflat gebruikt. Als gevolg van de door B en W opgelegde lasten heeft deze Stichting het gebouw op dit moment niet in gebruik maar zij wil in de toekomst weer cliënten in de flat plaatsen. Op het perceel rust de bestemming Maatschappelijk uit het door de raad op 27 november 2017 vastgestelde bestemmingsplan 'Velperweg e.o.'. Volgens B en W van Arnhem moet het gebruik dat de Stichting Onderdak van het gebouw maakt worden aangemerkt als bijzondere woonvorm als bedoeld in art. 1.17 planregels¹, wat volgens het college alleen is toegestaan binnen de bestemming Wonen en niet binnen de bestemming Maatschappelijk. B en W zijn van mening dat de Stichting art. 2.1 aanhef en onder c Wabo² overtreedt omdat op het perceel niet de bestemming Wonen maar de bestemming Maatschappelijk rust. Uit een publicatie in de Stentor van 6 januari jl. blijkt dat de gemeente Arnhem niet zo blij is met de uitspraak van de ABRvS: *"De kern van het conflict was de vraag of de zorgcliënten in de flat woonden of niet. Onderdak stelde dat er vooral zorg werd verleend, de gemeente vond van niet. De Raad van State volgt de redenering van Onderdak. De gemeente legt zich daar mokkend bij neer. Er was daar geen 24 uur per dag zorg, alleen maar ambulante begeleiding. Wij zagen dat als wonen."*

Bestreden besluit en standpunt rechtbank

3. Bij hun handhavingsbesluit van 4 juni 2019 hebben B en W twee lasten onder dwangsom opgelegd. De

¹ De relevante planregels worden hierna weergegeven bij de bespreking van de uitspraak.

² Art. 2.1 aanhef en onder c Wabo luidt: 'Het is verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit: [...] c. het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan [...]'.
 JURISPRUDENTIE

Stichting Onderdak werd, onder oplegging van een dwangsom van € 50.000,00 ineens, gelast de overtreding binnen vier weken na de verzenddatum van het besluit te beëindigen en beëindigd te houden (last 1). Om uitbreiding van het verboden gebruik te voorkomen, hebben B en W de Stichting voorts, onder oplegging van een dwangsom van € 10.000,00 per nieuwe bewoner, met een maximum van € 100.000,00, gelast het verboden gebruik van het gebouw niet te herhalen of uit te breiden (last 2). Bezwaar en een verzoek om voorlopige voorziening bij de rechtbank Gelderland leidden niet tot succes voor de Stichting³, maar het hoger beroep bij de ABRvS wel. Kern van het standpunt van de ABRvS is dat het feit dat cliënten ook in het gebouw wonen, niet afdoet aan het maatschappelijk karakter van de geboden opvang omdat de woonfunctie niet het hoofddoel van de plaatsing is.

4. Standpunt rechtbank: (1e) het geschil spitst zich toe op de vraag of het gebruik van het gebouw gepaard gaat met (therapeutische) behandeling, (2e) nu de tekst van het bestemmingsplan geen antwoord geeft op de vraag hoe intensief de behandeling moet zijn om van maatschappelijke opvang met (therapeutische) behandeling te kunnen spreken, is gekeken naar de systematiek van de planregels en met name naar het onderscheid tussen de 'bijzondere woonvorm' als bedoeld in art. 1.17 planregels⁴ enerzijds en 'maatschappelijke opvang' als bedoeld in art. 1.30 planregels⁵ anderzijds, (3e) omdat uit art. 1.17 volgt dat het doel van het verblijf bij een 'bijzondere woonvorm' niet in therapeutische behandeling kan zijn gelegen, kan alleen sprake zijn van 'maatschappelijke opvang' wanneer therapeutische behandeling het doel van de opvang is, (4e) doel van het verblijf van cliënten is niet primair gelegen in behandeling maar in begeleiding bij het terugkeren in de maatschappij, (5e) de eventueel gegeven behandeling voor gedrags- of verslavingsproblemen is daaraan slechts onderschikt, (6e) B en W hebben zich terecht op het standpunt gesteld dat het gebruik van het gebouw door Stichting Onderdak in strijd is met het bestemmingsplan.

Verweer Stichting Onderdak

5. Verweer Stichting Onderdak: (1e) art. 1.30 planregels vereist niet dat sprake is van therapeutische behandeling omdat het woord 'therapeutisch' in die bepaling tussen haakjes staat, (2e) cliënten hebben geen huurovereenkomst met de Stichting Onderdak maar verblijven in het gebouw op basis van een plaatsingsovereenkomst, (3e) de duur van

dat verblijf is afhankelijk van de zorgvraag maar met een maximum van twee jaar, (4e) de zorgvraag van de cliënten ziet op hun gedragsproblemen, al dan niet in samenhang met verslavingsproblemen, (5e) doel van de plaatsing is het disfunctioneren van cliënten te verhelpen als voorbereiding op hun terugkeer in de maatschappij, (6e) om dat doel te bereiken worden cliënten in het gebouw op intensieve en gestructureerde wijze begeleid door medewerkers van de Stichting Onderdak, (7e) daarnaast krijgen cliënten buiten het gebouw therapieën van psychiaters, psychologen of verslavingsartsen, (8e) in het gebouw zouden therapieruimten worden gerealiseerd maar door de opgelegde lasten zijn de verbouwwerkzaamheden stilgelegd, (9e) niet alleen de therapieën maar ook de begeleiding dient als therapeutische behandeling te worden aangemerkt, (10e) tussen 8.00 uur en 22.00 uur mogen cliënten het gebouw uitsluitend verlaten wanneer dat, naast hun therapie, nodig is voor hun re-socialisatie, (11e) het verblijf van cliënten in het gebouw kan niet worden aangemerkt als zelfstandige dan wel nagenoeg zelfstandige bewoning, omdat het verblijf een overwegend verzorgend karakter heeft waarbij de nadruk ligt op behandeling, (12e) dat verblijf valt niet binnen de functie 'bijzondere woonvorm' maar binnen de functie 'gezondheids- en welzijnszorg' als bedoeld in art. 13.1 aanhef en onder b van de planregels⁶, (13e) voor zover het gebruik van het gebouw niet binnen die functie past, heeft de rechtbank niet onderkend dat dat gebruik zodanig met die functie vergelijkbaar is dat het valt binnen de in art. 13.1 aanhef onder f gegeven omschrijving.⁷

Standpunt ABRvS

6. Oordeel ABRvS: (1e) de DJI heeft de cliënten bij de Stichting Onderdak geplaatst omdat gedragsproblemen van de cliënten, al dan niet versterkt door verslavingsproblematiek, in de weg staan aan hun terugkeer in de maatschappij, (2e) de plaatsing heeft tot doel het functioneren van de cliënten zodanig te verbeteren of te herstellen dat zij na afloop van de plaatsing weer in de maatschappij kunnen functioneren, (3e) voor dat doel is een behandelplan opgesteld op grond waarvan cliënten in het gebouw intensief worden begeleid door medewerkers van de Stichting Onderdak en buiten het gebouw therapie krijgen van psychiaters, psychologen of verslavingsartsen, (4e) de plaatsing van cliënten bij de Stichting Onderdak is voor de duur van twee jaar, of korter als de zorg eerder wordt beëindigd, (5e) de Stichting Onderdak heeft het gebouw gebruikt in overeenstemming met de op het perceel rustende bestemming Maatschappelijk omdat dat gebruik kan worden aangemerkt als gezondheids- en welzijnszorg als bedoeld in art. 13.1 aanhef onder b, gelezen in samenhang met art. 1.30 planregels⁸, (5e) hoofddoel van de plaatsing van de cliënten bij de Stichting Onderdak is gelegen in het herstellen of verbeteren van hun functioneren ten behoeve

3 Op grond van art. 104 lid 1 onder b Awb kan tegen een uitspraak van de voorzieningenrechter die gedaan is met toepassing van art. 8:86 lid 1 Awb, hoger beroep bij de ABRvS worden ingesteld. De voorzieningenrechter heeft in deze kwestie dus onmiddellijk uitspraak in de hoofdzaak gedaan.

4 Art. 1.17 planregels luidt: 'Bijzondere woonvorm. Een woonvorm waar bewoners nagenoeg zelfstandig wonen met (voorzieningen voor) verzorging en begeleiding (ook 24-uurs begeleiding) en daar niet verblijven met het doel om therapeutisch behandeld te worden.'

5 Art. 1.30 planregels luidt voor zover van toepassing: 'Gezondheids- en welzijnszorg. • dag- en nachtvoorzieningen voor gehandicapten, psychiatrische patiënten, jongeren en maatschappelijke opvang met (therapeutische) behandeling inclusief overnachting.'

6 Art. 13.1 planregels luidt: Bestemmingsomschrijving: 'De voor Maatschappelijk aangewezen gronden zijn bestemd voor: [...] b. gezondheids- en welzijnszorg; [...] f. functies vergelijkbaar met die genoemd onder a. tot en met e. van dit lid'; [...].

7 Zie noot 6.

8 Zie voor art. 13.1 planregels noot 6 en voor art. 1.30 planregels noot

van hun terugkeer in de maatschappij door intensieve begeleiding en therapie op basis van een behandelplan, (6e) therapeutische behandeling maakt onderdeel uit van het plan op grond waarvan de behandelingen worden gegeven, (7e) gelet daarop is sprake van maatschappelijke opvang met therapeutische behandeling inclusief overnachting en behoeft de vraag naar de betekenis van het tussen haakjes geplaatste woord 'therapeutische' in art. 1.30 planregels in dit geval geen beantwoording, (8e) dat een deel van de behandeling buiten het gebouw plaatsvindt doet niet af aan het doel waarvoor de cliënten in het gebouw verblijven, (9e) dat cliënten ook in het gebouw wonen doet ook niet af aan het maatschappelijke karakter van de geboden opvang omdat de woonfunctie niet het hoofddoel van de plaatsing is, (10e) B en W hebben zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat de Stichting Onderdak het perceel en het gebouw in strijd met het bestemmingsplan heeft gebruikt, (11e) omdat art. 2.1 lid 1 aanhef en onder c Wabo niet is overtreden zijn B en W niet bevoegd handhavend tegen het gebruik op te treden.

Uitleg planvoorschriften

7. De uitspraken van de ABRvS en de rechtbank staan haaks op elkaar. In de aantekeningen 5 t/m 8 van mijn annotatie bij een Afdelingsuitspraak van 20 mei 2020⁹ heb ik aandacht besteed aan enkele uitspraken van de ABRvS, waarvan de strekking kort samengevat is dat de tekst van de wet prevaleert boven de bedoeling hiervan wanneer de tekst duidelijk is en niet voor meerdere uitleg vatbaar. Het doet er daarbij niet toe of het gaat om een wet in formele zin (bijv. de Wro of de Crisis- en herstelwet etc.) of een wet in materiële zin (bijv. een bestemmingsplan of een provinciale omgevingsverordening etc.). De vraag is hoe de uitspraken van de rechtbank en de ABRvS in dit licht moeten worden geïnterpreteerd. Rechtbank: "De rechtbank heeft overwogen dat het geschil zich toespitst op de vraag of het gebruik van het gebouw gepaard gaat met (therapeutische) behandeling, maar dat de tekst van het bestemmingsplan geen antwoord geeft op de vraag hoe intensief de behandeling moet zijn om van maatschappelijke opvang met (therapeutische) behandeling te kunnen spreken. Voor het antwoord op die vraag heeft de rechtbank daarom gekeken naar de systematiek van de planregels en met name naar het onderscheid tussen de 'bijzondere woonvorm' als omschreven in artikel 1.17 van de planregels enerzijds en 'maatschappelijke opvang' als omschreven in artikel 1.30 van de planregels anderzijds." De rechtbank kiest dus voor een systematische uitleg van de planregels omdat

de tekst van de planregels geen antwoord zou geven op de vraag hoe intensief de behandeling moet zijn om van maatschappelijke opvang met (therapeutische) behandeling te kunnen spreken. ABRvS: "Het hoofddoel van de plaatsing van de cliënten bij Stichting Onderdak was immers gelegen in het herstellen of verbeteren van hun functioneren ten behoeve van hun terugkeer in de maatschappij door intensieve begeleiding en therapie op basis van een behandelplan. Therapeutische behandeling maakte onderdeel uit van het plan op grond waarvan de behandelingen werden gegeven." Het gaat hier om een vaststelling van feitelijke aard die tot de volgende normatieve conclusies leidt: (1e) er is sprake geweest van maatschappelijke opvang met therapeutische behandeling inclusief overnachting, (2e) hierdoor behoeft de vraag naar de betekenis van het tussen haakjes geplaatste woord 'therapeutische' in art. 1.30 planregels in dit geval geen beantwoording¹⁰, (3e) het feit dat een deel van de behandeling buiten het gebouw heeft plaatsgevonden doet niet af aan het doel waarvoor cliënten in het gebouw verbleven omdat de woonfunctie niet het hoofddoel van de plaatsing was, (4e) van een met het bestemmingsplan strijdige situatie is geen sprake zodat art. 2.1 lid 1 aanhef onder c Wabo niet overtreden is waardoor B en W niet bevoegd waren handhavend op te treden.

8. Op het betrokken perceel ligt de bestemming Maatschappelijk en niet de bestemming Wonen. Voor eerstgenoemde bestemming is uitsluitend art. 13.1 aanhef onder b in samenhang met art. 1.30 planregels¹¹ relevant en speelt art. 1.17 planregels over 'bijzondere woonvorm' verder geen rol omdat die alleen betrekking heeft op de bestemming Wonen.¹² Anders dan de rechtbank is de ABRvS op basis van een grammaticale uitleg van art. 1.30 planregels tot haar standpunt gekomen. Is er sprake van een nachtvoorziening voor gehandicapten, psychiatrische patiënten, jongeren en maatschappelijke opvang met (therapeutische) behandeling inclusief overnachting? Daar gaat art. 1.30 planregels over, dat was de enige door de ABRvS te beantwoorden vraag en niet of er sprake is van een 'bijzondere woonvorm' als bedoeld in art. 1.17 planregels. Gelet op het feitencomplex heeft zij die vraag terecht bevestigend beantwoord. Daarmee sluit deze uitspraak goed aan bij de uitspraken die ik genoemd heb in mijn annotatie bij de uitspraak *Amersfoort* over het prevaleren van de tekst van een regeling boven de bedoeling hiervan, wanneer die tekst duidelijk is en niet voor meerdere uitleg vatbaar.¹³

H.J. de Vries

¹⁰ Art. 13.1 planregels is weergegeven in noot 6 en art. 1.30 planregels in noot 5.

¹¹ Zie voor art. 13.1 aanhef onder b planregels noot 6 en voor art. 1.30 planregels noot 5.

¹² Art. 1.64 planregels heeft betrekking op de bestemming Wonen en luidt: "Wonen. Voor de werking van dit bestemmingsplan wordt onder wonen mede begrepen bijzondere woonvormen en bed and breakfast met ten hoogste vier slaappleatsen".

¹³ Zie noot 8. Het betreft ABRvS 29 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4025, AB 2011/281, m.nt. Ch.W. Backes, TBR 2011/153, m.nt. A.G.A. Nijmeijer en D.G.J. Sanderink (*Inpassingsplan Limburg*) en ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1578, TBR 2020/108, m.nt. H.J. de Vries (*Verzoek herziening bestemmingsplan Zuidplaspas*).

⁹ ABRvS 20 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1272, TBR 2020/107 (*Bestemmingsplan Amersfoort*).

Jurisprudentie – II. Bestuursrechtelijke schadevergoeding

TBR 2021/23

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 2 december 2020, No. 201906189/1/AZ, ECLI:NL:RVS:2020:2856 (Planschade Lelystad)

(Mr. C.J. Borman)

Wro: art. 6.1 en 6.3

Planschade. Voorzienbaarheid. Planvergelijking.
Milieuvergunning

Met noot F.A. Mulder en C.C. Corsten, Red.

Overwegingen

1. Appellant is sinds 14 mei 2010 eigenaar van een agrarisch bedrijf aan de (locatie) in Lelystad. Het betreft een agrarisch bedrijf met een bedrijfswoning en een bedrijfsloods en 23 hectare aan cultuurgrond. Tegenover het bedrijf, aan de andere kant van de N307, is het voorheen onder de naam Central Veterinary Institute of Wageningen UR (CVI) of Centraal Diergeneeskundig Instituut (CDI) bekende onderzoeksinstituut van Wageningen Bioveterinary Research (hierna: het onderzoeksinstituut) gelegen.

2. Appellant betoogt dat hij planschade lijdt als gevolg van de inwerkingtreding op 23 augustus 2013 van het bestemmingsplan ‘Stadsrandgebied’ en het naar aanleiding van een gedeeltelijke vernietiging daarvan op 31 oktober 2014 inwerking getreden reparatieplan ‘Stadsrandgebied’. Op grond daarvan is het niet langer toegestaan om evenhoevigen te houden en mogen de gronden buiten het bouwvlak niet langer worden gebuikt als intensieve veehouderij. Het voorgaande bestemmingsplan ‘Sporbaan Noord’ kende deze beperkingen niet.

3. Het college heeft de SAOZ gevraagd een advies uit te brengen. In het advies van 5 april 2017 adviseert de SAOZ om de aanvraag af te wijzen.

Over het verbod op het houden van evenhoevigen is uiteengezet dat dit een aanzienlijke beperking voor een veehouderij betekent ten opzichte van het voorgaande plan. De SAOZ acht het echter uitgesloten dat ten tijde van het voorgaande plan van deze planologische mogelijkheid gebruik zou zijn gemaakt aangezien daarvoor geen milieuv vergunning verleend zou zijn.

Voorts was het verbod op het houden van evenhoevigen volgens de SAOZ voorzienbaar. (appel-

lant) had er ten tijde van de aankoop van het perceel op 14 mei 2010 rekening mee moeten houden dat op enig moment een verbod op het houden van evenhoevigen in een cirkel van 3 km rondom het onderzoeksinstituut van kracht zou worden. Dat dit voorzienbaar was voor (appellant) volgt volgens de SAOZ ten eerste uit de toelichting van het op dat moment voor het perceel geldende bestemmingsplan ‘Sporzone Noord’. In de toelichting van dit plan is de inspraakreactie van het onderzoeksinstituut weergegeven waarin het instituut verzoekt om een dergelijk verbod in het plan op te nemen om eventuele besmetting van virusziekten waarmee gewerkt wordt te voorkomen. Uit de toelichting volgt dat er toen voor gekozen is het verbod niet in het plan op te nemen omdat het destijds niet als ruimtelijk relevant werd gezien, waardoor het niet in het bestemmingsplan kon worden geregeld. Overwogen is om het via privaatrechtelijke weg op te lossen, wat overigens niet is gebeurd. Daarnaast wijst de SAOZ op het nadien op 11 mei 1989 vastgestelde bestemmingsplan ‘Milieuvriendelijk Agrarisch Centrum Lelystad Noord’ (hierna: bestemmingsplan MACL). Dit plan geldt voor de gronden nabij de gronden van (appellant) ten oosten van de Zuigerplasdreef en ten zuiden van de Houtribweg. In de voorschriften van dit plan is een verbod op het houden van tweehoevigen opgenomen. In de toelichting is daarover vermeld dat in verband met het onderzoek en de aanmaak van vaccins een zone van 3 km rondom het instituut ter voorkoming van besmetting vrij dient te blijven van tweehoevigen, zoals runderen, varkens, herten, schapen en geiten. Op grond van dit plan had (appellant) volgens de SAOZ ten tijde van de aankoop van het perceel op de hoogte kunnen zijn van het bestaan van de 3 km-zone waarbinnen het houden van evenhoevigen niet is toegestaan. Door onder die omstandigheden in 2010 tot aankoop van de onroerende zaak over te gaan, die gelegen is op een afstand van minder dan 300 m van het instituut, heeft (appellant) volgens de SAOZ willens en wetens het risico genomen dat hij geconfronteerd zou worden met een verbod op het houden van evenhoevigen. Nu (appellant) het risico op een nadelige planologische wijziging actief heeft aanvaard bestaat er, voor zover er al sprake is van een planologisch nadeel, blijkens het advies geen aanleiding om hem in zijn schade tegemoet te komen.

Verder vormt volgens de SAOZ de planregel op grond waarvan de gronden buiten het bouwvlak niet langer mogen worden gebruikt voor een intensieve veehouderij geen beperking omdat een

intensieve veehouderij niet-grondgebonden is. Over vrije uitloop is in dit verband opgemerkt dat dit veelal beperkt van omvang is en daarmee ook binnen het niet te bebouwen deel van het bouwvlak gerealiseerd kan worden. Indien grote stukken buiten het bouwvlak zouden worden gebruikt voor vrije uitloop dan is er volgens de SAOZ geen sprake meer van een intensieve veehouderij maar van een grondgebonden bedrijf. Dit leidt volgens de SAOZ dan ook niet tot planologisch nadeel.

4. Bij het besluit van 19 juli 2017, zoals gehandhaafd bij besluit van 19 juli 2018, heeft het college, onder verwijzing naar het advies van de SAOZ, de aanvraag van (appellant) om een tegemoetkoming in planschade afgewezen.

5. De rechtbank heeft het daartegen door (appellant) ingediende beroep ongegrond verklaard. Naar het oordeel van de rechtbank heeft het college terecht gesteld dat het verbod op het houden van evenhoevigen ten tijde van de aankoop van het perceel voorzienbaar was. De vraag of in de planvergelijking milieurechtelijke belemmeringen betrokken mogen worden en de vraag of de beperking van het gebruik van het perceel voor een intensieve veehouderij tot nadeel leidt, behoeven volgens de rechtbank gelet op de voorzienbaarheid geen bespreking meer.

Het hoger beroep

6. Appellant bestrijdt het oordeel van de rechtbank dat het in het nieuwe plan opgenomen verbod op het houden van evenhoevigen voorzienbaar was. Voor zover in het advies van de SAOZ in dit kader gewezen wordt op de toelichting bij het bestemmingsplan 'Spoorbaan Noord' kan volgens (appellant) de reactie van de raad op de door het onderzoeksinstituut ingediende zienswijze niet worden aangemerkt als een concreet en openbaar beleidsvoornemen. Daarnaast is in de toelichting vermeld dat het opnemen van een verbod op het houden van evenhoevigen niet ruimtelijk relevant is en daardoor niet in het bestemmingsplan opgenomen kan worden. Hieruit volgt volgens (appellant) juist dat hij er geen rekening mee hoefde te houden dat de planologische situatie zou verslechteren nu hier expliciet uit volgt dat een dergelijk verbod planologisch gezien niet mogelijk is.

Verder betoogt appellant dat zijn gronden niet gelegen zijn binnen het plangebied van het bestemmingsplan MACL. De onderzoeksplicht van een redelijk denkend en handelend koper strekt volgens hem niet zo ver dat ook bestemmingsplannen van nabijgelegen gronden geraadpleegd zouden moeten worden om vast te stellen of de planologische situatie op het te kopen perceel in de toekomst zou kunnen verslechteren.

Daarnaast betoogt (appellant) dat de rechtbank ten onrechte zijn beroepsgrond niet heeft besproken over de beperking die het nieuwe plan met zich

brengt door het gebruik van de gronden voor een intensieve veehouderij te beperken tot het bouwvlak. Deze beroepsgrond staat los van het oordeel over de voorzienbaarheid van het verbod op het houden van evenhoevigen, zodat de rechtbank deze beroepsgrond ten onrechte niet heeft besproken.

6.1. Artikel 6.3, aanhef en onder a, van de Wet ruimtelijke ordening bepaalt dat met betrekking tot de voor tegemoetkoming in aanmerking komende schade burgemeester en wethouders bij hun beslissing op de aanvraag in ieder geval de voorzienbaarheid van de schadeoorzaak betrekken.

6.2. De voorzienbaarheid van een planologische wijziging dient beoordeeld te worden aan de hand van het antwoord op de vraag of ten tijde van de investeringsbeslissing, bijvoorbeeld ten tijde van de aankoop van de onroerende zaak, voor een redelijk denkend en handelend koper, aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse in ongunstige zin zou veranderen. Daarbij dient rekening te worden gehouden met concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt. Voor voorzienbaarheid is niet vereist dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft.

Om op grond van een concreet beleidsvoornemen voorzienbaarheid te kunnen aannemen, moet een redelijk denkend en handelend koper uit de openbaarmaking daarvan kunnen begrijpen op welk gebied dat beleidsvoornemen betrekking heeft, wat de zakelijke inhoud ervan is, en dat hij van de inhoud ervan kan kennisnemen.

Indien de planschade voorzienbaar is, blijft deze voor rekening van de koper, omdat hij in dat geval wordt geacht de mogelijkheid van verwezenlijking van de negatieve ontwikkeling ten tijde van de aankoop van de onroerende zaak te hebben aanvaard (overzichtsuitspraak van 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582; 5.23, 5.24 en 5.26).

6.3. De Afdeling is van oordeel dat de toelichting van het bestemmingsplan 'Spoorzone Noord' niet kan worden aangemerkt als een concreet beleidsvoornemen op grond waarvan (appellant) ten tijde van de aankoop van het onroerende goed een voornemen tot verandering van het planologische regime voor het perceel (locatie) moest aannemen. Uit de toelichting volgt immers dat de raad afziet van het opnemen van een verbod op het houden van evenhoevigen in een cirkel van 3 km rondom het onderzoeksinstituut in het plan. Ook de toelichting van het bestemmingsplan MACL kan niet als een zodanig voornemen worden gezien. Daarbij is van belang dat dit bestemmingsplan geen betrekking heeft op het perceel van (appellant), maar op percelen ten oosten van de Zuigerplasdreef en ten zuiden van de Houtribweg. In de toelichting is verder niet vermeld dat het verbod op het houden van evenhoevigen ook tot een planologische wijziging voor het perceel van (appellant) zou leiden. Bovendien heeft het college niet

aannemelijk gemaakt dat (appellant) ten tijde van de aankoop op andere wijze had moeten begrijpen dat dit bestemmingsplan voor hem van belang was en dat dit tevens als een beleidsvoornemen voor zijn perceel had te gelden.

Dit leidt tot de conclusie dat het college zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de planologische wijziging voorzienbaar was. De rechtbank heeft dit miskend.

6.4. Appellant heeft verder terecht naar voren gebracht dat de rechtbank zijn beroepsgrond over het gebruik van het perceel als intensieve veehouderij ten onrechte niet heeft besproken. Anders dan de rechtbank meent wordt aan (appellant), voor zover het gaat om het gebruik van de gronden voor een intensieve veehouderij voor andere dieren dan evenhoevigen, geen voorzienbaarheid tegengeworpen. De vraag of het nieuwe bestemmingsplan in zoverre voor (appellant) tot een planologische nadelige situatie heeft geleid, is daarmee ten onrechte niet door de rechtbank beoordeeld, zodat het betoog slaagt.

7. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het besluit van 19 juli 2018 beoordelen in het licht van de daartegen voorgedragen beroepsgronden, voor zover deze nog bespreking behoeven.

Beroep Evenhoevigen

8. Appellant bestrijdt de planvergelijking. Hij betoogt dat de SAOZ ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat met een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de in het voorgaande plan opgenomen mogelijkheid om evenhoevigen te houden niet gerealiseerd zou kunnen worden. Dit standpunt is volgens (appellant) in strijd met de bestaande jurisprudentie. Daarbij wijst hij op de uitspraak van de Afdeling van 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2935.

8.1. Voor de beoordeling van een aanvraag om een tegemoetkoming in planschade dient te worden onderzocht of de aanvrager als gevolg van de desbetreffende wijziging van het planologische regime in een nadeliger positie is komen te verkeren en ten gevolge daarvan schade lijdt of zal lijden. Hiertoe dient de desbetreffende wijziging, waarvan gesteld wordt dat deze planschade heeft veroorzaakt, te worden vergeleken met het oude planologische regime. Daarbij is niet de feitelijke situatie van belang, maar hetgeen maximaal op grond van het oude planologische regime kon worden gerealiseerd, ongeacht of verwezenlijking heeft plaatsgevonden.

Slechts ingeval realisering van de maximale mogelijkheden met een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden uitgesloten, kan aanleiding bestaan om van dit uitgangspunt af te wijken

(zie de onder 6.2 genoemde overzichtsuitpraak, rechtsoverweging 2.1 en 2.3).

8.2. In het SAOZ-advies is, naast de voorzienbaarheid, tevens uiteengezet dat het houden van evenhoevigen zoals mogelijk op grond van het voorgaande plan, al niet meer mogelijk was omdat daarvoor geen milieuvergunning verkregen had kunnen worden. In dat kader wijst de SAOZ op de uitspraak van de Afdeling van 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4396 waarin de afwijzing van een aanvraag van (appellant) voor een milieuvergunning voor een pluimvee- en varkenshouderij ter beoordeling voorlag. Uit deze uitspraak volgt volgens de SAOZ dat het voorafgaand aan de inwerkingtreding van het nieuwe planologische regime al onmogelijk was om op deze locatie evenhoevigen te houden.

8.3. In de uitspraak van 28 november 2012 heeft de Afdeling overwogen dat artikel 8.8, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet milieubeheer, zoals nu opgenomen in artikel 2.14, eerste lid, aanhef en onder a, sub 2°, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, de mogelijkheid biedt om bij de beslissing op de aanvraag om een vergunning tevens te betrekken het gevaar van de verspreiding van dierziekten veroorzaakt door een veehouderij en de invloed die de specifieke locatie van de veehouderij in de omgeving van het onderzoeksinstituut heeft op de omvang van dat gevaar. De Afdeling acht aannemelijk dat de veehouderij een reëel risico op de verspreiding van dierziekten meebrengt. Niet kan worden uitgesloten dat het mond- en klauwzeervirus als gevolg van een incident binnen het onderzoeksinstituut vrijkomt in de omgeving waardoor veehouderijen binnen een straal van 3 km rond het onderzoeksinstituut het risico lopen om besmet te worden, als gevolg waarvan het risico van verdere verspreiding naar andere veehouderijen zeer groot is. Daarbij is tevens in aanmerking genomen dat dit risico niet kan worden beperkt door het stellen van voorschriften en beperkingen aan de gevraagde vergunning. In de uitspraak is daarom geconcludeerd dat het college in redelijkheid de gevraagde vergunning heeft mogen weigeren vanwege dat risico.

8.4. Anders dan (appellant) betoogt volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 6 augustus 2014 niet dat beperkingen op grond van milieuregelgeving niet betrokken mogen worden bij de planvergelijking. Uit die uitspraak volgt dat bij de vraag of de uitbreiding van een agrarisch bedrijf op grond van het voorafgaand aan de peildatum geldende bestemmingsplan met een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid was uitgesloten niet het vergunde veebestand uit de directe omgeving, en afgeleid daarvan de cumulatieve geurhinder, betrokken mag worden. De omvang van het vergunde veebestand is geen planologisch gevolg van het bestemmingsplan en is daarom voor de planologische vergelijking niet van belang. Dit betekent echter niet dat voor de vraag of de maximale mogelijkhe-

den van het voorgaande plan gerealiseerd hadden kunnen worden, niet van belang is of daarvoor op grond van milieuregelgeving een vergunning had kunnen worden verleend.

8.5. Gelet op de uitspraak van 28 november 2012 heeft het college er van uit kunnen gaan dat een aanvraag voor een milieuv vergunning voor het houden van evenhoevigen op het bedrijf, afgewezen zou worden. De uitspraak van 28 november 2012 biedt, anders dan (appellant) ter zitting heeft betoegd, geen ruimte voor de conclusie dat een andere aanvraag, waarin bij de veehouderij bepaalde voorzieningen worden getroffen, wel zou kunnen worden verleend. Uit de uitspraak volgt immers dat het risico gelegen is in het gevaar dat zich een calamiteit voordoet bij het onderzoeksinstituut en niet in de wijze waarop de veehouderij is ingericht. Hieruit volgt dat de voor de invulling van de maximale mogelijkheden van het plan benodigde omgevingsvergunning voor het inwerking hebben van een inrichting, niet zou kunnen worden verkregen. Dit maakt dat het college zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is uitgesloten dat het bedrijf zou kunnen worden gebruikt voor het houden van evenhoevigen.

Het betoog faalt.

Intensieve veehouderij

8.6. Voorts bestrijdt (appellant) het standpunt van het college dat de beperking in het nieuwe plan als gevolg waarvan de gronden buiten het bouwvlak niet langer voor een intensieve veehouderij mogen worden gebruikt, geen nadeel voor hem met zich brengt. Bij de beoordeling van het planologische nadeel is volgens hem niet van belang dat vrije uitloop ook binnen het bouwvlak mogelijk is, maar dat het niet langer buiten het bouwvlak is toegestaan. Ter zitting heeft (appellant) toegelicht dat er veel behoefte bestaat aan vrije uitloop in verband met de vraag naar biologische producten. Het gaat dan om kippen, maar ook varkens die het weiland in kunnen lopen. Om deze producten als biologisch te kunnen verkopen, moet aan bepaalde oppervlakte-eisen worden voldaan, hetgeen binnen het bouwvlak niet mogelijk is.

8.7. Op grond van het voorgaande plan 'Sporbaan Noord' waren de gronden bestemd voor 'Agrarische doeleinden' en mochten daarmee gebruikt worden voor de uitoefening van een agrarisch bedrijf. Hieronder werd verstaan een bedrijf gericht op akkerbouw, veehouderij, tuinbouw, ooftbouw (boomvruchten), alsmede boomteelt.

In het bestemmingsplan 'Stadsrandgebied' is aan de gronden van (appellant) de bestemming 'Agrarisch' toegekend met de aanduidingen 'bouwvlak' en 'intensieve veehouderij'. Uit de planregels volgt dat de gronden daarmee onder meer bestemd zijn voor gebouwen ten behoeve van een intensieve veehouderij en gebouwen ten behoeve van grond-

gebonden agrarische bedrijvigheid. De aanduiding 'intensieve veehouderij' is alleen toegekend aan de gronden waaraan ook de aanduiding 'bouwvlak' is toegekend, zodat dit gebruik alleen is toegestaan binnen het bouwvlak. Het bouwvlak mag voor 50% worden bebouwd. De gronden buiten het bouwvlak mogen op grond van de bestemming 'Agrarisch' gebruikt worden voor gebouwen ten behoeve van grondgebonden agrarische bedrijvigheid alsmede voor glastuinbouwbedrijven, dieren-/paardenhouderijen met uitzondering van het houden van evenhoevigen. In het plan is 'agrarische bedrijvigheid' als zodanig niet gedefinieerd, maar uit artikel 1.7 van de planregels volgt dat onder een grondgebonden veehouderij wordt verstaan: bedrijvigheid, geheel of overwegend gericht op het houden van melk- en ander vee (nagenoeg) geheel op open grond, waaronder begrepen de teelt van ruwvoergewassen. Voor 'intensieve veehouderij' is geen definitiebepaling in de planregels opgenomen.

Hieruit volgt dat de gronden buiten het bouwvlak op grond van het nieuwe plan niet langer mogen worden gebruikt ten behoeve van een intensieve veehouderij.

8.8. Naar het oordeel van de Afdeling heeft het college zich op het standpunt kunnen stellen dat het plan niet tot een planologisch nadeel heeft geleid, voor zover daarmee het gebruik van de gronden buiten het bouwvlak ten behoeve van een intensieve veehouderij niet langer is toegestaan. Van belang daarbij is ten eerste dat het gebruik van het hele perceel voor het houden van evenhoevigen zowel in de vorm van een grondgebonden bedrijf als in de vorm van een intensieve veehouderij, niet langer op het perceel is toegestaan, hetgeen zoals hiervoor is overwogen, niet tot een planologisch nadeel heeft geleid. Verder kan de Afdeling het college volgen in zijn redenering dat het gebruik van de gronden buiten het bouwvlak voor vrije uitloop van kippen of varkens niet als het gebruik van de gronden voor een intensieve veehouderij moet worden aangemerkt, maar als grondgebonden agrarische bedrijvigheid, hetgeen wel is toegestaan buiten het bouwvlak. Dit is in lijn met de definitiebepaling van een grondgebonden veehouderij, op grond waarvan het gebruik als grondgebonden wordt aangemerkt indien het gaat om het houden van vee op open grond. Ook sluit dit aan bij het algemeen spraakgebruik op grond waarvan een intensieve veehouderij als een niet-grondgebonden veehouderij wordt gezien. Dit leidt er toe dat het betoog niet slaagt.

9. Het beroep is ongegrond. (*Enz., enz., Red.*).

NOOT

1. Deze uitspraak bevat een aantal interessante overwegingen over voorzienbaarheid en de planvergelijking.
2. Appellant is eigenaar van een agrarisch bedrijf in Lelystad. Hij betoogt dat hij planschade lijdt door de inwerkingtreding van het bestemmingsplan 'Stadsrandgebied' en het – na een gedeeltelijke vernietiging tot stand gekomen – reparatieplan 'Stadsrandgebied'. Als gevolg van de inwerkingtreding van de plannen is het niet langer toegestaan om evenhoevigen (zoals varkens) te houden en mogen de gronden buiten het bouwvlak niet langer worden gebruikt als intensieve veehouderij. Het vorige bestemmingsplan 'Spoorzone Noord' kende deze beperkingen niet.
3. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Lelystad (hierna: 'het college') wijst het verzoek af, in navolging van het advies van de SAOZ, op onder meer de volgende gronden: (1) Het verbod op het houden van evenhoevigen was voorzienbaar; en (2) Appellant heeft geen planologisch nadeel geleden voor wat betreft het verbod op het houden van evenhoevigen. Met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zou de planologische mogelijkheid om evenhoevigen te houden, zoals mogelijk was op grond van het voorgaande plan, niet gerealiseerd kunnen worden. Dit betekent dat er bij de planvergelijking niet van uit kan worden gegaan dat deze maximale mogelijkheid onder het oude planologische regime gerealiseerd kon worden, zodat appellant als gevolg van de planologische wijziging in zoverre geen nadeel heeft geleden.
4. Appellant heeft tevergeefs bezwaar gemaakt en ook in de beroepsprocedure bij de rechtbank ving hij bot. Thans komt hij in hoger beroep bij de Afdeling Bestuursrechtsspraak van de Raad van State. De meest besprekswaardige beroepsgronden van appellant richten zich tegen de voorzienbaarheid en de planvergelijking. Ten aanzien van de beroepsgrond over de voorzienbaarheid krijgt appellant gelijk, maar op de planvergelijking gaat het alsnog mis.

Voorzienbaarheid

5. Zoals bekend, dient de voorzienbaarheid van een planologische wijziging beoordeeld te worden aan de hand van het antwoord op de vraag of ten tijde van de investeringsbeslissing, bijvoorbeeld ten tijde van de aankoop van de onroerende zaak, voor een redelijk denkend en handelend koper, aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse in ongunstige zin zou veranderen. Daarbij dient rekening te worden gehouden met concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt. Voor voorzienbaarheid is niet vereist dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft. Om op grond van een concreet beleidsvoornemen voorzienbaarheid te kunnen aannemen, moet een redelijk denkend en handelend koper uit de openbaarmaking daarvan kunnen begrijpen op welk gebied dat beleidsvoornemen betrekking heeft, wat de zakelijke inhoud ervan is, en dat hij van de inhoud ervan kan kennisnemen (zie onder meer de

overzichtsuitspraak van de Afdeling van 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582).

6. Indien de planschade voorzienbaar is, blijft deze voor rekening van de koper, omdat hij in dat geval wordt geacht de mogelijkheid van verwezenlijking van de negatieve ontwikkeling ten tijde van de aankoop van de onroerende zaak te hebben aanvaard (zie ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, r.o. 5.23, 5.24 en 5.26).
7. Volgens de SAOZ had appellant ten tijde van de aankoop van het perceel op 14 mei 2010 rekening moeten houden met de mogelijkheid dat op enig moment een verbod zou gaan gelden op het houden van evenhoevigen in een cirkel van 3 km rondom het onderzoeksinstituut van Wageningen Bioveterinary Research,¹ dat op een afstand van 300 meter van het bedrijf van appellant is gelegen.
8. De voorzienbaarheid van de planologische wijziging volgt volgens de SAOZ allereerst uit de toelichting van het ten tijde van de aankoop geldende bestemmingsplan 'Spoorzone Noord'. In de toelichting van dit plan is de inspraakreactie van het onderzoeksinstituut weergegeven waarin het instituut verzoekt om een verbod op het houden van evenhoevigen in het plan op te nemen om eventuele besmetting van virusziekten waarmee gewerkt wordt, te voorkomen. Uit de toelichting volgt dat er toen voor gekozen is het verbod niet in het plan op te nemen omdat het destijds niet als ruimtelijk relevant werd gezien, waardoor het niet in het bestemmingsplan kon worden geregeld. Overwogen is om het via privaatrechtelijke weg op te lossen, wat overigens niet is gebeurd.
9. Daarnaast wijst de SAOZ op het nadien op 11 mei 1989 vastgestelde bestemmingsplan 'Milieuvriendelijk Agrarisch Centrum Lelystad Noord'. Dit plan gold ten tijde van de aankoop voor de gronden nabij het perceel van appellant. In de voorschriften van dit plan is een verbod op het houden van tweekhoevigen opgenomen. In de toelichting is daarover vermeld dat in verband met het onderzoek en de aanmaak van vaccins een zone van 3 km rondom het instituut ter voorkoming van besmetting vrij dient te blijven van tweekhoevigen, zoals runderen, varkens, herten, schapen en geiten. Ook op grond van dit plan had appellant volgens de SAOZ ten tijde van de aankoop van het perceel op de hoogte kunnen zijn van het bestaan van de 3 km-zone waarbinnen het houden van evenhoevigen niet is toegestaan.
10. De rechtbank heeft het door appellant ingediende beroep ongegrond verklaard en is tot het oordeel gekomen dat het college zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het verbod op het houden van evenhoevigen ten tijde van de aankoop van het perceel voorzienbaar was.
11. De Afdeling oordeelt, anders dan de rechtbank, naar onze mening terecht, dat de planologische wijziging, waarin het verbod op het houden van evenhoevigen is ver-

¹ Voorheen bekend onder de naam: Central Veterinary Institute of Wageningen UR (CVI) of Centraal Diergeneeskundig Instituut (CDI)

vat, ten tijde van de aankoop van het perceel door appelland *niet* voorzienbaar was. In de uitspraak zet de Afdeling op heldere wijze uiteen waarom de hiervoor genoemde stukken niet tot de door het college en de rechtbank aangenomen voorzienbaarheid kunnen leiden.

12. De Afdeling is van oordeel dat de toelichting van het bestemmingsplan 'Spoorzone Noord' niet kan worden aangemerkt als een concreet beleidsvoornemen op grond waarvan appelland ten tijde van de aankoop van het onroerende goed een voornemen tot verandering van het planologische regime voor het perceel locatie moest aannemen. Uit de toelichting van het bestemmingsplan volgt immers juist dat de gemeenteraad afziet van het opnemen van een verbod op het houden van evenhoevigen in een cirkel van 3 km rondom het onderzoeksinstituut in het plan. Ook de toelichting van het bestemmingsplan 'Milieuvriendelijk Agrarisch Centrum Lelystad Noord' kan niet als een zodanig voornemen worden gezien. Dit bestemmingsplan ziet niet op het perceel van appelland, maar op andere percelen (kennelijk) nabij het bedrijf van appelland. In de toelichting van het bestemmingsplan is niet vermeld dat het verbod op het houden van evenhoevigen ook tot een planologische wijziging voor het perceel van appelland zou leiden. Ook heeft het college niet aannemelijk gemaakt dat appelland ten tijde van de aankoop op andere wijze had moeten begrijpen dat dit bestemmingsplan voor hem van belang was en dat dit tevens als een beleidsvoornemen voor zijn perceel had te gelden.

13. De Afdeling concludeert dan ook dat het college zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de planologische wijziging voorzienbaar was.

14. Uit de overwegingen van de Afdeling blijkt weer eens dat de Afdeling bij de beoordeling van voorzienbaarheid – terecht – kritisch kijkt naar de inhoud van die stukken. Aan het college moet worden toegegeven dat uit de toelichting van het bestemmingsplan 'Spoorzone' op zich valt af te leiden dat een verbod op evenhoevigen in een cirkel van 3 km rondom het onderzoeksinstituut gewent was en appelland, nu haar bedrijf op 300 meter van het onderzoeksinstituut is gelegen, dus met een dergelijk verbod rekening had moeten houden. Uit de toelichting van het bestemmingsplan blijkt echter allermindst dat appelland rekening moest houden met een planologische wijziging gericht op dit verbod. Uit die toelichting blijkt immers juist dat de raad ervan afziet dit verbod in het bestemmingsplan op te nemen. Het is dan niet voorzienbaar dat een dergelijk verbod in een later bestemmingsplan wel wordt opgenomen.

15. Uit de overwegingen van de Afdeling blijkt verder dat stukken die niet zien op het perceel van een verzoeker om planschade, in beginsel niet zomaar als basis kunnen dienen voor het aannemen van voorzienbaarheid. Wat opvalt, is dat de Afdeling de deur hier wel op een kier laat voor gevallen waarin het beleidsstuk weliswaar geen betrekking heeft op de percelen van de verzoeker om planschade, doch deze verzoeker ten tijde van de aankoop 'op andere wijze' had moeten begrijpen dat een beleidsstuk tevens als

beleidsvoornemen voor zijn perceel had te gelden. Wij menen echter dat dat niet snel het geval zal zijn.

Planvergelijking

16. Voor de beoordeling van een aanvraag voor een te-gemoetkoming in planschade moet worden onderzocht of de verzoeker om planschade door de wijziging van het planologische regime in een nadeliger positie is komen te verkeren en als gevolg daarvan schade lijdt of zal lijden. Hiertoe dient een planvergelijking te worden gemaakt, hetgeen betekent dat de desbetreffende planologische wijziging, waarvan gesteld wordt dat deze planschade heeft veroorzaakt, wordt vergeleken met het oude planologische regime. Daarbij is niet de feitelijke situatie van belang, maar hetgeen maximaal op grond van het oude planologische regime kon worden gerealiseerd, ongeacht of verwezenlijking heeft plaatsgevonden. Op deze regel kent het planschaderecht een belangrijke uitzondering: indien realisering van de maximale mogelijkheden van het oude planologische regime met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden uitgesloten, kan aanleiding bestaan om van dit uitgangspunt af te wijken. Dit betekent dat als het zodanig onwaarschijnlijk is dat de verzoeker om planschade onder het oude plan de maximale mogelijkheden kon realiseren, er voor de planvergelijking vanuit wordt gegaan dat die mogelijkheid in feite niet bestond (c.q. verzoeker die mogelijkheid niet 'verliest') en verzoeker in zoverre geen planologisch nadeel lijdt.

17. Appelland bestrijdt de planvergelijking. Hij betoogt dat de SAOZ ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de in het voorgaande plan opgenomen mogelijkheid om evenhoevigen te houden, niet gerealiseerd zou kunnen worden. Volgens de SAOZ had appelland daarvoor geen milieuvergunning kunnen verkrijgen.

18. De SAOZ heeft gewezen op een uitspraak van de Afdeling van 28 november 2012,² waarin de afwijzing van een aanvraag van appelland voor een milieuvergunning voor een pluimvee- en varkenshouderij ter beoordeling voorlag. Uit deze uitspraak volgt naar het oordeel van de SAOZ dat het voorafgaand aan de inwerkingtreding van het nieuwe planologische regime al onmogelijk was om op deze locatie evenhoevigen te houden.

19. De Afdeling oordeelt dat het college er, gelet op de uitspraak van 28 november 2012, van uit heeft kunnen gaan dat een aanvraag voor een milieuvergunning voor het houden van evenhoevigen zou worden afgewezen en dat een dergelijke vergunning dus niet had kunnen worden verkregen. De uitspraak van 28 november 2012 biedt naar het oordeel van de Afdeling geen ruimte voor de conclusie dat een andere aanvraag, waarin bij de veehouderij bepaalde voorzieningen worden getroffen, wel zou kunnen worden verleend. Uit de uitspraak volgt namelijk dat het risico gelegen is in het gevaar dat zich een calamiteit voordoet bij het

² ARBvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4396.

onderzoeksinstituut en niet in de wijze waarop de veehouderij is ingericht. Dit maakt dat het college zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is uitgesloten dat het bedrijf zou kunnen worden gebruikt voor het houden van evenhoevigen.

20. De redenering van de Afdeling volgend, betekent dit dat de planologische mogelijkheid om evenhoevigen te houden op grond van het voorheen geldende bestemmingsplan in feite een zinledig was, omdat appelland daarvoor nooit de benodigde milieuvergunning had kunnen krijgen. In zoverre kan inderdaad betoogd worden dat appelland nu geen (aanvullend) planologisch nadeel lijdt.

21. De uitkomst van deze uitspraak voor appelland lijkt op het eerste gezicht tamelijk zuur. De nabijheid van het onderzoeksinstituut was in de uitspraak van 28 november 2012 de reden dat appelland geen milieuvergunning kon verkrijgen. Dit wordt appelland vervolgens tegengeworpen

bij zijn verzoek om een tegemoetkoming in planshade, omdat daarmee met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is uitgesloten dat hij het bedrijf had kunnen gebruiken voor het houden van evenhoevigen. Bij nadere beschouwing is de uitkomst echter niet onredelijk. Het is immers niet het onderzoeksinstituut dat met de planologische wijziging mogelijk is gemaakt, doch het planologisch verbod op evenhoevigen. Ten tijde van de aankoop van het perceel door appelland was het onderzoeksinstituut reeds aanwezig en was het houden van evenhoevigen op basis van de milieuregelgeving al niet toegestaan. Naar onze mening zou de uitkomst anders zijn geweest indien het reeds aanwezige bedrijf van appelland zou zijn geconfronteerd met een planologische wijziging die het onderzoeksinstituut mogelijk maakt. In dat geval zou het uit deze planologische wijziging voortvloeiende verbod ons inziens aan de bestemmingswijziging kunnen worden toegerekend en zou in zoverre wel sprake (kunnen) zijn van planologisch nadeel.

F.A. Mulder en C.C. Corsten

Licentie verstrekt aan:
buruma@jij.nl
Houthoff
IBR publicatie - 7-2-2025

Jurisprudentie – III. Fiscaal bouwrecht

TBR 2021/24

Hoge Raad, 13 november 2020, 18.04728, ECLI:NL:HR:2020:1776 (Btw-ondernemerschap gemeente bij exploitatie tennispark)

(Mr. M.E. van Hilten, mr. E.N. Punt, mr. P.M.F. van Loon, mr. L.F. van Kalmthout en mr. E.F. Faase)

Wet OB 1968: art. 7, art. 11; Gemeentewet: art. 149; BTW-Richtlijn 2006: art. 9 I

Btw ondernemerschap. Opbrengst. Winst. Gebruiksvergoeding. Symbolische vergoeding. Exploitatie. Wettelijk opgelegde taak. Maatschappelijk belang

Met gastnoot M.A. Bonthuis-Broekman en N. Petri, Red.¹

2 Uitgangspunten in cassatie

2.1.1 Belanghebbende, een gemeente, heeft op eigen grond een sportpark doen realiseren. Het sportpark omvat een tennispark, bestaande uit een tennisaccommodatie (acht allweather tennisbanen, een 'kidsplayground', en een clubgebouw) en een openbare parkeerplaats.

2.1.2 In februari 2014 heeft belanghebbende met een tennisvereniging (hierna: de tennisvereniging) een overeenkomst gesloten. Deze overeenkomst houdt in dat belanghebbende tegen een jaarlijkse vergoeding aan de tennisvereniging de tennisaccommodatie en de op het tennispark aanwezige vaste sport- en spelmaterialen in gebruik geeft (hierna: de gebruiksovereenkomst). Voor de kantineruimte in het clubgebouw heeft belanghebbende met de tennisvereniging een afzonderlijke overeenkomst gesloten. Deze houdt in dat de tennisvereniging tegen vergoeding deze ruimte als kantine mag gebruiken en als zodanig mag exploiteren. Volgens de gebruiksovereenkomst draagt belanghebbende zorg voor groot onderhoud, groot regulier onderhoud, renovaties/vervangingen van velden en accommodaties (waaronder het clubgebouw), en bij de accommodaties tevens voor klein regulier onderhoud aan de binnen- en buitenzijde van het huurobject. Wat betreft het klein regulier onderhoud voorziet de gebruiksovereenkomst erin dat deze werkzaamheden kunnen worden opgedragen aan de tennisvereniging.

2.1.3 Bij afzonderlijke overeenkomst zijn belanghebbende en de tennisver-

eniging overeengekomen dat de tennisvereniging tegen een vergoeding het in die overeenkomst vermelde klein onderhoud, waaronder het verwijderen van zwerfvuil en bladeren en onkruidbestrijding, alsmede de schoonmaak van het clubgebouw, verzorgt.

2.1.4 De tennisvereniging heeft de tennisaccommodatie op 1 maart 2014 in gebruik genomen.

2.1.5 De gemeenteraad van belanghebbende heeft in 2012, met een wijziging naar artikel 149 van de Gemeentewet, 'Accommodatiebeleid' vastgesteld. Dit raadsbesluit (hierna: het accommodatiebeleid) behelst een uniforme systematiek voor het onderhouden van maatschappelijk vastgoed dat van de gemeente wordt gehuurd. Met het accommodatiebeleid heeft belanghebbende een taak op het terrein van de realisatie van accommodaties voor onder meer basisbuitensporten. De raad heeft voetbal en tennis als zulke basissporten aangewezen. Het accommodatiebeleid voorziet in een tarievenstelsel voor het door belanghebbende in gebruik gegeven vastgoed. Daaronder is een afzonderlijke tariefstelling voor tennisaccommodaties begrepen. Daarnaast heeft de gemeenteraad een subsidieverordening investeringskosten maatschappelijk vastgoed vastgesteld op grond waarvan sportverenigingen onder voorwaarden in aanmerking kunnen komen voor huursubsidie.

2.1.6 Belanghebbende heeft de hoogte van de door de tennisvereniging voor het gebruik van de tennisaccommodatie te betalen vergoeding gebaseerd op de tarieven die zijn neergelegd in het accommodatiebeleid.

2.1.7 Belanghebbende kent de tennisvereniging een jaarlijkse subsidie toe ter zake van het tegen vergoeding ter beschikking krijgen van de verschillende onderdelen van de tennisaccommodatie.

2.1.8 Belanghebbende heeft bij haar aangifte voor de omzetbelasting over het onderhavige tijdvak (juli 2014) verzocht om een teruggaaf van omzetbelasting. De Inspecteur heeft bij beschikking teruggaaf verleend. Tegen deze beschikking heeft belanghebbende bezwaar gemaakt en verzocht om een aanvullende teruggaaf van een bedrag aan omzetbelasting dat betrekking heeft op aan de tennisbanen gepleegd onderhoud. De Inspecteur heeft dit verzoek afgewezen.

2.2.1 Voor het Hof was onder meer in geschil of belanghebbende handelt als ondernemer in de zin van artikel 7 van de Wet op

¹ Arianne Bonthuis en Nienke Petri werken als Advocaat-fiscalist bij Van Doorne N.V. in Amsterdam.

de omzetbelasting 1968 (hierna: de Wet) met betrekking tot het aan de tennisvereniging in gebruik geven van de tennisaccommodatie.

2.2.2 Het Hof heeft vooropgesteld dat belanghebbende voor de terbeschikkingstelling van de tennisaccommodatie weliswaar een vergoeding van de tennisvereniging ontvangt, maar dat daarmee niet vaststaat dat belanghebbende handelt als ondernemer in de zin van artikel 7 van de Wet in samenhang gelezen met artikel 9, lid 1, van BTW-richtlijn 2006. Daartoe is vereist dat belanghebbende met die terbeschikkingstelling een economische activiteit verricht. Om dat laatste vast te stellen moeten naar het oordeel van het Hof alle omstandigheden waaronder deze activiteit plaatsvindt, worden onderzocht. Het Hof heeft voor dit oordeel verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 12 mei 2016, Gemeente Borsele, C-520/14, ECLI:EU:C:2016:334 (hierna: het arrest Gemeente Borsele).

2.2.3 Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat belanghebbende met het ter beschikking stellen van de tennisaccommodatie niet optreedt als ondernemer in de zin van artikel 7 van de Wet en daarom in zoverre geen recht heeft op aftrek van voorbelasting. Daartoe heeft het Hof geoordeeld dat het samenstel van de door belanghebbende verrichte handelingen, in samenhang met haar accommodatiebeleid waarvan de terbeschikkingstelling van de tennisaccommodatie tegen vooraf vastgestelde tarieven deel uitmaakt, niet het verkrijgen van duurzame opbrengst beoogt of tot gevolg heeft. De omstandigheden waaronder belanghebbende het tennispark ter beschikking stelt, verschillen naar het oordeel van het Hof van de omstandigheden waaronder een commerciële partij een sportaccommodatie exploiteert. Belanghebbende biedt haar prestaties niet aan op de algemene markt van sportaccommodatie-exploitanten, maar heeft naar het oordeel van het Hof te gelden als de eindverbruiker van de ter zake ingekochte diensten op het vlak van de realisatie en het onderhoud van het tennispark, welke zij ter beschikking stelt in het kader van haar activiteit op het gebied van openbare dienstverlening. In dit kader heeft het Hof, met verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 29 oktober 2009, Commissie/Finland, C-246/08, ECLI:EU:C:2009:671, punt 51, meegewogen dat de door belanghebbende gemaakte kosten maar voor een gering deel worden gedekt door de door de tennisvereniging aan belanghebbende te betalen bijdragen, zodat geen sprake is van een reëel verband tussen het ontvangen bedrag en de verrichte dienst. Het verband tussen de terbeschikkingstelling door belanghebbende en de door de tennisvereniging te betalen tegenwaarde is, aldus het Hof, daarom niet rechtstreeks van aard, zoals is vereist om deze tegenwaarde te kunnen aanmerken als een tegenprestatie die een vergoeding vormt voor die dienst en om die dienst te kunnen aanmerken als een econo-

mische activiteit in de zin van artikel 9, lid 1, van BTW-richtlijn 2006.

3 Beoordeling van de middelen

3.1 Middel 1 richt zich onder meer tegen de hiervoor in 2.2.3 weergegeven oordelen van het Hof. Het middel beoogt dat belanghebbende met het ter beschikking stellen van de tennisaccommodatie wél deelneemt aan de markt van exploitanten van sportaccommodaties waarop ook commerciële bedrijven actief zijn, en dat zij vanwege het ontvangen van een vergoeding een prestatie in het economische verkeer verricht. Het Hof had bij zijn beoordeling niet mogen meewegen dat belanghebbende als publiekrechtelijk lichaam met deze handelingen uitvoering geeft aan een eigen sport- en welzijnsbeleid en evenmin dat belanghebbende als vergoeding voor de diensten tarieven hanteert die vooraf door de gemeenteraad zijn vastgesteld. Bovendien is de vaststelling van het Hof dat de exploitatie van de tennisaccommodatie niet duurzaam opbrengsten genereert, of dat een rechtstreeks verband tussen exploitatie en vergoeding ontbreekt, onbegrijpelijk. Evenmin doet aan het karakter van economische activiteit in de zin van artikel 9, lid 1, van BTW-richtlijn 2006 af dat de vergoeding die als tegenprestatie moet worden betaald, niet kostendekkend is, aldus nog steeds middel 1.

3.2.1 Volgens artikel 9, lid 1, eerste alinea, van BTW-richtlijn 2006 wordt als belastingplichtige beschouwd eenieder die, ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit. Om vast te stellen of een publiekrechtelijk lichaam zoals belanghebbende handelt als belastingplichtige, moet worden bepaald of het met die handelingen een economische activiteit in de hiervoor bedoelde zin uitoefent.

3.2.2 Het begrip economische activiteit is in artikel 9, lid 1, tweede alinea, van BTW-richtlijn 2006 omschreven als alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter. Dit begrip omvat volgens deze bepaling in het bijzonder de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Het begrip exploitatie in de zin van artikel 9, lid 1, tweede alinea, van BTW-richtlijn 2006 heeft betrekking op alle handelingen, ongeacht hun rechtsvorm, die bedoeld zijn om uit het betrokken goed duurzaam opbrengst te verkrijgen. De vraag of de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak erop is gericht om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, is een feitelijke vraag. Bij de beoordeling daarvan moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder in het bijzonder de aard van de betrokken zaak. In dit verband heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het irrelevant is of met de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak al dan niet winst wordt beoogd, om aan te ne-

men dat die exploitatie is verricht om er opbrengst uit te verkrijgen.

3.2.3 Verder veronderstelt het in artikel 9, lid 1, eerste alinea, van BTW-richtlijn 2006 bedoelde begrip economische activiteit dat leveringen en/of diensten onder bezwarende titel plaatsvinden. Een levering of dienst wordt geacht onder bezwarende titel te worden verricht wanneer tussen die levering of die dienst en de ontvangen tegenprestatie een rechtstreeks verband bestaat. Een dergelijk rechtstreeks verband bestaat alleen als er tussen de leverancier of dienstverrichter en de afnemer een rechtsbetrekking bestaat waarbij over en weer prestaties worden uitgewisseld en de door de leverancier of dienstverrichter ontvangen prijs de werkelijke tegenwaarde vormt voor het geleverde goed of de verleende dienst. Voor het bestaan van de hiervoor bedoelde bezwarende titel is vereist dat de betaling enkel wordt gedaan op voorwaarde dat de prestatie wordt verricht en omgekeerd. Het vereiste dat de tegenwaarde werkelijk moet zijn, houdt in dat een reëel verband moet kunnen worden gelegd tussen het geleverde goed of de verrichte dienst en het daarvoor betaalde bedrag. Het is niet relevant of de prestatie wordt verricht tegen een hogere of een lagere prijs dan de kostprijs en evenmin of zij is verricht tegen een hogere of een lagere prijs dan de normale marktprijs. Het feit dat degene die de prestatie verricht een gering deel van de gemaakte kosten terugverdient, volstaat niet om te oordelen dat een dergelijk reëel verband ontbreekt. Ook het Hof van Justitie gaat niet van die opvatting uit. Zowel uit het arrest Gemeente Borsele als uit het arrest van het Hof van Justitie van 2 juni 2016, Lajvér, C-263/15, ECLI:EU:C:2016:392, volgt wel dat bij door publiekrechtelijke lichamen verrichte prestaties in het bijzonder moet worden beoordeeld of de vergoeding niet slechts ten dele de verrichte of te verrichten diensten vergoedt en de hoogte ervan niet is bepaald op basis van andere factoren die in voorkomend geval kunnen afdoen aan het rechtstreekse verband tussen de diensten en de tegenprestatie ervan.

3.3 Bij de hiervoor in 3.2.3 bedoelde beoordeling komt geen doorslaggevend belang toe aan de omstandigheid dat de betrokken activiteit de uitvoering van een bij de wet opgelegde taak vormt of dat het verrichten van die activiteit anderszins door een algemeen of publiek belang is ingegeven.

3.4 Uit de hiervoor in 2.2.3 weergegeven oordelen van het Hof blijkt niet dat het Hof bij de beoordeling van het ondernemerschap in de zin van artikel 7 van de Wet het benodigde onderscheid heeft gemaakt tussen enerzijds de hiervoor in 3.2.2 bedoelde vraag of belanghebbende de tennisaccommodatie heeft bestemd voor exploitatie ervan om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, en anderzijds de hiervoor in 3.2.3 bedoelde vraag of die exploitatie gepaard gaat met dienstverlening onder bezwarende titel. Anders dan waarvan het

Hof kennelijk is uitgegaan, komt bij de beantwoording van deze vragen geen doorslaggevende betekenis toe aan de omstandigheid dat het verrichten van een activiteit is ingegeven door een algemeen of publiek belang. Ook is het Hof kennelijk, ten onrechte, ervan uitgegaan dat relevant is of met de exploitatie van een lichamelijke zaak al dan niet winst is beoogd of (zal worden) behaald. De oordelen van het Hof geven daarom blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Middel 1 slaagt in zoverre.

3.5 De overige klachten van middel 1 kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81, lid 1, van de Wet op de rechterlijke organisatie).

3.6 Gelet op hetgeen hiervoor in 3.4 is overwogen, kan de uitspraak van het Hof niet in stand blijven. Middel 2 behoeft geen behandeling. Verwijzing moet volgen.

3.7 Het verwijzingshof moet opnieuw het geschilpunt behandelen of belanghebbende met het aan de tennisvereniging in gebruik geven van de tennisaccommodatie handelt als ondernemer in de zin van artikel 7 van de Wet. Daarbij moet dit hof het volgende in aanmerking nemen.

3.7.1 Voor het antwoord op de vraag of belanghebbende de tennisaccommodatie exploiteert om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, is van belang dat de hiervoor in 2.1.1 tot en met 2.1.4 bedoelde feiten erop duiden dat belanghebbende werkzaamheden verricht die normaliter horen bij het exploiteren van een sportaccommodatie. Ook duiden die feiten erop dat belanghebbende de tennisaccommodatie heeft gerealiseerd om deze voor meerdere jaren tegen betaling van een jaarlijkse, niet-symbolische vergoeding in gebruik te geven aan de tennisvereniging. Onder deze omstandigheden kan in beginsel ervan worden uitgegaan dat de tennisaccommodatie wordt geëxploiteerd om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

3.7.2 Bij de beantwoording van de vraag of een rechtstreeks verband bestaat tussen de terbeschikkingstelling van de tennisaccommodatie en de van de tennisvereniging ontvangen vergoeding, moet het verwijzingshof rekening houden met het volgende. Uit het accommodatiebeleid volgt dat voor het ter beschikking krijgen van een aan belanghebbende toebehorende tennisaccommodatie een vergoeding is verschuldigd en verder dat de tariefstelling rekening houdt met de aard van de ter beschikking gestelde onroerende zaak en met die van de delen ervan, en dat de hoogte van de vergoeding mede wordt bepaald door het aantal delen of accommodaties waarover de beschikking wordt verkregen. Aangezien belanghebbende de hoogte van de vergoeding voor het gebruik van de tennisaccom-

modatie overeenkomstig het accommodatiebeleid heeft bepaald, kan in beginsel ervan worden uitgegaan dat een reëel verband bestaat tussen de door belanghebbende verrichte prestatie en de daartegenover staande vergoeding.

4 Proceskosten

De Staatssecretaris zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie. Door het verwijzingshof zal worden beoordeeld of aan belanghebbende voor de kosten van het geding voor het Hof en van het geding voor de Rechtbank en in verband met de behandeling van het bezwaar een vergoeding moet worden toegekend.

5 Beslissing

De Hoge Raad: verklaart het beroep in cassatie gegrond, vernietigt de uitspraak van het Hof, verwijst het geding naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing van de zaak met inachtneming van dit arrest, draagt de Staatssecretaris van Financiën op aan belanghebbende te vergoeden het griffierecht dat belanghebbende voor de behandeling van het beroep in cassatie heeft betaald van € 508, en veroordeelt de Staatssecretaris van Financiën in de kosten van belanghebbende voor het geding in cassatie, vastgesteld op € 2.100 voor beroepsmatig verleende rechtsbijstand. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. In deze uitspraak staat de vraag centraal wanneer een overheidslichaam - zoals een gemeente - een bepaalde activiteit verricht als btw-ondernemer. In dit geval had de gemeente in 2012 een aannemer opdracht gegeven een tennispark te realiseren. Het tennispark bestaat uit een clubgebouw, acht allweather tennisbanen, een kidsplayground en een openbare parkeerplaats. De kosten van het tennispark (inclusief grondaankopen en realisatiekosten) bedroegen EUR 2.158.130 (incl. 21% btw), waarvan EUR 1.458.000 betrekking had op de aanleg van de tennisbanen en het clubgebouw.

2. De kosten van groot onderhoud aan het gebouw en van de banen bedroegen jaarlijks EUR 10.910 (incl. 21% btw). Zowel de realisatie en het onderhoud van het tennispark kwamen ten laste van de gemeente.

3. De gemeente liet het tennispark aanleggen ten behoeve van een tennisvereniging. Op basis van het zogeheten 'accommodatiebeleid' van de gemeente, kwamen de gemeente en de tennisvereniging een jaarlijkse gebruiksvergoeding overeen ter hoogte van EUR 23.593 (incl. 6% btw²). De jaarlijkse gebruiksvergoeding was niet toereikend om de kosten van de aanleg en het onderhoud te dekken.

4. De gemeente wilde de btw die in verband met de realisatie en het onderhoud van het tennispark aan haar in rekening was gebracht in aftrek nemen, maar de inspecteur, de rechtbank en het Hof Den Bosch weigerden de aftrek, omdat de Gemeente de exploitatie van het tennispark niet zou verrichten als btw-ondernemer waardoor de gemeente geen btw in aftrek kon brengen. Voordat namelijk wordt toegekomen aan een rechte op aftrek van btw, dient eerst sprake te zijn van btw-ondernemerschap.

5. De Hoge Raad heeft op 13 november 2020 het cassatieberoep van de gemeente gegrond verklaard en de zaak verwezen naar Hof Arnhem-Leeuwarden. Het hof dient bij de beoordeling van de zaak ervan uit te gaan dat de feiten erop wijzen dat de gemeente werkzaamheden verrichtte die doorgaans passen bij het exploiteren van een sportaccommodatie.

6. In deze annotatie gaan we in op de achtergrond en relevantie van de procedure, waarna we toelichten hoe de Hoge Raad btw-ondernemerschap uitlegt in het licht van de gebruiksvergoeding en het accommodatiebeleid en de taken van de gemeente. We staan daarna kort stil bij de gewijzigde btw-sportvrijstelling die per 1 januari 2019 (dus na realisatie van het tennispark) van kracht is. We sluiten af met een korte opmerking over het belang van deze procedure voor de praktijk.

Achtergrond en relevantie van de procedure

7. Een btw-ondernemer (hierna toegelicht) heeft recht op aftrek van voorbelasting voor zover de aangeschafte goederen of afgenomen diensten worden gebruikt voor het verrichten van btw-belaste activiteiten. Het is in dat verband doorgaans gebruikelijk dat met de activiteit naar een duurzame opbrengst wordt gestreefd, maar dit is niet strikt noodzakelijk voor het vaststellen van btw-ondernemerschap.

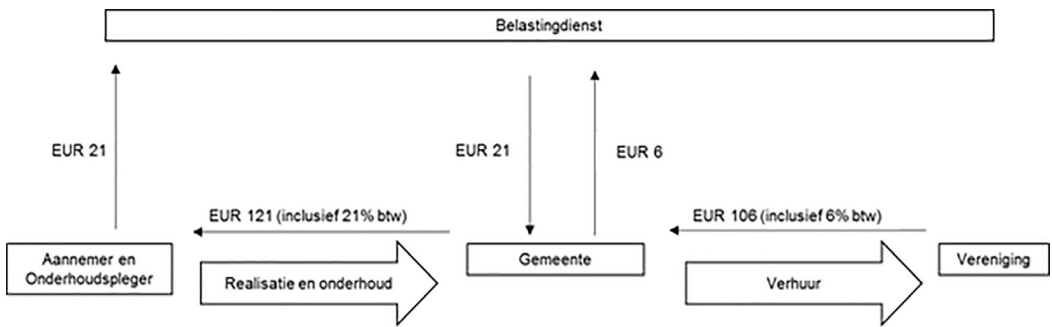
8. In de ideale situatie zou dit in deze zaak eruit zien als afgebeeld in figuur 1.

9. In dit voorbeeld is de kostprijs van de investering (de realisatie en het onderhoud van het tennispark) bij de gemeente EUR 100. De gemeente betaalt weliswaar EUR 121 aan de aannemer, maar doordat de gemeente recht heeft op teruggaaf van EUR 21, is de effectieve last van de gemeente EUR 100.

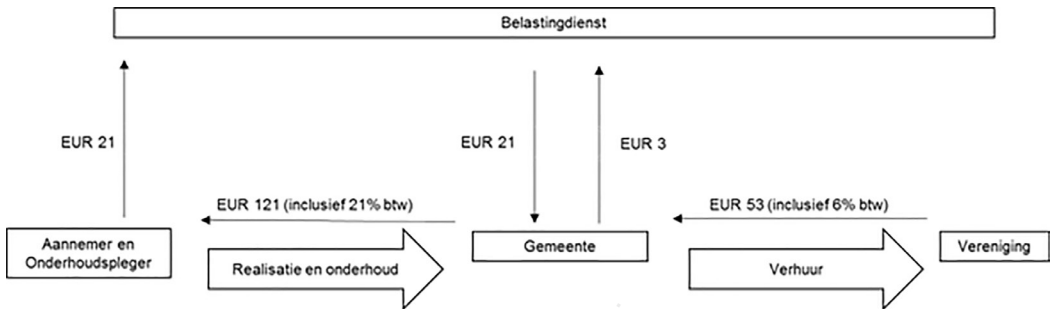
10. De gemeente ontvangt op haar beurt een gebruiksvergoeding van EUR 106, waarvan zij EUR 6 moet afdragen aan de Belastingdienst en zodoende EUR 100 onderhoudt. Hierdoor is het saldo van de exploitatie nihil. In dit voorbeeld is de verhuur van het tennispark dus volledig kostendekkend.

11. In de voorliggende zaak dekte de gebruiksvergoeding niet de totale kosten aan de realisatie en het onderhoud. Dit laat zich weergeven als afgebeeld in figuur 2.

2 Het destijds geldende verlaagde btw-tarief.



Figuur 1



Figuur 2

12. In dit voorbeeld is de kostprijs van de investering (de realisatie en het onderhoud van het tennispark) bij de gemeente EUR 100. De gemeente betaalt weliswaar EUR 121 aan de aannemer, maar doordat de gemeente recht heeft op teruggaaf van EUR 21, is de effectieve last van de gemeente EUR 100.

De gemeente ontvangt op haar beurt een gebruiksvergoeding van EUR 53, waarvan zij EUR 3 moet afdragen aan de Belastingdienst en zodoende EUR 50 overhoudt. Hierdoor is het saldo van de exploitatie negatief (-/- EUR 50).

In dit voorbeeld is de verhuur van het tennispark dus niet kostendekkend.

13. Dit laatste concept is ook het geval in onderhavige zaak. De jaarlijkse gebruiksvergoeding ter hoogte van EUR 23.593 (incl. 6% btw³) die de tennisvereniging verschuldigd is aan de gemeente, is geenszins kostendekkend voor de totale kosten van de realisatie ter hoogte van EUR 2.158.130 (incl. 21% btw) en het jaarlijkse groot onderhoud ter hoogte van EUR 10.910 (incl. 21% btw).⁴

14. Het verschil in tarief in voor de beoordeling van de zaak niet relevant. Dat in zo'n geval nog steeds een volledig recht op aftrek van de voorbelasting (in dit geval 21%) volgt gewoonweg uit het systeem van de wet. Dat gezegd hebbende komen we terug bij de kern van de zaak, de vraag die vooraf gaat aan het recht op aftrek, na-

melijk of de gemeente als btw-ondernemer het tennispark ter beschikking stelde aan de tennisvereniging. Ondanks dat - zoals wij ook met *figuur 2* trachten te illustreren - de gemeente met de verhuur van het tennispark niet al haar kosten terugverdient terwijl zij zich daar op voorhand van bewust was.

Btw-ondernemerschap

15. Voordat er recht op aftrek van voorbelasting ontstaat, moet er sprake zijn van btw-ondernemerschap.⁵ Btw-ondernemerschap ontstaat in beginsel bij exploitatie van een vermogensbestanddeel om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen (ook wel: economische activiteit). Of de exploitatie van het tennispark tegen een niet-kostendekkende vergoeding kwalificeert als economische activiteit is de vraag die nu voorligt.

16. In het arrest *gemeente Borsele*⁶ heeft het Hof van Justitie van de EU geoordeeld dat in geval van een wanverhouding tussen de verschuldigde vergoeding voor de prestatie en de kosten ervan het bestaan van een economische activiteit kan worden ontkend. Men zou kunnen betogen dat er sprake is van een wanverhouding indien de jaarlijkse vergoeding niet eens de onderhoudskosten dekt, waardoor de investering effectief nooit zal worden terugverdiend.

Kort na dit arrest, werd in het arrest *Lajvér*⁷ door het Hof van Justitie van de EU geoordeeld dat de Hongaarse staat de kosten voor exploitatie van cultuurtechnische werken niet

³ Het destijds geldende verlaagde btw-tarief.

⁴ De totale looptijd van de overeenkomst tussen de gemeente en de tennisvereniging wordt niet genoemd. Uit de uitspraak begrijpen wij desalniettemin dat de totale jaarlijkse vergoeding de totale kosten van de gemeente niet zullen dekken.

⁵ Art. 7 van de Wet op de Omzetbelasting 1968.

⁶ HvJ EU 12 mei 2016, C-520/14 (*gemeente Borsele*).

⁷ HvJ EU 2 juni 2016, C-263/15 (*Lajvér*).

noodzakelijk hoefde terug te verdienen voor het bestaan van economische activiteit.

17. Indien echter enkel een symbolische vergoeding verschuldigd is, is er géén sprake is van een economische activiteit. Om te bepalen of hiervan sprake is, kan van belang zijn welke vergoeding voor soortgelijke in het maatschappelijke verkeer verrichte prestaties worden bedongen. Als er voor prestaties een vergoeding in rekening wordt gebracht die niet in verhouding staat tot de kostprijs wil dat niet zeggen dat sprake is van een symbolische vergoeding en, daarom, geen economische activiteit.⁸

Reëel verband vergoeding en prestatie

18. In samenhang met de hoogte van de gebruiksvergoeding, moet voor een btw-belaste prestatie - aldus de Hoge Raad in overeenstemming *Lajvér* - ook sprake zijn van een rechtsreeks en reëel verband tussen de verrichte prestatie (de verhuur) en de vergoeding die daarvoor wordt betaald (de gebruiksvergoeding).

De vergoeding die de tennisvereniging betaalt, is gebaseerd op het accommodatiebeleid van de gemeente.

19. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat, de feiten erop duiden dat de gemeente het tennispark heeft gerealiseerd om deze voor meerdere jaren tegen betaling van een jaarlijkse, *niet-symbolische* vergoeding in gebruik te geven aan de tennisvereniging. Onder deze omstandigheden kan in beginsel ervan worden uitgegaan dat de tennisaccommodatie wordt geëxploiteerd om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Het verwijzingshof dient een en ander nader te beoordelen.

Bij wet opgelegde taak

20. De Hoge Raad oordeelt verder dat het Hof Den Bosch ten onrechte doorslaggevende betekenis heeft toegekend aan het feit dat de gemeente in kwestie een bij wet opgedragen taak uitvoert of handelt in het algemeen of publiek belang.

Uit de rechtspraak volgt dat publiekrechtelijke lichamen voor btw-doeleinden enkel in de hoedanigheid van overheid handelen wanneer zij werkzaamheden of handelingen verrichten in het kader van een specifiek voor hen als overheid geldend juridisch regime. Hiervan is sprake indien zij onder bezwarende titel werkzaamheden of handelingen verrichten en daarbij gebruik maken van bevoegdheden die uitsluitend door een publiekrechtelijk lichaam mogen worden gebruikt of uitgeoefend, denk daarbij aan het verstrekken van een paspoort of rijbewijs.⁹

21. Wanneer daarentegen diezelfde werkzaamheden of handelingen tevens door particuliere marktdeelnemers kunnen worden verricht onder een privaatrechtelijk regime, en de publiekrechtelijke lichamen onder dezelfde

juridische voorwaarden optreden als die particuliere marktdeelnemers, kunnen deze lichamen niet worden geacht hun werkzaamheden of handelingen als overheid te verrichten. Het exploiteren van een tennispark is niet uitsluitend voorbehouden aan een gemeente. Het oordeel van het Hof Den Bosch geeft daarom blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Btw-sportvrijstelling per 1 januari 2019

22. Per januari 2019 is de sportvrijstelling in de btw aangepast waardoor vanaf die datum de ter beschikkingstelling van sportparken (waaronder waarschijnlijk dit tennispark) is vrijgesteld (btw-sportvrijstelling).¹⁰

Met deze aanpassing lijkt een belaste exploitatie van het tennispark door de gemeente aan de tennisvereniging (cf. deze zaak) niet langer mogelijk. Omdat de gemeente uit dien hoofde geen btw-belaste prestaties meer verricht (lees: geen btw-belaste verhuur van het tennispark), zal zij per 1 januari 2019 in ieder geval geen recht meer hebben op aftrek van de btw op de kosten van onderhoud en realisatie.

Conclusie

23. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat ondanks dat de hoogte van de investering hoger is dan de vergoedingen die zullen worden ontvangen, er nog steeds sprake kan zijn van btw-ondernemerschap op grond van het arrest *Lajvér*. De instructie van de Hoge Raad aan het verwijzingshof is helder, zij moet nagaan of:

- de activiteiten van gemeente passen bij de duurzame exploitatie van een tennispark; en
- de gebruiksvergoeding (conform accommodatiebeleid) in reëel verband staat met de aard en omvang van het tennispark.

Belang voor de praktijk

24. Steeds vaker werd het btw-ondernemerschap ter discussie gesteld, met als achtergrond dat de verhouding tussen de hoge kosten en de lage opbrengst een aanwijzing zijn dat niet duurzaam naar opbrengst wordt gestreefd. Echter, invulling van het duurzaam naar opbrengst streven is niet gelijk aan het streven naar winst. Voldoende is dat er duurzaam een vergoeding wordt ontvangen. Dit is een belangrijke verruiming. Hierdoor wordt namelijk eerder aan btw-ondernemerschap toegekomen. Voorts maakt dit arrest duidelijk dat er een verschil is tussen een wettelijk opgelegde taak, en een taak waarvan we het maatschappelijk belang zo groot vinden dat deze (ook) moet worden uitgevoerd/ondersteund door een overheidsinstelling. Het uitgeven voor pasporten is een wettelijk opgelegde taak en kan niet worden uitgevoerd door een commerciële partij. Voor sport ligt dit anders, dit is een activiteit die ook door commerciële partijen kan worden uitgevoerd, maar vanwege de veronderstelde voordelen van sport ook wordt gefaciliteerd door gemeenten teneinde sporten betaalbaar te houden.

M.A. Bonthuis-Broekman en N.M Petri

⁸ HR 11 februari 2005, nr. 38.022, *NTFR* 2005/274.

⁹ Zie bijvoorbeeld HvJ 25 maart 2010, *Commissie/Nederland*, C-79/09, ECLI:EU:C:2010:171 en HR 19 juni 2020, 18/01712, V-N 2020/33.19.

¹⁰ Art. 11 lid 1 sub e en lid 4 van de Wet op de omzetbelasting 1968.

Wetgeving

Omgevingswet

Ontwerpbesluit tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Omgevingswet (Kamerstukken I 2020/21, 33 118, nr. BN)

Besluit van 7 december 2020 tot wijziging van het Besluit kwaliteit leefomgeving, het Omgevingsbesluit, het Besluit activiteiten leefomgeving en enkele andere algemene maatregelen van bestuur vanwege het opnemen van regels over landinrichting, voorkeursrecht en onteigening en een verdere aanpassing van de regels over kostenverhaal (Aanvullingsbesluit grondeigendom Omgevingswet) (Stb. 2020, 532)

Besluit van 9 december 2020 tot wijziging van het Besluit kwaliteit leefomgeving, het Omgevingsbesluit, het Besluit activiteiten leefomgeving, het Besluit bouwwerken leefomgeving, het Invoeringsbesluit Omgevingswet en enkele andere besluiten met het oog op de beheersing van geluid afkomstig van wegen, spoorwegen en industrieterreinen (Aanvullingsbesluit geluid Omgevingswet) (Stb. 2020, 557)

Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, d.d. 5 november 2020, aan de Eerste Kamer, aangaande de wijziging van de Omgevingswet en enkele andere wetten vanwege opname in de Omgevingswet van regels over het vestigen van een voorkeursrecht, regels over onteigening, bijzondere regels voor het inrichten van gebieden en, met het oog op verschillende typen gebiedsontwikkelingen, een verdere aanpassing van de regels over kostenverhaal (Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet) (Kamerstukken I 2020/21, 35 133, nr. J)

Besluit van 16 december 2020 tot wijziging van het Besluit activiteiten leefomgeving, het Besluit kwaliteit leefomgeving, het Omgevingsbesluit en enkele andere besluiten in verband met de overgang van de Wet natuurbescherming naar de Omgevingswet (Aanvullingsbesluit natuur Omgevingswet) (Stb. 2021, 22)

Omgevingswet en Wet natuurbescherming

Gewijzigd voorstel van wet d.d. 17 december 2020, aangaande de Wet natuurbescherming en de Omgevingswet (stikstofreductie en natuurverbetering) (Kamerstukken II 2020/21, 35 600, nr. C)

Crisis- en herstelwet

Besluit van 9 december 2020 tot wijziging van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet en het Besluit milieueffectrapportage (Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet) (Stb. 2020, 528)

Woningwet

Tweede nota van wijziging d.d. 11 januari 2021 inzake wijziging van de Woningwet naar aanleiding van de evaluatie van de herziene Woningwet. (Kamerstukken II 2020/21, 35 517, nr. 16)

Bouwregelgeving

Besluit van 29 december 2020 tot wijziging van het Asbestverwijderingsbesluit 2005, het Besluit stortplaatsen en stortverboden afvalstoffen, het Bouwbesluit 2012 en het Besluit bouwwerken leefomgeving (Stb. 2021, 10)

Besluit van 18 december 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van diverse artikelen van het Besluit van 3 juni 2020 tot wijziging van het Bouwbesluit 2012 en het Besluit bouwwerken leefomgeving in verband met het verbeteren van de veiligheid bij het bouwen en de veiligheid en gezondheid in bouwwerken en enkele andere wijzigingen (Stb. 2021, 12)

Besluit van 8 december 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I, met uitzondering van onderdeel E, van het Besluit van 13 december 2019, houdende wijziging van het Bouwbesluit 2012 en van enkele andere besluiten inzake bijna energie-neutrale nieuwbouw (Stb. 2019, 501), de artikelen I, onderdeel B, en II van het Besluit van 4 maart 2020, houdende wijziging van het Bouwbesluit 2012 en van enkele andere besluiten inzake

de implementatie van de tweede herziening van de richtlijn energieprestatie gebouwen (Stb. 2020, 84) en de artikelen I, II, onderdelen A en C, III, onderdelen A, C en D, IV en VI van het Besluit van 4 november 2020 tot wijziging van diverse besluiten in verband met de aanpassing van de methodiek voor het bepalen van de energieprestatie van gebouwen en de inrijking van energielabels (Stb. 2020, 529)

Wet Milieubeheer

Nota van wijziging d.d. 8 januari 2021 inzake wijziging van de Wet milieubeheer in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en ter uitvoering van het Klimaatakkoord (*Kamerstukken II 2020/21, 35 626, nr. 7*)

Licentie verstrekt aan:
buruma@jij.nl
Houthoff
IBR publicatie - 7-2-2025

TBR 2021/21

Literatuuroverzicht

Serie Bouwrecht- en aanbestedingsrecht - deel 8

In de serie Bouw- en Aanbestedingsrecht geven *M.A.B. Chao* en *M.A. van Wijngaarden* een op de praktijkgerichte behandeling van de belangrijkste onderwerpen uit het bouw- en aanbestedingsrecht. Centraal in dit deel staat de behandeling van de verschillende algemene voorwaarden in de bouw. Het commentaar op elk van deze algemene voorwaarden is voorzien van veel jurisprudentie, met name van de Raad van Arbitrage voor de Bouw alsmede de overheidsrechter. In dit deel worden behandeld: Verplichtingen van de adviseur/aansprakelijkheid van de adviseur/duur van de aansprakelijkheid en vervaltermijnen.

(Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, ISBN: 978-94-6251-241-2)

Serie Bouwrecht- en aanbestedingsrecht - deel 9

In de serie Bouw- en Aanbestedingsrecht geven *M.A.B. Chao* en *M.A. van Wijngaarden* een op de praktijkgerichte behandeling van de belangrijkste onderwerpen uit het bouw- en aanbestedingsrecht. Centraal in dit deel staat de behandeling van de verschillende algemene voorwaarden in de bouw. Het commentaar op elk van deze algemene voorwaarden is voorzien van veel jurisprudentie, met name van de Raad van Arbitrage voor de Bouw alsmede de overheidsrechter. In dit deel worden behandeld: Schadevergoeding/vertraging/onderbreking/opzegging en gevolgen van opzegging bij de overeenkomst met de adviseur.

(Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, ISBN: 978-94-6251-240-5)

Schriftelijk bewijs (Serie Burgerlijk Proces & Praktijk 23)

Sinds 1988 is dit de eerste monografie over schriftelijk bewijs. In dit werk door *J.G. Gräler* gaat het vooral over gekwalificeerde geschriften, te weten: akten. Aan akten (zowel onderhandse- als notariële-) komt bijzondere bewijskracht toe. In deze monografie wordt vanuit een praktische invalshoek het bewijs door geschriften behandeld. Er wordt veelvuldig verwezen naar rechtspraak.

(Deventer: Wolters Kluwer 2020, ISBN: 978-90-13-16052-9)

Concessies 2.0: de concessie op de grens van de vergunning, de overheidsopdracht en de subsidie

De concessie is van oudsher naar Nederlands recht een ietwat schimmige rechtsfiguur. Zij heeft eigenlijk nooit echt vaste voet onder de grond gekregen, ondanks verschillende pogingen daartoe. Tot voor kort viel in de praktijk met die vaagheid wel te leven. Maar met de inwerkingtreding van het op de Concessierichtlijn gebaseerde regime van de Aanbestedingswet 2012, is daarin per 1 juli 2016 verandering gekomen. In deze bijdrage gaat *F.J. van Ommeren* onder andere in op het onderwerp concessies.

(NTB 2020/257)

De Omgevingswet als olifant in de porseleinkast: over haar verhouding tot gemeentelijke autonome regelgeving

Op het eerste gezicht past de Omgevingswet in een trend van grootschalige decentralisaties aan

gemeenten. Het doel van dit artikel geschreven door *M.A.D.W. de Jong* en *J.L.W. Broeksteef* is om te onderzoeken wat de relatie is tussen de Omgevingswet en de gemeentelijke autonomie.

(Gst. 2020/144)

Wijzigingen regelgeving permanente bewoning recreatiewoning en toeristische verhuur

Er is een groot tekort aan woonruimte in Nederland. In deze tijden van woningnood is het overwegen waard dat mensen permanent in recreatiewoningen kunnen verblijven. De voorgenomen 'Wijziging van het Besluit omgevingsrecht inzake permanente bewoning van recreatiewoningen' vergemakkelijkt de legalisering van dat permanente verblijf. Ondanks de hoge woningnood blijven de regering en de gemeenten toeristische verhuur van woningen faciliteren. Toeristische verhuur zou positief zijn voor de gastvrijheidseconomie. De 'Wet toeristische verhuur van woonruimte'³ dient te zorgen voor een effectievere handhaafbaarheid zonder toeristische verhuur tegen te houden. Beide wijzigingen in wet- en regelgeving komen in deze publicatie geschreven door *P.M.J. Haan* en *Q.W.J. de Ruijter* aan de orde. Centraal staat de vraag of de wijziging van de wet- en regelgeving wel noodzakelijk is.

(BR 2020/88)

Kroniek onteigeningsrecht 2019

Eén van de grootste en meest besproken veranderingen die de Omgevingswet teweeg zal brengen, betreft het feit dat de civiele rechter niet langer de rechtma-

tigheid van de onteigening zal toetsen. In de nieuwe situatie wordt die rol overgenomen door de bestuursrechter die een door een bestuursorgaan genomen onteigeningsbesluit – op voordracht van datzelfde bestuursorgaan – moet bekrachtigen. In deze bijdrage zullen *H.X. Botter*, *E.W.J. de Groot* en *A.C.M. Rome van de Riet* beginnen met de bespreking van de (naar het oordeel van de auteurs) belangrijkste Koninklijke Besluiten (hierna: ‘KB’s’). Vervolgens zal de belangrijkste jurisprudentie van de civiele rechter (onder meer ten aanzien van het begroten van de schadeloosstelling) de revue passeren.

(BR 2020/89)

Kroniek Milieurecht 2019/2020

M.J.E. Boudesteijn en *B.J. Walraven* hebben voor deze kroniek een selectie gemaakt van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over milieuthema’s die volgens ons van belang kunnen zijn voor de bouwpraktijk. De volgende thema’s komen aan de orde: belanghebbende en relativiteitsvereiste, Activiteitenbesluit en maatwerkvoorschriften, milieu in bestemmingsplannen, omgevingsvergunningen voor afwijking en m.e.r.-beoordeling.

(BR 2020/90)

Middelen tegen een bevoegdverklaring van een scheidsgerecht

Het komt nog al eens voor dat bij de rechter of bij een scheidsgerecht de bevoegdheidsvraag aan de orde wordt gesteld. In deze bijdrage gaat *M. Niesen* in op de middelen die kunnen worden gebruikt tegen een bevoegdverklaring van een scheidsgerecht.

(TVA 2020/54)

Privacy in arbitrage

In deze bijdrage bespreekt *P. ten Brink* de implicaties van de AVG bij (internationale) arbitrage procedures. De (internationale)

arbitrage gemeenschap is van mening dat er steeds meer vraag is naar duidelijke richtlijnen ten behoeve van de bescherming van persoonlijke data in arbitrage: partijen, hun gemachtigden, arbiters en vele anderen die op een manier betrokken zijn bij de procedure.

(TVA 2020/55)

Het verdrag van Singapore en de gewijzigde UNCITRAL Model Law mediation

De Commissie voor Internationaal Handelsrecht van de Verenigde Naties (UNCITRAL) richt zich onder meer op een vernieuwend juridisch kader ter facilitering van de internationale handel. Dat arbitrageregels daarbij een belangrijke plaats innemen spreekt voor zich, gezien het grote belang van arbitrage als geschilbeslechtingwijze in het internationale handelsverkeer. Maar ook mediation staat al geruime tijd op de agenda van UNCITRAL. In deze bijdrage bespreekt *E.J.M. van Beukering-Rosmuller* de UNCITRAL-regelgeving inzake mediation, waarbij de focus ligt op het nieuwe juridische instrumentarium.

(TVA 2020/53)

Grenzen aan wijzigingsbedingen in algemene voorwaarden: biedt de Hoger Raad dezelfde consumentenbescherming als het HVJ EU? (I)

Een (eenzijdig) wijzigingsbeding is een beding dat de gebruiker de mogelijkheid geeft om zonder instemming van de wederpartij de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen. Het wijzigingsbeding stelt de gebruiker in staat om in te spelen op veranderende omstandigheden. Het wordt daarom veel gebruikt en komt voor in allerlei vormen en in verschillende soorten overeenkomsten. Volgens de Nederlandse wetgeschiedenis is het uitgangspunt dat wijzigingsbe-

dingen in beginsel geldig zijn. Vanuit unierechtelijk perspectief wordt het wijzigingsbeding door kritischer bezien. In deze bijdrage gaat *M.G.J. van 't Ende* hier verder op in.

(WPNR 2020, afl. 7305, p. 873)

Kroniek zonneparken

Deze kroniek door *E. Euverman*, *S. Groeneveld*, *K. Meijering* en *S. Schipper* bevat een selectie van de meest relevante gerechtelijke uitspraken over zonneparken op het gebied van het omgevingsrecht, de Elektriciteitswet 1998 (E-wet) en SDE-subsidies in de periode 1 juni 2019 tot en met 7 oktober 2020.

(VGR 2020, 6, p. 191)

Gebouw gebonden financiering

De financiering van de verduurzaming van bestaande woningen met daarbij de transformatie naar gasloos verwarmde woningen zal voor een groot deel voor rekening komen van particuliere woningbezitters. Deze financieringsopgave is de aanleiding om te beoordelen of een wijze van gebouwgebonden financiering gefaciliteerd dient te worden door de wetgever door een aanpassing van de wet. *R. van Houts* gaat in deze bijdrage hier verder op in.

(VGR 2020, 6, p. 205)

De Omgevingswet en energietransitie – twee werelden die samen (moeten) komen in een integrale benadering

Zowel het internationale als het nationale klimaatbeleid beoogt te voorzien in een reductie van broeikasgassen. Duurzame energiebronnen dienen daarom in een rap tempo fossiele brandstoffen te vervangen. Deze energietransitie heeft directe gevolgen voor de fysieke leefomgeving. Duurzame alternatieven zoals de realisatie van wind- en zonneparken behoeven immers ruimtelijke inpassing. Dit kan ten

koste gaan van de realisatie van woningbouw of van de realisatie van andere functies. Daarom zal er een integrale afweging moeten komen om te kunnen beoordelen welk belang moet prevaleren. Tegelijkertijd vergt de energietransitie dat bij de realisatie van die andere functies duurzame keuzes worden gemaakt. *W. Bosma* geeft in deze bijdrage aan dat hoewel de Omgevingswet tot uitgangspunt neemt dat bij de besluitvorming met betrekking tot het gehele domein van de fysieke leefomgeving een duurzame

ontwikkeling wordt nagestreefd, ontbreekt in de Omgevingswet vooralsnog een heldere relatie met de energietransitie. (VGR 2020, 6, p. 211)

Te huur: duurzame apparatuur – goederenrechtelijke, verbintenissenrechtelijke en huurrechtelijke kansen en obstakels

Met het oog op de energietransitie achten *K. Hikwerda* en *A. Bos*

het van belang de gebouwde omgeving te verduurzamen. Mede vanwege de kosten die de aanschaf van duurzame apparatuur met zich brengt, wordt verduurzamingsapparatuur door bouwweigenaren steeds vaker gehuurd in plaats van gekocht. In de praktijk wordt duidelijk dat ons Burgerlijk Wetboek en de daarin vervatte (oude) rechtsbeginselen zich niet goed laten verenigen met deze moderne ontwikkelingen.

(VGR 2020, 6, p. 216)

Digitale transformatie van het bouwproces en haar juridische en organisatorische aspecten

- prof. dr. ir. A.M. (Arjen) Adriaanse, prof. mr. dr. E.M. (Evelien) Bruggeman & dr. J.T. (Hans) Voordijk



De digitale transformatie van het bouwproces is in volle gang. Slimme woonwijken, digital twins, augmented reality. Het zijn voorbeelden van de opmars van digitale ontwikkelingen in de bouw.

Het VBR preadvies van dit jaar zal volledig in het teken staan van deze digitale technologieën en wat zij voor de bouwjurist in de dagelijkse praktijk betekenen.

Prof. dr. ir. Arjen Adriaanse en dr. Hans Voordijk geven een schets van het uitgebreide landschap van technologieën in bouwprocessen. Prof. mr. Evelien Bruggeman verkent de juridische inpassing van deze technologische ontwikkelingen in het bestaande bouwcontractenrecht.

Deze titel is beschikbaar in boekvorm, www.ibrtracker.nl en via Legal Intelligence. Meer info via publicaties@ibr.nl.

LEGALINTELLIGENCE

Beter zoeken. Zeker weten.

IBR Tracker

Auteurs:

prof. dr. ir. A.M. (Arjen) Adriaanse,
prof. mr. dr. E.M. (Evelien) Bruggeman & dr. J.T. (Hans) Voordijk
ISBN 978-94-6315-062-0
178 pagina's

Bestellen:

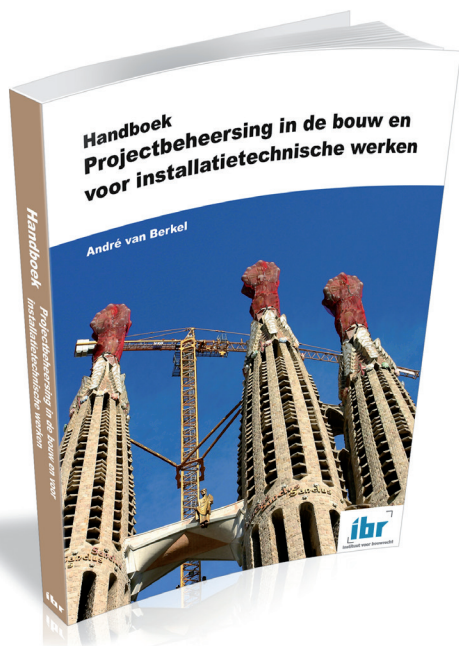
Prijs: € 38,50

www.ibr.nl/publicaties
publicaties@ibr.nl

ibr
instituut voor bouwrecht

Handboek Projectbeheersing in de bouw en voor installatietechnische werken

- André van Berkel



In de praktijk krijgen twee van de drie projecten te maken met vertragingen en inefficiënties veroorzaakt door allerlei omstandigheden zoals wijzigingen en/of meerwerk die de productiviteit nadelig beïnvloeden. De directe kosten van een wijziging zijn meestal eenvoudig te berekenen, maar de verstoring die een wijziging of meerdere wijzigingen op de uitvoering van het project veroorzaken, zijn moeilijk te kwantificeren. Dit is momenteel nog een grijs gebied.

Tegenwoordig wordt een claim voor productiviteitsverlies of vertragingsschade in de meeste gevallen op het einde van het project opgesteld, omdat dan de echte cijfers bekend zijn, zoals de werkelijk gepresterde uren ten opzichte van de geplande normuren. Het probleem met dit soort claims is, dat zij heel moeilijk te verdedigen zijn door het ontbreken van een gedetailleerde onderbouwing.

In het eerste deel van dit boek wordt uiteengezet hoe een project goed te kunnen controleren en te beheersen. Planning (Kritieke pad methode), Earned value management, Risico management en status meeting komen ruimschoots aan bod.

Het tweede deel van het boek is het resultaat van een onderzoek naar alle bestaande studies afkomstig uit het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. In deze landen is veel onderzoek gedaan naar het kwantificeren van vertragingsschade. Dit heeft geresulteerd in methoden die daar algemeen aanvaard worden.

In dit boek zijn deze studies gebundeld en bewerkt tot een bruikbaar geheel. De verschillende methodieken worden benoemd en geanalyseerd op de voor- en nadelen.

Deze publicatie is bedoeld voor professionals in de bouw en installatietechniek die vooruit moet denken. Wat te doen als alles goed gaat? Wat te doen als het juist niet goed gaat? De planners van de werkzaamheden en de juristen die projectleiders en projectuitvoerders bijstaan, en hun taal moeten begrijpen.

Auteur:

André van Berkel
ISBN 978-94-6315-056-9
206 pagina's

Bestellen:

Prijs: € 44,75
www.ibr.nl/publicaties
publicaties@ibr.nl



Handboek Juridische aspecten van werken met BIM

- prof. mr. dr. E.M. (Evelien) Bruggeman



Elke bouwrechtjurist zal vroeg of laat te maken krijgen met digitalisering. Digitalisering van informatie in zowel de ontwerp- en uitvoeringsfase alsook gedurende onderhoud en exploitatie vindt inmiddels op grote schaal plaats. Eén van de meest voorkomende vormen van digitalisering van en in het bouwproces is het gebruik van Building Information Modelling (BIM).

Dit handboek gaat in op de juridische aspecten van werken en contracteren met BIM en behandelt een groot aantal onderwerpen die voor juristen en andere beroepsbeoefenaren die te maken hebben met contractvorming en BIM van belang zijn. Het biedt inzicht in wat BIM is en hoe de gevolgen voor de werkwijzen en samenwerking zich verhouden tot het bouwcontractenrecht en algemeen privaatrecht.

Het boek biedt aanknopingspunten voor het vormgeven van overeenkomsten met een digitale (BIM) component en behandelt relevante rechtspraak en juridische ontwikkelingen in het buitenland.

Auteur:

prof. mr. dr. E.M. Bruggeman
ISBN 978-94-6315-060-6
430 pagina's

Bestellen:

Prijs: € 54,50
www.ibr.nl/publicaties
publicaties@ibr.nl



Het IBR onderwijs zowel klassikaal als online en real time te volgen!



Ook in 2021 biedt het IBR een groot aantal cursussen en bijeenkomsten op het gebied van het privaatrechtelijke bouwrecht. Binnen de gestelde eisen zal het zaalonderwijs weer opgestart worden zodra dit kan en mag. Daarnaast staan er alweer tal van real-time online cursussen op het programma met de volgende kenmerken:

- Real-time en interactief (zie agenda)
- De deelnemers kunnen thuis (of op kantoor) inloggen met tevoren toegezonden inloggegevens
- De docent en zijn/haar powerpoint zijn te zien op het scherm
- Aan de docent kunnen via een chat real-time vragen worden gesteld
- Elke docent (die zich ook op een door hem gekozen locatie bevindt) wordt vergezeld door een moderator, die er voor zorgt dat de interactie tussen docent en deelnemers goed verloopt

Voor het volledige programma, zie www.ibr.nl/agenda



NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN



instituut voor bouwrecht

Eindredactie

mr. R.W.M. Kluitenberg

Redactie

prof. dr. ir. A.G. Bregman
prof. mr. dr. E.M. Bruggeman
mr. F.A.M. Hobma
mr. J.R. Hoogendoorn
mr. J.J. Karens
mr. N. van Wijk-van Gilst

Redactiesecretaris

Dana Buis

Annotaties

Annotaties worden verzorgd door een vaste groep van auteurs die actief is op verschillende deelgebieden. Voor meer informatie en de namen van de auteurs zie www.ibr.nl/tbr

Redactieraad

prof. mr. A.G.A. Nijmeijer (vz.)
mr. R.G.T. Bleeker
mr. A.M.B. Chao
mr. J.J. Dammingh
mr. M.A.M. Dieperink
prof. mr. dr. S. van Gulijk
prof. mr. J.M. Hebly
mr. J.A.W. Huijben
prof. mr. C.E.C. Jansen
mr. dr. D. Korsse
prof. mr. P.H.L.M. Kuypers
mr. J.S. van Luik
mr. M. Lurks
prof. mr. dr. E.R. Manunza
prof. mr. G.W.A. van de Meent
prof. mr. R.F.H. Mertens
mr. H.C.W.M. Moesker
prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon

mr. ing. Charles H.N.M. Petit
mr. ing. B. Rademaker
prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels
prof. mr. H.F.M.W. van Rijswick
prof. mr. dr. H.D. van Romburgh
mr. F. Ronner
mr. S.J.H. Rutten
prof. mr. B.J. Schueler
prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans
prof. mr. J. Struiksma
mr. J. Verbeek
prof. mr. F.J. Vonck
mr. A.G.J. van Wassenaer

Redactie-adres

Instituut voor Bouwrecht
Postbus 93077
2509 AB Den Haag
tel. 070-3245544
fax 070-3282074
redactie@ibr.nl,
www.ibrtracker.nl

Uitgever

Stichting Instituut voor Bouwrecht
Postbus 93077
2509 AB Den Haag
info@ibr.nl, www.ibr.nl

Abonnementenadministratie

tel. 070-3245544
fax 070-3282074
klantenservice@ibr.nl

Abonnementsprijs 2021 (incl. btw)

folio: € 363,50 per jaar (inclusief opbergband)
online: € 363,50 per jaar
combinatie: € 508,90 per jaar
studenten: 50% korting
losse nummers: € 35,00
Voor abonnees in het buitenland geldt een toeslag i.v.m. verzendkosten

Actualiteiten Bouwrecht 2021 (incl. btw)

jaarabonnement: € 147,50
verschijnt wekelijks
redactie@ibr.nl
www.ibrtracker.nl

Aanbevolen citeerwijze

TBR 2021/<artikelnummer>, p. ...

Advertentie-exploitatie

Voor adverteren in dit medium kunt u contact opnemen met het Instituut voor Bouwrecht.
Tel. 070-3141502, info@ibr.nl

ISSN 1874-8724

Vacature



Vacature Junior juridisch medewerker privaatrechtelijk Bouwrecht

Het Instituut voor Bouwrecht is op zoek naar een Junior juridisch medewerker privaatrechtelijk Bouwrecht.

Wie zijn we?

Het Instituut voor Bouwrecht (IBR) is een onafhankelijk wetenschappelijk instituut op het gebied van het bouwrecht. Het doel van het IBR is blijken de statuten:

'Het op onafhankelijke wijze bevorderen van de wetenschappelijke en praktische beoefening van het bouwrecht, alsmede van de studie van juridische en maatschappelijke vraagstukken en verschijnselen in het algemeen, voor zover die betrekking hebben op of van betekenis kunnen zijn voor de kennis en verdieping van het bouwrecht.'

Dit doel wordt nagestreefd door het verrichten van onderzoek, het uitgeven van publicaties, de verenigingen VBR en VBR-A, het uitgeven van het Tijdschrift voor Bouwrecht (TBR) en het organiseren van onderwijs- en studiedagen. Daarnaast is het IBR internationaal actief o.a. middels de Europese Vereniging voor Bouwrecht en het Platform for Experts in Planning Law.

Wat houden de werkzaamheden in?

De werkzaamheden van de nieuwe medewerker zijn divers en betreffen onder andere:

- het verrichten van onderzoek en het schrijven van daarmee samenhangende publicaties op het gebied van het privaatrechtelijk bouwrecht
- het verrichten van dienstverlening van juridische aard ten behoeve van externe organisaties, waaronder een aantal keer per jaar het plannen en begeleiden van vergaderingen, het verzorgen van de notulen en het geven van advies
- het (in samenwerking met collega's) wekelijks verzorgen van samenvattingen van de die week gepubliceerde uitspraken op het gebied van het aanbestedingsrecht
- het (in samenwerking met collega's) verzorgen van jurisprudentiesamenvattingen op andere gebieden van het privaatrechtelijk bouwrecht
- het meedenken over en meewerken aan de totstandkoming van onze publicaties (waaronder de wekelijkse digitale nieuwsbrief en een veelheid aan (hand)boeken en jurisprudentiebundels)

Wat vragen we?

De beoogde medewerker:

- heeft een universitaire studie rechten succesvol afgerond
- heeft aantoonbare affiniteit met het privaatrechtelijke bouwrecht en/of het aanbestedingsrecht
- heeft maximaal 3 jaar werkervaring als jurist (advocaat, docent, bedrijfsjurist, wetenschappelijke organisatie o.i.d.)
- beheerst de Nederlandse taal in woord en geschrift
- beheerst de Engelse taal in woord en geschrift
- heeft een flexibele werkhouding
- affiniteit en/of ervaring met het verrichten van wetenschappelijk onderzoek, het schrijven van (wetenschappelijke) juridische artikelen en/of het geven van juridisch onderwijs strekt tot aanbeveling.

Wat bieden we?

- een aantrekkelijke werkomgeving in een kleine organisatie met gemotiveerde en betrokken collega's en de mogelijkheid tot verdere zelfontplooiing
- een 36-urige werkweek
- een salaris dat overeen stemt met schaal 10 BBRA 1984 (2020) (hoogte van het salaris is afhankelijk van leeftijd en ervaring en bedraagt minimaal 2737,59 bruto per maand)
- een eindejaarsuitkering 8,3 % van het bruto jaarsalaris
- opname in het collectief pensioenfonds
- aanstelling geschiedt voor een periode van een jaar met een proeftijd van een maand, bij gebleken geschiktheid wordt de overeenkomst verlengd met een jaar. Als na die periode blijkt dat de kandidaat in staat is zelfstandig wetenschappelijk onderzoek te verrichten is er uitzicht op een vaste aanstelling en de mogelijkheid tot het schrijven van een proefschrift.

Telefonische inlichtingen kunnen worden ingewonnen bij prof. dr. E.M. (Evelien) Bruggeman, directeur van het Instituut, op telefoonnummer 070-3141503. Sollicitaties kunnen door middel van een sollicitatiebrief voorzien van motivatie, CV en referenties tot vrijdag 18 februari 2021 per e-mail worden gericht aan de directeur (embruggeman@ibr.nl). Het opvragen en beoordelen van publicaties of de afstudeerscriptie kan behoren tot de sollicitatieprocedure.