

Duurzame gebiedsontwikkeling:
over vormen van regulering en de rol van aanbesteding

Publicatie van de Vereniging voor Milieurecht

Duurzame gebiedsontwikkeling: over vormen van regulering en de rol van aanbesteding

Verslag van de VMR Themamiddag van 7 november 2013

Prof. dr. ir. A.G. Bregman
Mr. A.W.G.J. Buijze
Mr. drs. A. Driesprong
Mr. dr. P. Heijnsbroek
Mr. dr. G.J.J. van den Hof
Mr. ing. G.J. Kremers

Eindredactie:
Mr. N. Teesing

2013-1



Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2014

© 2014 Vereniging voor milieurecht | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-878-2
NUR 823

www.bju.nl

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst	6
Voorwoord	7
De mogelijkheden van gebiedsgerichte normstelling Prof. dr.ir. A.G. Bregman	9
Mogelijke vormen van regulering bij gebiedsontwikkeling Mr. A.W.G.J. Buijze	13
Aanbesteding bij Gebiedsontwikkeling en Duurzaamheid Mr. dr. P. Heijnsbroek	31
Gebiedsgerichte milieunormen en milieunormering Mr. drs. A. Driesprong	47
Gebiedsaanpak van verontreinigd grondwater in relatie tot duurzame gebiedsontwikkeling Mr. ing. G.J. Kremers	53
Aanbesteden van duurzame gebiedsontwikkeling Mr. dr. G.J.J. van den Hof	63
Deelnemerslijst	71
Uitgaven van de Vereniging voor Milieurecht	73
Over de Vereniging voor Milieurecht	77

Afkortingenlijst

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
AMvB	algemene maatregel van bestuur
BEVI	Besluit Externe Veiligheid Inrichtingen
BR	Tijdschrift Bouwrecht
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Chw	Crisis- en herstelwet
DGBC	Dutch Green Building Council
EL & I	Economische Zaken, Landbouw en Innovatie
EMVI	Economisch Meest Voordelige Inschrijving
EU	Europese Unie
GPP	Green Public Procurement
HvJ	Hof van Justitie
I en M	Infrastructuur en Milieu
IBR	Instituut voor Bouwrecht
M en R	Milieu en Recht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
PBL	Planbureau voor de Leefomgeving
REAL	Review of European Administrative Law
SER	Sociaal-Economische Raad
SKAO	Stichting Klimaatvriendelijk Aanbesteden en Ondernemen
Stb.	Staatsblad
TBR	Tijdschrift voor Bouwrecht
TMA	Tijdschrift voor Milieuschade en aansprakelijkheidsrecht
TvO	Tijdschrift voor Omgevingsrecht
VROM	Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de EU
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wbb	Wet bodembescherming
Wm	Wet milieubeheer
Wro	Wet ruimtelijke ordening

Voorwoord

Gebiedsontwikkeling biedt kansen voor duurzaamheid: door gebruik te maken van kennis en ideeën binnen de private sector en door binnen een gebied functies op elkaar af te stemmen, kunnen synergieën worden bereikt en kan innovatie worden gestimuleerd. Maar gebiedsontwikkeling is ook complex en (nog) niet alle toepasselijke wetgeving is geschreven met een integrale benadering in het achterhoofd.

Tijdens de VMR themamiddag van 7 november 2013 is gesproken over de vraag of het recht genoeg ruimte biedt en kan bieden, ook aan private partijen, om creatief en inventief te zijn, en om tegelijkertijd duurzaamheid te stimuleren en zwakke waarden te beschermen.

Arjan Bregman (Senior stafmedewerker IBR en hoogleraar gebiedsontwikkeling aan de UvA) ging in zijn inleiding in op de mogelijkheden van gebiedsgerichte normstelling. Anoeska Buijze (postdoctoraal onderzoeker Universiteit Utrecht) besprak de mogelijke vormen van regulering bij gebiedsontwikkeling. Paul Heijnsbroek (advocaat bij Houthoff Buruma) gaf aan welke mogelijkheden hij zag tot het gebruik van aanbesteding als middel om te komen tot duurzame gebiedsontwikkeling.

Drie referenten hebben op de inleiders gereageerd: Arjan Driesprong (Rijkswaterstaat West-Nederland Zuid), Gerrit Kremers (Tauw BV) en John van den Hof (Royal HaskoningDHV en Saxion).

In deze publicatie vindt u de inleidingen en reacties van de sprekers en de deelnemerslijst.

De mogelijkheden van gebiedsgerichte normstelling

*Prof. dr. ir. A.G. Bregman**

In oktober 2011 verscheen het rapport ‘Omgevingsrecht en het proces van gebiedsontwikkeling’ van het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL).¹ Op pagina 8 van dit rapport wordt een naar de mening van ondergetekende belangrijke conclusie getrokken ten aanzien van de aard van de (vermeende) knelpunten van het huidige omgevingsrecht voor het proces van gebiedsontwikkeling:

‘Het is maar zeer beperkt de complexiteit van het omgevingsrecht die de plan-optimalisatie beperkt. De restrictiviteit van het omgevingsrecht – de beperkingen die het oplegt – is daarvoor meer bepalend. Die restrictiviteit neemt toe met een toenemend aantal omgevingsrechtelijke beperkingen.’

In het verleden zijn al diverse pogingen gedaan om middels wetsaanpassing te komen tot oplossingen voor wat samenvattend kan worden aangeduid als ‘knellende normen’. Te denken valt aan de Interimwet stad en milieubenedering en de regeling inzake het gebiedsontwikkelingsplan in de Crisis- en herstelwet (na inwerkingtreding van het wetsvoorstel tot het permanent maken van de Chw omgezet in een bestemmingsplan).

Een verdergaande poging, hoewel met een specifieke focus buiten de gebiedsontwikkeling, is de ‘Wijziging van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en enkele andere wetten om de planologische status van gronden en opstallen bepalend te laten zijn voor de mate van milieubescherming alsmede om de positie van agrarische bedrijfswoningen aan te passen (plattelandswoningen)’ die op 1 januari 2013 in werking is getreden.²

Plattelandswoningen, zijnde (voormalige) agrarische bedrijfswoningen die (tevens) door derden mogen worden bewoond, worden na inwerkingtreding van de regeling niet meer beschermd tegen milieugevolgen van het bijbehorende bedrijf. De wetswijziging moet het samengaan van ondernemen en wonen op het platteland vergemakkelijken.

* Arjan Bregman is hoogleraar Gebiedsontwikkeling aan de Universiteit van Amsterdam vanwege de Amsterdam School of Real Estate. Daarnaast is hij verbonden aan het Instituut voor Bouwrecht in Den Haag.

1. Planbureau voor de Leefomgeving, *Omgevingsrecht en het proces van gebiedsontwikkeling*, PBL Publicatienummer 500232001, Den Haag 2011.
2. *Stb.* 2012, 493.

Tijdens een wetgevingsoverleg in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel dat tot de wetaanpassing leidde in de Eerste Kamer op 4 juni 2012 hebben enkele Kamerleden aangegeven het wetsvoorstel te willen verbreden tot alle bedrijfswoningen, dus ook niet-agrarische. De minister gaf aan positief te staan tegenover deze verbreding. Wel is zij van mening dat de consequenties hiervan, onder meer voor externe veiligheid en risiconormering, eerst goed gezien moeten worden. Dit is voor de niet-agrarische bedrijfswoningen nog niet gebeurd, omdat het wetsvoorstel gericht is op de specifieke problematiek op het platteland. Zo werd in het wetgevingsoverleg besproken dat in ieder geval de randvoorwaarden ten aanzien van externe veiligheid en risiconormering zullen blijven gelden. Dit vergt een aanpassing van de regelgeving op dat terrein, in ieder geval van het Besluit externe veiligheid inrichtingen (BEVI), voordat een met niet-agrarische bedrijfswoningen verbrede wetswijziging in werking zou kunnen treden.

In het wetgevingsoverleg werd verder geconstateerd dat de komende Omgevingswet een beter middel lijkt om dit doel te bereiken. De minister heeft toegezegd het te zullen betrekken bij de vormgeving van de Omgevingswet.³

Met het breder toepassen van de gedachte achter het wetsvoorstel kan namelijk winst worden geboekt waar het gaat om het wegnemen van belemmeringen bij gebiedsontwikkeling. Voor een gebiedsgerichte aanpak van (binnenstedelijke) opgaven waar zonder enige overschrijding van de huidige normen gebiedsontwikkelingen met een breed maatschappelijk draagvlak onmogelijk zijn en toepassing van de stad- en milieubenadering en de bepalingen inzake tijdelijke normoverschrijding op grond van de Crisis- en herstelwet niet altijd mogelijk en gemakkelijk hanteerbaar zijn, is het van wezenlijk belang dat de Omgevingswet voor die aspecten die niet vanuit Europa dwingend zijn vastgelegd, publieke en private initiatiefnemers de ruimte laat om de in het hiervoor genoemde citaat geboden verantwoordelijkheid ook echt waar te maken. Daarbij zou de (woon)consument verplicht moeten kunnen worden overschrijdingen die hij kent en waarvoor hij kiest juridisch te aanvaarden – net als zijn rechtsopvolgers. Het wetsvoorstel voor de introductie van het begrip plattelandswoning is geheel in lijn met deze gedachte.

Cruciaal voor de inhoudelijke verbetering van het stelsel is dat de systematiek van de algemene regels zodanig wordt ingericht, dat er ruimte komt voor maatwerk om maatschappelijk breed gedragen gebiedsontwikkelingen mogelijk te maken die nu

3. Met het oog hierop heeft het Instituut voor Bouwrecht een promovendus aangetrokken, die naar aanleiding van de gedachte achter het wetsvoorstel plattelandswoningen de mogelijkheden van het in meer algemene zin gebiedsgericht maken van milieunormen gaat onderzoeken. Op 1 september 2013 is Eveline Cortvriendt gestart met haar onderzoek. Ondergetekende treedt op als promotor.

nog worden belemmerd door normen waarvan de beschermende werking er soms een is tegen wil en dank, kortom, voor gebiedsgerichte normstelling. Pas dan kan in de praktijk echt worden gedacht over integrale omgevingskwaliteit vanuit het oogpunt van de consument en niet vanuit een wirwar aan regels die op zichzelf beschouwd beslist een zekere waarde hebben, maar opgeteld tot verlamming van gebiedsontwikkeling leiden.

Mogelijke vormen van regulering bij gebiedsontwikkeling

Mr. A.W.G.J. Buijze*

1 Inleiding

Gebiedsontwikkeling is een complex proces, waarbij talloze partijen zijn betrokken en velerlei belangen moeten worden afgewogen. Het is bovendien vaak een zaak van lange adem. De eerste plannen voor de herstructurering van het Utrechtse stationsgebied ontstonden bijvoorbeeld al in de jaren tachtig. Naar verwachting zal het project worden voltooid in 2030. Gedurende het proces moet worden ingespeeld op onverwachte gebeurtenissen en maatschappelijke veranderingen. Planologen pleiten daarom tegen de grootschalige plannen van weleer en voor een meer organische manier van ontwikkeling.¹ Dit vereist een minder controlerende rol van publieke autoriteiten en meer vrijheid voor private initiatiefnemers.

Maar tussen droom en werkelijkheid staan wetten in de weg, en praktische bezwaren. Regelgeving, vooral wanneer die gedetailleerd en complex is, maakt het proces van gebiedsontwikkeling niet eenvoudiger. De flexibiliteit die vereist is voor de nieuwe vormen van gebiedsontwikkeling ontbreekt. Vanuit sommige hoeken klinkt dan ook de roep om meer flexibiliteit.

Ook vanuit het duurzaamheidsdenken is die roep om flexibiliteit goed te begrijpen. De overgang naar een duurzame samenleving is een transitieproces.² Dat vereist innovatie en inbreng uit de private sector.³ Rechtsregels zijn echter van nature conservatief: nieuwe, onvoorziene, maar wel wenselijke ontwikkelingen kunnen onbedoeld in strijd zijn met geldend recht. Het is het aloude probleem van de wetgever die nu eenmaal niet iedere situatie kan voorzien, waardoor de toepassing van rechtsregels in individuele gevallen soms tot onwenselijke uitkomsten leidt. Dat kan men beschouwen als de prijs van rechtszekerheid – het is immers van belang dat mensen op voorhand weten wat hun rechten en plichten zijn – maar blijkbaar wordt dit nadeel van rechtszekerheid tegenwoordig niet meer, of althans minder, geaccep-

* Anoeska Buijze (a.buijze@uu.nl) werkt als postdoc bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law.

1. PBL (Planbureau voor de Leefomgeving) & Urhahn Urban Design, *Formgeven aan de spontane stad. Belemmeringen en kansen voor organische stedelijke herontwikkeling*, PBL, Den Haag 2012.
2. J.M. Cramer, 'De bijdrage van milieurecht aan duurzame ontwikkeling', in: N. Teesing (red.), *De Toekomst van het milieurecht: eenvoudig beter? Verslag van het congres ter gelegenheid van het 30-jarig jubileum van de Vereniging voor Milieurecht*, VMR 2012-3, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 23.
3. Cramer 2013, p. 19-20.

teerd. Wanneer de maatschappij snel verandert, zoals bij de transitie naar een duurzame samenleving wenselijk is, komen dergelijke uitkomsten wellicht ook vaker voor. Er wordt daarom wel beweerd dat het recht beter opzij gezet kan worden ten gunste van *adaptive governance*: governance-processen zijn beter geschikt om om te gaan met vernieuwing, innovatie en onzekerheid.⁴ Ze bieden ruimte voor inbreng door private partijen en voor ad-hoc-oplossingen voor onvoorziene problemen.⁵ Ze hebben echter ook nadelen: rechtszekerheid en de waarborgfunctie van het recht worden opzij gezet.⁶

In het CONTEXT-project doet de Universiteit Utrecht met een viertal partneruniversiteiten⁷ onderzoek naar de interactie tussen wetgeving en governance-processen bij duurzame gebiedsontwikkeling.⁸ De voorbeelden in dit artikel zijn ontleend aan dit project. In zeven casestudies⁹ is onderzocht welke rechtsregels tijdens die processen tot problemen leidden, of en hoe die problemen zijn opgelost en in welke mate flexibiliteit en innovatie ten koste gingen van rechtszekerheid en de bescherming van milieustandaarden. Het project toetst de hypothese dat open resultaatnormen het best geschikt zijn de hang naar flexibiliteit te verenigen met de waarborgfunctie van het recht, maar gedurende het onderzoek werd duidelijk dat alternatieve mechanismen om flexibiliteit te creëren beter geschikt zijn voor de Nederlandse context.

De meeste initiatieven die moeten leiden tot een flexibeler systeem zoeken dan ook naar een ideaal tussen twee uitersten, naar een recht dat aan de ene kant voldoende flexibiliteit biedt om de noodzakelijke innovatie te faciliteren en aan de andere kant wel zijn waarborgfunctie blijft vervullen. Er zijn verschillende manieren om de

4. M. van Rijswijk & W. Salet, 'Enabling the Contextualization of Legal Rules in Responsive Strategies to Climate Change', *Ecology and Society*, vol. (2012) 17, nr. 2, art. 18, available at <http://dx.doi.org/10.5751/ES-04895-170218>, p. 1, en de daar aangehaalde literatuur.

5. Van Rijswijk & Salet 2012, p. 1.

6. Van Rijswijk & Salet 2012, p. 2.

7. UvA, TU Delft, Université Paris-Est en de University of Liverpool. Zie verder <http://context.verdus.nl>.

8. W. Salet & J. de Vries, *The Innovative Potential of Contextualising Legal Norms in Processes of Urban Governance: The Case of Sustainable Area Development*, CONTEXT Report 1. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

9. De ontwikkeling van de Westflank Haarlemmermeer, waar nieuwe woningen moeten worden ingepast tussen bestaande natuur en rekening moet worden gehouden met de regelgeving over Schiphol; Markermeer/IJmeer, waar een robuust ecologisch systeem wordt gecreëerd als 'compensatiereservoir' voor toekomstige ontwikkelingen, binnen de grenzen van de Vogel- en Habitatrichtlijnen; de transformatie van de Amsterdamse wijk Buikslooterham via een flexibel bestemmingsplan van een industrieterrein tot een gemengd gebied waar wonen, werken en lichte industrie gecombineerd worden; de ontwikkeling van veenpolder Rijnenburg tot een duurzame woonwijk; de herstructurering van het Utrechtse stationsgebied, die werd bemoeilijkt door regelgeving over bodem- en luchtkwaliteit; de ontwikkeling van een entertainmentcentrum in de Triangle de Gonesse, in de periferie van Parijs; de ontwikkeling van een gedereguleerde Enterprise Zone nabij het vliegveld in Manchester.

flexibiliteit van het recht te vergroten, elk met zijn eigen voor- en nadelen. Inmiddels berucht is de methode Borgers,¹⁰ met of zonder positieve evenredigheid,¹¹ maar ook open normen en discretionaire bevoegdheden, substantiële en procedurele uitzonderingsmogelijkheden of een integraal afwegingskader bieden mogelijkheden tot flexibiliteit. Dan zijn er nog de equivalentiebepaling, en meer specifieke instrumenten als saldering, de gebiedsgerichte aanpak en het globale bestemmingsplan. Elk van deze methoden heeft zijn eigen voor- en nadelen waar het gaat om de ruimte voor inbreng van private partijen, het risico op proceduralisering, het dichtslibben van open normen, rechtszekerheid, het bereikte beschermingsniveau en derdenbelangen. Bij deze bespreking gaat het echter primair om de vraag of de diverse vormen van regulering ruimte bieden voor flexibiliteit en innovatie, althans voor zover die bijdragen aan duurzame gebiedsontwikkeling.

2 Dereguleren

Loslaten is beangstigend. Zoals hiervoor al werd aangestipt, zijn er auteurs die ervoor pleiten sturing door middel van het recht op te geven ten gunste van zogenoemde *adaptive governance*-processen. Juristen zullen dergelijke pleidooien niet met veel enthousiasme verwelkomen. Want hoe wordt gegarandeerd dat ook de belangen van partijen die niet proactief willen of kunnen deelnemen aan het governance-proces worden meegewogen, om maar niet te spreken van de intrinsieke waarde van plant- en diersoorten en ecosystemen? De veeleisende natuur- en milieuwetgeving is er niet voor niets. Het is maar al te makkelijk milieu- en natuurbelangen opzij te zetten ten gunste van meer economische ontwikkeling. Maar is die vrees gerechtvaardigd?

In de casestudie in Manchester konden de CONTEXT-onderzoekers met eigen ogen zien waar al te losse regelgeving toe leidt. Aanvankelijk werd de casus opgenomen in het project, omdat de flexibele aanpak in het Verenigd Koninkrijk aantrekkelijk leek. Daar werd wel soepel omgegaan met natuur- en milieunormen, zo was de gedachte. Sterker nog, Londen heeft lokale overheden de mogelijkheid geboden om zogenoemde *enterprise zones* in te stellen, waar extra wordt ingezet op ontwikkeling en economische groei. Lokale autoriteiten kunnen ervoor kiezen in de *enterprise zones* de regeldruk verder te verminderen. Bedrijven kunnen daar gemakkelijker vergunningen krijgen, zonder de administratieve rompslomp die daar gebruikelijk mee gepaard gaat.¹² Rond het vliegveld in Manchester is een derge-

10. H.C. Borgers, *Duurzaam handelen. Een onderzoek naar een normatieve grondslag van het milieurecht (diss. EUR)*, Den Haag: Borgers/Sdu Uitgevers 2012.

11. J. van der Heijden & H. Borgers, *Positief Positief Recht: Dworkin in De Polder*, April 2012. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2121532> of <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2121532>.

12. N. Headlam, *Case Study Manchester Airport City Enterprise Zone, UK: Twin Engines for Growth*, CONTEXT Report 6. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

lijke zone aangewezen. Het governance-proces aldaar lijkt wel degelijk effectief. De marktgerichte benadering van de Commission for the New Economy, die de touwtjes in handen heeft, werpt vruchten af. Het vliegveld heeft recent een aanzienlijke buitenlandse investering binnengehaald en de door de crisis veroorzaakte tijdelijke verlamming lijkt verholpen.¹³ Maar de Manchester-casus toont ook de verwachte nadelen van een ongereguleerde governance-benadering. Aan andere dan economische belangen wordt nauwelijks aandacht besteed. De weinige burgers die aankloppen bij lokale autoriteiten vinden geen gehoor. Ze worden geconfronteerd met het feit dat het beleid wordt vastgesteld op regionaal niveau, waar zich geen nieuwe accountabilitymechanismen hebben ontwikkeld. De Stadsregio en het vliegveld kunnen in relatieve isolatie hun op groei gerichte strategie uitvoeren. Innovatieve duurzaamheidsmaatregelen worden er niet genomen: er worden spaarlampen in fittingen gedraaid, maar verder dan dat gaat het allemaal niet. Wanneer het doel van flexibilisering is dat nieuwe projecten doorgang kunnen vinden en de economie een boost krijgt, dan is dit een effectieve oplossing – maar ook een kostbare, in termen van schade die wordt toegebracht aan andere belangen. Wie hoopt dat extreme deregulering leidt tot duurzame initiatieven komt in de Engelse context bedrogen uit.¹⁴ Een governance-benadering leidt – niet heel verrassend – niet tot een duurzaam resultaat als de betrokkenen zich niet aan duurzaamheid gecommitteerd hebben.

Wellicht is de governance-benadering te redden door criteria te stellen waar het governance-proces aan moet voldoen, om te voorkomen dat er een situatie zoals in Manchester ontstaat waarbij bepaalde belangen én belanghebbenden systematisch van besluitvormingsprocessen worden uitgesloten. Juist de instituties die zijn opgericht om economische groei te bevorderen hebben de meeste invloed op de besluitvorming. Dat zou natuurlijk anders kunnen. Zo'n aanpak is zeker een optie, maar heeft ook een aantal nadelen. Hierna komt deze procedurele benadering, waarbij het governance-proces zelf gereguleerd wordt, nog nader aan de orde.

3 Naar een andere omgang met het recht?

Een ongereguleerde governance-benadering leidt dus niet zonder meer tot duurzame resultaten. Maar is het omgekeerde, dat wetgeving de transitie naar duurzaamheid bemoeilijkt dan wel waar? Is het recht echt zo inflexibel als de governance-literatuur doet vermoeden? Niet noodzakelijk: de ware sleutel tot flexibiliteit ligt wellicht niet bij een ander soort normen, integrale afwegingskaders of wettelijke

13. A. Morby, 'Chinese Contractor backs Manchester Airport City', *Construction Enquirer*, 14 October 2013, www.constructionenquirer.com/2013/10/14/chinese-contractor-backs-800m-manchester-airport-city.

14. Headlam 2013.

uitzonderingsgronden, maar bij een andere omgang met het recht in zijn huidige vorm. Het gebrek aan flexibiliteit is dan niet zozeer het resultaat van de manier waarop de wetgever normen opschrijft, maar meer van de houding van de actoren die die normen vervolgens interpreteren en toepassen. Borgers heeft in zijn proefschrift uiteengezet hoe het recht geïnterpreteerd zou kunnen worden op een manier die duurzaam handelen mogelijk maakt.¹⁵ Zijn uitgangspunt is dat de wet in feite al voldoende flexibel is. De betekenis van de wet ligt immers niet besloten in de wettekst zelf. De wet krijgt pas betekenis in een sociale context en die betekenis wordt bepaald door de deelnemers, in die specifieke context. Meestal kost dit proces weinig moeite, de betekenis die aan een regel gegeven moet worden is dan duidelijk. Regels worden routineus toegepast. Maar in bijzondere gevallen, als duidelijk wordt dat de toepassing van een regel op de gebruikelijke wijze tot een pervers resultaat leidt, kunnen we gezamenlijk tot de conclusie komen dat de regel zo toch niet bedoeld is. De betekenis die we aan de regel geven verandert, of liever, wordt vastgesteld voor die specifieke situatie. Dat gebeurt niet willekeurig. De interpretatie die we geven reflecteert in de maatschappij levende normen, normen die ook in het rechtssysteem als geheel geïntegreerd zijn. Op het eerste gezicht lijkt dit een aantrekkelijke optie: het recht blijkt in staat met de samenleving mee te evolueren zonder tussenkomst van de wetgever. Er is al flexibiliteit, juist in die gevallen waar het nodig is om duurzaam handelen te faciliteren. Maar op basis van het CON-TEXT- onderzoek lijkt dit geen haalbare kaart. Actoren lijken in de Nederlandse context niet bereid om de in de wet aanwezige flexibiliteit optimaal te benutten op de wijze die Borgers voorstaat. Het gaat hier om een methode van rechtsvinding die zwaar leunt op het werk van Ronald Dworkin. En hoewel diens werk ook in Europa sterk resoneert, is de rechterlijke aanpak die Dworkin beschrijft, ontleend aan zijn eigen, Amerikaanse rechtssysteem, en dan met name aan de benadering van het Hooggerechtshof. De inhoudelijke toets van het constitutionele hof lijkt in weinig op de toets die verricht wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder: Afdeling). Dat de Afdeling meer in die richting zou gaan bewegen, lijkt onwaarschijnlijk en wordt in de Nederlandse context over het algemeen ook onwenselijk geacht: de rechter dient niet op de stoel van het bestuur te gaan zitten. Zodoende toetst de Afdeling dus met name procedureel. Dat beïnvloedt sterk hoe bestuursorganen hun besluiten rechtvaardigen. Ze blijken risicomijdend. Bij de voorbereiding van besluiten ligt veel nadruk op de vraag of de toets van de Afdeling zou worden doorstaan, mocht het besluit aangevochten worden. Wie op de gebaande paden blijft, loopt relatief weinig risico. Creatieve inhoudelijke interpretaties zijn minder aantrekkelijk: de voordelen worden bij de rechtmatigheidstoet-

15. H.C. Borgers, *Duurzaam handelen. Een onderzoek naar een normatieve grondslag van het milieurecht* (diss. EUR), Den Haag: Borgers/Sdu Uitgevers 2012.

sing nauwelijks meegewogen en de besluitvormingsprocedure overdoen wanneer het besluit vernietigd wordt, is tijdrovend en kostbaar. Alleen als er zwaarwegende redenen zijn, zijn bestuursorganen bereid wetgeving te contextualiseren.¹⁶ Uit de casestudies blijkt dat die zwaarwegende redenen veelal van economische of financiële aard zijn. Het robuuste ecologische systeem dat in het Markermeer moet vrijkomen, maakt potentieel winstgevende ontwikkelingen mogelijk die anders niet gerealiseerd zouden kunnen worden.¹⁷ De in Utrecht geïmplementeerde biowasmachine kan worden gerealiseerd tegen een fractie van de kosten die gemoeid zouden zijn met traditionele sanering.¹⁸ Maar zelfs dan is contextualisering een moeizaam, risicovol en tijdrovend proces: lokale autoriteiten laten het liever aan de wetgever over de wetgeving aan te passen, zodat ook zonder ingewikkelde interpretatie duidelijk is dat hun plannen rechtmatig zijn. In Utrecht ging dat niet, omdat de tijdsdruk te groot was.¹⁹ Bij de robuuste ecologische zone ontbreekt het aan commitment op rijksniveau om wetgevingsmaatregelen te nemen, zodat lokale actoren op zichzelf aangewezen zijn om het project ook juridisch mogelijk te maken.²⁰ Overigens geldt ook bij de methode Borgers dat flexibiliteit alleen bijdraagt aan duurzaamheid wanneer duurzaamheid als waarde verankerd is in de maatschappij en het recht. Deze methode van rechtsvinding kan dus op zijn best voorkomen dat het recht in de weg staat aan het realiseren van een al levende wens duurzaam te handelen. Duurzaam handelen bevorderen als we daar niet toch al toe geneigd zijn, dat zal niet gebeuren. Hoe dan ook: lokale actoren zoeken zelden uit zichzelf naar nieuwe interpretaties. Het is dan ook niet vreemd dat de wetgever ervoor kiest bewust flexibiliteit te creëren en niet rekent op de inherente flexibiliteit van rechtsregels. Dat blijkt echter de nodige creativiteit te vereisen, zeker omdat het belang van rechtszekerheid en de waarborgfunctie van het recht niet uit het oog verloren mogen worden.

4 De traditionele benadering: discretionaire bevoegdheden

Wanneer de wetgever de indruk heeft dat het bestuur beter in staat is te beoordelen wat in een concreet geval het beste besluit is, dan zal hij het bestuur een discretionaire bevoegdheid toekennen. Dat kan op verschillende manieren. Traditioneel wordt onderscheid gemaakt tussen beleidsvrijheid, beoordelingsvrijheid en beoor-

16. B. Waterhout, W. Zonneveld & E. Louw, *Case Study Markermeer-IJmeer, the Netherlands: Emerging Contextualization and Governance Complexity*, CONTEXT Report 5. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013; A. Buijze, *Case Study Utrecht Station Area, the Netherlands: How PPPs Restructured a Station, a Shopping Mall and the Law*, CONTEXT Report 4. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

17. Waterhout e.a. 2013, p. 6-7.

18. Buijze 2013, p. 47.

19. Buijze 2013, p. 47.

20. Waterhout e.a. 2013, p. 49.

delingsruimte. Deze bieden een aflopende hoeveelheid ruimte aan het bestuur.²¹ Het is goed ook een onderscheid te maken tussen discretionaire ruimte wat betreft de te realiseren uitkomst en discretionaire ruimte met betrekking tot de instrumenten die het bestuur kan inzetten om een vastgestelde uitkomst te realiseren. Door middel van resultaatsnormen kan een bepaald beschermingsniveau gegarandeerd worden, maar kan het bestuur, ook in overleg met non-gouvernementele actoren, zelf bepalen hoe dit resultaat bereikt wordt. Dat combineert rechtszekerheid met een zekere mate van flexibiliteit. Op zijn minst opent het de mogelijkheid nieuwe innovatieve technieken in te zetten voor het realiseren van inflexibele doelen of het bereiken van rigide standaarden. Daarmee wordt in elk geval tegemoetgekomen aan de klacht dat wetgeving overdreven instrumenteel is.²² Wanneer discretionaire ruimte bestaat om zelfstandig een acceptabel beschermingsniveau vast te stellen, is de flexibiliteit groter. Er bestaat dan ook de mogelijkheid om in overleg met lokale non-gouvernementele actoren het beschermingsniveau vast te stellen. Dat gaat wel ten koste van rechtszekerheid en een gegarandeerd minimum beschermingsniveau. In het algemeen vergroten discretionaire bevoegdheden de flexibiliteit van het bestuur. Ze bieden uitstekende mogelijkheden om gebruik te maken van lokale kennis en om zo goed mogelijk aan te sluiten bij specifieke lokale of onvoorziene omstandigheden. Dit gaat enigszins ten koste van de rechtszekerheid van betrokkenen, maar dat is een afweging die gemaakt moet worden. Niettemin zijn er bij discretionaire bevoegdheden en open normen twee risico's die de flexibiliteit kunnen verminderen. Ten eerste blijken open normen vaak dicht te slibben, zodat toch minder vrijheid bestaat dan aanvankelijk gedacht. Daarnaast is er het risico van doorgeschoten proceduralisering: het bestuur blijft wel vrij het besluit te nemen dat het het meest verstandig acht in de gegeven omstandigheden, maar wordt daarbij geconfronteerd met zo veel procedurele verplichtingen dat het besluitvormingsproces zelf rigide wordt.

5 Beginselregulering

Verwant aan wettelijke bepalingen die aan het bestuur discretionaire ruimte laten, is de zogenoemde beginselregulering waarvoor wordt gepleit door Salet & Van Rijswijk.²³ Deze methode maakt de normatieve beginselen die ten grondslag liggen aan het recht duidelijk en laat het vervolgens aan lokale actoren over om deze beginselen in concrete gevallen toe te passen. Beginselregulering biedt geen pasklare oplossing in concrete gevallen, maar identificeert wel de waarden die ten grondslag

21. Zie uitgebreider Buijze 2013, p. 50 e.v.

22. Van Rijswijk & Salet 2012, p. 2.

23. Van Rijswijk & Salet 2012.

liggen aan het rechtssysteem. Als zodanig geeft ze meer houvast dan de methode Borgers: het zijn dezelfde waarden die bepalen wat de rechtens juiste oplossing is, maar anders dan bij de dworkiniaanse rechtsvinding hoeven ze niet afgeleid te worden uit het rechtssysteem als geheel, maar worden ze voorgeschreven door de wetgever. Voordeel daarvan is dat ze progressiever kunnen zijn. Dworkiniaanse rechtsbeginselen worden afgeleid uit het rechtssysteem als geheel. Als duurzaamheid niet al een waarde is die naar voren komt in het recht, zal beginselgestuurde rechtsvinding niet tot duurzame uitkomsten leiden. Wanneer de wetgever duurzaamheidsbeginselen introduceert, kan daadwerkelijk verandering optreden.

Via beginselregulering worden actoren gedwongen om oplossingen op maat te vinden voor concrete gevallen. Daarmee wordt aanvankelijk het risicomijdende gedrag dat de methode Borgers ondermijnt voorkomen. Maar het gaat ook hier om open normen: breed geformuleerde resultaatsnormen om precies te zijn. We lopen tegen grotendeels dezelfde problemen aan als bij discretionaire bevoegdheden. Open normen slibben dicht wanneer steeds meer regels worden afgeleid van de in de wetgeving opgenomen beginselen, door het bestuur zelf of door de rechter. En ook hier is het risico dat procedurele normen worden ontwikkeld die de flexibiliteitswinst weer tenietdoen.

Dat open normen in de praktijk gemakkelijk werken, blijkt niet uit de in CONTEXT onderzochte casussen. Zo werden bij de ontwikkeling van Rijnenburg door de juristen van het Waterschap problemen voorzien met het gelijkheidsbeginsel.²⁴ Dat zou eraan in de weg staan dat het Waterschap bijdroeg aan maatregelen die een hoog veiligheidsniveau in de nieuwe Utrechtse wijk zouden garanderen, terwijl in het naburige Nieuwegein het oude, lagere veiligheidsniveau zou worden gehandhaafd. Daarmee worden de burgers van Nieuwegein anders behandeld dan die in Rijnenburg. Dat is een wel heel rigide interpretatie van het gelijkheidsbeginsel, die het nagenoeg onmogelijk zou maken het veiligheidsniveau geleidelijk te verhogen. In Buiksloterham werd geworsteld met de ‘goede ruimtelijke ordening’, ook een norm die bijzonder veel ruimte laat aan het lokale bestuur.²⁵ Nu is de ruimte die die norm biedt natuurlijk minder groot dan je bij lezing van de wettekst zou denken, maar ook waar wel ruimte is, blijkt de operationalisering heel wat voeten in de aarde te hebben. Zowel het dichtslibben van open normen als het gevaar van proceduralisering wanneer geen inhoudelijke normen worden gesteld, wordt door deze casus geïllustreerd.

24. A. Buijze, *Case Study Utrecht Rijnenburg, the Netherlands: Failure to Launch*, CONTEXT Report 7. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

25. S. Dembski, *Case Study Amsterdam Buiksloterham, the Netherlands: The Challenge of Planning Organic Transformation*, CONTEXT Report 2. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

6 Open normen slibben dicht

Wanneer de wetgever een open norm opneemt in de wet, biedt dat aanvankelijk mogelijkheden. Maar het is geenszins gezegd dat die mogelijkheden blijven bestaan. Soms is dat bewust, wanneer open normen verplicht worden ingevuld bij algemene maatregel van bestuur (AMvB). Maar vaak kiest het bestuur er zelf voor nadere regels vast te stellen of zich te laten leiden door handreikingen en richtlijnen die zijn opgesteld door partijen met meer kennis van zaken.²⁶ Dat hoeft geen verbazing te wekken en is vaak ook verstandig: vuistregels zijn nu eenmaal efficiënter en het is zonde als steeds weer door ieder bestuursorgaan afzonderlijk het wiel moet worden uitgevonden. Het afwegen van verschillende belangen kost tijd en expertise, en wanneer die afweging maar één keer gemaakt hoeft te worden, is dat winst. Wanneer het om ingewikkelde materie gaat, heeft ook niet ieder bestuursorgaan de benodigde kennis zelf in huis. Uit oogpunt van flexibiliteit is het minder positief. Zelfs wanneer de nadere regels niet bindend zijn, moet een aarzeling worden overwonnen om ervan af te wijken. Wie van de gebaande paden afdwaalt, loopt een risico. En dat heeft alles te maken met de wijze waarop de Afdeling besluiten toetst. Want uiteindelijk is het niet het bestuur zelf dat bepaalt hoeveel discretionaire ruimte de wetgever heeft gelaten, de bestuursrechter heeft het laatste woord. Dat is zo als het gaat om een wettelijke bepaling waar beoordelingsruimte in zit, omdat dan de bestuursrechter vol toetst, maar ook wanneer het bestuur denkt beoordelingsvrijheid te hebben loopt het risico's: het is immers de bestuursrechter die bepaalt of het gaat om beoordelingsruimte of beoordelingsvrijheid, en die de intensiteit van zijn toetsing daarop aanpast. Daarom is het op voorhand onzeker of een nieuwe, creatieve wijze van handelen binnen de grenzen van de wet valt. Met een conservatieve houding loopt het bestuur eenvoudigweg minder risico's. De Afdeling zal immers een besluit dat overeenstemt met een gezaghebbende handreiking of van tevoren opgesteld beleid eerder goedkeuren.

Hoe normen in de praktijk dichtslibben, kan goed geïllustreerd worden aan de hand van de ontwikkeling van Buiksloterham. In Amsterdam valt het niet mee aan de geldende geluidsnormen te voldoen. Enige creativiteit is vereist, maar daar is ook ruimte voor. Het gaat hier om resultaatsnormen: er is een maximaal geluidsniveau dat acceptabel is waar binnen zekere grenzen van afgeweken kan worden, maar hoe dat niveau bereikt moet worden, volgt niet uit de wetgeving. Er is dus ruimte

26. Er zijn overigens ook auteurs die beargumenteren dat het opstellen van beleidsregels weleens verplicht zou kunnen zijn op grond van het transparantiebeginsel, althans in de Europese context. Het belang van rechtszekerheid wordt dan zo groot geacht, dat veel van de inherente flexibiliteit van discretionaire bevoegdheden wordt opgegeven. A. Prechal & M. De Leeuw, 'Dimensions of Transparency: the Building Blocks of a New Legal Principle', in *REAL* 2007, p.p. 51-61, p.p. 54-56.

genoeg voor flexibele oplossingen. Je zou verwachten dat de gemeente die ruimte zo veel mogelijk wil laten bestaan om het zichzelf niet nog moeilijker te maken aan de norm te voldoen. Maar toch heeft de gemeente in haar beleidsregel 'Vaststelling hogere grenswaarden Wet geluidhinder, Amsterdams beleid' opgenomen dat gebouwen minimaal één 'stille zijde' (met een geluidsbelasting van minder dan 50 dB(A)) moeten hebben. Die extra regel leverde bij de herontwikkeling van Buikslooterham problemen op, zelfs al ging het hier maar om een beleidsregel.²⁷ Ook voor de vraag hoe omgegaan moet worden met geluidsnormen bij het opstellen van het bestemmingsplan zijn vuistregels opgesteld. Het toenmalige ministerie van VROM heeft de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening opgesteld. De Handreiking suggereert een maximaal te tolereren geluidsbelasting van 55 dB(A) op de gevel van een woning. De Vereniging Nederlandse Gemeenten heeft vervolgens een lijst opgesteld met minimumafstanden tussen woningen en verschillende bedrijventypen, zodat niet steeds in individuele gevallen een acceptabele afstandsnorm berekend hoeft te worden. Hoewel de lijst niet bindend is, zal een zwaardere motivatieplicht gelden wanneer van de voorgestelde afstanden afgeweken wordt.

Ook de gemeente Utrecht bracht zichzelf in de problemen met te rigide normstelling op lokaal niveau. De vaststelling van het gebied waarin bodemverontreiniging door middel van de biowasmachine plaats zou vinden, vond plaats in twee fasen. Over hoe dat moest gebeuren, was in de Wet bodembescherming (Wbb) niets vastgelegd. De gemeente had dus alle vrijheid. Er werd eerst een relatief klein gebied vastgesteld, op een later moment zou dat worden uitgebreid. Voor die uitbreiding werden op voorhand criteria vastgesteld, die later technisch niet toepasbaar bleken te zijn. Daarmee had de gemeente zichzelf verplicht het onmogelijke te doen.²⁸

7 **Proceduralisering**

Wanneer inhoudelijke beslissingen worden overgelaten aan andere actoren, betekent dat niet dat de wetgever alle controle opgeeft. Door transparantie- en rapportageverplichtingen op te leggen aan het bestuursorgaan dat de standaarden bepaalt, kan een zekere controle behouden worden. De wetgever reguleert hier in feite het governance-proces zelf in plaats van de uitkomst ervan. Door het volgen van de juiste procedure wordt geprobeerd een acceptabele uitkomst te garanderen. Deze benadering wordt door de Europese wetgever gebruikt bij kaderrichtlijnen. Het uitgangspunt van bijvoorbeeld de kaderrichtlijn water is dat de lidstaten beter in staat

27. Dembski 2013.

28. Buijze 2013, p. 46. De wijziging van de Wet bodembescherming bracht uiteindelijk uitkomst.

zijn realistische kwaliteitsstandaarden vast te stellen dan de EU-instituties.²⁹ Het opleggen van onderzoeksplichten is een andere manier om het besluitvormingsproces te reguleren zonder op voorhand een uitkomst vast te leggen.

Niet alle procedurele eisen komen van de wetgever. Ook de rechter stelt eisen aan besluitvormingsprocedures. Wanneer het bestuur veel discretionaire ruimte heeft, is een procedurele toets het enige instrument dat de rechter heeft om rechtvaardige besluitvorming te garanderen. Wanneer inhoudelijke normen ontbreken, zullen al gauw procedurele eisen zwaarder gaan wegen. Dit is ook het argument dat Schueler geeft tegen al te open normen in het omgevingsrecht.³⁰ Zulke normen kunnen alleen over de band van motivering en zorgvuldigheid worden getoetst. Er moet dus intensief onderzocht en afgewogen worden wanneer er open normen en discretionaire bevoegdheden zijn.

Maar in de praktijk worden juist ook procedurele eisen als belastend ervaren. Het is moeilijk grenzen te stellen: wanneer is een procedure zorgvuldig, als altijd meer en beter onderzoek gedaan kan worden, en gebruikte methoden altijd ter discussie kunnen worden gesteld? Onderzoeksresultaten zijn bovendien maar beperkt houdbaar, wat ook schuurt met de roep om flexibiliteit en versnelling van procedures. Wil men toch nog iets veranderen in een plan, dan moet vaak nieuw onderzoek uitgevoerd worden. In Buiksloterham werd bij het ontwerpen van het bestemmingsplan veel aandacht besteed aan het 'Raad-van-State-proof' maken van het bestemmingsplan. De aandacht voor de toch voornamelijk procedurele toets van de Raad van State ging ten koste van de aandacht voor de inhoud, maar leidt ook tot rigiditeit in het besluitvormingsproces. Er is veel mogelijk, dus er bestaat wel degelijk flexibiliteit wat betreft aanvaardbare uitkomsten, maar erg soepel gaat het allemaal niet. Vlug inspelen op veranderende omstandigheden is er niet bij.³¹

8 Gebiedsgerichte benadering en saldering

Bij een gebiedsgerichte benadering wordt een norm gesteld voor het gebied als geheel. Binnen het gebied kan gedifferentieerd worden. Het gaat hier niet om het afstrepen van de ene kwaliteit tegen de andere, zoals bij de hierna te bespreken integrale benadering, maar om een flexibelere omgang met één bepaalde standaard. Een (tijdelijk) lagere luchtkwaliteit in een deel van het gebied kan gecompenseerd

29. S. van Holten & M. van Rijswijk, 'The consequences of a governance approach in European Environmental directives for flexibility, effectiveness and legitimacy', in: M. Peeters & R. Uylenburg (eds.), *EU environmental legislation: Legal perspectives on regulatory strategies*, Edward Elgar Publishing (verschijnt mei 2014).

30. B. Schueler, 'Of heeft u liever negatieve evenredigheid', *Men R* 2012/47.

31. Dembski 2013, p. 55.

worden door een betere kwaliteit elders, bijvoorbeeld.³² Of een tijdelijke verslechtering van de bodemkwaliteit is acceptabel omdat die bijdraagt aan een verbetering van de kwaliteit van het gebied als geheel op de langere termijn.³³ De gebiedsgerichte aanpak kan inderdaad innovatieve technieken mogelijk maken. In Utrecht is dat met de biowasmachine ook gebeurd. Door vervuiling rond te pompen wordt de natuurlijke afbraak van gifstoffen gestimuleerd. Op lange termijn komt dat de bodemkwaliteit ten goede, maar daarvoor verspreidt de vervuiling zich naar gebieden die nu nog schoon zijn.

Waar het minimumstandaarden betreft die uit veiligheids- of gezondheidsoogpunt zijn gesteld, is deze manier van flexibilisering minder geschikt. Een goede kwaliteit in een deel van het gebied kan dan de lagere kwaliteit elders niet compenseren. Maximaal toegestane concentraties van giftige stoffen zijn een voor de hand liggend voorbeeld.

De gebiedsgerichte aanpak werkt het best wanneer lokaal en tijdelijk afwijken van de norm nodig is om op termijn de kwaliteit in het hele gebied te vergroten. Om differentiatie in kwaliteitsniveaus mogelijk te maken is een gebiedsgerichte aanpak overbodig. Minimumstandaarden sluiten differentiatie niet uit: over het algemeen is er geen beletsel om een hogere kwaliteit dan het gestelde minimum na te streven. Het gevaar van een meer algemene toepassing van de gebiedsgerichte benadering is dan ook dat het mogelijk wordt om minimumnormen te omzeilen. Het gaat er dan in eerste instantie om dat in delen van het gebied een lagere norm geldt. De hogere kwaliteit elders in het gebied is compensatie, een prijs die betaald moet worden voor het overschrijden van de standaardnorm. Wordt de gebiedsgerichte aanpak op deze manier gebruikt, dan wordt de waarborgfunctie van het recht aangetast op een wat mij betreft onacceptabele wijze. In meer algemene zin kan een gebiedsgerichte aanpak nadeel opleveren voor eigenaren en gebruikers van die delen van het gebied waarvoor normoverschrijding wordt toegestaan.

Ten slotte zijn met een gebiedsgerichte aanpak de nodige administratieve lasten gemoeid. Een gebiedsgerichte aanpak lijkt geen garantie voor eenvoudiger besluitvorming. Kritisch over de gebiedsgerichte aanpak als manier om minimumnormen voor natuur- en milieubescherming te omzeilen is bijvoorbeeld Woldendorp.³⁴ Hij

32. N. Bontje, *Case Study Utrecht Station Area, the Netherlands: Legal Contextualization as Suitable Solution for Air Quality*, CONTEXT Report 9. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

33. A. Buijze, *Case Study Utrecht Station Area, the Netherlands: How PPPs Restructured a Station, a Shopping Mall and the Law*, CONTEXT Report 4. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

34. Hans Woldendorp, 'Waar is de gek die de normen heeft vastgesteld? Het gebiedsgerichte natuurbeschermingsbeleid in het perspectief van een geïntegreerde gebiedsgerichte aanpak', *BR* 2009, p. 451.

twijfelt ook of door een gebiedsgerichte aanpak de besluitvorming over bouwprojecten wordt vereenvoudigd, laat staan versneld.³⁵

Binnen CONTEXT komen de gebiedsgerichte benadering en saldering veelvuldig om de hoek kijken. Vanuit duurzaamheidsoogpunt geeft dat wisselende resultaten. De gebiedsgerichte aanpak van grondwaterverontreiniging lijkt kansrijk. De traditionele gevalsgerichte benadering was niet alleen een blokkade voor nieuwe bouwprojecten, maar leidde ook niet tot een verbetering van de bodemkwaliteit, terwijl het daar toch om begonnen was. Niet alleen de bouwprojecten, maar ook de sanering stagneert.³⁶ De in Utrecht ontwikkelde biowasmachine lijkt dan ook in bijna alle opzichten een verbetering.³⁷ Het Nationaal Actieprogramma Luchtkwaliteit en de Utrechtse variant daarvan daarentegen hebben vanuit duurzaamheidsoogpunt geen winst opgeleverd, alle goede bedoelingen ten spijt.³⁸ Nieuwe projecten kunnen doorgang vinden en dat kan natuurlijk wel degelijk beschouwd worden als een pluspunt, maar met de luchtkwaliteit blijft het kwakkelen. In beide studies werd ook duidelijk dat een gebiedsgerichte aanpak besluitvormingsprocedures niet noodzakelijkerwijs vergemakkelijkt. Met name de studie naar luchtkwaliteit suggereert dat voor lokale overheden de besluitvorming over welke projecten onder welke voorwaarden doorgang kunnen vinden hoge eisen stelt aan hun capaciteit.³⁹

9 Een integraal afwegingskader

Een integraal afwegingskader maakt het mogelijk verschillende waarden tegen elkaar af te wegen. Het resultaat van een dergelijke afweging is onvoorspelbaar en er bestaat een risico dat steeds dezelfde belangen het afleggen. Flexibiliteit met betrekking tot de uitkomst gaat hier waarschijnlijk het meest ten koste van de rechtszekerheid en van het borgen van zwakke belangen. Daarnaast is de noodzaak van procedurele normen om een legitieme uitkomst te garanderen groot: welke afweging ook gemaakt wordt, een goede onderbouwing is noodzakelijk.

Een integraal afwegingskader lijkt wel wat op het positieve evenredigheidsbeginsel:⁴⁰ er wordt een integrale kosten-batenafweging gemaakt, en zo lang de uiteindelijke balans positief is, is de ontwikkeling in kwestie toelaatbaar. Het heeft echter een aantal nadelen ten opzichte van de combinatie van standaardregels met dat positieve evenredigheidsbeginsel. Er is geen standaardregel die in simpele gevallen de oplossing voorschrijft: er moet steeds een integrale afweging worden gemaakt. De

35. Idem.

36. Hans Woldendorp, 'Ondergrondse regelingen opgediept (deel 2)', *Bouwrecht* 2012/112.

37. Buijze 2013, noot 21, supra.

38. Bontje 2013, p. 28.

39. Bontje 2013, p. 28.

40. Van der Heijden & Borgers 2012.

winst die vuistregels opleveren, is er hier niet. Daarnaast heeft positieve evenredigheid een veiligheidsklep: het toepassen van het beginsel kost moeite. Er moet gemotiveerd en onderzocht worden, en de besluitvorming zal kostbaarder zijn dan wanneer het beginsel niet wordt toegepast. Dat biedt enige garantie dat alleen wordt afgeweken van de voorgeschreven standaarden wanneer daarmee aanzienlijke winst valt te behalen. Bij een integraal afwegingskader ontbreekt die veiligheidsklep: de procedure is immers altijd dezelfde.

Ook hier geldt dat de waarborgfunctie van het recht op de tocht komt te staan. Er is geen gemakkelijk toepasbare inhoudelijke norm waaraan getoetst kan worden of de integrale afweging rechtmatig is. Ook hier zal de rechter teruggrijpen op het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel om besluiten te toetsen, met alle verantwoordings- en onderzoeksplichten van dien.⁴¹

10 Afwijkingsgronden

Bij wettelijke afwijkingsgronden heeft de wetgever voor ogen wat voor resultaat hij wil bereiken, en hoe. Er is een standaardoplossing: een gedragsnorm die wanneer hij wordt nageleefd naar verwachting positief bijdraagt aan beleidsdoelstellingen. Tegelijkertijd is op voorhand duidelijk dat die standaardoplossing niet in alle gevallen werkt. Voor die gevallen heeft de wetgever een uitzondering opgenomen. De standaardnorm wordt opzij gezet en er wordt ruimte geboden voor een beter passende oplossing. De gevallen waarin dat mogelijk is, zijn op voorhand gedefinieerd, maar er kan verschil zitten in hoe ruim ze zijn geformuleerd. Wanneer de uitzonderingsgronden redelijk scherp zijn geformuleerd, is de rechtszekerheid gegarandeerd en ook de waarborgen die de wetgever wil bieden, blijven in stand. Maar de daadwerkelijke flexibiliteit bij deze methode is beperkt, want wat kan, is afhankelijk van de voorzienigheid van de wetgever. Omdat die per definitie tekortschiet, blijven er altijd onvoorziene situaties waarin het onverkort toepassen van de wetgeving een minder dan optimaal resultaat geeft. Het opnemen van wettelijke uitzonderingen biedt wel meer mogelijkheden dan alleen een standaardregel, maar creëert geen echte flexibiliteit in de zin dat effectief kan worden omgegaan met onvoorziene situaties. Daarnaast leidt juist de neiging om voor iedere situatie een passende regel te willen maken tot fijnmazige, complexe wetgeving. En daar wilden we nu juist vanaf.

Wel is denkbaar dat er brede wettelijke afwijkingsgronden komen. Afwijken van de standaard is dan mogelijk wanneer dat bijdraagt aan bijvoorbeeld het realiseren van het doel van de wetgeving, het creëren van een duurzame samenleving, of met toepassing van het zogenoemde positieve evenredigheidsbeginsel. Hoewel dat in

41. B. Schueler, 'Of heeft u liever negatieve evenredigheid?', *M en R* 2012/47.

theorie zou kunnen leiden tot meer duurzame oplossingen – vooral wanneer duurzaamheid een uitzonderingsgrond wordt – zijn dergelijke normen voor een rechter slecht toetsbaar. Het gevaar van proceduralisering steekt dan weer de kop op. Omdat aan de inhoudelijke norm slecht getoetst kan worden, valt de rechter terug op veeleisende procedurele normen.

11 Afwijkingsprocedures

Hoe moet het dan wel? Het opnemen van afwijkingsprocedures in wetgeving biedt een oplossing voor het belangrijkste probleem van de afwijkingsgronden. De wetgever definieert nog steeds een hoofdregel. Weer realiseert hij zich dat die hoofdregel niet in alle gevallen tot de beste uitkomst zal leiden. Maar anders dan bij de afwijkingsgronden, erkent hij dat hij niet kan voorzien wanneer dat het geval is. Hij laat het aan het bestuur over dat te bepalen. Dat kan afwijken van de norm wanneer de daartoe geëigende procedure wordt gevolgd. Inhoudelijk worden er geen handvatten geboden om de afweging te maken of afwijken gerechtvaardigd is. De waarborg zit in de te volgen procedure. Voor standaardgevallen schrijft de wetgever de uitkomst van het besluitvormingsproces voor. Leidt dat tot onwenselijke resultaten, dan valt hij terug op de andere optie die hiervoor werd geïdentificeerd: het reguleren van het governance-proces.

Deze methode heeft duidelijke voordelen ten opzichte van het uitsluitend reguleren van het governance-proces. Voor standaardgevallen is immers een standaardoplossing voorhanden. Er hoeven dan geen veeleisende procedures gevolgd te worden. Wanneer het niet om standaardgevallen gaat, heeft deze methode dezelfde nadelen. De rechtszekerheid en de waarborgfunctie staan op de tocht, en er wordt zwaar geleund op de aanname dat procedurele regels kunnen leiden tot een legitieme uitkomst. Deze methode garandeert wel dat dat niet zomaar gebeurt: het is kostbaar om af te wijken van de standaardregel en dat zal dus alleen gebeuren als er in zeker opzicht winst valt te behalen. Of een meer duurzame oplossing die additionele kosten rechtvaardigt, althans in de optiek van degene die de regeling moeten toepassen, moeten we maar afwachten.

12 Equivalentiebepalingen

Een laatste alternatief is het opnemen van een equivalentiebepaling. In feite is dat een algemeen geformuleerde materiële uitzonderingsgrond. De wet schrijft de methode voor waarmee een in de wet opgenomen doel gerealiseerd dient te worden, maar houdt de mogelijkheid open dat een andere, nu nog onbekende, methode even goed werkt. Anders dan bij de hiervoor besproken afwijkingsgronden hoeft de wetgever op voorhand niets over de methode te weten. In die zin is een equivalentie-

tiebepaling beter geschikt om innovatieve technologieën te faciliteren. Zoals hiervoor al uiteengezet, leveren dergelijke brede uitzonderingsgronden potentieel wel problemen op bij de rechterlijke toetsing, leiden ze mogelijk tot proceduralisering en bereiken ze niet de beoogde flexibiliteit. Mijn inschatting is dat het makkelijker is aan een equivalentiebepaling te toetsen dan aan het positieve evenredigheidsbeginsel of aan een norm die duurzaamheid vereist. Die begrippen vereisen meer interpretatie en afweging, terwijl of iets een equivalente methode is in de eerste plaats een technische kwestie is. Wel rijst de vraag hoe de gelijkwaardigheid van de methode aangetoond kan worden. In elk geval dient de te bereiken standaard voldoende duidelijk geformuleerd te zijn. Daarnaast moet nagedacht worden over handzame bewijsregels die iets verder gaan dan een enkele verdeling van de bewijslast. Initiatiefnemers zou op voorhand duidelijk moeten worden gemaakt hoe zij kunnen aantonen dat hun methode equivalent is. Ik heb op dit moment geen pasklaar antwoord op de vraag hoe die bewijsregels eruit moeten gaan zien. Maar wanneer relatief heldere bewijsregels mogelijk blijken te zijn, heb ik goede hoop dat met de equivalentiebepaling de nodige juridische blokkades voor duurzame innovatie verwijderd kunnen worden.

13 Conclusie

In deze bijdrage is gezocht naar methoden van regulering die flexibiliteit en rechtszekerheid combineren, zodat duurzame gebiedsontwikkeling wordt gefaciliteerd. Hoewel enige flexibiliteit noodzakelijk is om duurzame initiatieven te faciliteren, is het niet zo dat flexibiliteit per definitie leidt tot duurzaamheid. Het is dan ook nuttig een onderscheid te maken tussen een verhoging van de flexibiliteit om nuttige innovatie en creatieve oplossingen mogelijk te maken en flexibiliteit die andere doelen dient, zoals het bespoedigen van besluitvormingsprocessen, het mogelijk maken van projecten die heilzaam zijn voor de economie of het simpelweg verlagen van standaarden. Ook in die gevallen kan flexibiliteit nut hebben. Of de voordelen opwegen tegen de nadelen is een afweging die anderen moeten maken. Dit artikel ziet uitsluitend op flexibiliteit als mogelijkheid om duurzame initiatieven te faciliteren. *Adaptive governance* leidt niet zonder meer tot duurzame besluiten. Het recht daarentegen is vaak weinig flexibel. Dat ligt niet alleen aan de wetgever. Natuurlijk, er zijn ook gedetailleerde wettelijke normen die af en toe de uitvoering van een goed idee bemoeilijken. Maar meestal is er toch wel wat interpretatieruimte en zijn het juist andere actoren die niet het risico van een creatieve interpretatie willen dragen. Vaak ook deelt de wetgever het bestuur discretionaire bevoegdheden toe. Daarmee wordt in potentie flexibiliteit gecreëerd, al verdwijnt die in de praktijk na verloop van tijd. Het lijkt erop dat de diverse actoren, zowel het bestuur als de bestuursrechter, een steuntje in de rug nodig hebben om flexibiliteit te omarmen. In theorie heb-

ben resultaatsnormen, of beginselgestuurde wetgeving, de beste kaarten, maar in de praktijk bestaat behoefte aan meer houvast en slibben dergelijke normen langzaam dicht. Bij gebrek aan houvast wat betreft de inhoud wordt bovendien zwaar geleund op procedurele waarborgen die dan wel niet een bepaalde uitkomst voorschrijven, maar wel het besluitvormingsproces rigide maken. De kunst is dus om wel houvast te bieden, maar te voorkomen dat normen dichtslibben.

Er zijn, grof gezegd, twee manieren om de nadelen die kleven aan governance-processen te corrigeren met behulp van wetgeving. Het is enerzijds mogelijk op voorhand het aantal acceptabele oplossingen te beperken en inhoudelijke normen te stellen en anderzijds om het proces zelf te reguleren in de hoop dat procedurele waarborgen een goede uitkomst garanderen.

Wordt voor de tweede optie gekozen, dan ligt daaraan het idee ten grondslag dat het reguleren van besluitvormingsprocessen daadwerkelijk een goede methode is om een rechtvaardig resultaat te bereiken. Maar transparantie, participatie en accountability kunnen niet automatisch kortetermijndenken en machtsverschillen neutraliseren.⁴² Veeleer ondersteunen ze de effectuering van materiële normen, mits die zijn gesteld. Gebeurt dat niet, dan raken slecht georganiseerde belangen nog steeds ondergesneeuwd. Maar ook wie het uitgangspunt accepteert dat procedurele waarborgen voldoende zijn om rechtvaardigheid te bewerkstelligen, heeft daarmee geen oplossing in handen die tot de gemakkelijke acceptatie van duurzame innovaties leidt. Overigens prijzenswaardige pogingen om besluitvormingsprocessen te reguleren en op die manier flexibiliteit in uitkomst te garanderen, lijken niet daadwerkelijk tot flexibiliteit te leiden, althans niet in die zin dat slagvaardig en snel gereageerd kan worden op nieuwe ontwikkelingen. Procedures kunnen minstens net zo verstikkend werken als inhoudelijke normen. Hoe we procedurele rechtvaardigheid kunnen bewerkstelligen, zonder eindeloze procedures te vereisen, dat weten we (nog) niet. Dat een focus op procedures gebiedsontwikkeling duurzamer maakt, lijkt onwaarschijnlijk.

Kiest de wetgever ervoor wel inhoudelijke normen te stellen, dan beperkt dat de flexibiliteit in de zin dat niet alle uitkomsten acceptabel zijn. Maar er is wel verschil in de mate waarin die flexibiliteit beperkt wordt. Wordt gedetailleerd vastgesteld welke instrumenten gebruikt moeten worden om beleidsdoelen te realiseren, dan beperkt dat de flexibiliteit. Opvallend genoeg wordt dat effect vergroot wanneer die beleidsdoelen zelf niet zijn vastgelegd in wetgeving. Dat maakt het immers nog lastiger de methode Borgers toe te passen en, wanneer de omstandigheden daarom vragen, de wet zo te interpreteren dat een betere, innovatieve techniek tóch tot de

42. Zie onder meer Van Rijswijk & Salet 2012, p. 2; W.E. Wagner, 'Administrative Law, Filter Failure, and Information Capture', *ExpressO* 2009. http://works.bepress.com/wendy_wagner/1; A. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss.), Universiteit Utrecht 2012.

mogelijkheden behoort. Zo was het bij de vormgeving van de biowasmachine lastig dat niet duidelijk was wat precies de functie is van de zorgplicht in artikel 13 Wbb.⁴³ Resultaatsnormen daarentegen, mits voldoende strak gedefinieerd, bieden rechtszekerheid én flexibiliteit. Wel moet duidelijk zijn hoe het bestuur (of andere verantwoordelijke partijen, met name de initiatiefnemer) kan aantonen dat met zijn benadering dat resultaat behaald wordt. Voor standaardgevallen kan gemakkelijk worden vastgelegd welke methoden acceptabel zijn, maar er moet dan wel duidelijk worden gemaakt dat de voorgestelde standaardoplossing niet de enige oplossing is om het dichtslibben van de norm te voorkomen. Voor niet standaardoplossingen kan dan een wettelijke uitzonderingsgrond worden opgenomen. Dat kan een specifieke uitzondering zijn, maar die vergen veel van de wetgever. Een algemene equivalentiebepaling is een voor de hand liggend alternatief. Wanneer daar voor gekozen wordt, moet wel aandacht worden geschonken aan de bijbehorende bewijsregels: hoe kan een initiatiefnemer of een bestuursorgaan aantonen dat de gekozen benadering daadwerkelijk equivalent is? Gebeurt dat niet, dan dreigt de flexibiliteit direct weer aanzienlijk beknot te worden door rigide procedurele eisen.

Ten slotte is flexibiliteit kostbaar. Een op maat gesneden oplossing voor een individueel geval vereist dat alle feiten en belangen zorgvuldig in kaart worden gebracht en worden afgewogen. Zeker in complexe gevallen vereist dat soms zeer uitgebreid onderzoek. De vraag is of de kosten daarvan opwegen tegen de winst die wordt gemaakt door de op maat gesneden oplossing. Daarnaast is het weinig efficiënt individuele bestuursorganen steeds opnieuw het wiel te laten uitvinden. Juist complexe afwegingen, waarvoor veel onderzoek en expertise nodig is, kunnen misschien beter op centraal niveau gemaakt worden. Vuistregels blijven dus onmisbaar, zeker voor standaardgevallen. Maatwerk is prima, maar alleen wanneer de daarmee gemoeide kosten een redelijk doel dienen. Een mechanisme om uitzonderingen te maken op bestaande regels lijkt dus zinvoller dan het overboord zetten van die regels.

43. G.J.K. Kremers en M.H.J. Herms, 'Gebiedsgerichte sanering van grootschalige grondwaterverontreiniging volgens het Utrechts model', *Bouwrecht*, nr 4, april 2009, p. 309-319.

Aanbesteding bij Gebiedsontwikkeling en Duurzaamheid

Mr. dr. P. Heijnsbroek*

1 Inleiding

Duurzame gebiedsontwikkeling, waarbij innovaties worden gestimuleerd, is het centrale thema van deze VMR Themamiddag. Deze inleiding is een betoog voor het gebruik van aanbesteding als middel om te komen tot dergelijke duurzame gebiedsontwikkeling. Daarbij zal blijken dat voor overheden aanbesteding in veel gevallen niet alleen een goed middel kan zijn om dat doel te bereiken, maar dat het recht ook verplicht tot een vorm van aanbesteding. De mate van regulering van een aanbestedingsprocedure is sterk afhankelijk van de grondslag voor de betreffende aanbestedingsplicht, die weer grotendeels het resultaat is van de keuzes die de betrokken overheid maakt.

Wordt eenmaal een aanbestedingsprocedure doorlopen, dan bestaat binnen de kaders van die procedure altijd ruimte voor duurzaamheidsaspecten. Zoals verderop in deze inleiding zal worden uiteengezet, vereist dat niettemin dat vooraf goed wordt nagedacht over de rol die duurzaamheid kan en mag spelen.

2 Gronduitgifte bij gebiedsontwikkeling

Bij gebiedsontwikkeling in Nederland heeft de overheid vaak een belangrijke rol, omdat zij de grond uitgeeft die benodigd is voor die gebiedsontwikkeling. Dit doet de overheid door een gronduitgifteovereenkomst te sluiten met een marktpartij, waarbij zij de grond bijvoorbeeld verkoopt of uitgeeft in erfpacht.

Met een dergelijke actieve grondpolitiek geeft de overheid uitvoering aan haar publieke taken met betrekking tot de inrichting van de ruimte.¹ Het gaat daarbij kort gezegd om de verantwoordelijkheid van de overheid voor de daadwerkelijke ontwikkeling van de ruimte.² Voor die ontwikkeling is nodig dat werken worden uitgevoerd op de grond. Deze werken kunnen bijvoorbeeld bestaan uit openbare wegen,

* Paul Heijnsbroek is advocaat bij Houthoff Buruma. In mei 2013 is hij gepromoveerd op het proefschrift *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid*, Den Haag: IBR 2013. Deze inleiding is voor een groot gedeelte gebaseerd op dat proefschrift.

1. Zie meer uitgebreid: P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid*, Den Haag: IBR 2013, p. 1-11.

2. Zie in dat verband de taken in het kader van de in de Grondwet opgenomen overheidszorg voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu en bevordering van voldoende woongelegenheid.

waterstaatswerken (zoals dijken), gemeentelijke parkeergarages, waterbergingsfaciliteiten en VINEX-wijken (woonwijken). Op hoofdlijnen kunnen deze werken worden ingedeeld in de volgende drie typen: (i) openbaar gebied, (ii) publiek vastgoed en (iii) privaat vastgoed.

Met openbaar gebied wordt bijvoorbeeld bedoeld de aanleg van openbare wegen en plantsoenen. Publiek vastgoed kan onder meer een nieuw te bouwen gemeentehuis zijn. De gemeente huurt dan vervolgens het gerealiseerde gemeentehuis van de marktpartij of koopt de grond inclusief gemeentehuis van haar terug. Een bekend voorbeeld van privaat vastgoed is woningbouw. In dat geval zal de overheid weliswaar geen eigenaar of gebruiker worden van de woningen, maar dat betekent nog niet dat zij daarop geen invloed wenst te hebben. Zo kan het wenselijk zijn om het type woningen gedetailleerder te beschrijven dan hetgeen mogelijk is op grond van de meer algemene publiekrechtelijke kaders, zoals het bestemmingsplan. Gedacht kan worden aan het laten bouwen van jongerenwoningen, bestaande uit een bepaald aantal vierkante meters en enkel bestemd voor verhuur aan personen tussen de 18 en 25 jaar.

Deze typen van gronduitgifte door de overheid vormen het uitgangspunt voor het vervolg van deze inleiding.

3 Aanbesteden: een goed idee?

Nog los van de vraag of dat verplicht is, kan een gemeente die grond wil uitgeven, besluiten dat door middel van een aanbesteding doen. Voordat hier verder op wordt ingegaan, is allereerst van belang om stil te staan bij de vraag wat ‘aanbesteding’ inhoudt.

a. Aanbesteding

Aanbesteding is geen strak gedefinieerd begrip en wordt hier ruim opgevat: met aanbesteding wordt bedoeld dat de gemeente gelijke kansen biedt aan potentiële wederpartijen om in aanmerking te komen voor de gronduitgifteovereenkomst.³

Het bieden van gelijke kansen bestaat daarbij uit twee opeenvolgende stappen. Ten eerste de *bekendmaking* van de mogelijkheid om wederpartij van de overheid te worden. Deze bekendmaking moet toegankelijk zijn voor alle mogelijk geïnteresseerde wederpartijen die in aanmerking kunnen komen voor de gronduitgifteovereenkomst (dat wil zeggen: alle potentiële wederpartijen). Om dat mogelijk te maken, zal de overheid in beginsel moeten kiezen voor een voorafgaande openbare bekendmaking.

3. Zie meer uitgebreid P. Heijnsbroek, a.w., p. 11-19.

De tweede stap is de *toewijzingssystematiek*.⁴ Als meer potentiële wederpartijen hun interesse kenbaar maken dan het aantal partijen waarmee de betreffende overheid kan contracteren, zal de overheid een keuze moeten maken tussen deze potentiële wederpartijen. De toewijzingssystematiek zou objectief, transparant en non-discriminatoir moeten zijn. Dit betekent dat de daarbij te hanteren voorwaarden, eisen en criteria objectief moeten kunnen worden bepaald, zij vooraf kenbaar moeten zijn voor de deelnemende potentiële wederpartijen en de overheid ieder van hen gelijk beoordeelt aan de hand van deze voorwaarden, eisen en criteria.

Uit deze ruime benadering van het concept ‘aanbesteding’ volgt dat een Europese openbare aanbesteding op grond van de Aanbestedingswet 2012 slechts een van de manieren is waarop een aanbesteding kan (of moet) worden gehouden. Een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voldoet daarentegen in beginsel niet, tenzij is voorzien in een systematiek waarbij alle potentiële wederpartijen in aanmerking kunnen komen.⁵

b. Voor- en nadelen van aanbesteden

De wenselijkheid van aanbesteding in een concreet geval is geen juridische kwestie, maar zal in beginsel een zaak zijn van goed en efficiënt inkopen c.q. de markt betreden. In het licht van het thema van de duurzame gebiedsontwikkeling, kunnen enkele opmerkingen hierover op deze plaats echter niet ontbreken.

Door het houden van een aanbesteding ontstaat in beginsel concurrentie op de markt voor de betreffende gronduitgifteovereenkomst. Vanwege de concurrentiedruk kan de overheid de markt uitdagen om te komen met innovatieve en duurzame oplossingen.⁶ Daarnaast kan een aanbesteding inzichtelijk maken voor welke grondprijs⁷ de overheid een bepaald duurzaamheidsniveau kan krijgen bij de gebiedsontwikkeling op die grond. Of omgekeerd: welke mate van duurzaamheid te realiseren is voor een bepaalde grondprijs. Op die manier kan reeds vooraf uit de markt blijken wat een haalbare duurzame gebiedsontwikkeling is. Een derde en meer principieel voordeel

4. De keuze voor de term ‘toewijzingssystematiek’ is ingegeven door de gedachte dat deze term een neutrale lading heeft. In feite is een toewijzingssystematiek niet anders dan een aanbesteding(sprocedure), selectieprocedure of verdelingsprocedure. Ieder van deze termen heeft echter al een specifieke connotatie, omdat het veelal wordt gebruikt bij opdrachtverstrekking die onder de Europese aanbestedingswetgeving valt respectievelijk opdrachtverstrekking die buiten die wetgeving valt en de verlening van schaarse publieke rechten.

5. Zie voor een voorbeeld daarvan: J. Telgen, interventie in: ‘Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet. Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 1 december 2010 te Amersfoort’, *TBR* 2011/42.

6. Vgl. de toelichting op het aangenomen amendement van Ziengs en Leegte op het wetsvoorstel voor de huidige Aanbestedingswet 2012, *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 25: ‘De overheid moet de markt uitdagen om de meest optimale oplossingen aan te dragen door ruimte te bieden voor innovatie en duurzaamheid.’

7. Hetzelfde geldt uiteraard voor de huurprijs of erfpachtcanon.

is dat de overheid door het houden van een aanbesteding transparant handelt. Voor de buitenwereld wordt duidelijk hoe de keuze voor een bepaalde marktpartij tot stand komt. Dit type transparantie kan een belangrijk middel vormen om willekeur en vriendjespolitiek tegen te gaan.

Tegenover deze voordelen staan uiteraard ook nadelen. Zo brengen het uitlokken van concurrentie en het vervolgens doorlopen van een toewijzingssystematiek transactiekosten mee, die er niet zijn bij het een-op-een sluiten van een gronduitgifteovereenkomst. Deze extra kosten doen zich niet alleen voor bij de overheid, maar ook bij de marktpartijen die (tevergeefs) meedingen. De transactiekosten voor de overheid zouden evenwel kunnen worden terugverdiend door de hogere opbrengsten als gevolg van de concurrentiedruk.

Verder vergt een aanbesteding meer ‘voordenken’: de overheid moet vooraf nadenken over wat ze eigenlijk wil met de grond, wat ze belangrijk vindt bij de keuze voor de marktpartij en hoe ze dat op een goede manier op voorhand kan vastleggen. Hoe meer (politieke) onzekerheden er bestaan, hoe lastiger dat kan zijn.⁸ Niettemin zal in de meeste gevallen dit nadeel kunnen worden ondervangen door voldoende voorbereidingstijd in te plannen, tijd die deels kan worden ‘terugverdiend’ verderop in het proces, omdat dan geen principiële keuzes meer behoeven te worden gemaakt. Tot slot leidt de verhoogde transparantie ertoe dat de overheid eerder wordt blootgesteld aan het oordeel van derden. De overheid stelt zich immers in zekere zin kwetsbaar op door inzicht te geven in haar besluitvormingsprocessen. Derden kunnen haar vervolgens betrekkelijk eenvoudig ter verantwoording roepen, zo nodig zelfs bij de rechter. Deze waarborg tegen (met name) willekeurig overheidshandelen kan als nadeel worden ervaren door de betrokken overheden.

4 Verplichting tot aanbesteden

Uit het voorgaande volgt dat er goede redenen kunnen zijn voor de overheid om te besluiten tot aanbesteding bij gronduitgifte. In veel gevallen zal de overheid bovendien niet vrij zijn om te besluiten géén aanbesteding te houden.

In hoeverre en op welke grondslag de overheid verplicht is over te gaan tot aanbesteding, hangt ten eerste af van de aard en de waarde van een concrete gronduitgifte. Deze bepalen namelijk welk juridisch regime daarop van toepassing is. De aard van de gronduitgifte is van belang om te weten of de gronduitgifteovereenkomst wel of niet kan worden aangemerkt als opdrachtverstrekking. Is dat niet het geval, dan is sprake van ‘zuivere gronduitgifte’. Zoals hierna zal blijken, kan vervolgens

8. Zie bijvoorbeeld de recente ‘Leermomenten aanbestedingstraject Regiotram’, opgesteld door B&W van Groningen en beschikbaar via www.binnenlandsbestuur.nl/Uploads/2013/12/Leermomenten-aanbestedingstraject-Regiotram.pdf.

mede aan de hand van de geraamde waarde worden bepaald welk regime van toepassing is.

4.1 *Opdrachtverstrekking*

Van opdrachtverstrekking is sprake als de gronduitgifteovereenkomst kwalificeert als ‘overheidsopdracht voor werken’ of als ‘concessieovereenkomst voor openbare werken’ in de zin van de Aanbestedingswet 2012.⁹

4.1.1 *Aanbestedingsverplichtingen bij opdrachtverstrekking*

Vormt een gronduitgifte een overheidsopdracht voor werken en bedraagt de geraamde waarde van die opdracht meer dan de toepasselijke drempelwaarde (momenteel € 5 miljoen excl. btw), dan is de overheid in beginsel verplicht een Europese aanbestedingsprocedure te doorlopen. Deze procedures zijn sterk gereguleerd en uitgewerkt in hoofdstuk 2 van de Aanbestedingswet 2012. Voor concessieovereenkomsten voor werken geldt eveneens een Europese aanbestedingsplicht, maar de aanbestedingsprocedure daarvoor is minder gedetailleerd.

Bij een lagere geraamde waarde verplicht de Aanbestedingswet 2012 eveneens tot aanbesteding, mits de opdrachtverstrekking een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Een dergelijk belang houdt kort gezegd in dat vooraf in redelijkheid te verwachten is dat ondernemingen uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn, gelet op de aard, omvang en locatie van de opdracht.¹⁰ De aanbestedingsverplichting bij dit type overeenkomsten is afkomstig uit het Verdrag betreffende de werking van de EU (VwEU)¹¹ en is gecodificeerd in hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet 2012, waarin de toepasselijke beginselen zijn opgenomen.¹² De aanbestedingsprocedure zelf is niet nader uitgewerkt in de wet.

Ontbreekt ook een duidelijk grensoverschrijdend belang, dan heeft de opdrachtverstrekking geen Europese dimensie, maar betreft het enkel een nationale gelegenheid. Dit brengt mee dat het VwEU niet van toepassing is. De Aanbestedingswet 2012 voorziet voor dergelijke nationale opdrachtverstrekking enkel in een verplichting tot het maken van een ‘bewuste keuze’: de overheid moet op basis van objectieve criteria bepalen hoe zij de overeenkomst tot stand wil brengen en wie

9. De toevoeging ‘openbare’ bij de concessieovereenkomst voor openbare werken is zonder aanvullende betekenis, zodat in het vervolg wordt gesproken over de ‘concessieovereenkomst voor werken’.

10. HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (*SECAP/Torino*) en HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*).

11. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04 (*Commissie/Italië*).

12. Art. 1.7 sub b jo. 1.8 en 1.9 Aanbestedingswet 2012.

daarvoor in aanmerking mag c.q. mogen komen.¹³ Hoewel deze bewuste keuze kán leiden tot aanbesteding, is die uitkomst niet op voorhand in de Aanbestedingswet 2012 voorgeschreven.

Dit ‘open einde’ in de Aanbestedingswet 2012 laat evenwel onverlet dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn.¹⁴ Uit de nationale jurisprudentie kan worden afgeleid dat de overheid, op grond van deze beginselen, in ieder geval verplicht is bekende, geschikte potentiële wederpartijen in aanmerking te laten komen voor de gronduitgifte.¹⁵ Het ligt dan in de rede dat het gelijkheidsbeginsel (eveneens) dwingt tot gelijke behandeling van alle overige potentiële wederpartijen, aangezien een verschil in behandeling in redelijkheid niet lijkt te kunnen worden gerechtvaardigd door de enkele, min of meer toevallige feitelijke omstandigheid van bekendheid van een potentiële wederpartij bij de betreffende overheid.¹⁶ Dit wordt verder ondersteund door de nationale jurisprudentie ter zake van schaarse ontheffingen en vergunningen, waarin met name vanwege het zorgvuldigheidsbeginsel een verplichting wordt aangenomen tot het bieden van de mogelijkheid aan alle gegadigden om naar die ontheffingen/vergunningen mee te dingen.¹⁷

Het voorgaande brengt mee dat ook bij opdrachtverstrekking zonder Europese dimensie aanbesteding het uitgangspunt is. Deze aanbestedingsverplichting is (nog) niet als zodanig in de wet of jurisprudentie geëxpliciteerd, maar is al wel impliciet in het huidige (positieve) recht aanwezig. Onder omstandigheden zijn uitzonderingen op deze aanbestedingsverplichting denkbaar vanwege een ander, zwaarder wegend belang; deze uitzonderingen zouden evenwel beperkt moeten zijn tot die gevallen waarin dat andere belang een algemeen belang betreft dat geschikt en proportioneel is (dat wil zeggen: geschikt om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verdergaand dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is).¹⁸

Om te weten of een van de hiervoor genoemde aanbestedingsverplichtingen van toepassing is, moet derhalve eerst worden bepaald of de gronduitgifteovereenkomst in kwestie kwalificeert als een ‘overheidsopdracht voor werken’ of ‘concessieovereenkomst voor werken’ in de zin van de Aanbestedingswet 2012.

13. Art. 1.4 Aanbestedingswet 2012.

14. Zie HR 27 maart 1987, *NJ* 1987/727 m.nt. M. Scheltema (*Amsterdam/Ikon*) en HR 24 april 1992, *NJ* 1993/232 m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*).

15. Vgl. Rb. Zutphen 4 mei 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV0451 (*Kadaster/HLA*) en Hof Den Haag 31 mei 2011, ECLI:NL:GHDHA:2011:BQ7122 (*Van der Made/Maassluis*).

16. Een bevestiging hiervan lijkt te zijn gegeven in Vzr. Rb. Arnhem 23 september 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BN9729 (*DSW Wasstraat/Nijkerk*).

17. Zie onder meer CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466 (*Swiss Leisure Group*) en CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, *AB* 2010/186 m.nt. C.J. Wolswinkel (*Pierik en Meson*).

18. Naar analogie van HvJ EG 30 november 1995, C-55/94 (*Gebhard*).

4.1.2 Overheidsopdracht voor werken

Van een overheidsopdracht voor werken is sprake indien aan een aantal cumulatieve elementen is voldaan. Dat is het geval als:¹⁹

- a. een aanbestedende dienst;
- b. en een aannemer;
- c. een schriftelijke overeenkomst sluiten;
- d. onder bezwarende titel;
- e. inhoudende een verplichting voor de aannemer tot het uitvoeren van werken;
- f. in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst;
- g. waarbij het uitvoeren van werken bestaat uit het (ontwerpen en) uitvoeren van:
 - (i) werkzaamheden uit bijlage 1; *of*
 - (ii) een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst.

Deze criteria zijn *cumulatieve* criteria, zodat aan *alle* criteria moet zijn voldaan. De door het Europese Hof vereiste functionele benadering van het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’ verzet zich evenwel tegen een restrictieve benadering van deze cumulatieve elementen. Ten eerste kan het zijn dat verschillende, opeenvolgende overeenkomsten die ieder op zich niet voldoen aan alle elementen van een overheidsopdracht voor werken, als geheel moeten worden beoordeeld en als zodanig wél een overheidsopdracht voor werken vormen.²⁰ Ten tweede kan de functionele benadering impliceren dat als een van de genoemde elementen strikt genomen weliswaar ontbreekt, maar *de facto* daar toch sprake van is, dit element niettemin aanwezig moet worden geacht.²¹ Als in een bepaald geval dus op het eerste gezicht niet aan alle elementen is voldaan, zal alsnog moeten worden beoordeeld of sprake is van een rechtmatige vormgeving van de overeenkomst als niet-overheidsopdracht dan wel van een onrechtmatige omzeiling van de aanbestedingswetgeving.

Ad a t/m c

Bij de hier besproken gronduitgifte zal altijd zijn voldaan aan de criteria onder a (de overheid is een aanbestedende dienst), b (de marktpartij die de grond verkrijgt is een ‘aannemer’) en c (de gronduitgifteovereenkomst is een schriftelijke overeenkomst). De overige criteria zijn derhalve bepalend voor de vraag of sprake is van een overheidsopdracht voor werken. Kort gezegd, houden deze overige criteria in of de overheid invloed heeft op en belang heeft bij hetgeen de marktpartij met de

19. Zie meer uitgebreid P. Heijnsbroek, a.w., p. 123-222.

20. HvJ EG 10 november 2005, C-29/04 (*Mödling*) en de conclusie van de A-G van 17 november 2009, C-451/08 (*Müller*).

21. HvJ EG 29 oktober 2009, C-536/07 (*KölnMesse*).

grond zal doen. Dit zal worden toegelicht bij de hiernavolgende bespreking van ieder van deze overige criteria.

Ad d – overeenkomst onder bezwarende titel

Het vereiste van een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ houdt in dat de aanbestedende dienst een tegenprestatie moet leveren in ruil voor het uitvoeren van werken door de aannemer, waarbij deze tegenprestatie voor beide partijen een economische waarde vertegenwoordigt.²² Een dergelijke tegenprestatie kan vele vormen aannemen: niet alleen een rechtstreekse betaling in geld, maar ook indirecte betaling in geld, alsmede rechtstreekse en indirecte betaling in natura. Een bezwarende titel ontbreekt als geen separate tegenprestatie kan worden geïdentificeerd, bijvoorbeeld omdat – ook los van de uit te voeren werken – sprake is van een marktconforme gronduitgifte. Daarentegen leidt een lagere dan marktconforme opbrengst in beginsel tot een op geld waardeerbare tegenprestatie. Hetzelfde geldt als de opbrengst weliswaar marktconform is, maar de overheid kiest voor een wederpartij waarvan bekend is dat die een lagere grondprijs biedt dan een andere potentiële wederpartij.

Ad e – bouwplicht

De vereiste verplichting voor de aannemer tot het uitvoeren van werken is wat meestal wordt aangeduid als de ‘bouwplicht’.²³ De overheid moet dan kunnen afdwingen dat de marktpartij de werken op de grond zal uitvoeren. Met name op dit onderdeel bestaat een onderscheid tussen opdrachtverstrekking (mét bouwplicht) en subsidies/vergunningen (zónder bouwplicht).

Ad f – rechtstreeks economisch belang

Het ‘rechtstreeks economisch belang’ dat bij een overheidsopdracht voor werken aanwezig moet zijn, heeft betrekking op de prestatie van de aannemer.²⁴ Deze prestatie moet namelijk een economische waarde vertegenwoordigen voor de aanbestedende dienst, oftewel de overheid ‘moet er wat aan hebben’. Het rechtstreeks economisch belang kan in ieder geval bestaan uit de beschikking die de aanbestedende dienst over de gerealiseerde werken verkrijgt, alsook uit economische voor- of nadelen voor de aanbestedende dienst die mogelijk zullen optreden in samenhang met het gebruik en de overdracht van het werk. Aannemelijk is dat een rechtstreeks economisch belang ook kan voortvloeien uit de omstandigheid dat de overeenkomst in kwestie de aanbestedende dienst in staat stelt te voldoen aan een op hem rustende

22. Gekozen is voor een enge benadering van het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’; zie P. Heijnsbroek, a.w., p. 195.

23. HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08 (*Müller*).

24. HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08 (*Müller*).

verplichting;²⁵ deze situatie zal zich naar verwachting in de praktijk evenwel niet snel voordoen bij gronduitgifte. In alle omstandigheden moet worden aangenomen dat alleen als de werken ook voor een private opdrachtgever een economische waarde zouden vertegenwoordigen, deze waarde voldoende is om een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst op te leveren.

Ad g – uitvoeren van werken

Van het vereiste ‘uitvoeren van werken’ is sprake als de gronduitgifteovereenkomst betrekking heeft op bepaalde specifieke werkzaamheden²⁶ of op het uitvoeren van een ‘werk’. In beide gevallen moeten de werkzaamheden c.q. moet het werk voldoen aan de eisen van de aanbestedende dienst.²⁷ Bij de uitvoering van een ‘werk’ is dat het geval als de aanbestedende dienst maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen.

Het is overigens van deze werkzaamheden c.q. van dit ‘werk’ dat de geraamde waarde moet worden bepaald om vervolgens te bezien of de drempelwaarde wordt overschreden.²⁸

4.1.3 Concessieovereenkomst voor werken

Een concessieovereenkomst voor werken lijkt sterk op een overheidsopdracht voor werken. Het verschil tussen beide is gelegen in het element van de ‘overeenkomst onder bezwarende titel’. De hiervoor benodigde op geld waardeerbare tegenprestatie van de aanbestedende dienst bestaat bij een concessieovereenkomst voor werken eruit dat de aanbestedende dienst een exploitatierecht voor bepaalde tijd verleent. De duur van dit recht (en derhalve van de concessieovereenkomst) hangt af van de te verwachten terugverdienperiode.²⁹ Na afloop van de concessieovereenkomst beschikt de aanbestedende dienst dan weer volledig over het uitgevoerde werk en kan hij (opnieuw) besluiten om bijvoorbeeld een overeenkomst te sluiten voor de exploitatie van het gerealiseerde werk of het werk in eigendom over te dragen aan de voormalig concessiehouder.

25. HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08 (*Commissie/Duitsland*).

26. Beschreven in bijlage 1 bij Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG.

27. HvJ EG 29 oktober 2009, C-536/07 (*KölnMesse*); P. Heijnsbroek, a.w., p. 199.

28. De geraamde waarde moet worden berekend van ten minste alle werkzaamheden die betrekking hebben op de uitvoering van (werkzaamheden aan) hetzelfde ‘werk’. De omvang van het werk wordt gevormd door het geheel aan werkzaamheden dat samen één technische of economische functie vervult. Zie verder P. Heijnsbroek, a.w., p. 69-78.

29. Zie in dat verband ook art. 16 van het richtlijnvoorstel voor concessies d.d. 12 juli 2013, 11748/13.

Bovendien moet de verlening van het exploitatierecht tot gevolg hebben dat de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico, hoe beperkt dat als zodanig ook is, voor ten minste een aanzienlijk deel op de concessiehouder heeft overgedragen.³⁰ Dat is het geval als de aanbestedende dienst zoveel exploitatierisico heeft overgedragen dat de concessiehouder niet meer de zekerheid heeft dat hij zijn kosten kan terugverdienen. Deze (on)zekerheid kan het gevolg zijn van zowel het vraag- als het beschikbaarheidsrisico.

4.2 *Opdrachtverstrekking in de praktijk*

Na de gronduitgifte zal de marktpartij overgaan tot het realiseren van (i) openbaar gebied, (ii) publiek vastgoed en/of (iii) privaat vastgoed. In het eerste en tweede geval ligt voor de hand dat de overheid, als uiteindelijke eigenaar c.q. gebruiker zodanig veel invloed wil en belang heeft bij de uit te voeren werken, dat sprake is van een overheidsopdracht voor werken. Een concessieovereenkomst voor werken zal zich in de praktijk niet snel voordoen.

Bij gronduitgifte met het oog op de ontwikkeling van privaat vastgoed zullen deze werken niet ter beschikking van de overheid komen. In die gevallen is grosso modo de kans dat de gronduitgifteovereenkomst een overheidsopdracht voor werken oplevert, aanzienlijk kleiner. In de praktijk zal naar verwachting doorgaans geen sprake zijn van een verplichting tot het uitvoeren van werken, een op geld waardeerbare tegenprestatie, een rechtstreeks economisch belang en/of het uitvoeren van werkzaamheden of een werk conform de eisen van de aanbestedende dienst.

Strikt genomen kunnen dergelijke gronduitgifteovereenkomsten voor de ontwikkeling van privaat vastgoed bovendien geen concessieovereenkomst voor werken vormen. De daarvoor vereiste uiteindelijke beschikking van de overheid over de werken ontbreekt immers. Dit is anders als de gronduitgifte wordt vormgegeven als de overdracht van een recht op die grond voor *bepaalde* tijd, zoals erfpacht, huur en opstalrecht, en de op de betreffende grond uitgevoerde werken na afloop ter beschikking komen van de overheid.

4.3 *Zuivere gronduitgifte*

Als een gronduitgifteovereenkomst géén opdrachtverstrekking vormt, is sprake van zuivere gronduitgifte. Zuivere gronduitgifte valt buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012.³¹ Dit laat evenwel onverlet dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. Op grond van deze beginselen moet

30. HvJ EG 10 september 2009, C-206/08 (*Eurawasser*).

31. Zie ook HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08 (*Müller*).

– net als bij opdrachtverstrekking – worden aangenomen dat aanbesteding het uitgangspunt vormt.

Bovendien valt zuivere gronduitgifte met een duidelijk grensoverschrijdend belang onder de werking van het VwEU. Dit betekent dat dergelijke gronduitgifte valt onder de vrijverkeerbepalingen uit het VwEU op grond waarvan de aanbestedingsverplichting bij onderdrempelige opdrachtverstrekking met een duidelijk grensoverschrijdend belang is aangenomen. Niet valt in te zien waarom deze Verdragsbepalingen wel bij opdrachtverstrekking tot aanbesteding zouden verplichten en niet bij zuivere gronduitgifte.³² Met andere woorden, voor zuivere gronduitgifte met een duidelijk grensoverschrijdend belang moet naar alle waarschijnlijkheid een aanbestedingsverplichting op grond van het VwEU worden aangenomen. Deze verplichting is vergelijkbaar met die voor onderdrempelige opdrachtverstrekking met een dergelijk grensoverschrijdend belang: de overheid moet voldoen aan (met name) de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, maar heeft binnen die kaders veel ruimte, omdat de aanbestedingsprocedure zelf niet nader is uitgewerkt.

4.4 *Tussenconclusie aanbestedingsverplichting*

Uit het voorgaande volgt dat op gronduitgifte verschillende aanbestedingsregimes van toepassing kunnen zijn, die ieder verplichten tot een bepaalde vorm van aanbesteding (met ieder ook eigen uitzonderingsmogelijkheden). Dit kan variëren van een impliciete verplichting tot een weinig gereguleerde aanbesteding (conform de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) tot een expliciete verplichting tot een in detail gereguleerde aanbesteding (conform hoofdstuk 2 van de Aanbestedingswet 2012).

32. Een recente bevestiging van deze benadering lijkt te kunnen worden gevonden in HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*).

Schematisch kan het voorgaande als volgt worden samengevat:

		Gronduitgifteovereenkomsten ter inrichting van de ruimte door het uitvoeren van werken	
		Opdrachtverstrekking	
		Overheidsopdracht voor werken	Concessie- overeenkomst voor werken
Europese dimensie	> drempel	Aanbestedingswet H1+2 (expliciet)	VwEU (impliciet)
	< drempel		
Nationale dimensie		Abbb (impliciet)	Abbb (impliciet)

De overheid heeft bij het vormgeven van de gronduitgifte (als onderdeel van de beoogde gebiedsontwikkeling) de mogelijkheid om te beïnvloeden in welk ‘hokje’ de aanbesteding terechtkomt en dus hoe gereguleerd de aanbesteding zal zijn. Wenst de overheid veel invloed en belang, dan zal dat snel leiden tot opdrachtverstrekking. Stelt de overheid zich daarentegen terughoudender op en vertrouwt zij op de meer algemene publiekrechtelijke kaders, dan is eerder sprake van zuivere gronduitgifte. De omvang van de gronduitgifte kan wellicht eveneens worden beïnvloed, al moet daarbij worden voorkomen dat sprake is van omzeiling van het Europese (aanbestedings)recht door het ‘opknippen’ van de gronduitgifte.

5 Duurzaamheid bij aanbesteding

Welke vorm van aanbesteding ook wordt doorlopen, ruimte voor duurzaamheid is er altijd. Naast het meer algemene effect van aanbesteden op het uitdagen van de markt, kan ook specifiek aandacht worden besteed aan duurzaamheid. In zijn algemeenheid geldt dat hoe gereguleerder de aanbesteding is, hoe strikter de kaders zijn waarbinnen de duurzaamheid een rol kan spelen. Het omgekeerde geldt uiteraard ook: als een bepaald duurzaamheidsaspect een rol mag spelen bij de sterk gereguleerde aanbesteding van een bovendrempelige overheidsopdracht, dan mag dat ook bij een minder gereguleerde aanbesteding (bijvoorbeeld bij zuivere gronduitgifte). Om die reden wordt in het navolgende kort weergegeven welke mogelijkheden binnen het striktste aanbestedingsregime bestaan, te weten dat van de bovendrempelige overheidsopdrachten (conform hoofdstuk 2 van de Aanbestedingswet 2012). Bij ieder van deze mogelijkheden geldt dat de betreffende duurzaamheidselementen

telkens in verhouding moeten staan tot de opdracht³³ en niet discriminerend mogen werken voor ondernemingen uit andere lidstaten.

5.1 *Geschiktheidseisen en selectiecriteria*

Duurzaamheid kan ten eerste een rol spelen bij het stellen van geschiktheidseisen. Zo kan de overheid vereisen dat de marktpartijen die deelnemen aan de aanbesteding voldoende technisch bekwaam zijn om bepaalde duurzaamheidsaspecten van de opdracht uit te voeren. Voorbeelden hiervan zijn het vereisen van ervaring met vergelijkbare opdrachten of het bezit van kennis om met bepaalde milieuaspecten om te gaan. Die kennis kan een marktpartij dan bijvoorbeeld aantonen door te laten zien dat hij over een bepaald certificaat beschikt.

Dezelfde aspecten kunnen ook worden ingezet als selectiecriteria. De gevraagde ervaring of kennis is dan geen harde minimumeis, maar vormt een criterium om te komen tot een selectie van een beperkt aantal marktpartijen.

5.2 *Gunningscriteria*

De aanbiedingen van de deelnemende marktpartijen worden beoordeeld aan de hand van gunningscriteria. Deze gunningscriteria zijn gericht op het bepalen van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI), in welk kader allerlei kwalitatieve aspecten een rol kunnen spelen.³⁴ Daarbij kunnen ook duurzaamheidsaspecten worden meegenomen. Zo overwoog het Europese Hof als volgt in de zaak *Commissie/Nederland* over fairtrade koffie:³⁵

‘Zoals tot slot uit punt 110 van de conclusie van de advocaat-generaal volgt, is niet vereist dat een gunningscriterium een kenmerkende eigenschap van een product betreft, dat wil zeggen een element dat materieel in het product is opgenomen. (...) In beginsel belet niets derhalve dat een dergelijk criterium inhoudt dat een product een fairtradeproduct moet zijn.’

De overheid kan de gunningssystematiek derhalve zodanig inrichten, dat punten kunnen worden gescoord voor bijvoorbeeld fairtrade producten, milieuvriendelijke oplossingen of lage levenscycluskosten.

33. Zie hierover ook de *Gids Proportionaliteit*, januari 2013, p. 44-46.

34. EMVI is het uitgangspunt in de Aanbestedingswet 2012; zie art. 2.114 Aanbestedingswet 2012.

35. HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Commissie/Nederland*), r.o. 91.

5.3 Technische specificaties

Bij het opstellen van het bestek voor de uit te voeren werken kunnen duurzame eisen worden geformuleerd. Zo kan worden voorgeschreven dat alleen materialen mogen worden gebruikt die over bepaalde duurzame eigenschappen beschikken, hetgeen mag worden aangetoond met een bepaald keurmerk. Het enkel voorschrijven van dat keurmerk mag echter niet; het gaat om de criteria die daaraan ten grondslag liggen.³⁶ De Aanbestedingswet 2012 stelt bovendien nadere eisen aan het keurmerk waar een overheid in een aanbesteding naar wil verwijzen.³⁷

5.4 Uitvoeringsvoorwaarden

De laatste manier waarop de overheid duurzaamheid een rol kan laten spelen in een aanbesteding is door het opnemen van duurzame uitvoeringsvoorwaarden. De overheid verplicht dan dat de uitvoering van de werken op een duurzame manier gebeurt.

Een veelvoorkomend voorbeeld hiervan is *social return*, dat meestal gebeurt in de vorm van een verplichting voor de wederpartij van de overheid om 5% van de aanneemsom aan te wenden om personen met een grote afstand tot de arbeidsmarkt in te zetten. Zo heeft de rijksoverheid zich gecommitteerd om gebruik te maken van *social return* bij aanbestedingen. In een brief van 29 april 2011 schrijft het kabinet hierover het volgende:³⁸

‘Dit alles overwegende concluderen wij dat social return, door het creëren van extra werk(ervarings)plaatsen, de uitstroom van mensen met een grote(re) afstand tot de arbeidsmarkt naar werk kan ondersteunen. Daarmee is social return ondersteunend aan het huidige re-integratie-instrumentarium. Als zodanig zal social return, per 1 juli 2011, worden toegepast in het inkoop- en aanbestedingsbeleid van het Rijk. Toepassing wordt beperkt tot passende aanbestedingen van “werken” en “diensten” boven een drempelbedrag van € 250.000. Er zal worden gestreefd naar een percentage van 5% van social return per aanbesteding.’

36. HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Commissie/Nederland*), r.o. 63: ‘Blijkens de bewoordingen van de eerste alinea van deze bepaling [art. 23 lid 6 Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG – PH] mogen de aanbestedende diensten op grond hiervan voor de vereisten inzake de milieukeurmerken gebruikmaken van de gedetailleerde specificaties van een milieukeur, maar niet van een milieukeur als zodanig.’

37. Art. 2.76 Aanbestedingswet.

38. Brief met kenmerk 2011-2000143143.

Een ander voorbeeld van uitvoeringsvoorwaarden zijn eisen met betrekking tot fairtrade, die kunnen zien op de voorwaarden waaronder de wederpartij bepaalde producten van de producent heeft betrokken (bijvoorbeeld afkomstig van kleine producenten in ontwikkelingslanden waarmee voor hen gunstige handelsrelaties tot stand zijn gebracht).³⁹

6 Conclusie

Aanbesteding kan een geschikt middel zijn om de markt uit te dagen tot innovatieve, duurzame oplossingen. Ook kan met behulp van een aanbesteding worden bezien tegen welke opbrengsten grond kan worden uitgegeven voor een gebiedsontwikkeling met een bepaald duurzaamheidsniveau.

Bovendien vormt aanbesteding het uitgangspunt bij gronduitgifte door de overheid. De verplichting voor de overheid om gelijke kansen te bieden aan potentiële wederpartijen vindt haar grondslag in verschillende aanbestedingsregimes. Welk regime toepasselijk is – en daarmee hoe gereguleerd de aanbesteding is en welke ruimte voor uitzonderingen bestaat – hangt af van de aard en waarde van de gronduitgifte. De overheid kan dat grotendeels vooraf beïnvloeden door keuzes te maken omtrent de mate van invloed en belang die zij bij de gronduitgifte wenst te hebben.

In alle gevallen is bij aanbesteding ruimte voor duurzaamheid. Zelfs bij de meest gereguleerde, Europese aanbestedingen kan duurzaamheid worden geïncorporeerd in iedere fase van de aanbesteding (geschiktheidseisen en selectiecriteria, gunningscriteria, technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden). De rol die duurzaamheid per fase kan spelen, wisselt echter. De overheid zal dus per aanbesteding vooraf goed moet bedenken op welke manier zij duurzaamheid wil betrekken. Naarmate de aanbesteding minder gereguleerd is, zal dit minder nauw luisteren en bestaat (nog) meer ruimte voor duurzaamheid.

39. HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Commissie/Nederland*), r.o. 73-76.

Gebiedsgerichte milieunormen en milieunormering

De casus plattelandswoning: een reactie vanuit de praktijk van Rijkswaterstaat

*Mr. drs. A. Driesprong**

Inleiding

Toen mij enige tijd geleden werd gevraagd om vanuit de praktijk van Rijkswaterstaat (RWS) in een door de VMR te organiseren bijeenkomst kort te reflecteren op het door Bregman in te leiden onderwerp ‘gebiedsontwikkeling’, dacht ik ja, dat past bij RWS. Mogelijk kan ik dan iets vertellen over publiek-private samenwerking bij de ontwikkeling van infrastructuur en natuurontwikkeling. Want dat is bij ons aan de orde van de dag: samen met andere publieke en private partijen zoeken naar optimale inpassing van wat wij noemen ‘natte en droge’ infrastructuur in de omgeving. Zoals bijvoorbeeld bij Ruimte voor de Rivier, de Zandmotor, de weg Schiphol-Amsterdam-Almere, de A13-A16, enzovoort. Dat was dus even schrikken toen ik bij nadere invulling geacht werd om te reageren op het onlangs geïntroduceerde concept van de ‘plattelandswoning’ ... Echter, bij nadere bestudering is dit wel degelijk een interessant thema, ook voor Rijkswaterstaat. Want in de casus plattelandswoning is een wettelijke constructie gekozen om – met medeweten van betrokkenen – te kunnen afwijken van wettelijke milieunormen. Er is immers sprake van afwijken van regels inzake geur, geluid en luchtkwaliteit. Voorts is ervoor gekozen om het planologisch regime bepalend te laten zijn en niet het feitelijk gebruik. En principieel is de aardige kernvraag: als je als burger/belanghebbende/eigenaar een ander – te weten: een lager – niveau van bescherming accepteert, tot hoever strekt zich dan nog overheidsregulering?

Kortom: zou het plattelandswoningdenken op deze wijze kunnen worden uitgebreid en zou dit ook een rol kunnen spelen in de praktijk van de aanleg en het beheer van infrastructuur? Ik zie in potentie drie mogelijke categorieën:

* Arjan Driesprong is Directeur Rijkswaterstaat.

1 De snelwegwoning?



Stel er moet een nieuwe snelweg worden aangelegd. Daardoor komen woningen in de invloedssfeer van die weg. Eigenlijk zouden de woningen geamoveerd moeten worden. Is dit te voorkomen als de bewoners aangeven dat ze de geluidsoverlast accepteren, omdat ze er graag blijven wonen? Dit alsdan tegen vergoeding van de waardedaling van het object en tevens na regeling in het bestemmingsplan (o.a. in verband met mogelijke rechtsopvolgers).

2 De buitendijkse woning?

Nieuwe activiteiten in buitendijkse gebieden worden, zeker sinds de wateroverlast in het rivierengebied in 1993 en 1995, zeer restrictief getoetst. Sinds 1996 gelden diverse opeenvolgende beleidsregels, die invulling geven aan de discretionaire bevoegdheden van de minister van Verkeer en Waterstaat om activiteiten te toetsen. Dit in het kader van voorheen de Rivierenwet en de Wet beheer rijkswaterstaatswerken, en tegenwoordig de Waterwet. Dit restrictieve beleid geldt zeker ook voor bewoning en recreatie. Dit omdat de meeste bouwwerken in het stroomvoerend gedeelte van het winterbed bij een hoogwaterafvoer uiteindelijk bijdragen aan de belemmering van het stroomvoerend vermogen van de rivier. Ook speelt mee het voorkomen van schade aan objecten. Dergelijke schade is in de regel onverzekerbaar en de geschiedenis leert dat niet zelden naar de overheid gekeken wordt om



bovenmatige schade te vergoeden. Bijvoorbeeld in het kader van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen. Voorts is de praktijk in het rivierengebied dat opvolgende woningeigenaren na langere afwezigheid van een hoogwater weinig tot geen besef hebben van de consequenties van buitendijks wonen. Ook hier komt de vraag op: zou een 'plattelandswoningconstructie' hierbij helpen? Dus een aparte ruimtelijke bestemming buitendijkse woning, waarbij bewoners expliciet de daaraan verbonden gevolgen voor lief nemen?

3 De havenwoning?



Veel gebieden rondom havens zitten ‘op slot’. Oorzaak hiervan zijn veelal de ‘volgelopen’ geluidplafonds, maar soms ook andere milieuregels. Dit geldt bijvoorbeeld voor de zeehavens van Dordrecht, Moerdijk en delen van Rotterdam. Daardoor is nieuwe bebouwing niet goed mogelijk. Een ook hier geldt de vraag: wat nu indien je door een afwijkend planologisch regime en acceptatie door betrokkenen toch kunt bouwen/uitbreiden? Er zijn genoeg mensen die bijvoorbeeld in de haven werken en geen bezwaar zien in wat hogere milieubelasting. Zeker niet als ze daarvoor vergoed zouden kunnen worden.

Kortom, de vraag is of het plattelandswoningconcept op bredere schaal is uit te breiden? Mijn antwoord zou zijn: nee. En ook niet bijvoorbeeld in het kader van de in voorbereiding zijnde Omgevingswet. Eventueel zijn op deelterreinen door algemene aanpassing van de materiële normstelling (maximaal dB omhoog, geureisen omlaag, enz.) wel verruimingsmogelijkheden, maar verder doemen er diverse bezwaren op die verdere toepassing niet snel mogelijk maken.

Ik zie ten minste vijf soorten bezwaren, overigens met een verschillend karakter.

- 1 De regeling van de plattelandswoning ziet ‘slechts’ op geur, lucht en geluid. Daarmee is sprake van een beperkte focus. Het gaat bijvoorbeeld niet over natuur of externe veiligheid. Geur en geluid zijn nationaal genormeerd: op andere aan milieu gerelateerde domeinen is snel sprake van boven nationale (lees: veelal Europese) normstelling. Daarvan is in de regel nationaal niet af te wijken, althans niet als het lagere beschermingsniveau's betreft.
- 2 Luchtkwaliteit. De oplossing voor luchtkwaliteit komt me zelfs in de Wet plattelandswoningen al gezocht over. De EU-richtlijn geeft normen die overal in de buitenlucht gelden. Oftewel: voor de richtlijn bestaat het onderscheid woning, bedrijfswoning of welke andere functie dan ook niet. De ontsnapping in de voor de plattelandswoning bedachte constructie is het zogenoemde ‘toepasbaarheidsbeginsel’ uit de richtlijn: op sommige specifieke plaatsen hoeft de luchtkwaliteit niet te worden beoordeeld. Voor de kwestie plattelandswoningen wordt daarom een beroep gedaan op een nationale beleidslijn: de zogenoemde Handreiking fijn stof en veehouderijen. Daardoor zou geen sprake zijn van strijdigheid met de Europese richtlijn. Nu komt het mij voor dat afwijking van normstelling, direct voortvloeiend uit de richtlijn, een wettelijke grondslag verdient en niet slechts door verwijzing naar een beleidslijn ingevuld kan worden. Maar waarschijnlijk zie ik dat onjuist: de Raad van State heeft in zijn advisering over het wetsvoorstel op dit punt geen opmerking gemaakt. En gezien de beperkte belangen, betrokken bij de plattelandswoning, zie ik deze kwestie ook niet snel worden voorgelegd aan een bestuursrechter in een concrete casus.

Anderzijds vrees ik dat ik bij de constructie van een snelwegwoning, gecombineerd met de opstelling van iets als een ‘Handreiking fijn stof en snelwegwoning’ niet wegkom als er wordt getoetst aan de Europese richtlijn ...

- 3 De regeling zoals geconstrueerd voor plattelandswoning lijkt vooral mogelijk/uitvoerbaar, doordat het gaat om acceptatie van mogelijke milieugevolgen, veroorzaakt door het (voorheen) bijbehorende bedrijf. Een dergelijke relatie is niet te leggen bij een havenwoning, een buitendijkse woning of een snelwegwoning. Een dergelijke relatie zou eventueel nog wel aan de orde kunnen zijn bij een woning op een bedrijfsterrein.
- 4 De norm die ten grondslag ligt aan de verschillende regelgeving op het terrein van milieu/omgeving heeft vaak een karakter van een algemeen belang (zoals gezondheid, veiligheid). Het is niet voor niets dat er normen zijn opgenomen in regelgeving, ook voor nationale normering zoals bij geluid- en geurhinder. Veelal zit daar een gedachte achter, ook onderbouwd met (intern)nationale onderzoeken die ingaan op effecten van de hinder op mens en omgeving. Ik veronderstel dat de verantwoordelijke politici in het kader van totstandbrenging van specifieke wetgeving niet snel zullen kiezen voor een stelsel waar op grote schaal wordt afgeweken van die norm.
- 5 Van minder juridische aard is het aspect waardedaling. Een regeling van bijvoorbeeld haven- of snelwegwoning zoals hiervoor aangeduid, zal kunnen leiden tot grote waardedaling en zelfs tot onverkoopbaarheid van onroerend goed. De vraag is of dit op grote schaal maatschappelijk geaccepteerd zal kunnen worden. Juridisch zullen er overigens weinig beletselen zijn om een en ander door middel van planschade of nadeelcompensatie vooraf, al dan niet gecombineerd met een kettingbeding goed te regelen.

Afrondend

De regeling van de plattelandswoning inspireert het denken over flexibiliteit in normering in het omgevingsrecht. De verdere uitbreiding van dergelijke constructies tot andere domeinen acht ik echter niet denkbaar. Al snel zullen de grenzen van Europees recht of maatschappelijk draagvlak worden overschreden.

Gebiedsaanpak van verontreinigd grondwater in relatie tot duurzame gebiedsontwikkeling

*Mr. ing. G.J. Kremers**

1 Inleiding

De Wet bodembescherming (Wbb) bevat regels ter voorkoming van verontreiniging en andere aantasting van de bodem en het treffen van maatregelen om reeds aanwezige vormen van milieubelasting ongedaan te maken of te beperken.¹ Daarbij wordt onderscheid gemaakt in verontreinigingen die vóór (historische verontreiniging) of na 1987 zijn ontstaan. De gebiedsgerichte aanpak van verontreinigd grondwater heeft primair betrekking op historische verontreiniging.

Het curatieve onderdeel van de Wbb heeft een groot toepassingsgebied. De wet is niet alleen van toepassing op specifieke saneringsoperaties, maar ziet ook toe op andere handelingen ten gevolge waarvan de verontreiniging van de bodem wordt verminderd of verplaatst,² zoals bronbemaling ten behoeve van bouwactiviteiten of industriële onttrekkingen in de onmiddellijke nabijheid van saneringsgevallen³ en graafwerkzaamheden.⁴ Voorts wordt bodemsanering door private partijen bevorderd doordat op eigenaren of erfpachters van in gebruik zijnde bedrijfsterreinen een onderzoeks- en saneringsplicht rust.

Omdat de sanering of het beheer van bodemverontreiniging de weg vrij maakt voor gewenste ruimtelijke ontwikkelingen, is er een direct verband met gebiedsontwikkeling. Daarbij rijst de vraag of de Wbb flexibel genoeg is om een saneringsoperatie op gebiedsniveau uit te voeren, waarbij naast aspecten van de bodemkwaliteit desgewenst tevens andere aspecten in verband met het gebruik, de ontwikkeling of het beheer van de bodem in de besluitvorming kunnen worden betrokken. Aan de ene kant bevat de Wbb elementen die de keuzevrijheid met het oog op een gebiedsaanpak bevorderen en aan de andere kant zijn er factoren die hiervoor een belemmering vormen.

In deze bijdrage komen de volgende ruimtescheppende elementen aan de orde: discretionaire bestuursbevoegdheden, vage wettelijke normen en flexibele instrumen-

* Gerrit Kremers is werkzaam bij Tauw bv te Deventer.

1. *Kamerstukken II* 1980/81, 16529, nr. 3-4, p. 2.

2. G.J. Kremers, 'Hoe moet een saneringshandeling volgens de Wet bodembescherming worden uitgelegd: ruim of beperkt?', *Bouwrecht* 2010, nr. 12, p. 939-946.

3. *Kamerstukken II* 1989/90, 21556, nr. 3, p. 42.

4. ABRvS 8 oktober 2008, nr. 200801348/1.

ten. Daarnaast worden de volgende belemmerende factoren behandeld: gecontroleerde discretionaire bevoegdheden, invulling vage wettelijke normen en beperkte belangenafweging. Maar voordat deze elementen ter sprake komen, geef ik eerst een beknopte weergave van de Wbb.⁵ Daarna worden enkele in het oog springende knelpunten bij de aanpak van grootschalige grondwaterverontreiniging belicht alvorens de flexibiliteit van de Wbb aan de orde komt.

2 Inhoudsschets Wbb

De Wbb gaat oorspronkelijk uit van een gevalsgericte benadering, waarbij het onderzoek naar en de sanering van historische verontreinigingen per individueel geval van verontreiniging plaatsvindt. Het gevalscriterium zoals omschreven in artikel 1 Wbb is hierbij beslissend voor de vaststelling van de aard en omvang van een geval van verontreiniging.

Na het moment van inwerkingtreding in 1987 is de Wbb verschillende keren gewijzigd. In de huidige versie is de formulering van de criteria, waaraan een saneringsdoelstelling moet voldoen, aangepast aan de nieuwe inzichten op het gebied van het bodembeleid. Het multifunctionaliteitsbeginsel is vervangen door het functionaliteitsprincipe. Belangrijk kenmerk van het functionaliteitsprincipe is dat het saneringsresultaat kan worden afgestemd op de gebruiksfunctie van de betreffende bodem.

Op 1 juli 2012 is de bijzondere regeling voor een gebiedsgericte aanpak van de verontreiniging van het diepere grondwater van paragraaf 3b van hoofdstuk IV Wbb in werking getreden.⁶ Deze regeling is vooral bedoeld om een aantal lopende en in voorbereiding zijnde initiatieven van een gebiedsaanpak te faciliteren. In een volgende fase wordt voorzien in een meer fundamentele herziening van de Wbb, waarbij naast de Wbb ook andere wetten zullen worden betrokken.⁷

3 Knelpunten

De aanpak van grootschalige grondwaterverontreiniging wordt dikwijls als ingewikkeld ervaren door de dominante rol van het gevalscriterium. De gevalsgericte aanpak kan om technische, praktische en financiële redenen niet haalbaar zijn en tot stagnatie leiden.⁸ Dit probleem zal zich vooral voor kunnen doen wanneer

5. Voor een uitgebreidere behandeling verwijs ik gemakshalve naar: G.J. Kremers & C.M.K. Ipenburg, *Bodem*, in de reeks *Grondzaken in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2012.

6. *Stb.* 2012, 296.

7. *Kamerstukken II* 2009/10, 30015, nr. 38.

8. RIVM, *Gebiedsgericht grondwaterbeheer in de praktijk, Ondersteuning bij enige relevante uitvoeringsaspecten*, Bilthoven, 2011, p. 9.

verschillende verontreinigingen in een gebied voorkomen die in meer of mindere mate gemengd zijn.⁹ Het is bekend dat deze verontreinigingssituatie vooral op oude industrieterreinen en in binnensteden kan voorkomen, vooral op plaatsen waar mobiele verontreinigingen in een goed doorlatende bodem terecht zijn gekomen.¹⁰ Sommige van deze situaties zijn naar verwachting zo omvangrijk en complex, dat zij niet meer op efficiënte wijze met de gevalsgerichte benadering kunnen worden aangepakt.¹¹ Het een en ander heeft ertoe geleid dat de gevalsaanpak steeds meer onder druk is komen te staan. Daarnaast ontstaat er een toenemende behoefte om bodemsanering te combineren met andere thema's die op gebiedsniveau een rol spelen, zoals ruimtelijke ordening of grondwaterbeheer.

4 Oplossingsrichting

De problemen met betrekking tot de gevalsbenadering hebben geleid tot de bijzondere regeling voor de aanpak van verontreiniging van het diepere grondwater in paragraaf 3b van hoofdstuk IV van de Wbb. Daarin is de rol van de gevalsdefinitie teruggebracht tot werkbare proporties.¹² In verband hiermee wordt in de artikelen van de bedoelde regeling niet gesproken over 'geval van verontreiniging', maar over 'verontreiniging'.¹³

Het kan aantrekkelijk zijn om alle gevallen van verontreiniging in een daartoe aangewezen gebied gezamenlijk aan te pakken, waarbij een zekere mate van verspreiding van verontreiniging binnen dat gebied wordt toegestaan. In dit geval wordt meestal gesproken van een 'gebiedsgerichte aanpak' of een 'gebiedsgericht grondwaterbeheer', waarin de aandacht verschuift van individuele gevallen van verontreiniging naar het grondgebied waarin de betreffende verontreinigingen voorkomen. Dit creëert de mogelijkheid om aan te sluiten bij andere activiteiten die relevant zijn voor het gebruik, de ontwikkeling of het beheer van de bodem. Door de schaalgrootte van de aanpak van grondwaterverontreiniging mede daarop te baseren, ontstaan er betere kansen voor afstemming met andere ruimtelijk relevante activiteiten die binnen het betreffende gebied zullen plaatsvinden, waardoor de van oorsprong sectorale invalshoek van de sanering of het beheer van verontreinigd grondwater wellicht een meer integraal karakter kan krijgen. Om dit te bereiken moet de Wbb

9. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2007/08, 30015, nr. 20.

10. *Kamerstukken II* 2008/09, 30015, nr. 27.

11. R. Verburg, *Handleiding BOEG: Bodemenergie en grondwaterverontreiniging*, Arcadis Nederland B.V., in opdracht van Nederlandse Vereniging voor Ondergrondse Energieopslagsystemen, 2010, p. 25.

12. *Kamerstukken II* 2010/11, 32712, nr. 3, p. 30.

13. Voor uitgebreidere informatie over deze regeling verwijs ik naar: G.J. Kremers, 'Gebiedsgerichte aanpak van verontreinigd grondwater, Reflectie op de voorgestelde wijziging van de Wet bodembescherming', *Men R* 2012/1, p. 14-25.

ten minste over ruimte beschikken om verontreinigingen op gebiedsniveau aan te pakken. Daarvoor komen verschillende instrumenten in aanmerking.

5 Ruimtescheppende elementen

Discretionaire bestuursbevoegdheden

Het toekennen van discretionaire bevoegdheden is een van de middelen om de flexibiliteit van een wet in de uitvoeringspraktijk te vergroten. Discretionaire bevoegdheden geven bestuursorganen in meer of mindere mate de vrijheid om in concrete gevallen naar eigen inzicht besluiten te nemen. Bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden kan onderscheid worden gemaakt in beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid. Op basis van de toegekende beoordelingsvrijheid wordt beoordeeld of wordt voldaan aan de toepassingscriteria van de bestuursbevoegdheid, terwijl de beleidsvrijheid toeziet op de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van een bestuursbevoegdheid. In deze voorstelling van zaken komt een zekere mate van complementariteit naar voren. Dit theoretische beeld komt niet altijd overeen met de werkelijkheid. Er komen situaties voor waarin goed beschouwd maar één van de twee elementen werkelijk relevant is. Zo kan het voorkomen dat er weliswaar sprake is van beoordelingsvrijheid, maar door de wetgever niet of nauwelijks keuzevrijheid aan het bestuursorgaan wordt toegestaan ter zake van de inhoud van het besluit. Het tegenovergestelde komt ook voor, waarin het zwaartepunt juist ligt op het belangenafwegingsproces voorafgaande aan het nemen van een discretionair besluit in plaats van de beoordeling van het toepasselijkheidsvraagstuk. Dit laat onverlet dat waar beoordelingsvrijheid of beleidsvrijheid is toegekend, het bestuur een zekere vrijheid heeft om te bepalen wat er met een wettelijke bepaling wordt bedoeld onderscheidenlijk op welke wijze daarvan gebruik zal worden gemaakt. De Wbb bevat vele discretionaire beschikkingsbevoegdheden, voornamelijk met beoordelingsvrijheid. Ik geef als voorbeeld de wijze waarop de bevoegdheid om een gebied aan te wijzen voor een gebiedsgerichte aanpak in de wet is vastgelegd.

‘(...) Van de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid kan gebruik worden gemaakt indien gevallen van verontreiniging in het diepere grondwater in een gebied zodanig gemengd zijn of gemengd kunnen raken dat deze gevallen voor de toepassing van deze wet naar het oordeel van gedeputeerde staten niet ten opzichte van elkaar zijn te onderscheiden en af te bakenen, dan wel indien gevallen van verontreiniging in het diepere grondwater in een gebied elkaar naar het oordeel van gedeputeerde staten bij een afzonderlijke aanpak van die gevallen in betekenende mate kunnen beïnvloeden, en, naar het oordeel van gedeputeerde staten:

- a Wenselijk geachte ruimtelijke ontwikkelingen en andere plannen voor ontwikkeling van het gebied hierdoor worden belemmerd;
- b Het treffen van maatregelen ter voorkoming van verspreiding van verontreiniging buiten het gebied hierdoor achterwege dreigt te blijven of niet op doelmatige of kosteneffectieve wijze kan plaatsvinden, of
- c Andere bijzondere omstandigheden een gebiedsgerichte aanpak wenselijk maken.’

Hierdoor beschikt het bevoegde gezag voor de Wbb bij de gebiedsaanwijzing over beslissingsvrijheid. Bij de toetsing van discretionaire bevoegdheden zal de rechter uit respect voor de door de wetgever toegekende speelruimte de juistheid van een bestuurlijke beslissing slechts marginaal of terughoudend mogen toetsen, waardoor de flexibiliteit in de uitvoeringspraktijk niet volledig verloren gaat als gevolg van rechterlijke toetsing.

Vage wettelijke normen

De Wbb bevat verschillende voorschriften of onderdelen van voorschriften waarvan de inhoud niet direct duidelijk is. Deze vage normen komen zowel voor in de begripsomschrijving als in de overige bepalingen. Als voorbeeld moge dienen de wettelijke omschrijving van een geval van verontreiniging. Onder een geval van verontreiniging wordt in artikel 1 Wbb verstaan:

‘Geval van verontreiniging of dreigende verontreiniging van de bodem dat betrekking heeft op grondgebieden die vanwege die verontreiniging, de oorzaak of de gevolgen daarvan in technische, organisatorische en ruimtelijke zin met elkaar samenhangen.’

De inhoud van de wettelijke omschrijving van het gevals criterium is niet direct duidelijk, mede vanwege de vage normen daarin, zoals ‘dreigende verontreiniging’ en ‘met elkaar samenhangen’. Door het gebruik van deze en andere vage termen ontstaat er een zekere mate van discretionariteit bij de toepassing van de Wbb. Op deze manier is er ruimte om normen een eigen invulling te geven. In het bijzonder maken vage normen ook deel uit van bepalingen die een discretionaire bevoegdheid toekennen. Zeker in combinatie met de clause ‘naar het oordeel van’ om aan te geven dat het bestuur bij de toepassing van vage wettelijke begrippen beoordelingsvrijheid toekomt, ontstaat er discretionariteit. Wanneer een vaag wettelijk begrip vergezeld gaat van deze clause, dient rechterlijke terughoudendheid in beginsel voorop te staan.¹⁴

14. A. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht* (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 257.

Flexibele instrumenten

De Wbb bevat enkele bepalingen die speciaal bedoeld zijn om de flexibiliteit bij de uitvoering van de wet te bevorderen. Hierbij gaat het om de toekenning van bestuursbevoegdheden waarmee het onderzoek en de sanering niet altijd op gevals-niveau hoeven plaats te vinden, maar de omvang van saneringsprojecten kan worden afgestemd op het bouw-kavel- of gebiedsniveau.

De wet kent de volgende mogelijkheden om de omvang van saneringsprojecten te laten afwijken van het gevals-niveau:

- gefaseerde sanering;
- deelsanering;
- clusteraanpak;
- gebiedsgerichte aanpak.

Ingevolge artikel 38 lid 3 Wbb kunnen gedeputeerde staten (GS) op verzoek van degene die de bodem saneert, bepalen dat de sanering in fasen wordt uitgevoerd indien het belang van de bescherming van de bodem zich daartegen niet verzet. Volgens de *Circulaire bodemsanering* kan een gefaseerde uitvoering van de sanering vooral interessant zijn bij relatief grote en/of complexe gevallen, omdat deze saneringsaanpak vaak beter aansluit op de dynamiek van de locatie dan wanneer het hele geval in één keer wordt aangepakt.¹⁵ De diverse saneringsfasen zijn daarbij op hoofdlijnen uitgewerkt en gepland, de totale sanering is begroot en eventuele nazorg is beschreven. Nadat op het saneringsplan is beschikt, wordt daarna per fase een gedetailleerde uitwerking van maatregelen ingediend en getoetst aan de beschikking. Verder kan een gefaseerde sanering interessant zijn voor een gebiedsaanpak, omdat het hierdoor mogelijk is om bij de sanering onderscheid te maken tussen de bovengrond (bronperceel) en de ondergrond (pluimgebied).¹⁶

Met behulp van de deelsanering zoals omschreven in artikel 40 Wbb is het mogelijk een sanering te beperken tot een gedeelte van een geval van ernstige bodemverontreiniging indien het belang van de bescherming van de bodem zich daartegen niet verzet. Hierdoor kan het onderzoek, alsmede het treffen van maatregelen worden toegespitst op een deel van het grondgebied dat is verontreinigd waarop zich ontwikkelingen voordoen.

Artikel 42 Wbb maakt het mogelijk verschillende gevallen van verontreiniging gezamenlijk aan te pakken (clusteraanpak). Hiermee wordt een gevalsoverstijgende uitvoering van saneringsmaatregelen mogelijk gemaakt, met dien verstande dat het gevalscriterium daarbij in acht moet worden genomen.

In de bijzondere regeling voor een gebiedsgerichte aanpak van de verontreiniging

15. *Circulaire bodemsanering*, p. 13.

16. Zie hiervoor ABRvS 7 oktober 2009, nr. 200901256/1/M2.

van het diepere grondwater van paragraaf 3b van hoofdstuk IV Wbb wordt het verband met de gevals aanpak voor een belangrijk deel losgelaten. Dit betekent onder andere dat de reguliere regels omtrent onderzoek en sanering van historische verontreiniging hierop niet van toepassing zijn, zoals met betrekking tot de vaststelling van de ernst van een geval van verontreiniging en de noodzaak om de bodem met spoed te saneren.

Met behulp van al deze instrumenten biedt de wet de mogelijkheid om het onderzoek en de sanering zowel te richten op een geval of deel van een geval van verontreiniging als op meerdere (gevallen van) verontreiniging(en) tegelijk. De mogelijkheid om onderzoek en sanering op een andere schaal te laten plaatsvinden dan op gevals niveau, creëert betere mogelijkheden om saneringsoperaties af te stemmen op gebiedsontwikkelingen.

6 Belemmerende factoren

Gecontroleerde discretionaire bevoegdheden

In de Wbb worden de grenzen aangegeven waarbinnen de uitoefening van de toegekende bestuurlijke beslissingsvrijheid moet blijven. Alleen binnen de door de wetgever gespecificeerde beslissingsruimte bezit een bestuursorgaan beslissingsvrijheid. Hier komt bij dat de werkelijke beslissingsvrijheid vaak kleiner is dan op basis van de wet zelf mag worden verwacht. Dit komt doordat via de wetsgeschiedenis, de *Circulaire bodemsanering* en de rechtspraak inhoudelijk richting wordt gegeven aan de wijze waarop een bestuursorgaan invulling moet geven aan de uitoefening van de bestuursbevoegdheid waarin de beoordelings- of beleidsvrijheid is vastgelegd. Ik zal dit verschijnsel verduidelijken aan de hand van een voorbeeld. De kan-bepaling waarmee de deelsanering in artikel 40 Wbb is vastgelegd, duidt erop dat de wetgever een bestuursorgaan een zekere mate van beleidsvrijheid heeft toegekend bij de toepassing van artikel 40 Wbb. Door hierbij als voorwaarde te stellen dat het belang van de bodem zich niet mag verzetten tegen een deelsanering, wordt met de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan richting gegeven aan het kunnen toestaan van een deelsanering. Mede onder invloed van de rechtspraak kan alleen met een deelsanering worden ingestemd indien het belang van de bescherming van de bodem zich daartegen niet verzet en de voorziene deelsanering past binnen de sanering van het geval van verontreiniging.¹⁷ Op grond van deze uitleg wordt de toegekende beslissingsvrijheid ingeperkt door de eisen die aan het belang van de bescherming van de bodem worden gesteld.

17. Zie o.a. ABRvS 18 juli 2007, nr. 200607017/1.

Invulling vage wettelijke normen

De bijdrage van vage normen in de Wbb aan discretionariteit is minder groot dan op grond van de wet zelf mag worden verwacht. Dit komt doordat deze vage normen veelvuldig worden geconcretiseerd in buitenwettelijke normen en rechtspraak. Het gevolg daarvan is dat de beslissingsvrijheid met betrekking tot vage normen wordt ingeperkt. Ook hiervan zal ik een voorbeeld geven.

Om de ernst van een geval van verontreiniging vast te stellen, moet er sprake zijn van een situatie waarin de functionele eigenschappen die de bodem heeft voor mens, plant of dier *ernstig zijn of dreigen te worden verminderd*. De spoedeisendheid van de sanering van een geval van ernstige verontreiniging hangt af van de vraag of het huidige dan wel voorgenomen gebruik van de bodem of de mogelijke verspreiding van de verontreiniging leidt tot *zodanige risico's* voor mens, plant of dier, *dat spoedige sanering noodzakelijk is*.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) is van oordeel dat het bevoegd gezag bij het vaststellen of sprake is van een geval van ernstige verontreiniging, waarvan het noodzakelijk is om de bodem met spoed te saneren, een zekere beoordelingsvrijheid toekomt die haar begrenzing vindt in onder meer hetgeen uit de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten voortvloeit.¹⁸

De toekenning van beoordelingsvrijheid aan een bestuursorgaan bij de toepassing van de artikelen 29 en 37 Wbb is in principe gunstig voor de flexibiliteit op uitvoeringsniveau, ware het niet dat de door de wet toegekende discretionariteit aan een bestuursorgaan ter vaststelling van de ernst van een geval van verontreiniging en de noodzaak om de bodem met spoed te saneren vrijwel volledig wordt overschaduwed door de explicatie hierover in de *Circulaire bodemsanering*.¹⁹ Hoewel deze circulaire, afkomstig van de rijksoverheid, formeel niet bindend is voor de invulling van taken en bevoegdheden van decentrale overheidsinstanties bij de uitvoering van bodemsanering, kan de inhoud ervan worden beschouwd als hetgeen voortvloeit uit de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten. Hierdoor heeft de circulaire wel degelijk een bindende werking, waardoor er alleen gemotiveerd van kan worden afgeweken. Door de uitwerking van ernst en spoed in de *Circulaire bodemsanering* blijft er weinig over van de beoordelingsvrijheid van een bestuursorgaan bij de vaststelling van de ernst van de verontreiniging en de noodzaak om de bodem met spoed te saneren. Het gebruik van vage normen ter vaststelling van de ernst en spoed dragen derhalve weinig bij aan de flexibiliteit.

18. ABRvS 30 november 2000, nr. E03.97.1733 m.nt. M.W.L. Simons-Vinckx, *TMA* 2001-1, p. 23-26.

19. Zie bijv. ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RvS:2012:BW0770 voor de vaststelling of zich een noodzaak tot spoedige sanering voordoet.

Beperkte belangenafweging

De bevoegdheidsuitoefening van veel beschikkingen in de Wbb wordt beheerst door het belang van de bescherming van de bodem, waardoor de bijbehorende belangenafweging beperkt blijft tot aspecten die de bodemkwaliteit betreffen. Dit vormt een belemmering voor een meer integrale bestuurlijke belangenafweging. Ook dit wil ik illustreren aan de hand van enkele voorbeelden.

De beoordeling van de ernst van bodemverontreiniging en van de noodzaak om de bodem met spoed te saneren vindt plaats aan de hand van de interventiewaarden die zijn vermeld in de *Circulaire bodemsanering*, waardoor vrijwel iedere ruimte voor een bestuurlijke afweging ontbreekt.

De belangenafweging bij een besluit over de instemming met een saneringsplan wordt ingesnoerd door de koppeling aan het bepaalde in artikel 38 Wbb. Deze combinatie moet zodanig worden uitgelegd, dat andere aspecten dan die bij of krachtens artikel 38 zijn geregeld, geen rol mogen spelen bij de beoordeling van de inhoud van een saneringsplan.²⁰ Ook bij het beheerplan is er een beperkte ruimte voor belangenafweging. De belangenafweging die ten grondslag heeft gelegen aan de keuze van bodemfuncties en maatregelen op het gebied van grondwaterbeheer vindt plaats binnen de context van de ruimtelijke ordening en het grondwaterbeheer. Bij de besluitvorming over het beheerplan is alleen nog het belang van de bodemkwaliteit in het geding. Dit laat onverlet dat ondanks de beperkte mogelijkheid die de Wbb daarvoor biedt, de afstemming tussen de grondwaterkwaliteit enerzijds en ruimtelijke ontwikkelingen en grondwaterbeheer anderzijds toch invulling krijgt, wat de beperkte belangenafweging bij het beheerplan in een gunstiger daglicht stelt. Het komt er dus op neer dat de belangenafweging die in het kader van de Wbb plaatsvindt weinig keuzevrijheid toelaat. De belangenafweging is hoofdzakelijk beperkt tot aspecten die de bodemkwaliteit betreffen, wat een belemmering vormt voor een brede bestuurlijke afweging, waarin naast het specifieke algemeen belang van de bescherming van de bodem ook andere algemene aspecten en private belangen die daarmee niet samenvallen, kunnen worden betrokken.

Daarop bestaat één duidelijke uitzondering: het gebiedsaanwijzingsbesluit op basis van artikel 55c lid 1 Wbb. De Wbb kent een bestuursorgaan bij de gebiedsaanwijzing de mogelijkheid van een brede bestuurlijke afweging toe, waarin het specifieke belang van de bescherming van de bodem in samenhang met maatschappelijk gewenste ruimtelijke ontwikkelingen wordt beoordeeld.

20. ABRvS 13 april 2011, nr. 201002523/1/M2.

7 Slotbeschouwing

De sanering of het beheer van bodemverontreiniging maakt de weg vrij voor gewenste ruimtelijke ontwikkelingen. De Wbb biedt bepaald ruimte om een saneringsoperatie op gebiedsniveau uit te voeren. Maar het wettelijke instrumentarium schiet tekort om daarmee een gebiedsaanpak te bewerkstelligen, waarbij naast aspecten van de bodemkwaliteit desgewenst tevens andere aspecten in verband met het gebruik, de ontwikkeling of het beheer van de bodem volwaardig in de besluitvorming kunnen worden betrokken.

Aanbesteden van duurzame gebiedsontwikkeling

*Mr. dr. G.J.J. van den Hof**

1 Inleiding

Aanbestedingsrecht is geen dagelijkse kost voor milieujuristen. Dank daarom aan Paul Heijnsbroek voor zijn beknopte en heldere uiteenzetting van de regelgeving en jurisprudentie rond aanbesteding van (duurzame) gebiedsontwikkeling. Dat inzicht is absoluut nodig om de daarop volgende vraag te beantwoorden: ‘Hoe besteed je duurzame gebiedsontwikkeling aan?’

Wat wordt verstaan onder duurzame gebiedsontwikkeling?

De Dutch Green Building Council (DGBC) heeft in 2012 een BREEAM-NL Keurmerk voor Duurzame Gebiedsontwikkeling opgesteld. Deze Beoordelingsrichtlijn Gebieden gaat uit van de volgende definitie:

‘Duurzame gebiedsontwikkeling is een procesmatige ontwikkeling van een gebied in de meest gunstige zin voor belanghebbenden (sociale duurzaamheid), het milieu (ecologische duurzaamheid) en de welvaart (economische duurzaamheid), en waarbij de ruimtelijke en esthetische kwaliteit integraal onderdeel zijn van het proces.’

Het behoeft geen betoog dat een dergelijke definitie geoperationaliseerd moet worden, voordat we er in een aanbestedingsprocedure mee uit de voeten kunnen. Voor een succesvolle aanbesteding van duurzame gebiedsontwikkeling hanteer ik daarom de volgende ‘gouden regels’:

- 1 Droom over een betere, duurzame wereld, maar doe het wel SMART. Duurzaamheidsdoelstellingen moeten specifiek en meetbaar zijn, acceptabel voor de markt, resultaatgericht en dus te vertalen in eisen die toetsbaar of criteria scoorbaar zijn. Dat begint al bij het definiëren van het begrip duurzame gebiedsontwikkeling.
- 2 Zoek een evenwicht tussen de te bereiken doelen en de propositie van de markt. Wat kan de markt aan? Hoeveel bedrijven in de markt kunnen aan een bepaalde eis voldoen? Zijn criteria wel in een redelijke verhouding tot het te bereiken doel? Welke administratieve lastendruk brengt een eis met zich mee?

* John van den Hof is werkzaam bij Royal HaskoningDHV en lector gebiedsontwikkeling en recht, Saxion Kenniscentrum Leefomgeving.

Dit vraagt om een zorgvuldige toetsing aan de beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals onder meer gecodificeerd in de Aanbestedingswet 2012.

- 3 Maak bij het opstellen van de aanbestedingsleidraad zo veel mogelijk gebruik van bestaande normen en standaarden. Dat geldt zowel ten aanzien van producten als processen. En kies voor een wijze van operationalisering die past bij uw doelstellingen. Het operationaliseren van doelen in een aanbestedingsprocedure kan op de volgende wijze:
 - A Het opnemen van minimumeisen. Dit kunnen technische eisen zijn, maar ook proceseisen.
 - B Geschiktheidseisen waaraan inschrijvers minimaal moeten voldoen.
 - C Selectiecriteria in geval van een niet-openbare procedure of concurrentie-gerichte dialoog.
 - D Gunningscriteria ter bepaling van de Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI).
 - E Uitvoeringseisen en/of een bonus-malusregeling in het (model)contract.

Minimumeisen kunnen vaak (ook) worden vertaald naar gunningscriteria, uitvoeringseisen of in combinatie daarmee worden toegepast. Het voordeel van gunningscriteria is dat daarmee duurzaamheidsprestaties en -innovaties worden gestimuleerd. Bijvoorbeeld: als de eis is een minimaal te behalen percentage energiebesparing, dan zou het gunningscriterium een hogere energiebesparing dan de minimumeis kunnen zijn. Meer energiebesparing (dan de concurrerende inschrijvers) resulteert dan in een aftrek op de bieding.

2 Aansluiting bij bestaande normen

Duurzaamheidscriteria moeten in het kader van de beoordeling op EMVI een reële waardering krijgen en objectief meetbaar zijn. Bij voorkeur wordt aansluiting gezocht bij algemeen geldende criteria die zijn toegesneden op de relevante branches; zie bijvoorbeeld criteriadocumenten voor duurzaam inkopen van AgentschapNL (www.agentschapnl.nl). Bij formulering van eigen afwijkende criteria dient via een marktverkenning getoetst te worden of voldoende marktpartijen hieraan kunnen voldoen.

Een voorbeeld uit de praktijk van gebiedsontwikkeling: hergebruik van regenwater.

% regenwater als consumptiewater	Periode (in jaren)		
	0-3	4-6	7-10
> 50%		X	
> 25%	X		
>10%			

In dit praktijkvoorbeeld is uit een marktverkenning gebleken dat een hergebruik-percentage van > 50% voor regenwater als consumptiewater binnen tien jaar in de markt haalbaar is. De aanbestedende dienst heeft daarop een minimum ontwerp-eis voor het watersysteem gesteld (blauwe blokken), maar wil graag sneller een hoger percentage bereiken. Als gunningscriterium is daarom geformuleerd: hoe meer blokken ingevuld, hoe meer punten, waarbij voor elke punt de inschrijver een (fictieve) aftrek krijgt op de inschrijfprijs. Inschrijver X denkt in dit voorbeeld al binnen zes jaar > 50% hergebruik te gaan realiseren (twee blokken boven de minimumeis = 2 punten). Als uitvoeringseis is in het modelcontract een verplichting opgenomen tot rapportage en monitoring en een bonus-malussysteem op het halen van de hergebruikdoelstelling.

De meest recente en breed gedragen norm die toepasbaar is in de aanbestedings-praktijk voor duurzame gebiedsontwikkeling is de nieuwe BREEAM-beoordelings-richtlijn (2012; zie www.BREEAM.nl). Het BREEAM-gebiedskeurmerk beoordeelt de mate van duurzaamheid van een te ontwikkelen gebied in de ontwerpfase. Voor bestaande gebieden is het keurmerk ook een praktisch instrument om de reeds aanwezige duurzaamheid in het gebied zichtbaar te maken en prikkels te geven om het gebied verder te verduurzamen. Het keurmerk is opgebouwd rond zes thema's: Management, Synergie, Bronnen, Ruimtelijke Ontwikkeling, Welzijn & Welvaart en Gebiedsklimaat. Deze thema's zijn onderverdeeld in credits, waarvoor per credit punten zijn te behalen voor duurzaamheidsinitiatieven. Op basis van de credits kan berekend worden hoeveel sterren een gebied uiteindelijk scoort in een schaal van één tot vijf. Zowel de aanbestedende dienst, de opdrachtnemer als eindgebruikers krijgen op die manier inzicht in de duurzaamheidsprestaties van een gebied. De richtlijn is echter niet primair geschreven met het oog op aanbesteding, maar biedt inhoudelijk en qua systematiek wel veel aanknopingspunten om doelstellingen te concretiseren in een programma van eisen, selectie- en/of gunningscriteria.

De CO₂-Prestatieladder is een instrument dat bedrijven helpt bij het reduceren van de uitstoot van CO₂. Volgens de SKAO:¹

‘(...) kan binnen de bedrijfsvoering, in projecten én in de keten nog veel winst worden behaald in energiebesparing, het efficiënt gebruik van materialen en duurzame energie. De CO₂-Prestatieladder is daarvoor het aangewezen instrument. Dagelijks bewijst de CO₂-Prestatieladder zijn waarde voor steeds meer sectoren in het bedrijfsleven. Deze brochure geeft u meer inzicht in de gedachte achter de CO₂-Prestatieladder en hoe het instrument ook voor uw organisatie kan werken.’

De CO₂-Prestatieladder werkt op basis van de volgende uitgangspunten:

- maximale gerichtheid op eigen initiatief, praktische resultaten en innovatie;
- minimale belasting en belemmering van de onderneming door regels en voorschriften.

De ladder wil creativiteit stimuleren en vernieuwing van producten en bedrijfsprocessen verbeteren. De ambitie van de SKAO is dat bedrijven die zich laten certificeren volgens de Ladder dit zullen ervaren als een investering die zich onmiddellijk terugverdient in termen van lagere energiekosten, materiaalbesparing en innovatiewinst. De toepassing van de CO₂-Prestatieladder bij aanbestedingen ziet met name op de gunningscriteria en stimuleert daardoor innovaties om de CO₂-uitstoot te beperken. Een hogere score op de Ladder wordt beloond met een concreet voordeel in het aanbestedingsproces, in de vorm van een – fictieve – korting op de inschrijfprijs. De trede die een bedrijf heeft bereikt op de CO₂-Prestatieladder vertaalt zich op die manier in een ‘gunningsvoordeel’. Hoe hoger de trede of het niveau op het certificaat, hoe meer voordeel het bedrijf krijgt bij de gunning. De aanbestedende organisatie bepaalt het gunningsvoordeel per niveau van de Ladder. In 2011 en 2012 is bij de aanbesteding van de volgende aanlegprojecten de CO₂-Prestatieladder toegepast:

- A9-Omlegging-Badhoevedorp (2011);
- Reconstructie N61: Traject Hoek-Schoondijke (2012).

Ten slotte hanteert De Europese Commissie sinds 2008 een definitie voor *Green Public Procurement* (GPP).² De Commissie omschrijft GPP als:

1. Bron: Stichting Klimaatvriendelijk Aanbesteden & Ondernemen (www.SKAO.nl).
2. Communication ‘Public procurement for a better environment’ (COM (2008; 400)).

‘a process whereby public authorities seek to procure goods, services and works with a reduced environmental impact throughout their life cycle when compared to goods, services and works with the same primary function that would otherwise be procured.’

GPP is een vrijwillig instrument en de lidstaten van de EU bepalen zelf in welke mate en met welke reikwijdte zij het instrument GPP implementeren in hun nationale recht. De Commissie vindt het ook belangrijk dat via GPP de markt wordt geprikkeld om groen te innoveren:

‘Green purchasing is also about influencing the market. By promoting and using GPP, public authorities can provide industry with real incentives for developing green technologies and products. In some sectors, public purchasers command a large share of the market (e.g. public transport and construction, health services and education) and so their decisions have considerable impact.’

3 Eisen, criteria en de beginselen van het aanbestedingsrecht

Juridische geschillen over de toepassing van duurzaamheidseisen in aanbestedingsprocedures zijn nogal eens terug te voeren op (vermeende) conflictering van die eisen met de beginselen van het aanbestedingsrecht. Dat is niet zo verwonderlijk, gezien het vaak innovatieve karakter van de eisen, de operationaliseerbaarheid van integrale duurzaamheidsdoelstellingen en het veelal (nog) ontbreken van normen en standaarden. Dit is het grensvlak waarop in de praktijk technisch-inhoudelijke en juridische professionals elkaar kunnen aanvullen of bestrijden. Om dat laatste tot een minimum te beperken lijkt het mij daarom nuttig om deze beginselen enige aandacht te geven. Ik gebruik daarbij de Aanbestedingswet 2012 als vertrekpunt.

De Aanbestedingswet 2012 maakt ten aanzien van de beginselen van het aanbestedingsrecht een onderscheid tussen algemene bepalingen voor het sluiten van schriftelijke overeenkomsten, Europese aanbestedingen, nationale en meervoudig onderhandse aanbestedingen.

De Aanbestedingswet 2012, hoofdstuk 1.2, verplicht de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf:

- de keuze voor een bepaalde aanbestedingsprocedure en de selectie van ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure te baseren op *objectieve criteria*, waarbij op schriftelijk verzoek van de ondernemer deze keuze *gemotiveerd* moet worden;
- zorg te dragen voor het leveren van *zo veel mogelijk maatschappelijke waarde* voor de publieke middelen;

- ondernemers op *gelijke en niet-discriminerende wijze* te behandelen. Is het door een specifieke eis voor bepaalde potentiële inschrijvers zeer lastig om zich in te schrijven of wordt het hierdoor voor bepaalde potentiële inschrijvers juist veel gemakkelijker dan voor anderen om de opdracht te winnen, dan is dat een aanwijzing dat dit beginsel wordt geschonden. EU-lidstaten moeten er in beginsel op kunnen vertrouwen dat duurzame producten of diensten die in andere lidstaten toegelaten zijn van voldoende kwaliteit zijn. Slechts indien en voor zover op grond van de regels en jurisprudentie inzake het vrije verkeer van goederen, diensten en personen uitzonderingen mogelijk zijn op het vrije verkeer, zal een product/dienst/opdrachtnemer uit een andere lidstaat geweigerd mogen worden. Dat dient dan uiteraard wel deugdelijk onderbouwd te worden;
- *transparant* te handelen met een passende mate van openbaarheid; is voor de (potentiële) inschrijvers duidelijk wat van hen verwacht wordt? Is de eis/voorwaarde controleerbaar en zal die controle ook daadwerkelijk plaatsvinden? Het niet kunnen of willen controleren levert strijd op met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, omdat het de deur openzet naar willekeur en favoritisme;
- bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overheidsopdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria te stellen die *in een redelijke verhouding* staan tot het voorwerp van de opdracht. Een zwaarwegend beginsel in de Aanbestedingswet 2012 is proportionaliteit. Zijn de gestelde eisen en voorwaarden noodzakelijk voor de goede uitvoering van de opdracht? Wat is het effect op de kwaliteit van het werk, het product of de dienst, indien deze eis/voorwaarde niet gesteld zou worden, dus is de eis/voorwaarde relevant voor de opdracht? Is met andere, minder zware/ingrijpende middelen hetzelfde succes te bereiken?
- de *administratieve lasten* zo veel mogelijk te *beperken* (moeten in redelijke verhouding staan tot de omvang van de opdracht).

In paragraaf 3.5.6 van de *Gids proportionaliteit* is de voorlaatste verplichting nader uitgewerkt voor duurzaamheidseisen en sociale voorwaarden. Uitgangspunt is dat de omvang van de opdracht moet meewegen bij het stellen van eisen; deze moeten in redelijke verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht en moeten zijn afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden.

Indien uit marktonderzoek blijkt dat een brede range van bedrijven voldoet aan bepaalde criteria, dan kunnen deze generiek toegepast als eis opgenomen worden. Gaat het om vernieuwingen op de markt waar slechts een beperkt aantal ondernemingen aan kan voldoen, dan kunnen ze volgens de *Gids* beter als een van de

subcriteria binnen het gunningscriterium EMVI opgenomen worden. Opnemen van technische specificaties en eisen waaraan slechts een zeer beperkt deel van de markt voldoet, waardoor daadwerkelijke mededinging niet langer gewaarborgd is, is volgens de *Gids* niet alleen disproportioneel, maar ook onverstandig.³ Enige vorm van marktconsultatie wordt daarom aanbevolen.

Bij voorkeur wordt niet met geschiktheidseisen gewerkt. Beter is het om te kiezen voor gunningscriteria, omdat dit de verdere ontwikkeling van duurzaamheid bevordert.

Het eisen van sec het certificaat is niet toelaatbaar, aanbieders moeten ook op een gelijkwaardige wijze aan de eisen kunnen voldoen.⁴ Een vergelijkbare conclusie geldt de verwijzing naar bepaalde keurmerken. Het opnemen van een specifiek keurmerk als technische specificatie is volgens de Europese Commissie enkel toelaatbaar, indien de aanbestedende dienst duidelijke criteria vaststelt aan de hand waarvan inschrijvers kunnen nagaan of hun product vergelijkbaar is.⁵

Uit eventueel gevraagde referenties dient duidelijk te blijken, dat de inschrijver beschikt over de competenties om de gevraagde duurzaamheid in de praktijk te brengen. Het is niet nodig te vragen naar een identiek vergelijkbaar project, duurzaamheid hangt immers nauw samen met innovatie en het kunnen aanbieden van varianten. De bewijslast op het punt van duurzaamheid dient in de laatste fase plaats te vinden, net als bij andere geschiktheidseisen en gunningscriteria. Het is aan de inschrijvers om in hun inschrijving aan te tonen waarom hun producten op gelijkwaardige wijze aan de duurzaamheidseisen voldoen. Eisen in het bestek of de offerteaanvraag mogen volgens de *Gids* overigens enkel betrekking hebben op de in het concrete geval te leveren producten, maar niet op het algemene (duurzame) inkoopbeleid van de inschrijver.

Het opnemen in aanbestedingsstukken van een verplichting voor de opdrachtnemer tot het laten rapporteren over duurzaamheidsaspecten dient plaats te vinden conform het advies van de SER en de Raad voor de Jaarverslaggeving. Rapportage anderszins wordt daarmee dus disproportioneel geacht.⁶

3. *Gids Proportionaliteit*, p. 44.

4. HvJ EG 10 mei 2012, C-368/10 (EKO-keurmerk).

5. M. van der Velden & M. Vidal, 'Duurzaamheid en aanbestedingen: vriend of vijand?', *Gst.* 2012/12.

6. *Gids proportionaliteit*, p.45.

4 Aanbesteding en artikel 122 Woningwet

Ten slotte nog een enkel woord over de doorlopende discussie inzake de (tegen)werking van artikel 122 Woningwet bij het via aanbesteding afdwingen van strengere (duurzaamheids)eisen dan het Bouwbesluit toestaat. Artikel 122 Woningwet stelt dat de gemeente geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht kan verrichten ten aanzien van de onderwerpen waarin bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 2 is voorzien of die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht zijn geregeld.

Het is gemeenten dus niet toegestaan om strengere milieueisen dan in het Bouwbesluit contractueel af te dwingen, hoewel regels ter bescherming van het milieu tot op heden niet in het Bouwbesluit zijn opgenomen. Dit betekent dat gemeenten alleen op basis van vrijwilligheid met ontwikkelaars afspraken kunnen maken over verdergaande duurzaamheidsmaatregelen, voor zover de betreffende maatregel is of kan worden opgenomen in het Bouwbesluit, zoals ten aanzien van energiezuinig en duurzaam bouwen. Anderzijds geldt 122 Woningwet weer niet voor het opwekken van duurzame energie voor zover daarop het Bouwbesluit niet van toepassing is.

Vanuit aanbestedingsoptiek is de vraag actueel of een gemeente bij de aanbesteding van duurzame gebiedsontwikkeling aanbieders mag selecteren op duurzaamheidscriteria die verder gaan dan het Bouwbesluit (bijvoorbeeld op referenties van projecten waarmee een bepaalde EPC-waarde is bereikt). Volgens het Europese recht lijkt dat wel te kunnen.⁷ De aanbestedende dienst kan bijzondere voorwaarden verbinden aan de uitvoering van een overheidsopdracht, die verband houden met milieuoverwegingen (art. 26 Algemene richtlijn). Daarvoor geldt vanzelfsprekend ook dat deze verenigbaar moeten zijn met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en dat ze in verband moeten staan met de opdracht. Duurzaamheidseisen zouden dus, in afwijking van artikel 122 Woningwet, wel kunnen worden toegepast in een Europese aanbestedingsprocedure.

7. P. Ürper, 'Duurzaamheidseisen bij aanbestedingen', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2010/4.

Deelnemerslijst

Dhr. mr. ing. B.F. Algera
Mw. drs. S. Anzion LL.B
Dhr. drs. A.J. Arbouw
Mw. mr. drs. E.I.P.M. van Bellen-Weijnen

Dhr. mr. dr. H.C. Borgers
Dhr. mr. T.W.M. Bot BC
Mw. S. Bouman
Dhr. prof. dr. ir. A.G. Bregman
Mw. A.W.G.J. Buijze LL.M
Mw. drs. E. Cortvriendt
Dhr. mr. J.E. Dijk
Mw. mr. A. Drahmann
Dhr. mr. drs. A. Driesprong
Mw. mr. W.J.M. Ebskamp

Dhr. mr. drs. W.W.P. Ernst
Dhr. mr. E.A. Fontijn
Mw. H. Gerringa
Mw. mr. H.Y.L. Goddijn
Dhr. mr. A. van der Gronde
Mw. mr. K. Groote
Dhr. mr. R. Haije
Mw. mr. J.E. den Hartog-van 't Zelfde
Dhr. P. Heijnsbroek
Dhr. dr. mr. G.J.J. van den Hof

Mw. mr. drs. C.M.K. Ipenburg
Mw. mr. A.L. van de Kamp-Zwep

Dhr. mr. A.G. van Keulen
Mw. mr. I.C.G. Klein-Hendriks

Dhr. ing. R.W. Kockx
Mw. mr. A.Z.R. Koning

Provincie Noord-Brabant
Anzion juridisch advies
Ministerie van I&M/DGMI/VenR
Van Bellen-Weijnen, Management en
Advies BV
AT Osborne
Bureau Bot Omgevingsrecht
Geofox-Lexmond bv
Instituut voor Bouwrecht
Universiteit Utrecht
Instituut voor Bouwrecht
Vos & Vennoten Advocaten
Stibbe
Rijkswaterstaat
Gemeente Amsterdam, Stadsdeel
Zuid
Universiteit Utrecht
P&O SG
St. Brabantse Milieufederatie
De Koninklijke Metaalunie
advocaat, zelfstandig
Gemeente Utrecht
Ministerie van Economische Zaken
Rijkswaterstaat Leefomgeving
Houthoff Buruma
Royal HaskoningDHV Nederland
B.V.
Tauw B.V.
zelfstandig jurist Water- en
Omgevingsrecht
Legalexion
Klein-Hendriks Advocatuur +
Mediation B.V.
DGMR
Instituut voor Bouwrecht

Dhr. mr. ing. G.J. Kremers	Tauw B.V.
Mw. mr. drs. M.C. Lammens	Rho adviseurs voor leefruimte
Dhr. ir. J.M.J. Lap	Koala Milieu Advies
Dhr. ir. A. Luijendijk	zelfstandig onderzoeker
Mw. dr. C.M.L. Mesters	Stroom en Onderstroom
Mw. mr. drs. J.J.H. Mineur	JM Juridisch Advies en Milieudefensie
Mw. mr. drs. A.E.M. Ninaber	NMI registermediator
Dhr. mr. drs. J. van der Noord	Metafoor Ruimtelijke Ontwikkeling B.V.
Mw. mr. I. Pater	Gemeente Barneveld
Dhr. mr. G.P. Ramselaar	Ramselaar Advocatuur
Mw. mr. drs. A.S. Rietveld	Ministerie van Economische Zaken
Mw. prof. mr. H.F.M.W. van Rijswijk	Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS, Universiteit Utrecht
Dhr. mr. drs. A.F. de Savornin Lohman	Milieufederatie Noord-Holland
Dhr. ing. J.W.F.M. Schippers, BSc	Ministerie van Defensie, Commando Diensten Centra
Mw. mr. E.T. Schutte-Postma	lid van de Raad van Toezicht, NMZH
Mw. mr. P.C.M. Smit	Bügel Hajema Adviseurs B.V.
Dhr. ing. F. Swinkels	St. Brabantse Milieufederatie
Mw. mr. N. Teesing	Vereniging voor Milieurecht
Mw. A.C. Timmer-van der Hoeven	sr. juridisch adviseur r.o. + milieurecht
Mw. mr. K. Ulmer	Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT)
Dhr. mr. B. Vis	Norton Rose Fulbright LLP
Mw. mr. drs. C. Vissers	Christel Vissers
Mw. mr. E.G.M. Vogel-Jaartsveld	Philips Environment & Safety
Dhr. mr. H.S. de Vries	Mr. Hisse de Vries Bestuursrecht BV
Mw. mr. L.F. Wiggers-Rust	Gerechtshof Arnhem
Dhr. drs. H.E. Woldendorp	Ministerie van I&M
Dhr. mr. F.E.V.M. van der Woude	Ministerie van I&M/DGMI/VenR

Uitgaven van de Vereniging voor Milieurecht

- De herziene Hinderwet (1982)
- De aansprakelijkheid voor milieuschade (1983)
- De evaluatie van de Wet algemene bepalingen Milieuhygiëne (1983)
- Deregulering, toegespitst op de basisvergunning en de integrale vergunning (1983)
- Bodembescherming in het landelijk gebied (1984-1)
- Het EEG-milieurecht (1984-2)
- De Wet chemische afvalstoffen (1984-3)
- Rechtsbescherming in de milieuwetgeving (1985-1)
- Grensoverschrijdende rechtsbescherming (1985-2)
- WABM Algemene regels en vergunningenstelsel voor inrichtingen (1985-3)
- Wet geluidhinder (1986-1)
- De Wet bodembescherming (1986-2)
- Waterbeheer en milieubeheer (1986-3)
- Afvalstoffenwet (1987-1)
- Voorontwerp Hoofdstukken Wet algemene bepalingen milieuhygiëne (1987-2)
- Strafrechtelijke handhaving van milieurecht (1987-3)
- Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade (1987-4)
- AMvB's op grond van artikel 2a van de Hinderwet (1988-1)
- De uitvoering van EG-milieurichtlijnen, toegespitst op milieugevaarlijke stoffen (1988-2)
- Grondwaterbeheer (1988-3)
- De Natuurbeschermingswet (1988-4)
- Kostenverhaal bij (water)bodemsanering (1989-1)
- Juridische en bestuurlijke consequenties van het Nationaal Milieubeleidsplan (1989-2)
- Grensoverschrijdende milieuwetgeving Europeesrechtelijke, internationaalrechtelijke en nationaalrechtelijke aspecten (1989-3)
- Afvalstoffenbeleid (1990-1)
- Vrijwillige of willekeurige sanering van (bedrijfs)terreinen? (1990-2)
- Milieubescherming: privaatrecht of publiekrecht?, waarin opgenomen selectie milieujurisprudentie 1987-1990 (1990-3)
- Het juridische en financiële instrumentarium van het NMP-plus (1990-4)
- Artikel 21 Interimwet bodemsanering (1990-5)
- Bedrijfsinterne milieuzorg (1991-1)

- Het Plan van aanpak Schiphol (1991-2)
- Risico-aansprakelijkheid voor milieuschade (1991-3)
- Rechtsbescherming in het milieurecht (1991-4)
- Gebiedsgericht milieubeleid (1992-1)
- Bestrijdingsmiddelenwet (1992-2)
- De rol van het recht bij een duurzame ontwikkeling (1992-3)
- Inbouw hoofdstuk bodemsanering in de Wet bodembescherming (1992-4)
- Het milieustrafrecht nader beschouwd (1993-1)
- Gedoogrecht(spraak) (1993-2)
- Flora- en Faunawet (1993-3)
- Waste Prevention (1993-4)
- Openbaarheid van milieurelevante bedrijfsgegevens (1993-5)
- De Algemene wet bestuursrecht in haar betekenis voor het milieurecht (1994-1)
- Naar een nieuwe Natuurbeschermingswet (1994-2)
- De terugtrekkende overheid (1994-3)
- Ecotax en andere financiële instrumenten in het milieurecht (1994-4)
- Produktgericht milieurecht (1995-1)
- Deregulering (1995-2)
- Strafrechtelijke aanpak van grensoverschrijdende milieucriminaliteit, cap. selecta (1995-3)
- Bodemsanering (1995-4)
- Europese milieurechtspraak (1996-1)
- Europese milieurechtspraak, verslag ledenvergadering (1996-2)
- Stad en Milieu (1996-3)
- Afstemmingsregelingen in de Wet milieubeheer (1996-4)
- Landbouw en milieu (1996-5)
- Afval: provinciaal, landelijk of Europees probleem? (1997-1)
- Gemeentelijk milieubeleid (1997-2)
- Jurisprudentie Milieurecht 1996 (1997-3)
- Bedrijfsinterne milieuzorg en vergunningverlening ‘is het gras groener bij de burens?’ (1997-4)
- Internationaal milieurecht in Nederland: De consequenties van het internationale milieurecht voor de nationale rechtspraktijk (1998-1)
- Water: ontwikkelingen in (inter)nationale regelgeving en beleid (1998-2)
- Jurisprudentie Milieurecht 1997 (1998-3)
- (NB 1998-4 is niet verschenen)
- Functiegerichte bodemsanering (1998-5)
- Jurisprudentie milieurecht 1998 (1999-1)
- Artikel 95 EG-Verdrag: De (on)mogelijkheden voor lidstaten om af te wijken

- van geharmoniseerd EG-beleid (2000-1)
- Bouwstoffenbesluit (2000-2)
- Interregionale handhavingssamenwerking (2000-3)
- Gemeenten en de Vogel- en Habitatrichtlijn (2000-4)
- Meldingenstelsel Wet milieubeheer (2000-5)
- Europees en internationaal natuurbeschermingsrecht in Nederland (2001-1)
- Landbouw en milieu (2001-2)
- Bestrijdingsmiddelen (2001-3)
- Duurzaam ondernemen en regelgeving (2001-4)
- De positie van derden-belanghebbenden bij nieuwe instrumenten in het milieurecht (2001-5)
- Omgaan met risico's in het milieu- en ruimtelijke ordeningsrecht (2001-6)
- Europees en internationaal natuurbeschermingsrecht (verslag studiemiddag) (2001-7)
- De beoordeling van milieugeschillen door de bestuursrechter (2002-1) Preadviezen
- Lokale milieuhinder (2002-2)
- Milieu en de fundamentele herziening van de WRO (2002-3)
- De beoordeling van milieugeschillen door de bestuursrechter (verslag studiemiddag) (2002-4)
- Over de grenzen van het milieurecht (2003-1)
- Milieuaansprakelijkheid (2003-2)
- Handhaving van milieurecht vanuit Europees perspectief (2003-3)
- Flora- en faunawet (2004-1)
- Emissiehandel (2004-2)
- De toekomst van de m.e.r. (2004-3)
- Ruimtelijke inrichting en handhaving op de Noordzee (2004-4)
- Herijking milieuregelgeving (2005-1)
- IPPC: in wetgeving en praktijk (2005-2)
- Regeling inzake luchtkwaliteit; Nederland op slot? (2006-1)
- Waarborgen in het milieurecht; actuele ontwikkelingen in besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming (2006-2)
- Externe veiligheid (2006-3)
- Klimaatverandering en rechtsontwikkeling anno 2005 (2006-4)
- De omgevingsvergunning; de toepassing in de praktijk (2006-5)
- Modernisering algemene regels Wet milieubeheer (2006-6)
- Milieu en Luchtvaart (2007-1)
- De nieuwe Waterwet (2007-2)
- Agrarisch milieurecht (2007-3)
- Nederlandse milieurichtlijnen en beste beschikbare technieken (2007-4)

- Aan de grenzen van de milieuvergunning (2007-5)
- Klimaatverandering en de rol van het milieurecht (2007-6)
- Ontwikkelingen in het Europees milieustrafrecht (2008-1)
- Interbestuurlijk toezicht in het omgevingsrecht (2008-2)
- Wie beschermt het natuurbeschermingsrecht? (2008-3)
- De nieuwe Wet ruimtelijke ordening en de bescherming van natuur en milieu (2008-4)
- Juridische aspecten van klimaatverandering (2009-1)
- Europees milieurecht in de Lage Landen (2009-2)
- Bij twijfel (niet) doen (2009-3)
- Crisis- en herstelwet: duurzame versnelling (2009-4)
- Wabo: antwoorden op praktijkvragen (2010-1)
- Natuur(lijk) met recht beschermd (2010-2)
- Het dilemma van de Noordzee: intensief gebruik én het grootste natuurgebied van Nederland (2011-1)
- Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering? (2012-1)
- De toekomst van het milieurecht: eenvoudig beter? (2012-2)
- Duurzame gebiedsontwikkeling: over vormen van regulering en de rol van aanbesteding (2013-1)

Uitgaven vanaf 2011-1 kunt u bestellen via de website van Boom Juridische uitgevers, www.bju.nl/juridisch/reeksen/vereniging-voor-milieurecht. Van de uitgaven daarvoor zijn enkele nog voorradig bij de VMR.

Over de Vereniging voor Milieurecht

De Vereniging voor Milieurecht (VMR) heeft zich sinds de oprichting in 1982 ontwikkeld tot een onafhankelijk kennisnetwerk voor milieu-, water- en natuurbeschermingsrecht. In het netwerk bundelen professionals hun kennis en ervaring over de juridische aspecten van de bescherming van het milieu, het water en de bevordering van het natuur- en landschapsbehoud. Die informatie wordt toegankelijk gemaakt via studie- en discussiemiddagen, lezingen van deskundigen en bijeenkomsten van werkgroepen. De VMR publiceert regelmatig verslagen van de bijeenkomsten. Via de online kennisdatabank vindt u zowel verwijzingen naar recente literatuur en documenten, als recente jurisprudentie.

Onder de ongeveer 800 leden van de VMR bevinden zich wetenschappers en vertegenwoordigers van natuur- en milieuorganisaties, maar ook advocaten, adviseurs en ambtenaren.

Met een lidmaatschap krijgt u veel voordelen. U krijgt gratis toegang tot studiemiddagen over actuele onderwerpen uit het milieu- en natuurbeschermingsrecht. U krijgt korting op de toegang tot de jaarlijkse VMR Actualiteitendag, waarbij u in één dag op de hoogte wordt gebracht van de belangrijkste actuele ontwikkelingen in het milieurecht. U kunt deelnemen aan werkgroepen. Daarnaast krijgt u toegang tot de online kennisdatabank met een grote verzameling milieurechtelijke uitspraken en verwijzingen naar de voor het milieurecht relevante literatuur en documenten. Deze databank wordt door de leden zelf gevuld, u kunt informatie bekijken en toevoegen, waardoor specialistische kennis voor alle leden toegankelijk wordt. Leden ontvangen de publicaties die worden uitgebracht naar aanleiding van studiemiddagen of werkgroepactiviteiten. De publicaties zijn eveneens online te vinden. Leden maken deel uit van het ledennetwerk. Eveneens ontvangen de leden korting op het *Tijdschrift voor Milieu en Recht*.

Nadere informatie over de VMR is te krijgen op het verenigingsbureau: Hamburgerstraat 28a, Utrecht, tel. 030-231 22 21, e-mail: info@milieurecht.nl of via de website www.milieurecht.nl.