

C/M/S/ Derks Star Busmann



Expertmeeting
Construction & Development

Woensdag 24 juni 2009

C/M/S/ Derks Star Busmann

**Gebiedsontwikkeling na intrekking
Vathorst/Rechtsbeschermingsrichtlijn**

Petra Heemskerk

Inleiding

┆ Aanbesteden en gebiedsontwikkeling:

- ICER rapport
- Vathorst
- ICER rapport/Interpretatieve Mededeling PPS
- Nieuwe Reiswijzer (concept)

Praktische toepassingen

- Conclusie A-G 2 juni 2009 (C-196/08)
- Voorzieningenrechter Rechtbank Maastricht 4 juni 2009 (LJN BI6328)

┆ Rechtsbeschermingsrichtlijn:

- Huidige rechtsbescherming
- Prejudiciële vragen over Nederlandse rechtsbescherming
- Nieuwe rechtsbeschermingsrichtlijn en WIRA

ICER Rapport oktober 2008

- ! Aanbesteden als “aanbestedende dienst verder gaat dan gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid en zou eisen dat bepaalde bouwwerken tot stand komen of regels zou uitvaardigen die op een specifiek bouwwerk van toepassing zijn”
- ! Ruime uitleg “bezwarende titel“, maar onduidelijk is nog of risicoverdeling daarbij van belang is
- ! Concessie voor werken, dus terughoudend met eisen

Overige conclusies ICER

- ! Maken van afspraken over herverdeling gronden is niet aanbestedingsplichtig;
- ! Bouw- en woonrijp maken van openbaar gebied moet worden aanbesteed;
- ! Het doorleggen van een aanbestedingsverplichting is niet zonder meer mogelijk;
- ! Oprichten PPS niet aanbestedingsplichtig, tenzij een verkapte opdracht wordt verstrekt.

NB: Jurisprudentie is nog niet eenduidig. Oordeel HvJ in toekomstige zaken wordt afgewacht

EC: Vathorst, case closed

- ! 2005 ingebrekestelling Nederland vanwege gebiedsontwikkeling Vathorst
- ! Aroux-arrest
- ! ICER rapport
- ! Brief 27 maart 2009:

ICER rapport geeft duidelijke richtlijnen hoe gebiedsontwikkeling/PPS in te richten.

Benadeelde ondernemers kunnen wel schendingen van het gemeenschapsrecht aanvechten;

Het blijft oordeel EC. Standpunt HvJ blijft onduidelijk.

Wat betekent dit concreet?

- AD trekken zich terug binnen publiekrechtelijke kaders;
- Geen projectspecifieke eisen;
- Toelaatbaarheid eisen op grond van 122 Woningwet?
- Bezwarende titel: grondverkoop tegen marktconforme prijzen;
- PPS aanbesteden indien opdracht besloten in de te sluiten overeenkomst.

Nieuwe reisiwijzer

- ! Concept versie; consultatierondes afgesloten;
- ! Veel aandacht voor aanbesteden;
- ! Onderscheid tussen planontwikkeling (dienst), grondexploitatie en opstalexploitatie. Niet noodzakelijkerwijze optellen;
- ! Planontwikkeling: plan marktpartij mag gebruikt worden als vertrekpunt voor een ontwikkeling;
- ! Grondexploitatie: openbare aanbesteding vereist als “publieke werken” boven drempel;
- ! Aandacht voor onder drempel en gemeentelijk beleid.

(vervolg reisinwijzer)

- Doorleggen aanbestedingsplicht bij bijvoorbeeld GEM mag;
- Als grondbezitter niet meewerkt aan aanbesteding en wordt onteigend, kan zelfrealisatieverweer niet met succes worden gevoerd (MvT bij Grondexploitatiewet).
Opstalexploitatie:
- Overheden hebben breed scala aan instrumenten om via publiekrecht goede gebiedsontwikkeling te borgen (Wet Ruimtelijke Ordening, Woningwet). Publiekrechtelijke normering volgt vaak privaatrechtelijke weg. Blijft echter publiek en niet privaat;

(vervolg reisinwijzer)

- ! Alles wat overheid doet in het kader van bestemmingsplan, welstandsnota, beeldkwaliteitsplan of woningbouwcategorieën is “publiek”;
- ! Rol als “supervisor” leidt ook niet tot kwalificatie “opdrachtgever”, zolang de supervisor besluiten van bestaande publieke instanties maar voorbereidt en begeleid (bv ter voorbereiding op het formele welstandsoordeel);
- ! “projectspecifieke eisen” uit ICER?

(vervolgreiswijzer)

- ! Niet toegestaan is voorwaarden aan bouwhoogtes en bouwvolumes, terwijl bestemmingsplan daarvoor geen of minder strenge eisen stelt;
- ! Voorschrijven van architecten, adviseurs, merken en normen is evenmin toegestaan.
- ! 122 Woningwet: bouwen onder GIW garantie, Politiekeurmerk Veilig wonen, duurzaam bouwen, energieprestaties etc. strijdig met artikel 122 Woningwet. Uitspraak Hof Den Bosch moet worden afgewacht.

De Praktijk I

! Voorzieningenrechter Rechtbank Maastricht d.d. 4 juni 2009, LJN BI6328:

- Gemeente Voerendaal wil gebied Dammerich (her)ontwikkelen
- Zij zoekt risicodragende marktpartij die zorg draagt voor integrale ontwikkeling gebied
- Gemeente: selectie marktpartij niet aanbestedingsplichting
- 1e (voor)selectie: van 8 naar 3 partijen
- 2e selectie: uitwerking van de planvisies

De Praktijk I

! Vervolg Rb. Maastricht 4 juni 2009:

- Eiseres wil strategische alliantie aangaan met anderen (Zorggroep, aannemer, architect), blijft zelf eindbelegger (dus risicodragers)
- Gemeente legt inschrijving eiseres terzijde: samenwerking te weinig concreet + voldoet niet aan eisen financiële risico's
- Eiseres spant Kort geding aan: het gaat hier om een aanbestedingsplichtige opdracht
- Rechter: geen aanbestedingsplichtige opdracht, slechts verkoop grond aan partij die de beste planvisie heeft. Gemeente draagt geen risico.

De Praktijk II

! Conclusie A-G 2 juni 2009 (C-196/08):

- Prejudiciële vraag Italië: is het mogelijk een dienstenconcessie rechtstreeks te gunnen aan een vennootschap met publiek en privaat kapitaal?
- Ja, mits:
 - de vennootschap haar exclusieve statutaire doel behoudt;
 - selectie private partner d.m.v. openbare aanbestedingsprocedure;
 - private partner voert dienst c.q. werkzaamheden uit.

Rechtsbescherming; huidige stand van zaken

- ! Verplichting lidstaten: treffen van maatregelen zodat tegen besluiten aanbestedende diensten *doeltreffend* en *zo snel mogelijk* beroep kan worden ingesteld.
- ! Art. 55 Bao/2.30.3 ARW 2005: Alcateltermijn van 15 dagen
- ! HR 22 januari 1999, Uneto/De Vliert: nietig verklaren/vernietigen overeenkomst in beginsel niet mogelijk
- ! Lagere rechters: bevel tot opzegging c.q. beëindiging, verbod tenuitvoerlegging overeenkomst
- ! Geen duidelijk lijn: aantastbaarheid overeenkomst onzeker. In de praktijk slechts recht op schadevergoeding
- ! Dreiging van onwettige overeenkomsten relatief beperkt

Rechtsbescherming Nederland ter discussie?

- ! Rechtbank Assen 17 december 2008, LJN: BH7635:
 - Prejudiciële vraag over doelmatigheid en effectiviteit van de rechtsbescherming bij private aanbestedingen door de overheid
 - De rechter vraagt zich af de privaatrechtelijke rechtsbescherming wel voldoet aan de rechtsbeschermingsrichtlijn.
 - De rechter lijkt voorkeur te hebben voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming
 - Op voorhand niet duidelijk wat het HvJEG gaat doen:
 - Nederlands stelsel kritisch onder de loep nemen
 - Prejudiciële vragen inperken

Uitspraak rechtbank Assen

- ! Europese aanbesteding 2 ophaalbruggen door Provincie Drenthe
- ! Gunningscriterium laagste prijs
- ! 4 inschrijvers, waaronder de Combinatie en Machinefabriek Emmen (MFE)
- ! MFE heeft laagste prijs, Combinatie is 2e
- ! Provincie is voornemens opdracht te gunnen aan MFE

Kort geding Combinatie versus Provincie

! Combinatie start binnen Alcateltermijn KG tegen Provincie:

- MFE voldoet niet aan de gestelde eisen, inschrijving ongeldig
- Opdracht gunnen aan Combinatie

! Provincie:

- Wijzigen geschiktheidseisen
- Inschrijving MFE ongeldig
- Procedure staken en heraanbesteden

Kort Geding Combinatie versus Provincie

- ┆ Combinatie:
 - Opdracht gunnen aan Combinatie
- ┆ MFE (tussenkommende partij):
 - Voldoe aan alle eisen
 - Opdracht gunnen aan MFE
- ┆ Provincie:
 - MFE voldoet niet aan alle eisen
 - Aanbesteding terecht gestaakt
 - Geschiktheidseisen ten onrechte tussentijds gewijzigd
- ┆ Voorzieningenrechter:
 - MFE voldoet aan alle eisen
 - Wijzigingen ondergeschikt
 - Verbod om opdracht te gunnen aan ander dan MFE
 - Beslissing uitvoerbaar bij voorraad

Geschil Combinatie versus Provincie

- ▮ Provincie sluit overeenkomst met MFE zonder hoger beroep af te wachten
- ▮ Belangrijkste reden: niet vervallen Europese subsidies

(Incidenteel) appel Combinatie versus Provincie

! Combinatie:

- Schorsen uitvoerbaarverklaring bij voorraad

! Hof Leeuwarden:

- Voorwaarden schorsing (nieuwe feiten of sprake van juridische of feitelijke misslag) niet aan de orde.
- Bovendien reeds overeenkomst gesloten, in beginsel niet aantastbaar (Uneto/De Vliert)

! Combinatie trekt appel in

Bodemprocedure Combinatie versus Provincie

Combinatie:

- Verklaring voor recht dat zij rechthebbende is op de aanbestede opdracht
- Schadevergoeding

Provincie:

- Geen schadevergoeding verschuldigd.
- Aanspraak op gunning aan Combinatie staat niet vast
- Overmacht: vonnis is reden tot sluiten overeenkomst

Bodemprocedure Combinatie versus Provincie

Rechter:

- Gunningsbesluit is besluit ter voorbereiding van privaatrechtelijk handelen, geen besluit in de zin van Awb
- Aangewezen op kort geding, beperkingen:
 - Eigen bewijsregels
 - Geen “erga omnes”
 - Geen definitieve vastlegging rechtsverhouding
- Overeenkomsten niet nietig/vernietigbaar
- Schadevergoeding in bodemprocedure (andere partijen)
- Gevaar: tegenstrijdige vonnissen

Bodemprocedure Combinatie versus Provincie

Rechter:

- Voorgaande problemen treden niet op als het besluit in 1 speciale aanbestedingsprocedure bij 1 rechter aangevochten kan worden
- Toewijzing schadevergoeding alleen mogelijk indien aangevochten besluit nietig
- Bestuursprocesrecht:
 - Erga omnes
 - Connexiteit
 - Kortsluiten
- Probleem: civiele rechter als “restrechter”

Bodemprocedure Combinatie versus Provincie

Rechter:

- Provincie had gelijk, aanbestedingsprocedure kon niet in stand blijven:
 - Wezenlijke wijzigingen
- Opdracht ten onrechte gegund aan MFE
- Is Provincie schadevergoeding verschuldigd?
- Prejudiciële vragen aan HvJEG

Burgerlijk procesrecht versus bestuursprocesrecht

Bestuursrecht bij aanbesteding:

- Wet personenvervoer
- Nadelen:
 - Ook tegenstrijdige vonnissen mogelijk
 - Connexiteitsvereiste mogelijk niet getolereerd door HvJEG
 - Marginale toets ten koste van reële rechtsbescherming

Provincie had hoger beroep kunnen afwachten en dient zonodig schadevergoeding te betalen. Maakt systeem niet ondeugdelijk.

Nieuwe rechtsbeschermingsrichtlijn

Belangrijkste wijzigingen:

- Wettelijke vastlegging Alcateltermijn (standstill termijn)
- Onverbindend verklaring overeenkomst door onafhankelijke beroepsinstantie bij:
 - onwettig onderhands aanbesteden
 - niet in acht nemen standstill termijn
- Niet of ten dele onverbindend: alternatieve sancties
- Uitzondering op onverbindend verklaring:
 - vrijwillige publicatie voornemen overeenkomst te sluiten
 - gunning o.b.v. raamovereenkomst/dynamisch aankoopstelsel
- Beroepstermijn ten minste 6 maanden
- Beroepstermijn verkorten tot min. 30 dagen:
 - gegunde opdracht aankondigen
 - betrokken inschrijvers/gedagboden in kennis stellen

WIRA

- ! Richtlijn grotendeels gebonden implementatie
- ! Wetsvoorstel en consultatie:
 - Standstilltermijn 15 dagen:
 - Gaat in op moment van verzending
 - Gunningsbeslissing per fax/email niet (meer) verplicht?
 - Nadeel: verkorting daadwerkelijk beschikbare termijn
 - In het licht van het verkrijgen van een motivering mogelijk te kort
 - Onverbindendverklaring in de vorm van vernietiging:
 - Alleen in bodemprocedure
 - In kort geding eerst opschorting
 - Andere mogelijkheden (bijv. opzegging, ontbinding)

WIRA

! Vervolg wetsvoorstel en consultatie:

- Uitzondering in geval van dwingende redenen van algemeen belang:
 - Onduidelijk wanneer daar sprake van is
 - Geen of gedeeltelijke vernietiging
- Alternatieve sancties
 - Verkorting looptijd overeenkomst
 - Boete: nog veel onduidelijkheid, beperkt tot 10% van geraamde waarde opdracht, wie gaat die opleggen en wanneer
- Alleen beroepstermijn van 6 maanden:
 - Reden: eenduidigheid
 - Nadeel: geen kennis van gunning + langere vervaltermijn, verslechtering rechtsbescherming?

WIRA

- ! Vervaltermijn van gebruikelijke vervaltermijn 15 dagen voor aanspannen kort geding tegen gunningsbeslissing niet wettelijke verankerd
- ! Verplichten om bij gunningsbeslissing aan motiveringsverplichting te voldoen:
 - Niet slechts samenvattende beschrijving
 - Verduidelijk van begrip "samenvattende beschrijving"
- ! Nu: advies Raad van State
- ! Verwachting: in zomer wetsvoorstel naar 2e Kamer

Nieuwe rechtsbeschermingsrichtlijn

- ! Grote consequenties bij niet aanbesteden: nl. vernietiging overeenkomst
- ! Onregelmatigheden tijdens aanbestedingsprocedure: geen vernietiging overeenkomst

C/M/S/ Derks Star Busmann

Milieuzonering bij gebiedsontwikkeling

Frank Leyendeckers

VNG Handreiking Bedrijven en milieuzonering (nieuwe editie juni 2009)

- ! Oudere edities van brochure hadden o.g.v. jurisprudentie de status van “pseudo-wetgeving”; gemotiveerd afwijken was toegestaan
- ! Nieuwe editie laat meer ruimte voor maatwerk op lokaal niveau: gemotiveerd toepassen
- ! Publicatie is bedoeld voor het toetsen van de toelaatbaarheid van concrete activiteiten
- ! Leidraad voor milieuzonering is het beginsel van “een goede ruimtelijke ordening”(artikel 3.1 Wro)

- ! Milieuzonering is niet wettelijk voorgeschreven, met uitzondering van zonering op grond van:
- Wet geluidhinder
 - Besluit externe veiligheid inrichtingen (Bevi)
 - Vuurwerkbesluit
 - Wet milieubeheer (hoofdstuk luchtkwaliteit c.q. Amvb “gevoelige bestemmingen”)

NB: dergelijke zones c.q. afstandseisen moeten in het bestemmingsplan worden opgenomen

! Zonering ogv de Wet geluidhinder

- Industrielawaai: omvang eerder vastgestelde zone (in Bp of apart zonebesluit) wordt bepaald door de zgn. “grote lawaaimakers” ex art. 41 Wgh
- Het gaat dan om als zodanig in art. 2.4 van het Ivb aangewezen inrichtingen; tot voor kort maakten ook de niet-grote lawaaimakers deel uit van het gezoneerde industrieterrein; in jurisprudentie is dit standpunt verlaten!
- ABRvS 24 december 2008 (2007087631/1, Alphen): alleen de grote lawaaimakers zijn relevant bij het bepalen van de 50 dB(A)-zonegrens: zone is dus feitelijk kleiner dan vastgesteld
- NB: eenmaal vastgestelde zone vervalt echter niet van rechtswege, dit wordt bij nieuwe ontwikkelingen nogal eens over het hoofd gezien!

Zonering op grond van de Wet geluidhinder

- ! Woningen of andere geluidgevoelige bestemmingen (onderwijs, zorg) buiten de zone geen probleem
- ! Woningen etc. binnen de zone mag, mits met ontheffing voorkeursgrenswaarde (hogere waarde)
- ! Als hogere waarden onvoldoende opleveren: dove gevel (is geen gevel in de zin van de Wgh)
- ! Uitzondering zoneringsplicht:
 - Woonerven (30 km zone), maar let op jurisprudentie (oneigenlijk gebruik om onder Wgh-regime uit te komen)

Wie is belanghebbend bij hogere waarden-besluit?

- ┆ Jurisprudentie tot voor kort: slechts belanghebbend zijn bedrijven die door hogere waarden worden geraakt of toekomstige eigenaren/bewoners van een project
- ┆ ABRvS 27 mei 2009 (200805817/1/M2, Valkenswaard): bij een hogere waarde-besluit zijn rechtstreeks de belangen getroffen van eenieder die door de realisering van een activiteit in zijn belangen wordt geschaad
- ┆ Dat voor het “daadwerkelijk getroffen zijn” nog Wro-vervolgbesluiten nodig zijn maakt dit niet anders
- ┆ Gevolg: kring van bezwaarmakers aanzienlijk uitgebreid!

Terug naar de VNG-handreiking

- ┆ Als er geen wettelijke zonering is, kan worden teruggevallen op systematiek van deze handreiking (bijv. bij niet-gezoneerde industrieterreinen)
- ┆ Twee centrale vragen:
 - locatie geschikt voor gevoelige bestemming; kan goed woon- en verblijfsklimaat worden gegarandeerd?
 - worden de bestaande bedrijven niet onevenredig in hun bedrijfsvoering geschaad?
- ┆ Recente jurisprudentie staat afwijkingen richtafstanden toe, zelfs van meer dan 50%, mits goed onderbouwd (zie ABRvS 28 januari 2009, nr. 200800268/1/R2, Zwolle)

Casus Zwolle: woningen op deel industrieterrein

- Projectie woningen gaat gepaard met inwaartse zonering bestaande bedrijven: terugschalen categorie-indelingen Staat van bedrijfsactiviteiten (bijv. van IV/V naar III)
- Toets of bestaande bedrijven door planologische wijziging c.q. terugschaling niet onaanvaardbaar in hun bestaande bedrijfsvoering worden beperkt
- Daarbij zijn de Wm-vergunde rechten uitgangspunt
- Na inwaartse zonering is geluidbelasting in plangebied nog te hoog; hogere waarden niet mogelijk want geen gezoneerd industrieterrein;

Casus Zwolle: woningen op deel industrieterrein

! Oplossing:

- maatregelen aan de bron c.q. bij bedrijven: moeten juridisch verankerd worden door opneming in Wm-vergunning bedrijven!
- maatregelen in de overdrachtssfeer: schermen, doch hoe dit juridisch te verankeren i.v.m. “toelatingsplanologie”? Zie ABRvS 11 februari 2004 (200301673/1, Amsterdam Watergraafsmeer)
- gevelmaatregelen: dove gevels woningen voorschrijven in de planvoorschriften is mogelijk

Casus Zwolle: woningen op deel industrieterrein

- ! Uitspraak ABRvS Zwolle 28 januari 2009:
 - terugschaling leidt niet tot beperking van vergunde bedrijfsactiviteiten
 - beperking verhuurmogelijkheden zijn aanvaardbaar: belang woningbouw is groter dan verhuurbelang bedrijfsverzamelgebouw
 - treffen geluidwerende voorzieningen zijn in het plan voldoende verzekerd:
 - * woningen moeten worden voorzien van dove gevel van 5,3m hoog (vs 3.2.1)
 - * op grens bedrijventerrein moet scherm van 1,8m hoog komen (vs. 7.2.1): dit kan eigenlijk niet zo worden voorgeschreven, maar de Afdeling accepteert het!



Relatie met VNG-handreiking

- † Tot voor kort werd niet geaccepteerd dat de richtwaarden uit de handreiking (van bijv. 30, 50 of 100 meter, afhankelijk van de hindercomponent) werden teruggebracht tot meer dan de helft
- † De Afdeling accepteert hier zelfs een afwijking van 100%, nu de ruimtelijke scheiding tussen het industrieterrein en de woningbouwlocatie 0 meter is!
- † Kortom: mits goed onderzocht en gemotiveerd, kan er met maatregelen toch veel op lastige binnenstedelijke locaties

C/M/S/ Derks Star Busmann

Actualiteiten civiel bouwrecht

Arno Moret

Falend toezicht bij oplevering:

- ! regeling UAV 1989;
- ! regeling 7:758 BW;
- ! jurisprudentie.

Regeling UAV 1989:

- § 12 lid 1 en lid 2 UAV 1989;
- § 12 lid 3 UAV 1989:

ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering
danwel bij de opneming van het werk.

Regeling UAV 1989:

- ! bezwaren § 12 lid 3 UAV 1989;

Regeling BW:

! artikel 7:758 BW:

op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

Regeling BW:

- ! onderzoeksplicht opdrachtgever;
- ! afwijking § 12 lid 3 UAV 1989.

Falend toezicht bij oplevering:

- ! Algemene lijn rechtspraak Raad van Arbitrage (UAV 1989):
- ! deskundige directie van invloed op aansprakelijkheid aannemer;
- ! geen onderscheid geheel niet aanwezig of fouten directie;

Falend toezicht bij oplevering:

- ! Afwijkingen lijn rechtspraak Raad van Arbitrage:
- ! Raad van Arbitrage 27.456, BR 2007/50
- ! Raad van Arbitrage 27.657, BR 2007/48

Falend toezicht bij oplevering:

- ! Raad van Arbitrage 27.704, BR 2007/53

Falend toezicht bij oplevering:

- ! nieuwe koers ?
- ! wijziging UAV 1989 ?