

De impact van klimaatregelgeving op vastgoed

Mr. A.A. Jurgens-Boot, datum 22-10-2019

Datum

22-10-2019

Auteur

Mr. A.A. Jurgens-Boot^[1]

Auteursprofiel

A.A. Jurgens-Boot

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS91848:1

Vakgebied(en)

Bouwrecht / Bouwen

Bouwrecht / Veiligheid en milieu

Bouwrecht / Algemeen

In deze bijdrage gaat de auteur in op de impact van klimaatregelgeving op vastgoed.

'Human sustainability': over groene energiebesparing en blauwe gezondheidsaspecten

Er is recentelijk veel nieuwe wet- en regelgeving verschenen op het snijvlak van het private en publieke bouwrecht. Die vloeit voort uit Europese regelgeving, internationale en nationale akkoorden op het gebied van klimaat en energie, maar ook uit de Rijksbreed ingezette programma's circulaire economie en de transitieagenda's uit het Grondstoffenakkoord.

Ook op stedelijk niveau wordt in hoog tempo beleid ontwikkeld die een circulaire economie dichterbij moet brengen. Het onderwerp 'bouwen' staat in alle stedelijke planvisies en rapporten hoog op de agenda. In de bouwsector valt immers veel CO₂-besparing te behalen.^[2]

Maar naast de zogenaamde 'groene' aspecten – bestaande uit energiebesparing en CO₂-reductie – komen ook de 'blauwe' aspecten steeds meer centraal te staan. Het gaat daarbij primair om sociale duurzaamheid en gezondheid in de gebouwde omgeving. Diverse maatschappelijke ontwikkelingen – denk aan de vergrijzing, de noodzaak om de ziektekosten terug te dringen en de 'war for talent' – vragen om gebouwen en een gebouwde omgeving waarin beter (lees: comfortabeler en gezonder) kan worden gewerkt en gewoond.

Voor pensioenfondsen en andere investeerders in vastgoed, maar ook voor ontwikkelaars, bouwers en eindgebruikers, is het voldoen aan de enorme stroom aan regelgeving op het gebied van verduurzaming een enorme opgave. De discussie gaat in vrijwel alle gevallen over wie verantwoordelijk is voor de kosten van de verduurzamingsmaatregelen, en in hoeverre deze mogen worden doorbelast aan huurders c.q. eindgebruikers.

Voor veel huurders en eigenaren van gebouwen vormen energie en onderhoud gemiddeld maar 10% van alle bedrijfskosten. De meerderheid van hun kosten is gerelateerd aan mensen: loonbetalingen, kosten in verband met ziekteverzuim, re-integratie van personeel, enzovoorts. Voor huurders en eigenaren van vastgoed is het vergroten van de productiviteit van personeel of het kunnen aantrekken van personeel in een buitengebied dan ook een (nog) belangrijker doel dan energiebesparing.

Technische standaarden maken het inmiddels ook mogelijk om niet alleen energiebesparing te meten maar ook gezondheidsfactoren. Sinds 2016 wordt ook in Nederland gewerkt met de uit de Verenigde Staten overgewaaid Well Building Standard (WBS), waarover hierna meer.

In deze bijdrage zal ik (1) nader ingaan op de klimaat wet- en regelgeving die van belang is voor de vastgoedsector. Daarbij komen de labels en certificeringen aan de orde. Daarna zal ik (2) aandacht besteden aan circulariteit en de juridische obstakels in dit verband. Ondanks deze obstakels wordt door diverse gemeenten ingezet op circulariteit, energiebesparing, CO₂-reductie en verbetering van de gezondheid. In aanbestedingen worden deze aspecten steeds belangrijker. De overheid als opdrachtgever en de marktpartijen als opdrachtnemers moeten een gelijkkluidend vocabulaire gaan ontwikkelen. Vervolgens zal ik (3) ingaan op de in de praktijk meest werkbaar aanbestedingsprocedure, te weten het partnerschap. Tenslotte zal ik enkele voorbeelden geven van gunningscriteria die bij aanbestedingen kunnen worden toegepast.

1. Wetgevingsagenda

Zowel op mondiaal, Europees als Nederlands niveau begint het besef door te dringen dat de klimaatverandering niet meer genegeerd kan (en mag) worden. De klimaatdoelen die volgen uit dit besef zijn neergelegd in een reeks akkoorden. Op mondiaal niveau is dit het Klimaatakkoord van Parijs 2015 en op nationaal niveau het Energieakkoord 2013 en het Grondstoffenakkoord 2017.

Of het merendeel van de staten die partij zijn bij het klimaatakkoord van Parijs de gestelde klimaatdoelen gaat halen is nog maar de vraag. Veel staten, waaronder ook de Nederlandse, doen het akkoord af als 'soft law'^[3] omdat het geen afdwingbare regels en bindende doelstellingen voor de reductie van broeikasgassen bevat. De handhaving van 'soft law' rust namelijk primair bij contractpartners, NGO's en bezorgde burgers.^[4] De eind 2018 gewezen uitspraak in het hoger beroep van Stichting Urgenda jegens de Staat der Nederlanden brengt hier wellicht nog verandering in.^[5]

Op Europees niveau worden grotere stappen op het gebied van verduurzaming gezet. Met betrekking tot de milieuprestatie van gebouwen zijn de EPBD-richtlijn^[6] en de Energie-efficiëntierichtlijn^[7] van groot belang.

De EPBD-richtlijn (Energy Performance of Buildings Directive) beoogt dat vanaf 1 januari 2020 alle nieuw gerealiseerde gebouwen Bijna Energie Neutraal (BENG) zijn. Bij wijze van voorbeeldfunctie geldt deze eis al vanaf 1 januari 2019 voor nieuw gerealiseerde overheidsgebouwen. De richtlijn is van toepassing op de gehele gebouwde omgeving. Dat wil zeggen dat het zowel gaat om nieuwbouw als bestaande bouw en dat de regelgeving van toepassing is voor woningbouw en utiliteitsbouw. De EPBD-richtlijn is in Nederlandse wetgeving geïmplementeerd met het Besluit energieprestatie gebouwen (Beg) en de Regeling energieprestatie gebouwen (Reg).

Op basis van de Reg is het voor gebouwen verplicht een energielabel te hebben waaruit kan worden afgeleid wat de energieprestatie van het gebouw is. Op grond van het Beg dienen kantoren met een oppervlakte groter dan 100 m² vanaf 1 januari 2023 minimaal een energielabel C te dragen, ongeacht of er sprake is van nieuwbouw, verkoop of verhuur. Voldoet het kantoor dan niet aan de eisen, dan mag het per 1 januari 2023 niet meer als kantoor gebruikt worden. Deze verplichting staat in het Bouwbesluit. Het bevoegd gezag treedt als handhaver op bij overtreding van de Energietabel C-verplichting. Het bevoegd gezag is meestal de gemeente waar het kantoorgebouw is gevestigd.

Op 9 juli 2018 is de herziening van de EPBD-richtlijn in werking getreden. Nederland moet die herziening uiterlijk 10 maart 2020 geïmplementeerd hebben. Een wijziging van het Bouwbesluit 2012 moet daarvoor zorgen. Die wijziging bevat vooral voorschriften over installaties in gebouwen.

De Energie-efficiëntierichtlijn bevat energie-efficiëntiemaatregelen om duurzame energievoorzieningen te realiseren, broeikasemissies te verminderen en energiezekerheid te verbeteren. Onderdeel van de richtlijn is de energie-auditplicht voor grote ondernemingen. De energie-auditplicht uit de energie-efficiëntierichtlijn is geïmplementeerd onder de Wet milieubeheer (Wm) in de 'tijdelijke regeling implementatie artikelen 8 en 14 Richtlijn energie-efficiëntie'.

Het Activiteitenbesluit milieubeheer verplicht bedrijven en instellingen (inrichtingen) om energiebesparende maatregelen te treffen - met een terugverdientijd van vijf jaar of minder te treffen. Het gaat om de bedrijven en instellingen die meer dan 50.000 kWh elektriciteit of 25.000 m³ aardgas (equivalent) per jaar verbruiken. Vanaf juli 2019 geldt voor bedrijven en instellingen die onder de regelgeving vallen de verplichting om aan het bevoegd gezag te rapporteren welke energiebesparende maatregelen zijn getroffen. De controle ligt bij de omgevingsdiensten en gemeenten. Uit de recente brief van minister Wiebes aan de Tweede Kamer d.d. 16 september 2019 blijkt dat minder dan 50% van de bedrijfsvestigingen aan de informatieverplichting heeft voldaan. Overigens kunnen de label-C-verplichting voor kantoren en de erkende maatregelen verplichting beide van toepassing zijn en door verschillende instanties worden gehandhaafd. Er is nog geen integrale handhavingstrategie.

Sinds 2013 geldt op basis van het Bouwbesluit 2012 voorts de verplichting om een milieuprestatieberekening te maken die bij de aanvraag omgevingsvergunning moet worden overgelegd. De milieuprestatieberekening geeft aan wat de milieubelasting is van in het gebouw toegepaste materialen. Hieraan was echter nog geen grenswaarde als minimumeis gekoppeld. Per 1 januari 2018 geldt dat de belasting van het milieu door in nieuwe woningen en kantoren groter dan 100 m² toe te passen materialen ten hoogste 1,0 mag zijn. De berekening dient te worden uitgevoerd conform de Bepalingsmethodiek Milieuprestatie Gebouwen (MPG) en GWW-Werken van Stichting Bouwkwiteit. Inmiddels zijn er veel rekeninstrumenten op de markt zoals Greencalc, GPR gebouw, DGBC-tool en MRPI MPG-software. Op de website van Stichting Bouwkwiteit zijn de voor het Bouwbesluit 2012 gevalideerde rekenmethodes opgenomen. Vaak worden ook instrumenten als het materialenpaspoort en grondstoffenpaspoort genoemd om hergebruik inzichtelijk te maken. Ook worden certificeringen gevraagd zoals Leed, Breeam en de Well Building Standard.

In Nederland ligt de bevoegdheid met betrekking tot de wetgeving aangaande de milieuprestaties van gebouwen deels bij het Ministerie van Economische Zaken en deels bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken. Deze verdeling geeft de nodige doorkruising en overlap op het gebied van duurzaamheid. De Elektriciteitswet, Warmtewet en Gaswet vallen onder de verantwoordelijkheid van het Ministerie van Economische Zaken. Vanaf 1 januari 2021 worden alle drie tezamen opgevolgd door de Energiewet 1.0^[8] die momenteel in de steigers staat. Het Ministerie van Economische Zaken richt zich met name op marktordeining en consumenten. Het Ministerie van Binnenlandse Zaken is verantwoordelijk voor de wetgeving met betrekking tot de fysieke leefomgeving.^[9] In 2021 zal deze wetgeving overzichtelijk samen worden gevoegd in de nieuwe Omgevingswet. Al met al is de wetgeving omtrent duurzaamheid sterk aan verandering onderhevig (en dat werd tijd ook). Net als bij duurzaamheid is de wetgeving omtrent gezondheid ook jarenlang onduidelijk geweest en 'her en der' in de wet

geregeld, of zelfs helemaal niet geregeld. In de nieuwe Omgevingswet heeft ook gezondheid een beperkte plaats gekregen. Het is bijvoorbeeld onderdeel van het toetsingskader voor vergunningen en hiermee een reden tot weigering van een vergunning. Uiteraard dient dit te geschieden binnen de kaders van de fysieke leefomgeving.

Gezondheid meetbaar maken: de Well Building Standard

De wettelijke verplichtingen om gebouwen te verduurzamen worden dus steeds uitgebreid voor verhuurders en eigenaren, voor bestaande bouw^[10] alsmede voor nieuwbouw. Daarbij gaat gezondheid eveneens een belangrijke rol spelen. Uit wetenschappelijke onderzoeken is gebleken dat wij gemiddeld circa 90% van onze tijd in een gebouw doorbrengen. De gebouwde omgeving is daarmee direct van invloed op onze gezondheid en productiviteit.

Gezondheid, comfort en verbetering van productiviteit van werknemers kunnen tegenwoordig met nieuwe technieken en surveys gemeten en gemonitord worden. Om een gezonde omgeving te creëren en te verbeteren kan bijvoorbeeld gebruik worden gemaakt van de in de Verenigde Staten door Delos ontwikkelde Well Building Standard (WBS). Een Well-certificering moet iedere drie jaar herhaald worden, in tegenstelling tot een Breeam-certificering die eenmalig is. De WBS is gebaseerd op wetenschappelijke studies uitgevoerd door de medische sector en de vastgoedsector. Op basis van de thema's lucht, water, voeding, licht, fitheid, thermisch comfort, geluid, materialen, geestelijke gezondheid en sociale gezondheid zijn meetbare prestaties geformuleerd om de impact van een gebouw (nieuw en bestaand) op de gezondheid, comfort en welzijn van de gebruiker te verbeteren. De WBS is toepasbaar in alle sectoren, derhalve in utiliteitsbouw, woningbouw, retail, maar ook in gebiedsontwikkelingen. De WBS is toepasbaar in zowel nieuwbouw als in de bestaande bouw. De methode vereist een inzet van ontwerpers, bouwers, maar ook van de eindgebruikers en de (toekomstige) exploitanten van het gebouw.

Er is een directe correlatie tussen verbetering van de waarden van deze thema's en verbetering van de arbeidsprestaties en productiviteit van de gebruikers van de gebouwen enerzijds, en anderzijds een potentiële stijging van de huurprijs per m² de waarde van het vastgoed. De correlatie is onder meer aangetoond in het rapport voor 'high performance buildings' opgesteld door Stok, een in San Francisco en Denver gevestigd adviesbureau.^[11] De standaard wordt in ruim 55 landen al toegepast en Nederland staat in de top 3 van de landen met de meeste WELL-projecten in Europa met 59 projecten.

Naast de certificeringen zijn in Nederland allerhande keurmerken in omloop. Een bekend keurmerk is bijvoorbeeld Cradle to Cradle (C2C), dat garandeert dat gebruikte materialen na afloop nuttig kunnen worden ingezet in een ander product. Het keurmerk DUBOkeur bewijst dat een product, grondstof, installatie of woning tot de meest milieuvriendelijke keuze behoort. Dit wordt aangetoond aan de hand van een milieukundige levenscyclusanalyse gemaakt door het NIBE, het kennisinstituut voor duurzaam bouwen.

Labelgate

Naast certificeringen en keurmerken wordt er in de vastgoedbranche gewerkt met labels. Het eerder besproken energielabel C valt onder de groene energielabels en staat voor relatief energiezuinige panden waar nog ruimte is voor verbetering, met een Energieprestatiecoëfficiënt van 1,3 of beter. Het energielabel C wordt gezien als minimumeis.

De energiecificering geschiedt op basis van openbare gegevens die door een erkend energielabeldeskundige^[12] van een afstand worden gecontroleerd. Na een akkoord van deze deskundige en toestemming van de eigenaar van het gebouw wordt het energielabel door de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland uitgegeven. De Inspectie Leefomgeving en Transport controleert uiteindelijk op de aanwezigheid van het definitieve energielabel bij de verkoop, verhuur en oplevering van de gebouwen.

Een algemeen gehoord probleem omtrent de energielabels is dat het energielabel geen inzicht geeft in het daadwerkelijke energieverbruik van een gebouw. Dit komt ten eerste doordat de energielabels enkel uitgaan van het gebouwgebonden energieverbruik. Het gebouwgebonden energieverbruik ziet op energieverbruik voor o.a. ruimteverwarming en koeling, ventilatie en warmtapwater. Het gebruikersgebonden energieverbruik, denk aan bijvoorbeeld apparatuur, wordt niet meegenomen. Naast het feit dat het gebruikersgebonden verbruik niet wordt meegenomen in het Energieprestatiecoëfficiënt geeft het Energieprestatiecoëfficiënt ook nog eens een vertekend beeld doordat de kierdichtheid van een gebouw niet wordt meegenomen in de berekening. Dit kan leiden tot een situatie waarin via de schil van het gebouw door een lage kierdichtheid veel energie verloren gaat, maar door het plaatsen van zonnepanelen toch energielabel A++ gehaald wordt. Allesbehalve duurzaam dus.

Vanaf 1 januari 2020 zijn naast de energielabels tevens de eisen voor bijna energie neutrale gebouwen (BENG) van kracht. BENG vloeit voort uit het Energieakkoord en is gebaseerd op de Trias Energetica, een driestappenstrategie om een energiezuinig ontwerp te maken. De energieprestatie van BENG wordt vastgelegd aan de hand van drie eisen:

1. De maximale energiebehoefte in kWh per m² gebruiksoppervlak per jaar;
2. Het maximale primair fossiel energiegebruik, eveneens in kWh per m² gebruiksoppervlak per jaar;
3. Het minimale aandeel hernieuwbare energie in procenten.

Binnen de BENG-eisen wordt de kierdichtheid wél meegenomen en wordt dus wel rekening gehouden met het werkelijke gebruik van het gebouw.^[13]

In 2050 moet de energievoorziening bijna geheel duurzaam zijn met een streefdoel van 80 tot 95% CO₂-reductie. In 2030 dient Nederland al op 50% CO₂-reductie te zitten.

Het instrumentarium blijft zich ontwikkelen, wat ook noodzakelijk is. Hierover zal ik bij de paragraaf over duurzaamheidseisen in aanbestedingen nog nader uitweiden.

2. Circulair bouwen: publiekrechtelijke klemmen

Ook op het terrein van circulair bouwen is veel nieuwe wetgeving op komst. Ik noem de Omgevingswet en op korte termijn de wijziging van de Crisis- en herstelwet. Ook de wetgevingsagenda Energietransitie^[14] zal een stroom aan - voor circulair bouwen relevante - nieuwe en gewijzigde wet- en regelgeving op gang brengen.

Uitgangspunt van een circulaire economie is een economisch systeem van gesloten kringlopen waarin grondstoffen, onderdelen en producten hun waarde zo min mogelijk verliezen, hernieuwbare energiebronnen worden gebruikt en systeemdenken centraal staat. In de vastgoedpraktijk wordt op verschillende niveaus invulling aan de circulaire gedachte gegeven:

- op het niveau van duurzaamheid, energiebesparing, vermindering CO₂-uitstoot, en energie afkomstig van hernieuwbare bronnen;
- op het niveau van reduce, re-use en recycle van materialen en grondstoffengebruik;
- op het niveau van Sociale Duurzaamheid en gezondheid; en
- op het niveau van innovatie, nieuwe samenwerkingsmodellen en daarbij behorende nieuwe verdienmodellen

Programma's van eisen, bouwcontracten en bouwmodellen moeten opnieuw ontwikkeld worden om tegemoet te komen aan de nieuwe economie. De bestaande bouwcontracten en gehanteerde standaarden (zoals de UAV 2012) zijn met name gebaseerd op hoofd-onderaanneming en ook de UAV-GC integreren niet de hele keten in het bouwproces. Zo worden de sloopwerkzaamheden nog altijd separaat opgedragen. De bestaande verdienmodellen zijn niet geënt op samenwerking en transparantie in de begrotingen. Vooralsnog wordt veelal volstaan met circulaire basisprincipes, die als inspanningsverplichtingen worden opgenomen. Er is wel een ontwikkeling waarneembaar bij marktpartijen om met nieuwe modellen te gaan werken.

Ik constateer dat partijen die vooroplopen in verduurzaming voorbijgaan aan de juridische bezwaren die wet- en regelgeving met zich mee brengen. Ik beperk mij tot een drietal wetten.

Woningwet

Het streven van veel gemeenten is zeer ambitieus, maar zij worden gedwongen zich privaatrechtelijk terughoudend op te stellen met betrekking tot duurzaamheidseisen in de bouw wegens beperkingen in de Woningwet. Die terughoudendheid is echter onnodig omdat gemeenten meer ruimte hebben tot verdergaande duurzaamheidseisen in bouwcontracten dan doorgaans gedacht wordt.

In art. 122 Woningwet is het verbod opgenomen voor de gemeente om rechtshandelingen naar burgerlijk recht te verrichten ten aanzien van onderwerpen waar het Bouwbesluit in voorziet of die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wabo zijn geregeld. Gezien het feit dat het Bouwbesluit onder bouwtechnische vereisten ook veiligheids-, gezondheids-, energiezuinigheids- en milieueisen schaaft, lijkt de Woningwet door middel van dit artikel geen ruimte te bieden voor verdergaande duurzaamheidseisen in contracten tussen de gemeente en de projectontwikkelaars c.q. bouwers.

Om verwarring over de reikwijdte van het artikel te voorkomen heeft de wetgever bij de totstandkoming van de wet aangegeven dat het artikel tracht te voorkomen dat gemeenten hun eigen bouwregels hanteren.^[15] Op de vraag of art. 122 Woningwet een absoluut verbod inhoudt gaven de staatssecretaris en de minister aan dat het artikel met name gericht is op het 'voorkomen van het gebruikmaken van een monopoliepositie'.^[16] De gemeente heeft veelal een machtspositie op de grondafgifte en om misbruik daarvan te voorkomen bepaalt dit artikel dat via het privaatrecht geen verdergaande verplichtingen worden opgelegd dan verplichtingen die elders reeds publiekrechtelijk zijn geregeld.

De wetgever voegt daar echter aan toe dat zolang aanvullende bouwtechnische eisen vrijwillig zijn overeengekomen tussen gelijkwaardige partijen, deze eisen niet tot nietigheid van het beding leiden. Zodoende kunnen wel degelijk afdwingbare afspraken worden gemaakt met betrekking tot de technische vereisten die verder gaan dan het Bouwbesluit, zolang deze vrijwillig zijn geaccepteerd door alle partijen.^[17] In het kader van art. 122 Woningwet worden doorgaans een aantal standaarduitspraken aangehaald ter onderbouwing van de beperkte mogelijkheden van de gemeente.

In de huidige bouwpraktijk worden duurzaamheid en circulariteit echter omarmd. De markt heeft de tijdgeest mee en partijen zijn meer dan ooit bereid om in duurzaamheid verder te gaan dan de wettelijke minimumeisen. Van vrijwilligheid bij de wederpartij van de gemeente zal tegenwoordig snel sprake zijn. Zolang marktpartijen niet worden gedwongen maar worden verleid om strengere eisen met betrekking tot duurzaamheid te incorporeren, zie ik niet in waarom nakoming niet in rechte zou kunnen worden afgedwongen.^[18]

Zowel de ambities van de overheid als de heersende behoefte van de markt naar duurzame en circulaire gebouwen zijn de

afgelopen jaren fors gestegen. De bereidheid van de markt is groter dan ooit en gemeenten hebben ondanks de beperking van art. 122 Woningwet genoeg ruimte om meer mogelijkheden te scheppen en duurzame bouwprojecten te realiseren. Gemeenten zouden niet gewaarschuwd moeten worden voor het opnemen van verdergaande duurzaamheidseisen, maar juist moeten worden ingelicht over de mogelijkheden en de voorwaarden. Gemeenten zouden marktpartijen moeten verleiden om een zo duurzaam mogelijk project te realiseren. Dit zal de terughoudendheid wegnemen, de bouwpraktijk van de gemeente onafhankelijk maken van trage wetgeving en de weg openen naar meer duurzame bouwprojecten.

Afvalstoffenwet

Bij circulair bouwen wordt gebruik gemaakt van weinig tot geen primaire grondstoffen en efficiënt hergebruik van grondstoffen waardoor minimale hoeveelheden (of geen) afvalstoffen vrijkomen. Afval en afvalstromen zijn sterk gereguleerd. Problematisch is echter dat het begrip afvalstof zeer ruim wordt opgevat (in uitspraken van het HvJEG) en dat het ondanks de vele jurisprudentie omtrent het begrip afvalstof niet duidelijk is wat er onder een afvalstof dient te worden verstaan.

De Omgevingswet

Naar verwachting zal in 2021 de Omgevingswet in werking treden. Het is de vraag of met de Omgevingswet meer ruimte komt voor circulair bouwen. Vooralsnog lijkt dat niet het geval te zijn. De uitvoeringsregelgeving (de AMvB's) die nu bij de Tweede Kamer ligt, zoals het Besluit activiteiten leefomgeving (onder andere over afvalstoffen) en het Besluit bouwwerken leefomgeving (dit besluit vervangt onder andere het Bouwbesluit 2012), bevat een met het huidige recht vergelijkbare opzet en uitwerking. Wel is het mogelijk om binnen het Besluit bouwwerken leefomgeving (de opvolger van het Bouwbesluit 2012) binnen daartoe aangewezen gebieden een stringenter EPC op te nemen.

3. Duurzaamheidseisen in aanbestedingen

In het algemeen hebben publieke en private opdrachtgevers grote moeite om in hun programma's van eisen en bestekken hun duurzaamheids- en circulariteitseisen concreet en meetbaar te maken. Hetzelfde geldt voor aanbestedingsprocedures, en dan met name voor de selectie- en gunningscriteria. Zoals eerder gezegd zijn ook de bestaande bouwcontracten aan herziening toe.

Ondanks de bovengenoemde problematiek lijken er toch voldoende mogelijkheden te zijn om de verduurzaming vorm te geven. De aanbestedingsregelgeving staat in ieder geval niet in de weg als aanbestedende diensten eisen stellen met betrekking tot duurzaamheid. Het Hof van Justitie van de Europese Unie bepaalde al lang geleden dat gunningscriteria niet zuiver van economische aard behoeven te zijn.^[19] Gunningscriteria kunnen verband houden met milieubescherming en kunnen sociale kenmerken bevatten.^[20] Het is toegestaan om duurzaamheidseisen te stellen door middel van gunningscriteria, zolang die criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht en inschrijvers op gelijke, niet discriminerende en transparante wijze worden behandeld.^[21]

Het feit dat eisen betreffende circulariteit nieuw zijn is dus geen juridisch probleem. In de literatuur wordt de vraag gesteld of het dan een technisch probleem is. Dit lijkt niet het geval. Ontwerpstrategieën kunnen in afnemende mate van circulariteit worden geclassificeerd volgens de negen 'R'-principes: Refuse, Rethink, Reduce, Re-use, Repair, Refurbish, Remanufacture, Repurpose, Recycle en Recover.^[22] De kern is dat er opnieuw moet worden nagedacht over wat de aanbestedder precies nodig heeft en op welke verschillende manieren hij dit doel kan bereiken en welke in lijn zijn met een circulaire economie (bijvoorbeeld of eigendom echt noodzakelijk is of dat het product als dienst kan worden aangeschaft). Daarnaast is een speerpunt dat (onderdelen van) producten op een zo hoogwaardig mogelijke wijze worden hergebruikt. De uitdagingen zijn met name meer van organisatorische aard. Er moet ten eerste een markt voor een (nagenoeg) gesloten keten gecreëerd worden met aanbieders en afnemers van hoogwaardig te hergebruiken of te recyclen producten. Er zal langzaamaan een gemene deler moeten ontstaan met betrekking tot hoe een (duurzame maar vooral) circulaire samenleving eruit ziet en hoe wij dat precies definiëren en toetsen.

Het tweede aspect van de organisatorische uitdaging is dat kennis en kunde omtrent het op een objectieve en transparante wijze verwerken van duurzaamheid en circulariteit in een aanbestedingsprocedure aanbestedende diensten moet bereiken. Mijn ervaring met de praktijk is dat deze kennis - zeker bij de kleinere gemeenten - op dit moment nog niet of onvoldoende aanwezig is. Een goede - en wellicht noodzakelijke eerste stap om de benodigde kennis en ervaring te verkrijgen om duurzaamheidsaspecten en/of circulariteit in de uitvraag te verwerken verwerven is een marktconsultatie. Zo concludeert ook Versteeg in het preadvies circulair bouwen.^[23]

Duurzaamheidsaspecten kunnen in een uitvraag worden verwerkt als eisen, selectiecriteria, gunningscriteria en bijzondere uitvoeringsvoorwaarden. Normen en keurmerken kunnen de aanbestedder in dit kader dienen om zijn eisen en wensen tot uitdrukking te brengen. Met name gunningscriteria zijn geschikt om duurzaamheid in het algemeen en circulariteit in het bijzonder te stimuleren aangezien gunningscriteria zien op de opdracht zelf en inschrijvers in hun offertes meerwaarde kunnen bieden. De verschillende mogelijkheden die er in dit kader reeds zijn, zijn uitgewerkt in de Roadmap Circulaire Gronduitgifte, van de gemeente Amsterdam.^[24]

Van belang is dat in de Roadmap is gedefinieerd wat onder circulariteit wordt verstaan en uit welke onderdelen dit dan

bestaat. Het definiëren van wat onder circulariteit wordt verstaan is mijns inziens de eerste belangrijke stap in het aanbestedingsproces.

Er wordt in de Roadmap onderscheid gemaakt tussen zeven karakteristieken^[25] van een circulaire economie. Op basis van deze zeven karakteristieken worden vijf criteria voor duurzame bouw geformuleerd waarvoor de Roadmap verschillende suggesties voor gunningscriteria geeft, waaronder:

Materialen

- de mate van inzicht in de gebruikte materialen (materialenpaspoort) en impact van het gebruik daarvan op het milieu (onder meer op basis van een levenscyclusanalyse en de MPG berekening uit het Bouwbesluit (in tools als BREEAM of GPR gebouw kan een dergelijke MPG berekening worden uitgevoerd);
- in hoeverre een constructie demontabel is (verwezen wordt naar de tien principes of disassembly van Brad & Ciarimboli uit 2005). Hoe meer het ontwerp rekening houdt met deze principes hoe hoger de score;
- de mate waarin bouw(onderdelen) op een zo hoogwaardig mogelijke manier kunnen worden hergebruikt;
- de mate waarin bij de bouw gebruikte materialen afkomstig zijn van hergebruikt materiaal.

Energie

- de energiezuinigheid van een gebouw (uitgedrukt in de Energieprestatiecoëfficiënt conform de vigerende normering uit het Bouwbesluit);
- de mate waarin energie hoogwaardig wordt hergebruikt in het gebouw;
- de mate van het gebruik van duurzame energie;
- de mate van inzicht in het energieverbruik.

Water

- mate van reductie van watergebruik;
- de mate van hergebruik van water;
- inzicht in het watergebruik.

Ecosystemen/biodiversiteit

- de toepassing van ecologische maatregelen voor flora en fauna en de invloed daarvan op het milieu (CO₂-reductie, fijnstof reductie e.d.). Er wordt gerefereerd aan BREEAM LE3 en LE4, waarin criteria voor een dergelijk ecologisch plan zijn opgenomen;
- maatregelen om biodiversiteit te bevorderen (eveneens BREEAM LE3 en LE4).

Adaptiviteit/Veerkracht

- het reduceren van de afhankelijkheid van externe materiaal- en energiestromen;
- de weerbaarheid van het gebouw voor klimaatverandering;
- de mate van adaptiviteit van het gebouw (BREEAM-NL-2014, MAT 8).

Het is van belang dat wordt gekozen voor een integrale aanpak met evenwichtige criteria. Daarom is in de Roadmap aangegeven welke invloed de verschillende criteria op elkaar hebben. De Roadmap is een goed startpunt, doch blijft menselijke gezondheid in een gebouw onderbelicht. Hierop kunnen de criteria die betrekking hebben op circulariteit nog worden uitgebreid. Gezonde gebouwen en comfort zijn onderdeel van de duurzame samenleving en zijn ook hard op weg om de nieuwe maatstaven te worden in de vastgoedsector.

Levenscycluskosten

De prijs en bouwtijd van het werk zijn in de praktijk vooralsnog de doorslaggevende factoren bij beoordelingscriteria in de aanbestedingsprocedure.^[26] Weliswaar wordt er aandacht besteed aan de prijs-kwaliteitverhouding, maar dit ziet voornamelijk op de kwalitatieve uitvoering van het werk en komt uiteindelijk neer op het voorkomen van meerwerk en vertraging door de aannemer. Duurzaamheidseisen, hoewel verplicht, worden over het algemeen gezien als aanvullende criteria.^[27] Daarom is het zaak dat kennis omtrent duurzame en circulaire aanbestedingen wordt ontsloten bij aanbestedende diensten. Dit geldt ook voor de levenscyclusanalyse of levenscycluskostenberekening (hierna aangeduid als: 'LCA-berekening').

Met een dergelijke berekening wordt niet enkel gekeken naar de laagste initiële inkoopprijs, maar worden de totale kosten die de uitvoering van de opdracht met zich meebrengt inzichtelijk. Op deze wijze wordt duidelijk welke oplossing uiteindelijk echt de goedkoopste is. Daarnaast kunnen de kosten van de externe milieubelasting (zoals verontreiniging veroorzaakt door de winning van de in het product verwerkte grondstoffen of verontreiniging door het product zelf of de productie ervan) inzichtelijk worden gemaakt, op voorwaarde dat deze in geld uitgedrukt en gecontroleerd kunnen worden.

Vooralsnog bestaat in de huidige regelgeving onvoldoende éénduidigheid over de invulling van de term levenscycluskosten. Deze eenduidigheid dient te worden gecreëerd door de Europese wetgever. Art. 68 lid 3 van de Europese Aanbestedingsrichtlijn biedt de Europese wetgever de mogelijkheid om door hemzelf opgestelde methoden verplicht te stellen door ze op te nemen in bijlage XIII van de aanbestedingsrichtlijn^[28] (en bijlage XV van de Nutsectorenrichtlijn^[29]). Dit zou dus ook voor de levenscycluskostenberekening kunnen geschieden. Versteeg merkt in het preadvies circulair bouwen op dat de Europese wetgever reeds sinds 2011 de potentie van dergelijke methoden onderkent maar dat er sindsdien slecht één berekeningsmethode verplicht is voorgeschreven.^[30] De Europese Unie zou aangemoedigd worden om haast te maken met het opstellen van algemene methoden om levenscycluskosten te berekenen en deze methoden waar mogelijk algemeen verplicht te stellen, aldus Versteeg.

Dat er behoefte is aan standaardmethoden lijkt ook te volgen uit de jurisprudentie. Kortgeleden nog oordeelde de Commissie van Aanbestedingsexperts dat een aanbestedende dienst het gunningscriterium 'levenscyclusanalyse' niet juist had toegepast, en daarmee in strijd met het transparantiebeginsel had gehandeld.^[31]

Een pleidooi voor het partnerschap

Vrijwel alle partijen die de laatste jaren een verduurzamingsproject wilden aanbesteden waren op zoek naar een partner, maar wel een partner die ook bereid was te investeren. Daarvoor behoefde de Aanbestedingswet niet aangepast te worden. Zo heb ik al voor de crisisjaren een aanbesteding begeleid voor de spoorzone in Tilburg, waarbij een partnerschap voor de totale gebiedsontwikkeling is aanbesteed.

Voorwaarde was dat inschrijvers 50% risicodragend participeerden in de gemeenschappelijke grondexploitatie en vervolgens op basis van de gezamenlijke planvorming en grondexploitatie voor 50% een ontwikkelingsrecht en -plicht voor eigen rekening en risico verworven én verplicht waren het vastgoed te realiseren. Omdat de partijen zelf investeerden had de gemeente zekerheid omtrent een betrouwbare partner voor de loop van het project.

Ook voor de verduurzaming kan het van belang zijn een partnerschap aan te besteden en daarmee flexibiliteit te incorporeren. De techniek wijzigt in hoog tempo, behoeften kunnen wijzigen en ook het aantal te verduurzamen objecten kan wijzigen. Daarnaast moeten resultaten voor langere tijd worden gegarandeerd. De oplossing is niet gelegen in afrekenmodellen; flexibiliteit is belangrijk voor beide partijen.

Het zal in een verduurzamingsproject steeds zeer moeilijk tot onmogelijk zijn voor een opdrachtgever/klant om in te schatten welke technische middelen noodzakelijk zijn om zijn doelstellingen te bereiken. Steeds vaker worden zogenaamde Energy Service Companies (ESCO's) opgezet, een samenwerkingsverband van installateurs, aannemers en gespecialiseerde bedrijven in advisering en uitvoering op het gebied van verduurzaming. Het behoort tot één van de kernideeën dat een ESCo haar discretionaire bevoegdheid behoudt om vast te stellen welke maatregelen een optimale energiebesparing verzekeren. Enkel de uiteindelijke energiebesparing (i.e. output) wordt door de opdrachtgever/klant vooropgesteld.^[32]

Van de verschillende openbare en niet-openbare procedures heeft men in Nederland in verduurzamingsprojecten een nogal uitgesproken voorkeur voor het gebruik van de concurrentiegericht dialogoog.^[33] Het grote voordeel van een concurrentiegericht dialogoog is de mogelijkheid om samen met de deelnemende ESCo's het project te bespreken en stap voor stap verder uit te werken. Als alle elementen grondig zijn besproken en de behoeften van de aanbestedende overheid in kaart zijn gebracht worden er offertes ingediend.^[34] Met deze werkwijze wordt het voor een opdrachtgever/klant perfect mogelijk om na te gaan welke ESCo's de juiste instelling tonen, alsmede welk ambitieniveau de verschillende ESCo's vooropstellen.

Conclusie

De bouw- en vastgoedsector staat voor grote uitdagingen. De drivers zijn daarbij deels klimatologisch, deels demografisch en deels maatschappelijk van aard. Gebouwen, kantoren en woningen zullen in hoog tempo (energetisch) verduurzaamd moeten worden, zoveel mogelijk circulair moeten worden en daarbij ook gezonder om in te wonen en werken. Zowel het aanpassen van bestaande bouw als ontwikkelen nieuwbouw vraagt om een kader van wet- en regelgeving dat toegesneden is op deze uitdagingen. Europese en nationale overheden beseffen dit in toenemende mate, en komen dan ook met veel nieuwe regelgeving, die (deels) sterk sturend is. Hierdoor zal ook de financiële sector een belangrijke rol innemen in de verduurzaming. Voor alle in de bouw- en vastgoedsector acterende stakeholders zal het enorme uitdaging worden om grip te krijgen op de mogelijkheden en onmogelijkheden van al deze nieuwe wet- en regelgeving.

Voetnoten

[1]

Mr. A.A. Jurgens-Boot is advocaat te Amsterdam.

[2]

Het Planbureau voor de leefomgeving (PBL) is gevraagd om in beeld te brengen wat de meest recente inzichten zijn over de kosteneffectiviteit van verschillende CO2-reducerende maatregelen en het reductiepotentieel in 2030.

[3]

J. Von Stein, 'The international law and politics of climate change', *Journal of Conflict Resolution* 2008/52, p. 246.

[4]

H.J. Zwolve-Erades, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen in Nederland', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2015/1.

[5]

Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NLGHDHA:2018:2591 (Urgenda).

[6]

Europese richtlijn energieprestatie gebouwen (2002/91/EC).

[7]

Energie-efficiëntie richtlijn (2012/27/EU).

[8]

De energiewet 1.0 wordt vervolgens opgevolgd door de energiewet 2.0 in 2023/2024 waarin onder andere het 'recht op warmte' wordt geïntroduceerd.

[9]

O.a. Omgevingswet, Crisis-en herstelwet, Wet ruimtelijke ordening, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht & Wet milieubeheer.

[10]

Denk aan: Activiteitenbesluit gebouwen (treffen van besparende maatregelen met een terugverdientijd van 5 jaar voor inrichtingen > 50.000Kwh of > 25.000 aardgas). Besluit energieprestatie gebouwen (zichtbaar aanbrengen van energielabels). Regeling implementatie richtlijn energie-efficiënte (energieaudits).

[11]

Stok report: The financial case for high performance buildings, J. Attema e.a., San Francisco: 2018.

[12]

Ook wel EPA genoemd gevolgd door een -U voor utiliteitsbouw en een -W voor woningbouw.

[13]

Zie: <https://www.rvo.nl/onderwerpen/duurzaam-ondernemen/gebouwen/wetten-en-regels-gebouwen/nieuwbouw/energieprestatie-beng>.

[14]

[*Kamerstukken I* 2017/18, 30 196, nr. G.](#)

[15]

[*Kamerstukken II* 1986/87, 20 066, nr. 3, p. 81.](#)

[16]

[*Kamerstukken II* 1997/98, 25 823, nr. 3, p 3-4.](#)

[17]

Zie ook: V.H.M. van Os, 'Duurzaam bouwen in de praktijk', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2014/1, p. 21.

[18]

Zie ook: R.J. Lucassen en M.J. Pech, 'Contracteren over bouwtechnische kwaliteit geoorloofd?', *Gst.* 2011, p. 467.

[19]

HvJ EG 17 september 2002, C-513/99, ro. 55 (Concordia Bus Finland) en HvJ EG 4 december 2003, C-448/01, r.o. 32 (EVN Wienstrom).

[20]

HvJ EG 17 september 2002, C-513/99, ro. 57 (Concordia Bus Finland); HvJ EG 4 december 2003, C-448/01, r.o. 33 (EVN Wienstrom); HvJ EG 10 mei 2012, C-368/10, ro. 89 - 91 (Commissie / Nederland).

[21]

HvJ EG 12 maart 2015, C-538/13, ro. 60 - 63 (eViglio).

[22]

J. Potting e.a., 'Circulaire economie: wat we willen weten en kunnen meten, SER 2016.

[23]

D.R. Versteeg, 'Levenscycluskosten. De sleutel naar circulair werk?' in: Preadvies circulair bouwen, Den Haag: Vereniging voor bouwrecht 2018.

[24]

Roadmap Circulaire Gronduitgifte, een introductie in circulaire bouwprojecten, Gemeente Amsterdam.

[25]

1. Materialen; 2. Energie; 3. Biodiversiteit; 4. Menselijke samenleving en cultuur; 5. Gezondheid en welzijn; 6 het genereren van waarde die niet alleen in financiële zin is uit drukken en 7. Een flexibel en veerkrachtig economisch systeem.

[26]

Zie ook: Rijksbreed programma Circulaire Economie september 2016, 'Nederland Circulair in 2050' p. 30.

[27]

Zie N. Trappenbrug, 'Duurzaam inkopen stelt weinig voor', *Het Financieele Dagblad* 28 september 2018, waaruit blijkt dat "niet duurzaamheidseisen maar prijs en bouwtijd doorslaggevende beoordelingscriteria zijn in de praktijk."

[28]

Richtlijn 2014/24/EU.

[29]

Richtlijn 2014/25/EU.

[30]

D.R. Versteeg, 'Levenscycluskosten. De sleutel naar circulair werk?' in: Preadvies circulair bouwen, Den Haag: Vereniging voor bouwrecht 2018, p. 142.

[31]

Commissie van Aanbestedingsexperts, 25 januari 2019, Advies 472, p. 32 e.v.

[32]

B. Lombaert & N. Francois, 'Les contrats de performance énergétique des bâtiments dans le secteur public local - éclairages relatifs à l'application de la réglementation des marchés publics', *Rev.dr.comm.* 2010/4, p. 13 & 17.

[33]

Zie bijvoorbeeld: Agentschap NL, Whitepaper 2: Energiebesparing organiseren met ESCo's, <www.rvo.nl/sites/default/files/2013/09/Whitepaper%202%20Energiebesparing%20organiseren%20met%20ESCO%27s.pdf>, 2013, 17 (consultatie 7 september 2018); Rijksdienst voor Ondernemend Nederland, *Whitepaper 4: Praktijkvoorbeelden en inspiratie over ESCo's in Nederland*, <<https://www.rvo.nl/sites/default/files/2016/10/Whitepaper%204%20-%20Praktijkvoorbeelden%20en%20inspiratie%20over%20ESCOs%20in%20Nederland.pdf>> 2016, 14 (consultatie 7 september 2018).

[34]

Art. 2, 28° wet 17 juni 2016, *BS* 14 juli 2016, 44222.