



Juridische Notitie

Juridische achtergrond bij een maatschappelijke tenderprocedure

Inleiding

Deze notitie vormt de achtergrond bij de proces en product blauwdruk voor de maatschappelijke tenderprocedure. In het proces is rekening gehouden met de juridische implicaties en kent ieder hoofdstuk een deelhoofdstuk met een juridische noot. We hopen verdere juridische vragen in deze notitie te beantwoorden. Allereerst worden de kaders van de maatschappelijke tender behandeld. Vragen die daarbij aan bod komen zijn:

- Hoe verhouden de tenderprocedure en de vergunningsprocedure zich tot elkaar?
- Wat wordt er precies verleend na het doorlopen van de maatschappelijk tenderprocedure?
- Is het regime van verdeling van schaarse rechten van toepassing?
- Welke beginselen zijn belangrijk bij de verdeling van schaarse rechten?
- Waarom is beleid voor een tender nodig?
- Valt een maatschappelijk tender onder het aanbestedingsrecht?

In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de criteria die in het tenderproduct aan het beoogde zonnepark gesteld kunnen worden. Aan de hand hiervan wordt er ook een vergelijking tussen de maatschappelijke tender en onderhandse vergunningverlening gemaakt.

- Welke criteria mogen er in een vergunningsprocedure gesteld worden?

- Welke criteria mogen er in een maatschappelijk tender procedure beoordeeld worden?
- Wat zijn juridisch relevante zaken per criterium? (procesparticipatie, financiële participatie en koppeling met zon-op-dak worden uitgelicht)
- Is er meer ruimte voor niet-ruimtelijke criteria als de Omgevingswet in werking treedt?

De risico's van een tender komen in hoofdstuk 3 aan bod.

- Wat zijn juridische risico's bij een maatschappelijk tender procedure?
- Wie mag er in bezwaar en beroep?

Hoofdstuk 4 bevat een vergelijking van een onderhandse vergunningsprocedure met een procedure waar een tender als voorportaal wordt gebruikt.

Een tenderprocedure bevindt zich helemaal aan het begin van een ontwikkelproces voor een zonnepark. Veel details van een project worden pas in een later stadium uitgewerkt. Voor de gemeente is het belangrijk dat het aanbod waarmee de tender is gewonnen daadwerkelijk op die manier wordt uitgevoerd. In hoofdstuk 5 wordt specifiek aandacht besteed aan het borgen van de afspraken. In hoofdstuk 6 volgt een korte conclusie.

Hoofdstuk 7 bevat een aantal bronnen die aangeraden worden voor eventueel verder onderzoek. Bijlage I bevat het ingewonnen advies van DBE Advocaten.



Inhoudsopgave

1	Juridische kaders van een maatschappelijke tender.....	3
2	Beoordelingscriteria	9
3	Risico's van een tender.....	13
4	Vergelijking methoden	14
5	Borgen van afspraken.....	15
6	Conclusie	17
7	Aanvullende informatie.....	17
I.	Bijlage: advies van DBE advocaten	18



1 Juridische kaders van een maatschappelijke tender

1.1 Hoe verhoudt de tender zich tot de vergunningprocedure?

Normaal gesproken kunnen initiatiefnemers door het jaar verspreid een aanvraag voor een omgevingsvergunning indienen. De gemeente beoordeelt de aanvraag en neemt een beslissing op basis van wat er is ingediend.

De tender procedure vormt een voorportaal voor vergunningverlening. Wegens het gebruik van (landbouw)grond wordt een beperking van het aantal zon op land projecten vaak wenselijk geacht. Een tenderprocedure stelt de gemeente in staat om meerdere aanvragen te verzamelen en te vergelijken. Het bevoegd gezag stelt beleid en beoordelingscriteria op. Op basis hiervan doen initiatiefnemers een aanbod, in de vorm van een schetsplan of principeverzoek. Er volgt een selectie waar het beste initiatief of de beste initiatieven uitkomen. Daarna volgt een participatietraject of maatwerkprocedure waarin de plannen verder uitgewerkt worden. Hierna wordt de vergunningsaanvraag gedaan en kan deze vergund worden.



Figuur 1. Overzicht stappen maatschappelijke tender

Initiatiefnemers hebben altijd de mogelijkheid om een vergunningsaanvraag in te dienen, ook als ze niet hebben meegedaan aan de maatschappelijke tender. Een aanvraag kan slechts buiten beschouwing worden gelaten indien deze niet voldoet aan de indieningsvereisten uit de Ministeriele regeling Omgevingsrecht (Mor). Daarnaast kan een aanvraag slechts geweigerd worden op basis van ruimtelijke criteria. Om deze reden kan de toegang tot de vergunningsaanvraag niet door middel van een tender met niet-ruimtelijke criteria worden bepaald. Het bevoegd gezag kan wel in het beleid een inspanningsverplichting voor participatie vastleggen. Zolang dit een inspanningsverplichting is, is dit een ruimtelijk criterium. Hieraan kan vorm gegeven worden door het doorlopen van een participatietraject.¹ In de maatschappelijke tender kan aan de winnaar(s) medewerking voor het participatietraject

¹ Er kan ook gekozen worden voor een maatwerkprocedure waarin landschappelijke inpassing verder wordt vormgegeven.

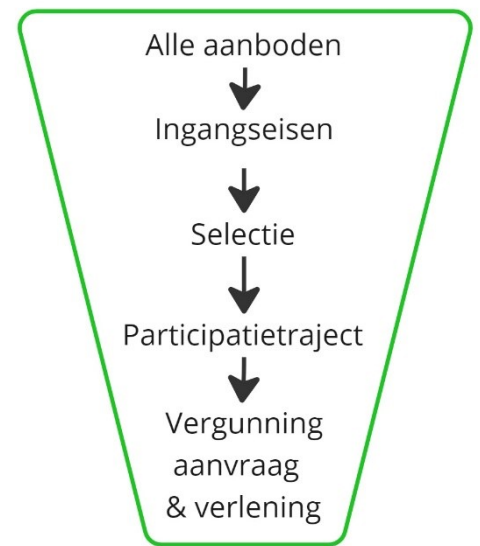


vergeven worden. Dit traject is ook een kans om het initiatief gezamenlijk verder te ontwikkelen en afspraken hierover te maken. Het niet doorlopen van dit participatietraject is wel een ruimtelijke weigeringsgrond voor een vergunning, waardoor het voor initiatiefnemers nodig is om mee te dingen in de maatschappelijk tender procedure.

Het bevoegd gezag kan ervoor kiezen om met een voorbereidingsbesluit de mogelijkheid om vergunningen aan te vragen tijdelijk stop te zetten. Een dergelijke vergunningsstop of moratorium kan in beginsel redelijk worden geacht als het nodig is in aanloop naar het maken van nieuw beleid. Op deze manier kunnen aanvragen voor zonneparken al verzameld worden. Het instellen van een vergunningsstop voor onbepaalde tijd is echter niet rechtsgeldig.² Aansluitend hierbij wordt een vergunningsstop voor langere termijn waarschijnlijk ook als onredelijk gezien.

Op basis van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) is aan de gemeente de bevoegdheid toebedeeld om vergunningen te verlenen. Uit het legaliteitsbeginsel volgt dat het bestuursorgaan altijd een wettelijke grondslag nodig heeft om verplichtingen voor initiatiefnemers in het leven te roepen. Uit het specialiteitsbeginsel volgt dat een bevoegdheid slechts mag worden uitgeoefend in het kader van de bevoegdheid verlenende wet en de daarin beschermde belangen.³ Onder de Wet ruimtelijke ordening (Wro) en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) is dat belang **'een goede ruimtelijke ordening'**. Dit betekent dat de gemeente bij het verlenen van een vergunning enkel mag toetsen aan belangen die ruimtelijk relevant zijn. Bij een maatschappelijk tender is het echter vaak juist het doel om initiatieven te vergelijken op basis van niet-ruimtelijke criteria.

Een maatschappelijk tender is in deze zin een grijs gebied. Enerzijds beïnvloeden niet-ruimtelijke criteria de kans op een vergunning. In een conclusie van de Advocaat-Generaal over een situatie met een beperkt aantal vergunningen worden mededingingsaspecten buiten beschouwing gelaten aangezien ze niet binnen het wettelijke criterium van een goede ruimtelijke ordening passen.⁴ Anderzijds is de initiatiefnemer compleet vrij in de inhoud van het aanbod, en vrijwillige afspraken zijn altijd toegestaan. Het ingewonnen advies van DBE advocaten⁵ op dit gebied luidt dat het de gemeente vrij staat om in dit voorportaal te toetsen aan niet-ruimtelijke eisen, aangezien de initiatiefnemer vrijwillig een aanbod doet. In deze blauwdruk hebben wij ervoor gekozen om het advies van DBE advocaten te volgen. Er is geen jurisprudentie waaruit dit volstrekt helder blijkt of er in een tender aan niet-ruimtelijke eisen getoetst mag worden. Het is belangrijk om te beseffen dat het niet honderd procent zeker is dat



² R.o. 9.1 en 14 ABRvS, ECLI:NL:RVS:2018:2958, [Uitspraak 201704297/1/A3 - Raad van State](#)

³ 3:4 Awb

⁴ R.o. 7.4, Conclusie A-G Widdershoven in de zaak Speelautomatenhal Vlaardingen. ECLI:NL:RVS:2016:1421. [ECLI:NL:RVS:2016:1421, Raad van State, 201406676/2/A3 \(rechtspraak.nl\)](#)

⁵ Het advies is in bijlage 1 van deze notitie te vinden.



een toets op niet-ruimtelijke eisen een beoordeling door de rechtbank zal doorstaan. Totdat dit is uitgekristalliseerd in de jurisprudentie zullen we dat niet met complete zekerheid kunnen zeggen.

Er is sprake van schaarse rechten wanneer er meer aanvragen dan beschikbare vergunningen (te verwachten) zijn.⁶ Door met een maatschappelijk tender een maximum aantal situaties die in aanmerking komen voor een vergunning vast te stellen, wordt er dan ook schaarste gecreëerd. Op schaarse vergunningen zijn er een aantal specifieke rechtsnormen van toepassing, zodat elke aanvrager een eerlijke kans krijgt om in aanmerking te komen voor de vergunning en het proces transparant verloopt.

1.2 Met welke beginselen moet rekening gehouden worden in een maatschappelijke tenderprocedure?

Het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van gelijke kansen zijn drie belangrijke normen voor de verdeling van schaarse vergunningen. Aangezien er in de context van schaarse rechten altijd meer gegadigden dan vergunningen zijn, betekent een vergunning voor de een dat de ander geen vergunning krijgt. De beginselen beogen te borgen dat degene die de vergunning krijgt op de juiste, eerlijke manier gekozen wordt.

Het evenredigheidsbeginsel is in de context van de Dienstenrichtlijn fijnmazig uitgewerkt. Hieruit volgt dat er een legitiem doel moet zijn, de eisen geschikte maatregelen moeten zijn om dat gestelde doel mee te kunnen bereiken, en dat de eisen moeten passen in het stelsel. Bijvoorbeeld, een gemeente beperkt het aantal vergunningen voor rondvaartboten zodat de doorvaartsnelheid hoger wordt, dan mag deze gemeente het wel of niet hebben van een overkapping op de boot niet als eis voor een vergunning stellen. Het al dan niet hebben van een overkapping heeft geen invloed op de doorvaartsnelheid, en is niet relevant voor het gestelde doel.⁷ Als voor het ene kansspel een andere regel wordt gesteld dan voor de andere dan past het mogelijk niet in het stelsel. Verder moeten de gevolgen proportioneel zijn, dat wil zeggen dat de nadelen niet onredelijk zijn in verhouding tot het te dienen doel. Zonneparken vallen buiten het bereik van de Dienstenrichtlijn. In dit geval geldt het evenredigheidsbeginsel op basis van 3:4 Algemene wet bestuursrecht (Awb), maar dit wordt niet altijd met dezelfde intensiteit toegepast.⁸

Zorgvuldigheid komt zowel bij het opstellen van beleid en het tenderproduct, als bij het beoordelen van de aanboden om te hoek kijken. Het is van belang om in alle stappen van het proces zorgvuldig te werk te gaan. Dit kan bijvoorbeeld toegepast worden door van te voren goed na te denken over hoe gestelde criteria beoordeeld en gemeten worden. Dit maakt het eerlijk beoordelen in een latere stap makkelijker.

Bij de verdeling van schaarse vergunningen moeten potentiële gegadigden **gelijke kansen** krijgen om in een transparante procedure mee te dingen naar een vergunning. Dit is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel en volgt uit het *arrest Speelautomatenhal Vlaardingen*. Het is hierbij belangrijk dat er een **'passende mate van openbaarheid'** omtrent de verdeling is, zodat iedereen op basis van dezelfde

⁶ (tweede) Conclusie Advocaat-Generaal Widdershoven in de zaak Windpark Zeewolde. ECLI:NL:RVS2018:1847.

⁷ ABRvS 2017, Rondvaarsboten Amsterdam

⁸ P. 10 en 11, VNG, handreiking schaarse vergunningen, 2018, [handreiking_schaarse_vergunningen.pdf \(vng.nl\)](#)



informatie een aanbod doet. Deze openbaarheid moet gegarandeerd worden met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Hieruit volgt dat:

- Informatie tijdig wordt verstrekt
- Informatie adequaat bekend wordt gemaakt
- De verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig geformuleerd zijn
- De criteria voor iedereen gelijk worden toegepast
- Men niet na bekendmaking mag overstappen op een andere verdelingsprocedure ⁹

Het moet voor initiatiefnemers dus duidelijk zijn hoeveel vergunningen er beschikbaar zijn, wat de aanvraagtijdvakken zijn, hoe de verdeling werkt en hoe en aan de hand van welke criteria er wordt beoordeeld. ¹⁰

Het bestuur kan schaarse rechten in beginsel **niet voor onbepaalde tijd verlenen**. ¹¹ Deze eis vloeit voort uit het materiële gelijkheidsbeginsel¹² en uit de mededingingsnorm en voorkomt dat de 'uitverkoren' vergunninghouder onevenredig wordt bevoordeeld. Anders zouden andere gegadigden ook in de toekomst niet meer kunnen meedingen. Bij schaarse vergunningen voor een economische activiteit zijn afwijkingen van deze eis niet goed denkbaar. Bij andere schaarse vergunningen kan onder omstandigheden afwijking hiervan worden gerechtvaardigd door het beginsel van rechtszekerheid.¹³ In dit geval betreft het een vergunning voor het bouwen van een bouwwerk. Door in overeenstemming met de vergunning te bouwen loopt deze automatisch af. Er kan wel een termijn gesteld worden aan de activiteit die er gedaan mag worden, en een termijn waarna het terrein weer in de oude staat hersteld moet worden.¹⁴ In de praktijk zal de duur van deze termijn een afweging zijn tussen gelijkheid en rechtszekerheid. Er kan rekening gehouden worden met de tijd die nodig is om de investeringen terug te verdienen¹⁵ of met de levensduur van het zonnepark. In Nederland is het gebruikelijk om een

⁹R.o. 7, Arrest speelautomatenhal Vlaardingen, Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

¹⁰ VNG, handreiking schaarse vergunningen, 2018. P. 13.

¹¹ "De eis van tijdelijkheid is al geldend recht op grond van de rechtspraak van het CBB (punten 4.8 en 4.9). Zij geldt bovendien voor de verlening van een schaarse vergunning voor diensten met een grensoverschrijdende dimensie (op grond van artikel 49 en 56 VWEU) en voor diensten binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. Binnen de reikwijdte van het Unierecht zijn uitzonderingen op deze eis dan ook niet mogelijk" R.o. 6.3. conclusie A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421. Volgt ook uit R.o. 7, ABRvS 2016, Speelautomatenhal Vlaardingen.

¹² P. 13, VNG, handreiking schaarse vergunningen, 2018, [handreiking_schaarse_vergunningen.pdf \(vng.nl\)](#)

¹³R.o. 7, Arrest speelautomatenhal Vlaardingen, Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, [en 3.13 annotatie AB 2019/111: Schaarse rechten in het omgevingsrecht. Geen toekenning van exclusief recht indien ruimtelijk plan geen beperking tot één gegadigde be... | Navigator Onderschrijft dat er binnen unierecht geen ruimte is voor afwijking, en wel binnen nationaal recht voor niet-economische activiteiten op grond van algemeen belang.](#)

¹⁴R.o. 4.17 [AB 2019/111: Schaarse rechten in het omgevingsrecht. Geen toekenning van exclusief recht indien ruimtelijk plan geen beperking tot één gegadigde be... | Navigator](#), verwijst naar ABRvS 2015, Havenbedrijf.

¹⁵ R.o. 6.3 1^e conclusie A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 [conclusie van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421](#)



vergunning voor een termijn van 25 of 30 jaar te verlenen, met de voorwaarde dat de grond na aflopen terug wordt gebracht in de oorspronkelijke staat.

De Dienstenrichtlijn stelt aanvullende regels over de verdeling van schaarse rechten.¹⁶ Om te beoordelen of een activiteit onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt, moet bepaald worden of er sprake is van een dienst. Bij een dienst in combinatie met de verkoop van goederen is dit afhankelijk van het zwaartepunt van de economische activiteit¹⁷, zo kan detailhandel bijvoorbeeld een dienst zijn. De productie van energie door middel van een zonnepark heeft geen dienstencomponent en valt niet onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. Veel eisen, zoals het evenredigheidsbeginsel, gelden alsnog onder nationaal recht, maar zijn daar minder ver uitgewerkt. Het ligt voor de hand om deze eisen wel in lijn met de Dienstenrichtlijn te interpreteren.

1.3 Beleid als basis voor de maatschappelijke tender

Het aantal uit te geven vergunningen mag enkel beperkt worden om een legitiem doel te bereiken. Bij het maken van beleid is het van belang om dit legitieme doel te formuleren.¹⁸ Door de Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State wordt het maximeren van het aantal vergunningen slechts toegestaan mits aan de beperking ruimtelijke motieven ten grondslag liggen.¹⁹ Een ruimtelijk motief voor het maximeren van het aantal hectare aan zonneparken is het behoud van landbouwgrond. Andere beleidspunten, zoals de hoogte van het vergunningenplafond en de gestelde criteria moeten vervolgens geschikt zijn om het gestelde doel te bereiken.

Bij een tenderprocedure worden er verschillende aanvragen met elkaar vergeleken. Dit betekent ook dat er een aantal initiatiefnemers zijn die uiteindelijk niet de kans krijgen om het project uit te voeren. Het is daarom belangrijk dat rechtszekerheid, gelijke kansen en openbaarheid worden gewaarborgd.²⁰ Het bevoegd gezag, in dit geval de gemeente, moet beleid vaststellen zodat er een grond is waarop ze deze bevoegdheden uitoefenen. In het beleid wordt het succesvol doorlopen van de tenderprocedure als voorwaarde voor de vergunning gesteld. Daarnaast is er aandacht voor uitsluitingsgebieden en participatiebeleid. Door het vaststellen en publiceren van het beleid is het kenbaar dat de tenderprocedure er is; en hoe en waarop er beoordeeld wordt. Op deze manier krijgen initiatiefnemers gelijke

¹⁶art. 10 (vergunningvoorwaarden), art. 11 (vergunningsduur) en art. 13 (vergunningsprocedure). Wanneer het aantal beschikbare vergunningen wordt beperkt vanwege de schaarste van natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, dan moet op grond van art. 12 Dienstenrichtlijn worden voorzien in een speciale selectieprocedure.

¹⁷ Visser vastgoed C-31/16 (Appingedam)

¹⁸VNG, Handreiking schaarse vergunningen, 2018. [P. 20.](#)

¹⁹ "Afdeling [acht] planregelingen waarin is voorzien in een maximum stelsel, zoals de regeling dat maximaal 69 werkplekken voor raamprostitutie zijn toegestaan of een regeling waarin het maximum aantal horecavestigingen binnen een bepaald gebied zijn toegestaan, toegestaan, mits aan de beperking ruimtelijke motieven ten grondslag liggen." R.o. 7.4. conclusie A-G Widdershoven in de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen*, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

²⁰ Oplegger & factsheet bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie, p.8



kansen. Met het oog op rechtszekerheid is het niet mogelijk om tijdens de procedure nog processtappen of criteria te wijzigen.²¹

In de regelgeving omtrent ruimtelijke ordening is er geen verplichting voor participatie opgenomen. Om een initiatiefnemer te mogen aanspreken op participatie moet er een inspanningsverplichting in een gepubliceerd beleidsdocument zijn opgenomen. Hoe concreter de verwachtingen en stappen rondom participatie zijn gemaakt, hoe meer ruimte er is om een initiatiefnemer hierop aan te spreken.

1.4 Invloed aanbestedingswet

Hoewel de maatschappelijke tender de systematiek van een aanbesteding volgt, is het aanbestedingsrecht in de basis niet van toepassing. Wanneer er wordt bedongen dat een vergunning ook moet worden benut kan een tender wel onder het aanbestedingsrecht vallen. Het aanbestedingsrecht is uitsluitend van toepassing op realisatie van bouwwerken als er sprake is van een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst.²² Een overheidsopdracht is een opdracht voor het bouwen van een bouwwerk, bij een concessieovereenkomst zit hier ook een exploitatierecht voor bijvoorbeeld een tolweg bij. Als de overheid een vergoeding betaald voor de opdracht kan dit een kenmerk van een concessie zijn.²³ Als er bij een maatschappelijk tender wederzijds bindende verplichtingen worden gecreëerd, dan kan de tender wel onder het aanbestedingsrecht vallen.²⁴ Denk bijvoorbeeld aan een OV-concessie waarbij er sprake is van een verplichting om ook daadwerkelijk gebruik te maken van de vergunning om vervoer te verzorgen. Als de overheid de uitvoering van het vergunde project juridisch kan afdwingen, dan kan het als concessie aangemerkt worden en komt het aanbestedingsrecht om de hoek kijken.²⁵ Dat een project voor rekening en risico van private partijen wordt ontwikkeld en overheden geen opdracht verstrekken voor de bouw, eigendom verkrijgen of participeren in de ontwikkeling wordt ook als onderscheid met aanbesteding plichtige opdrachten gezien.²⁶

²¹ N.a.v. deze uitspraak moest de gemeente Drimmelen opnieuw beslissen op vijf vergunningaanvragen. De gemeente heeft tijdens de procedure haar beleid gewijzigd en hierdoor zijn niet alle aanvragen objectief en op gelijke wijze beoordeeld. Zie [Procedure voor vergunningen voor zonneparken in Drimmelen niet objectief verlopen - Raad van State](#) over uitspraak ECLI:NL:RVS:2022:437, ABRvS 16 feb. 2022.

²² Europa decentraal, [Maatschappelijk aanbesteden - Europa decentraal](#)

²³ Conclusie Advocaat-Generaal Widdershoven in de zaak Windpark Zeewolde. ECLI:NL:RVS2018:1847.

²⁴ *Volgt uit HvJEU Muller*. Juridisch leaflet maatschappelijk aanbesteden, augustus 2015. [juridischeleafletmaatschappelijkaanbesteden-augustus2015.pdf \(pianoo.nl\)](#)

²⁵ *Volgt uit HvJEU Belgacom*. Conclusie Advocaat-Generaal Widdershoven in Windpark Zeewolde. ECLI:NL:RVS2018:1847.

²⁶ Conclusie Advocaat-Generaal Widdershoven in de zaak Windpark Zeewolde. ECLI:NL:RVS2018:1847.



2 Beoordelingscriteria

2.1 Criteria die als eis opgenomen mogen worden

Bij het vaststellen van beleid over de uitoefening van de planologische bevoegdheid is het bevoegd gezag gebonden aan normen, zoals het legaliteitsbeginsel en specialiteitsbeginsel. Uit het legaliteitsbeginsel volgt dat het bestuursorgaan altijd een wettelijke grondslag nodig heeft om verplichtingen voor initiatiefnemers in het leven te roepen. Uit het specialiteitsbeginsel volgt dat een bevoegdheid slechts mag worden uitgeoefend in het kader van de bevoegdheid verlenende wet en de daarin beschermde belangen.²⁷ Onder de Wet ruimtelijke ordening (Wro) en de Wabo is dat belang **‘een goede ruimtelijke ordening’**. Dit betekent dat de gemeente bij het verlenen van een vergunning enkel mag toetsen aan belangen die ruimtelijk relevant zijn. Ecologie en landschappelijke inpassing zijn bijvoorbeeld ruimtelijk relevante belangen.

De maatschappelijke tenderprocedure vormt een voorportaal voor vergunningverlening. Zoals in hoofdstuk 1 van deze notitie wordt besproken is de uitkomst geen vergunning, maar een proces waarna er begonnen kan worden aan de vergunningsaanvraag. Zoals hierboven beschreven mag er tijdens de vergunningsprocedure enkel aan ruimtelijk relevante eisen worden getoetst. Er mogen echter wel vrijwillig afspraken over andere aspecten, bijvoorbeeld financiële participatie, met partijen gemaakt worden. De tenderprocedure kan gebruikt worden om tot zulke afspraken te komen. Marktpartijen kunnen zelf kiezen om een bepaald aanbod te doen. Voor de aanvang van de procedure stelt de gemeente een toetsingskader vast. De ondergrens hierbij is dat de criteria niet mogen discrimineren en dat ze relevant zijn. Om zon-op-dak als voorbeeld te gebruiken: Zon-op-dak realiseren is waarschijnlijk niet ruimtelijk relevant voor een grondgebonden zon project. In de onderhandse vergunningprocedure mag dit dan ook niet als criterium meegenomen worden. Zon-op-dak realiseren kan wel als wegingsfactor in het tenderproduct worden opgenomen. Er moet dan duidelijk zijn hoe dit wordt gewogen en wat de consequenties zijn. Het is vervolgens aan de initiatiefnemer om in het aanbod de bijdrage aan zon-op-dak wel of niet op te nemen. Vervolgens worden de aanbiedingen van verschillende initiatiefnemers beoordeeld. Het vrijwillige aanbod van de initiatiefnemers wordt vastgelegd in een overeenkomst. Daarna kan de winnaar van de tenderprocedure met de gemeente in een participatietraject of maatwerkprocedure de plannen verder uitwerken. Na het doorlopen van dit traject kan de initiatiefnemer overgaan tot het aanvragen van de vergunning, waarbij enkel op ruimtelijke criteria wordt getoetst, en is zij privaatrechtelijk gebonden aan de overeenkomst over zon-op-dak.

In het kort: enkel ruimtelijk relevante criteria mogen als eis bij een vergunningsaanvraag gesteld worden. De initiatiefnemer mag op vrijwillige basis (door het aan te bieden in de tender) zich vastleggen om aan andere criteria te voldoen. Hierna worden participatie en zon-op-dak nog kort extra uitgelicht.

²⁷ 3:4 Algemene wet bestuursrecht (Awb)



2.2 Procesparticipatie

Het bevoegd gezag kan een initiatiefnemer enkel aanspreken op participatie op basis van beleid.²⁸ De gemeente kan in het beleid een inspanningsverplichting opnemen om omwonenden te informeren en draagvlak te vergroten. Hier niet aan voldoen kan een reden zijn om geen planologische medewerking te verlenen. Bij de onderhandse verlening van een vergunning mag de vraag of er voldoende inspanningen zijn verricht een rol spelen, maar er mag geen resultaat geëist worden. Er mag niet als eis gesteld worden dat er afspraken met omwonenden zijn gemaakt, dat zou neerkomen op een resultaatverplichting en is niet toelaatbaar.²⁹

Onder de **Omgevingswet** krijgt de gemeenteraad de bevoegdheid om bij buitenplanse omgevingsplanactiviteiten gevallen aan te wijzen waarin participatie van en overleg met derden verplicht is. In de andere gevallen is er een motiveringsplicht, waarbij de initiatiefnemer moet aangeven of en hoe aan participatie is gedaan.

In het tenderproduct kan procesparticipatie als een beoordelingscriterium meegenomen worden. De initiatiefnemer beschrijft in zijn aanbod de plannen om procesparticipatie mogelijk te maken, en in de beoordeling wordt hier een aantal punten aan toegekend. Tijdens de tenderfase is het nog onzeker voor de initiatiefnemer of het project daadwerkelijk uitgevoerd kan worden. Het is dus ook niet voor de hand liggend om in deze fase al te starten met projectparticipatie. De initiatiefnemer dient een plan voor procesparticipatie in, en op basis van dit plan wordt het initiatief vergeleken met de andere aanbiedingen. In de praktijk zal er bij een tender procedure dus ook nog geen resultaat zijn om te meten, maar kan er wel worden gekeken naar de plannen en inspanning. Vervolgens kan het bevoegd gezag samen met de tender winnaar een participatietraject doorlopen, waarin de inspanningen rondom participatie verder worden vormgegeven.

Met het **wetsvoorstel 'Versterking participatie op decentraal niveau'** wil minister Bruins Slot van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de betrokkenheid van inwoners bij de voorbereiding, uitvoering en evaluatie van beleid versterken. Dit wetsvoorstel is een verbreding van de bestaande inspraakverordening. Het is raadzaam om participatie in overeenstemming met deze wet vorm te geven.

2.3 Financiële participatie

Volgens de Grondexploitatiewet mogen in een anterieure overeenkomst alleen zaken worden geregeld die betrekking hebben op de grondexploitatie. Het risico bestaat dat de rechter een dergelijke overeenkomst in een eventuele rechtszaak nietig zal verklaren.

Het huidige omgevingsrecht bevat een zeer beperkte grondslag op basis waarvan initiatiefnemers verplicht kunnen worden omwonenden bovenwettelijk te compenseren of financieel te laten participeren.³⁰ De wet ruimtelijke ordening en de Omgevingswet bevatten geen regels over financiële participatie. Door financiële participatie op te nemen in het beleid en concreet te beschrijven kan het bevoegd gezag een inspanningsverplichting creëren. De reikwijdte van de inspanningsplicht is

²⁸ Oplegger & factsheet bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie, p.9

²⁹ Oplegger & factsheet bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie, p.8.

³⁰ Noordelijke Rekenkamer, *Verdeling onder hoogspanning, een onderzoek naar de verdeling van kosten en baten rondom wind- en zonneparken in de provincie Groningen*. 2019, p.9.



(waarschijnlijk) afhankelijk van het participatiebeleid, maar de jurisprudentie hierover is nog niet uitgekristalliseerd. Er wordt aangenomen dat financiële participatie niet onder de reikwijdte van ruimtelijk relevante criteria valt.³¹ Het is niet aannemelijk dat planologische medewerking kan worden geweigerd omdat er geen financiële participatie afspraken zijn gemaakt.³² Een resultaatverplichting van financiële participatie is geen ruimtelijk relevant motief. Wel of niet gelegenheid bieden om of afspraken maken over financieel participeren verandert immers niets aan de ruimtelijke impact van het project. Het mag niet als eis voor het verlenen van planologische medewerking gesteld worden. Er zijn geen mogelijkheden om in een overeenkomst financiële participatie te eisen in ruil voor planologische medewerking. De initiatiefnemer kan wel op vrijwillige basis zorgen voor financiële participatie.³³ In de maatschappelijke tender kan de initiatiefnemer bijvoorbeeld aanbieden om samen te werken met een energiecoöperatie of om lokaal eigendom mogelijk te maken. Het bevoegd gezag is hierin afhankelijk van de aanbiedingen die initiatiefnemers vrijwillig doen.

2.4 Koppeling met zon-op-dak.

In de nationale omgevingsvisie (NOVI) is voor zonnepanelen een voorkeursvolgorde (ook wel 'zonneladder' genoemd) vastgesteld, met een voorkeur voor zonnepanelen op dak. Zon-op-dak betreft alle vormen van dubbel ruimtegebruik, dus behalve letterlijk op daken, ook op bijvoorbeeld parkeerplaatsen. Vervolgens hebben onbenutte terreinen in bebouwd gebied, zoals overhoeken langs de snelweg, de voorkeur. De voorkeursvolgorde zon-PV moet voorkomen dat zonnepanelen op landbouw- en natuurgrond gelegd worden als dat niet nodig is. De 'zonneladder' van het Rijk is een beleidsmatig afwegingskader. Deze is zelfbindend voor het Rijk en werkt niet juridisch bindend door naar ruimtelijke regels en plannen van provincies en gemeenten. De provincie Overijssel kent een eigen 'zonneladder' die via de provinciale verordening juridisch wel doorwerkt naar ruimtelijke plannen en besluiten van gemeenten.³⁴ In stap 2 van het tenderproces staan we stil bij de scope van de tender. Door te beslissen dat zon op bijvoorbeeld overhoeken niet onder de scope van de tenderprocedure valt, hoeft deze vorm niet te concurreren met zon op landbouwgrond.

Daarnaast wordt er actief gezocht naar een manier om door middel van de tenderprocedure zon-op-dak te bevorderen. Een apart zon-op-dak project heeft ruimtelijk gezien geen link met het grondgebonden zonproject dat de initiatiefnemer wil ontwikkelen. Om die reden kan het bevorderen van zon op land waarschijnlijk niet als ruimtelijk relevante eis voor het grondgebonden zon project worden gezien. Deze eis kan dus niet worden gesteld bij onderhandse vergunningverlening. Wederom kan een initiatiefnemer wel vrijwillig overeenkomen om zon-op-dak te bevorderen. De initiatiefnemer kan dit opnemen in het aanbod voor de tender en hier (bonus)punten voor krijgen.

³¹ Oplegger & factsheet bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie, p.7. Bron hierbij is ABRvS Zonnepark Daalkampen; ABRvS Windpark Greenport Venlo en Rb N-N Zonnepark Fluitenberg.

³² Oplegger & factsheet bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie, p.9

³³ Oplegger & factsheet bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie. p 14.

³⁴ Juridische tips voor gemeentelijke regulering van "zon-op-dak", Nationaal Programma Regionale Energie Strategie, versie november 2021. [downloads_getfilem.aspx \(regionale-energiestrategie.nl\)](https://downloads.getfilem.aspx (regionale-energiestrategie.nl))



2.5 Omgevingswet

In het voorgaande stuk zagen we dat de gemeente bevoegdheden op basis van de Wro moet uitoefenen vanuit het belang van ruimtelijke ordening. Onder de Omgevingswet wordt er op gemeentelijk niveau een omgevingsvisie opgesteld en gaan de huidige bestemmingsplannen op in het Omgevingsplan. Het omgevingsplan beperkt zich niet enkel tot planologische aspecten, maar voorziet in een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Het is de bedoeling meer vanuit een doelstelling te denken, zoals de energietransitie. Artikel 1.3 OW bevat de doelstellingen van de wet, waarin onder andere duurzame ontwikkeling wordt benoemd. Dit helpt bestuursorganen om duurzaamheid mee te nemen als beoordelingsfactor en bij het motiveren van besluiten.³⁵ Na de invoering van de Omgevingswet kunnen er meer eisen bij onderhandse vergunningverlening gesteld worden, omdat een evenwichtige toedeling van functies aan locaties een ruimer begrip is dan een goede ruimtelijke ordening. In het kader van de Omgevingswet gaat participatie een grotere rol spelen, ook wordt het hebben van participatiebeleid verplicht voor gemeenten.

De provincie Overijssel heeft de ambitie om met het realiseren van grondgebonden zonneparken ook de realisatie van zon-op-dak te bevorderen. De overgang naar het nieuwe stelsel kan aangegrepen worden om goed te kijken of er belemmeringen voor zonne-energie zijn, en om deze weg te nemen. In een omgevingsplan kan dubbel ruimtegebruik mogelijk gemaakt worden en kunnen functies gecombineerd worden. Zo kan op een bedrijventerrein ook het opwekken van duurzame energie als functie opgenomen worden. Door te werken met algemene regels kan de drempel om over te gaan tot verduurzaming voor met name particulieren lager worden. Onder de Omgevingswet kan de gemeente ervoor kiezen om de landelijke uniforme lijst voor vergunningsvrije omgevingsplanactiviteiten uit te breiden.³⁶ Door obstakels voor zon-op-dak weg te nemen wordt een initiatiefnemer in staat gesteld om de koppeling makkelijker te maken. Volgens de huidige planning treedt de Omgevingswet op 1 juli 2023 in werking.

³⁵ Juridische tips voor gemeentelijke regulering van "zon-op-dak", Nationaal Programma Regionale Energie Strategie, versie november 2021. [downloads_getfilem.aspx \(regionale-energiestrategie.nl\)](#)

³⁶ Juridische tips voor gemeentelijke regulering van "zon-op-dak", Nationaal Programma Regionale Energie Strategie, versie november 2021. [downloads_getfilem.aspx \(regionale-energiestrategie.nl\)](#)



3 Risico's van een tender

In het Nederlandse stelsel van bestuursrecht is rechtsbescherming vormgegeven in 3 stappen: bezwaar, beroep en hoger beroep. Als een partij in bezwaar gaat dan moet het betreffende bestuursorgaan zelf een heroverweging van de beslissing maken. De vergunningen voor zonneparken vallen waarschijnlijk onder de uitgebreide vergunningprocedure. In de uitgebreide vergunningprocedure is er in plaats van een bezwaarperiode, tijd voor het indienen van zienswijzen. Het bestuursorgaan kan op basis van deze zienswijzen de ontwerp-omgevingsvergunning herzien. 'een ieder' heeft het recht om zienswijzen in te dienen.

Wettelijk gezien moet een partij belanghebbende zijn en een zienswijze hebben ingediend om tegen een besluit in beroep te gaan (8:1 Awb jo. 6:13 Awb). Onder belanghebbende wordt verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken (1:2 Awb). Bij een onderhandse procedure heeft de vergunning van een andere partij in de regel niet rechtstreeks een gevolg voor de andere initiatiefnemer. In dit geval zal een andere initiatiefnemer waarschijnlijk geen belanghebbende zijn.

Door het toevoegen van een tender is er expliciet sprake van een vergelijkende toets tussen de aanvragers. Dat betekent ook dat er initiatiefnemers zijn die meedingen maar geen vergunning verkrijgen. Aangezien het een vergelijkende toets is, worden deze initiatiefnemers aangemerkt als belanghebbenden. Aangezien andere initiatiefnemers belanghebbende zijn bij een maatschappelijk tender is er dus een kans dat zij zienswijzen indienen en in beroep gaan. Dit is op zichzelf geen probleem, mits alle procedures op een goede manier met de juiste waarborgen zijn doorlopen. Het maken van eerlijke, transparante keuzes is daarom nog meer van belang in een maatschappelijke tenderprocedure.

- In vergelijking met de onderhandse procedure hebben bij een maatschappelijk tender meer mensen toegang tot rechtsmiddelen.

In navolging van het arrest *Varkens in Nood* en de uitspraken van de Afdeling die hierop volgden is de toegang tot de bestuursrechter uitgebreid. De eerder beschreven wettelijke ingangseisen worden op basis daarvan genuanceerd. Het reikt te ver voor deze notitie om daar op in te gaan, voor meer informatie verwijzen wij naar het artikel in de voetnoot.³⁷

³⁷ H. Besseling, R. Langeveld en M. Mannekes. *Ook toegang tot de bestuursrechter voor niet-belanghebbenden na tweede richtinggevende uitspraak van Afdeling als gevolg van Varkens in Nood-arrest*. Omgevingsweb, 2021. [Ook toegang tot de bestuursrechter voor niet-belanghebbenden na tweede richtinggevende uitspraak van Afdeling als gevolg van Varkens in Nood-arrest - Omgevingsweb](#)



4 Vergelijking methoden

	Onderhandse vergunning verlening	Tender
<i>Proces</i>	Aanvragen komen verspreid binnen, gemeente heeft niet altijd zicht op het aantal verwachte aanvragen. Vaak zijn er regelmatig verkennende gesprekken en principeverzoeken.	Gemeente stelt beleid, procedure en een maximum vast. De concepten komen tegelijk binnen en kunnen vergeleken worden. De werkdruk is beter in te plannen.
<i>Beleid</i>	Er moet beleid zijn om initiatiefnemers te mogen aanspreken op participatie. Het hebben van locatiebeleid en participatiebeleid is raadzaam en in veel gemeenten al aanwezig.	Er moet beleid zijn om een tenderprocedure te mogen doen. Beleid moet zorgen voor een duidelijk, transparant proces. Dit beleid bevat voorschriften over locaties en participatie.
<i>Afwegingskader</i>	Afwegingskader goede ruimtelijke ordening, criteria moeten ruimtelijk relevant zijn.	Verdeling via vergelijkende toets. Het aanbod wordt op vrijwillige basis gedaan.
<i>Beginselen</i>		Er worden schaarse rechten gecreëerd. Het proces moet eerlijk, evenredig, transparant en zorgvuldig zijn.
<i>Proces participatie</i>	Er mag, op basis van beleid, hoogstens een inspanningsverplichting worden gevraagd, geen resultaatverplichting.	Initiatiefnemer kan participatie vrijwillig in het aanbod opnemen. Resultaatverplichting mag geen voorwaarde zijn.
<i>Financiële participatie</i>	Is geen ruimtelijk relevant motief, resultaat mag in elk geval geen voorwaarde zijn voor medewerking.	Initiatiefnemer kan financiële participatie vrijwillig in het aanbod opnemen. Resultaat mag geen voorwaarde zijn.
<i>Zon-op-dak</i>	Is waarschijnlijke geen ruimtelijk relevant motief, mag geen voorwaarde zijn voor medewerking.	Initiatiefnemer kan zon-op-dak vrijwillig in het aanbod opnemen
<i>Tijdsduur</i>	Mag voor onbepaalde tijd	Enkel voor bepaalde tijd
<i>Borgen</i>	Ruimtelijk relevante eisen kunnen als vergunningsvoorwaarden opgenomen worden. Andere punten kunnen op vrijwillige basis privaatrechtelijk overeengekomen worden.	Ruimtelijk relevante eisen kunnen als vergunningsvoorwaarden opgenomen worden. Andere punten kunnen op vrijwillige basis privaatrechtelijk overeengekomen worden.



5 Borgen van afspraken

Er zijn twee manieren waarop de gemeente afspraken kan borgen. Ten eerste kunnen afspraken bij het verlenen als vergunningsvoorwaarden worden opgenomen. Dit kan alleen met ruimtelijk relevante afspraken. Ten tweede kan het bevoegd gezag, in dit geval de gemeente, een privaatrechtelijke overeenkomst met de initiatiefnemer afsluiten. **Als de gemeente voorwaarden die niet-ruimtelijk zijn op deze manier probeert te verplichten, is de overeenkomst echter niet afdwingbaar. Het is belangrijk dat een overeenkomst met niet-ruimtelijke afspraken vrijwillig wordt aangegaan.** In de praktijk kunnen er zowel vergunningsvoorwaarden worden opgenomen als een privaatrechtelijke overeenkomst worden overeengekomen, met het oog op zoveel mogelijk zekerheid.

- Ruimtelijk relevante eisen kunnen als voorwaarde worden opgenomen in de vergunning

De gemeente kan de uitvoering van het project niet afdwingen. Een afdwingbaar project zou een tegenprestatie voor de vergunning vormen, waardoor het aanbestedingsrecht van toepassing kan zijn. Zie paragraaf 1.4 van deze notitie voor een verder uitleg hierover.

Er kan een privaatrechtelijke overeenkomst worden gemaakt waarin de gemeente de intentie om planologische medewerking te onderzoeken opneemt en waarin afspraken over bijvoorbeeld participatie worden gemaakt. Als de overheid in ruil voor planologische medewerking voorwaarden buiten het kader van 'goede ruimtelijke ordening' bedingt, is de overeenkomst niet afdwingbaar. Een dergelijke overeenkomst is nietig.³⁸ Als bevoegdheden voor een ander doel worden gebruikt dan waarvoor ze zijn verleend, is er sprake van détournement de pouvoir of oneigenlijk gebruik van bevoegdheden, zoals verboden in 3:3 Awb. Voorwaarden moeten het doel (kunnen) dienen waarvoor de bevoegdheid door de wet is gegeven.³⁹ Daarnaast wordt privaatrechtelijk handelen begrensd door de algemene voorwaarden van behoorlijk bestuur.⁴⁰ Er mogen wel vrijwillige afspraken gemaakt worden.⁴¹ Zolang een initiatiefnemer de vrijheid heeft om te kiezen wat er wordt opgenomen in het aanbod, kan dit als vrijwillig aanbod worden gezien.

Een gemeente kan geen overeenkomst aangaan waarin zij zich verbindt om planologische medewerking te verlenen. Het college is bevoegd tot het aangaan van overeenkomsten. De raad is echter bevoegd om al dan niet een verklaring van geen bedenkingen (vvgb) af te geven. De vvgb is nodig om tot vergunningverlening te komen. Het college kan niet voor de raad overeenkomen dat de vvgb wordt afgegeven. Daarnaast is het niet zeker of het project om een reden, bijvoorbeeld een beschermdediersoort in het projectgebied, niet wenselijk is. Het college kan wel de principebereidheid om planologische medewerking te verlenen en medewerking aan het participatietraject beloven.

- Niet-ruimtelijk relevante eisen kunnen alleen vrijwillig overeen worden gekomen, en mogen geen voorwaarde zijn om een vergunning te kunnen krijgen.

³⁸ Dit volgt uit het arrest Alkemade/Hornkamp.

³⁹ Dit volgt uit het arrest Bouwers/Bladel.

⁴⁰ De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn te vinden in 3:14 en 3:1 lid 2 Awb.

⁴¹ Oplegger & factsheet bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie, p.14



Bij een tenderprocedure is het van belang dat de initiatiefnemer die de tenderprocedure heeft gewonnen niet een ander, of in elk geval geen slechter, plan indient bij de vergunningsaanvraag. Iets anders dan bij de tender aanvraag indienen is niet per se in strijd met een goede ruimtelijke ordening. Er kan in de tender een eis worden opgenomen de stukken, bijvoorbeeld het inrichtingsplan, op dezelfde wijze bij de vergunningsaanvraag wordt ingediend en dat de initiatiefnemer bereid is om hierover een overeenkomst aan te gaan. De gemeente kan een overeenkomst opstellen, en in het beleid vast stellen dat het aanbod enkel wordt beoordeeld als deze overeenkomst ondertekend bij de aanvraag wordt gevoegd. Dit zou ook vormgegeven kunnen worden door een virtuele handtekening bij het doen van het aanbod.

- Maak aan het begin van de tender een overeenkomst met de initiatiefnemers waarin zij zich verbinden om, indien zij de tender winnen, een vergunningsaanvraag in te dienen die (op hoofdlijnen) overeenkomt met het aanbod wat zij voor de tender doen. Hier zou ook een boete beding bij opgenomen kunnen worden.
- Na het doorlopen van de tenderprocedure wordt er met de winnaar een privaatrechtelijke overeenkomst afgesloten waarin zij zich specifiek verbinden aan het aanbod wat zij in de tender hebben gedaan.

Afspraken tussen de initiatiefnemer en de omgeving kunnen vastgelegd worden in een privaatrechtelijke omgevingsovereenkomst. Dit moet wel op vrijwillige basis zijn. Het bevoegd gezag heeft geen publiekrechtelijke bevoegdheid om een dergelijke overeenkomst af te dwingen, ook niet op grond van participatiebeleid.⁴²

Het vastleggen van afspraken in een (postzegel) bestemmingplan wordt niet aangeraden, omdat hiermee permanente planologische rechten gecreëerd worden. Aangezien het moeilijk te zeggen is of zonneparken over 25 of 30 jaar nog wenselijk zijn is zijn en het creëren van een bestemmingsplan niet de beste optie.

Bij het aangaan van een anterieure overeenkomst in verband met een exploitatieplan moet men zich bewust zijn van de beperkingen die de Grondexploitatiewet oplegt. Hoewel dit in de praktijk niet altijd het geval is, mogen hierin enkel zaken worden geregeld die betrekking hebben op de grondexploitatie. Het risico bestaat dat een anterieure overeenkomst met een grotere reikwijdte geen stand houdt in de rechtbank.⁴³

⁴² Oplegger & factsheet bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie, p.9

⁴³ Noordelijke Rekenkamer, *Verdeling onder hoogspanning, een onderzoek naar de verdeling van kosten en baten rondom wind- en zonneparken in de provincie Groningen*. 2019, p.9. en van den Brand, J., van Gelder, E. et al, *Handreiking Grondexploitatiewet*, 2008. p.38



6 Conclusie

De maatschappelijke tender biedt veel kansen om het project met de beste maatschappelijke gevolgen te vergunnen. Zo zijn er meer mogelijkheden om criteria zoals financiële participatie mee te nemen en om initiatieven te vergelijken. Hierdoor worden ontwikkelaars uitgedaagd om met elkaar te concurreren en een goed project neer te zetten. Vergeleken met het onderhands verlenen van vergunningen is de systematiek relatief nieuw voor veel gemeenten, en de jurisprudentie is nog niet compleet uitgekristalliseerd. Het is van groot belang dat afspraken over niet-ruimtelijke eisen vrijwillig worden aangegaan, en dat deze afspraken goed geborgd worden. Daarnaast moet duidelijk beleid resulteren in een eerlijk en transparant proces. Kortom, de systematiek biedt veel kansen, maar het is belangrijk om de juridische kaders goed in het oog te houden.

7 Aanvullende informatie

De verdeling van schaarse rechten: VNG handreiking schaarse vergunningen [handreiking_schaarse_vergunningen.pdf \(vng.nl\)](#)

Participatie: Oplegger & factsheet bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie. [Oplegger & factsheet Bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie \(rvo.nl\)](#)

H. Tolsma heeft diverse publicaties op het gebied van participatie. Zie bijvoorbeeld Tolsma, H. D., & de Graaf, K. J. (2021). Participatie en draagvlak bij besluitvorming over windparken op land: Een juridische analyse van participatie bij duurzame energieprojecten. *Milieu & Recht*, 48(10), 830-837. [M en R 2021/119].

Reguleren van zon-op-dak: juridische tips voor gemeentelijke regulering van “zon-op-dak”, november 2021. [downloads_getfilem.aspx \(regionale-energiestrategie.nl\)](#)

Rechterlijke toetsing op basis van ruimtelijke criteria: Rechtsoverweging 7.4, Conclusie Advocaat-Generaal Widdershoven in de zaak Speelautomatenhal Vlaardingen. ECLI:NL:RVS:2016:1421. [ECLI:NL:RVS:2016:1421, Raad van State, 201406676/2/A3 \(rechtspraak.nl\)](#)

Gelijkheidsbeginsel en transparantie bij schaarse vergunningen: Arrest speelautomatenhal Vlaardingen, Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, [Uitspraak 201406676/1/A3 - Raad van State](#). [Specifiek](#) rechtsoverweging 7.



I. Bijlage: advies van DBE advocaten

Er is advies ingewonnen bij DBE advocaten over de mogelijkheden om niet-ruimtelijke criteria op te nemen in een maatschappelijke tender. De reactie van mr. Korvemaker van 11 oktober 2022 luidt als volgt:

Ik denk dat je jouw vraag moet plaatsen in de context van verdeling van schaarse rechten.

Tenminste, als ik het goed zie: aan jullie is de vraag een tenderplan voor zonneparken te bedenken. Een blauwdruk die kan worden gebruikt voor het tenderen van omgevingsvergunningen. Ik dacht eerst dat jullie zelf in een tender zaten, maar jullie (al) hebben een raamovereenkomst met de provincie.

Let op: zo'n tender kán wel een aanbesteding zijn: bijvoorbeeld wanneer wordt bedongen dat een vergunning ook moet worden benut.

Vergelijk een verplichting om ook daadwerkelijk gebruik te maken van een vergunning om vervoer te verzorgen (OV-concessie).

Het tenderen wordt gedaan om iedereen een kans te schaarse rechten te verkrijgen. Hier gaat het dus om een vergunning voor een zonneweide, en daar valt wel iets bij voor te stellen: ruimte is fysiek en planologisch schaars.

Aan de andere kant: als een grondeigenaar al een (principe)akkoord heeft met een exploitant (verkoop grond, of een opstalrecht) is er eigenlijk maar 1 partij die voor een vergunning in aanmerking komt; andere partijen missen immers toestemming van de grondeigenaar... Hierover lopen discussies behoorlijk op; zie bijgaand artikel van Wolswinkel.

Het tenderen is in de regel het voorportaal: wie mag aan de slag met het vergunningstraject? Dat betekent ook dat je je kunt focussen op andere factoren dan puur de WABO: draagvlak, burgerparticipatie, etc.; mag allemaal. Zolang het allemaal maar helder geformuleerd is: wat is het tijdsplan, wat zijn de criteria, hoe worden die beoordeeld en gewogen.

De criteria kunnen allerlei dingen inhouden, zolang het maar niet gaat om vergunningvoorschriften zelf. Ondergrens is een beetje dat je niet mag discrimineren en dat de criteria relevant zijn.

Maar goed, even terug naar de vraag: als het goed is, weet een inschrijver welke criteria er gelden en hoe die worden beoordeeld. Het staat elke inschrijver natuurlijk vrij om een criterium te laten schieten of wat met de Franse slag in te vullen. Als het goed is weet je immers wat de gevolgen zijn (kost het je 10 punten, of 5, etc.)...

Resumé:

- *Volgens mij hebben we het over ene tender voor schaarse rechten, dus in beginsel inderdaad geen aanbesteding.*
- *Veel criteria denkbaar, zolang dat maar goed/transparant wordt gecommuniceerd, ook hoe ze worden beoordeeld en hoe zwaar ze wegen.*



- *Een inschrijver hoeft niets en kan dus best een puntje laten schieten, omdat hij – als het goed is – weet wat de consequenties zijn. Wat dat betreft vindt ik het voorbeeld van Beesel wel wat karig (onderscheid tussen vereiste en bonus), maar misschien is dat in de bijlagen (de matrix) uitgewerkt – die heb ik niet gezien.*

DBE
advocaten

DBE Advocaten
Heliconweg 52 (WTC-gebouw)
8914 AT Leeuwarden
T 058 2941814
F 058 2941815
info@deboeregberts.nl
www.dbe.fr