



Quick Scan

Gemeentelijke opdrachtgeverschap voor verduurzaming bouwwerken



Colofon

Auteurs:

Mr. S. Triches (IBR)

Mr. J.J. Karens (IBR)

Prof. mr. E.M. Bruggeman (IBR)

Vormgeving

Chris Koning (VNG)

Inhoudsopgave

Inleiding	4
In het onderzoek te beantwoorden vragen:	5
1 Samenvatting	6
1.1 Welke vorm van opdrachtgever en opdrachtnemerschap is passend bij verduurzaming van particuliere woningen?	6
1.2 Welke uitgangspunten gelden voor gemeenten indien zij als opdrachtgever optreden?	8
1.3 Onder welke voorwaarden zou een dergelijke opdracht moeten worden aanbesteed?	9
1.4 Hoe kan de contractuele vormgeving tussen gemeente, aannemer(s) en eigenaar-bewoners er uit zien?	11
1.5 Conclusies en aandachtspunten	16
Lijst met eventueel nader te onderzoeken punten:	18

Inleiding

Deze opdracht heeft als doel om een eerste verkenning te maken van de juridische uitgangspunten bij de rol van gemeenten als opdrachtgever bij verduurzaming van woningen van eigenaar-bewoners, waaronder het toepassen van spouwmuur-, gevel-, dak-, vloerisolatie of dubbelglas. Deze verduurzaming vindt plaats voor rekening en risico van de gemeente en beoogt eigenaar-bewoners die worden geconfronteerd met zogenaamde energiearmoede verregaand te ontzorgen.

Van energiearmoede is geen algemene definitie voorhanden, maar het gaat enerzijds om het onevenredig aandeel van de energierekening ten opzichte van het besteedbaar inkomen en anderzijds om het niet beschikken over financiële mogelijkheden om zelf energiebesparende maatregelen aan de woning te treffen.

Een voorbeeld van het bestrijden van [energiearmoede](#) is te vinden in de gemeente Zutphen, waar de toegekende specifieke Rijksuitkering van € 630.839,- voor de aanpak van energiearmoede zal worden ingezet voor het verduurzamen van woningen van huishoudens met een inkomen tot 130% van het sociaal minimum, wonend in een eigen koopwoning van vóór bouwjaar 1994.

Omdat woningen in bezit van woningcorporaties of eigenaar-verhuurders te maken hebben met andere verduurzamingsstrategieën en andere, verhuur-specifieke aspecten (zoals het puntenstelsel voor huurprijzen) worden deze in dit verkennende onderzoek buiten beschouwing gelaten.

Voorts gaat het onderzoek uit van de premisse dat eigenaar-bewoners medewerking verlenen aan de benodigde aanpassingen aan hun eigendom.

In het onderzoek te beantwoorden vragen:

- Welke uitgangspunten gelden in algemene zin voor gemeenten indien zij als opdrachtgever optreden?
- Onder welke voorwaarden zou een dergelijke opdracht moeten worden aanbesteed? Welke elementen in de aanbestedingsprocedure kunnen worden toegespitst op het zo doelmatig mogelijk realiseren van een dergelijke specifieke gemeentelijke opdracht?
- Hoe wordt de opdracht tussen de gemeente en (waarschijnlijk een veelheid) aan verschillende aannemers uitgevraagd?
- Welk type overeenkomst is het meest passend bij een dergelijke opdracht en welke betekenis heeft dat voor de eventuele aanbesteding?
- Op welke wijze kan de rechtsverhouding tussen aannemer-eigenaar-bewoner-gemeente contractueel worden vormgegeven, over welke onderwerpen moeten afspraken gemaakt worden tussen deze drie partijen?
- Wat betekent de eventuele aansprakelijkheid van opdrachtgever voor de fouten van de aannemer op grond van art. 6:171 BW bij een dergelijke opdracht?

1 Samenvatting

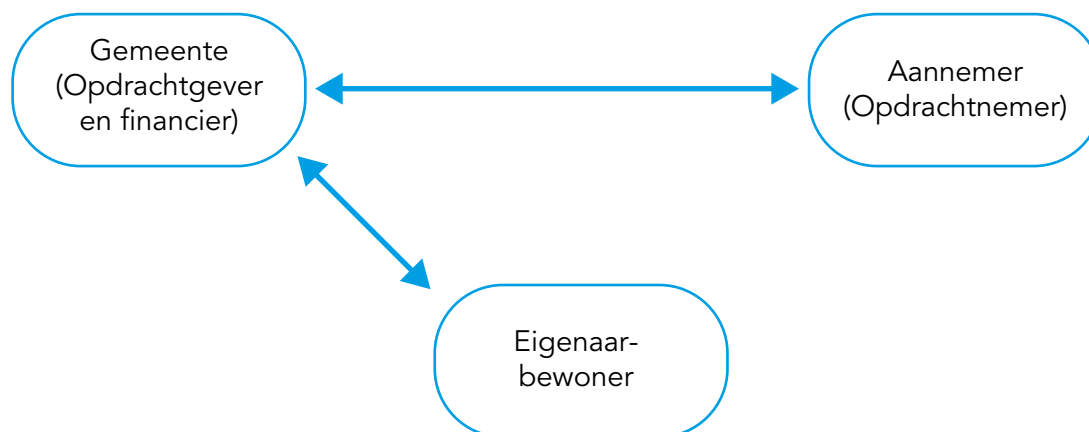
Indien de gemeente optreedt als financier en opdrachtgever voor de verduurzaming van particuliere koopwoningen gelden specifieke uitgangspunten en criteria voor het aanbesteden en contracteren (par. 1.2 en 1.3). Gemeenten besteden een raamovereenkomst aan met een (of meerdere) aannemer(s), waarbij de waarde van de onder de raamovereenkomst te sluiten nadere overeenkomsten bepalend is voor de vraag of Europees- dan wel nationaal moet worden aanbesteed en welke procedure moet worden gevolgd (par. 1.3).

Binnen de raamovereenkomst kunnen nadere overeenkomsten worden gesloten met aannemer(s). De contractuele vormgeving van de nadere overeenkomsten binnen de raamovereenkomst kan in de vorm van een driepartijenovereenkomst tussen de gemeente, aannemer en eigenaar-bewoner, of in de vorm van twee afzonderlijke overeenkomsten (gemeente en aannemer(s) en gemeente en eigenaar-bewoner, zie par. 1.4.2). Binnen de raamovereenkomst en de nadere overeenkomst moeten afspraken worden gemaakt over het type werkzaamheden, de prijs, eventueel bouwkundig vooronderzoek door de aannemer en tevens over de rol van de gemeente bij oplevering en enkele soorten aansprakelijkheid (par. 1.4.1 en 1.4.2). De vraag op welke grondslag de gemeente aansprakelijk kan zijn is echter nader te onderzoeken, omdat de vraag is of de opdracht tot woningverduurzaming onderdeel is van de gemeentelijke publieke taak (zie par. 1.4.4). Met de eigenaar-bewoner moeten tevens afspraken worden gemaakt over de toestemming tot het uitvoeren van werkzaamheden aan diens eigendom, waarbij moet worden bedacht dat de gemeente vergelijkbare waarborgen en bescherming zal willen geven als wanneer de eigenaar-bewoner zelf consument was (zoals risico's van gebreken en schade achteraf). Het verdient daarom aanbeveling om het aansprakelijkheidsregime van art. 7:758 lid 4 BW van toepassing te verklaren in de nadere overeenkomst (zie par. 1.4.4).

1.1 Welke vorm van opdrachtgever en opdrachtnemerschap is passend bij verduurzaming van particuliere woningen?

Uitgangspunt van dit onderzoek is gemeentelijk beleid voor verduurzaming van particuliere koopwoningen waarbij voor de uitvoering daarvan door de gemeente kapitaal beschikbaar is gesteld. Het beleid richt zich op het initiëren en financieren van de voor specifieke categorieën woningen benodigde verduurzamingsmaatregelen als het ware van eigenaar-bewoners over te nemen. In beleidstermen wordt dat soms 'ontzorging' genoemd. Van echt overnemen zal echter geen sprake zijn aangezien de fysieke maatregelen aan het bouwwerk niet door de gemeente zullen worden uitgevoerd maar door derden die daarvoor een opdracht is verstrekt door die gemeente. Gelet daarop zal de vraag op welke wijze gemeenten de verduurzaming van woningen van eigenaar-bewoners kunnen (laten) plaatsvinden, moeten worden beantwoord aan de hand van de verhouding tussen een drietal actoren, te weten de gemeente, de eigenaar-bewoner en de aannemer(s) die de benodigde werkzaamheden zullen uitvoeren.

Dat laat zich als volgt visualiseren:



Binnen deze driehoeksverhouding zal de gemeente overgaan tot de uitvraag van een opdracht of meerdere opdrachten. De werkzaamheden in het kader van de opdracht omvatten aanpassingen aan de woning die vallen onder de noemer verbouwwerkzaamheden.¹

Bovenstaand model moet nadrukkelijk worden onderscheiden van de variant waarin de gemeente via een platform woningverduurzaming initieert. In die variant worden vooraf geselecteerde aannemers en woningeigenaren aan elkaar gekoppeld en sluiten woningeigenaren op eigen initiatief, eventueel met subsidie, een contract met een van de aannemers. Daarbij is wezenlijk anders dat de gemeente geen opdrachtgever is voor woningverduurzaming bij eigenaar-bewoners, maar dat de eigenaar zelf als opdrachtgever kwalificeert.

De opdracht kan mogelijk reeds gedeeltelijk worden gespecificeerd aan de hand van het gemeentelijk beleid voor de verduurzaming van particuliere koopwoningen (bv. welk type woningen, maximaal inkomensniveau eigenaar-bewoner², maximumprijs verduurzaming per woning, type maatregelen etc.). Tegelijkertijd zijn daarbij varianten denkbaar, zoals één opdracht per soort verduurzamingsmaatregel (bv. overal spouwmuurisolatie) of de gehele verduurzaming van één type woning (bv. alle vrijstaande jaren ' 30 woningen). De opdracht zou in beide gevallen een tamelijk uniform karakter kunnen hebben aangezien het gaat om nader gespecificeerde maatregelen aan bouwwerken ter verbetering van de energie-prestaties die overal op dezelfde manier worden toegepast en waarbij de schaalgrootte mogelijke kostenefficiënte voordelen heeft. Hoewel bij de verduurzaming van koopwoningen van eigenaar-bewoners afhankelijk van de exacte specificatie van de opdracht sprake is van hetzelfde type werkzaamheden (bv. overal dubbel glas of spouwmuurisolatie toepassen), kan vanwege de verschillen tussen de verschillende types woningen wel maatwerk noodzakelijk zijn. Het is van belang dat de wijze waarop de aannemer dat maatwerk levert vooraf voldoende concreet in de opdracht is gespecificeerd, in het bijzonder ten aanzien van de prijs.

Er wordt vanuit gegaan dat de gemeente niet met één, maar met meerdere aannemers een raamovereenkomst sluit. Daarmee kan beter worden ingesprongen op de fasering (niet alle woningen

1 Dit betekent tevens dat de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) de eerste zes maanden na inwerkingtreding van de Wkb niet van toepassing is op de werkzaamheden die in dit onderzoek worden beschreven. Zie de Brief van de Minister van VRO aan de Eerste Kamer, d.d. 14 november 2022, kenmerk 2022-0000546020. Dit geldt niet voor het privaatrechtelijke deel van de Wkb, waarmee o.a. een nieuw lid 4 aan art. 7:758 BW wordt toegevoegd (zie hierna par. 1.4.4).

2 Dit onderzoek gaat niet uit van de aanname dat door de gemeente te besteden gelden genormeerd worden door een subsidieregeling op nationaal niveau. Nader onderzoek is nodig naar de verhouding tussen gelden uit het Nationaal Isolatieprogramma en de vraag of een gemeentelijke subsidieregeling daarvoor een nadere inkomensgrens mag bevatten, dan wel dat in een aanbesteding deze eis mag worden gesteld. In welke mate is de nationale grondslag voor subsidieverlening uitputtend geformuleerd? In feite heeft dat ook te maken met de vraag of de woninverduurzaming als energie- of als sociaal beleid kwalificeert, aangezien in dat laatste geval inkomenscriteria wel vaker worden gebruikt.

worden gelijktijdig verduurzaamd) en beschikbare capaciteit voor de verduurzaming van woningen (meerdere aannemende partijen hebben gezamenlijk meer capaciteit om de opdracht uit te voeren, waarbij zowel de beschikbaarheid kan worden benut van MKB, als van grotere bedrijven om de opdracht uit te voeren). De voorwaarden daarvoor dienen reeds bij de aanbesteding vast te staan.

Het kan zijn dat voorafgaand aan de werkzaamheden nader onderzoek noodzakelijk is, bijvoorbeeld naar de staat van de woningen of de constructieve geschiktheid van bouwdelen in verband met de te nemen maatregelen. In het vervolg van dit onderzoek wordt er vanuit gegaan dat kleinschalig onderzoek door de aannemer zelf, onderdeel is van de noodzakelijke voorbereidingshandelingen voor aanneming van werk en onderdeel uitmaakt van de gemeentelijke opdracht tot woningverduurzaming aan een aannemer of meerdere aannemers. Voor zover een grootschaliger onderzoek wordt gedaan naar de mogelijkheden voor verduurzaming van het huis (zoals energiebesparingsonderzoek) – en waarvoor ook gespecialiseerde bureaus nodig zijn – geldt dat hiervoor mogelijk een afzonderlijke opdracht noodzakelijk zal zijn. Dat geldt ook voor aanvullend onderzoek naar de aanwezigheid van op grond van de Wet natuurbescherming (Wnb) beschermde diersoorten zoals vleermuizen. Vermoedelijk zullen dergelijke afzonderlijke opdrachten onder de aanbestedingsdrempels voor diensten vallen (zie par. 1.2). Gemeenten moeten zich echter in het vormgeven van hun verduurzamingsbeleid goed rekenschap geven van de mogelijke extra werkzaamheden die noodzakelijk zijn in het kader van hun ambities met betrekking tot de verduurzaming van particuliere woningen.

Omdat dit onderzoek er vanuit gaat dat de eigenaar-bewoner toestemming moet geven om de benodigde maatregelen aan zijn woning te laten realiseren, zal een privaatrechtelijke overeenkomst tussen eigenaar-bewoner en de gemeente noodzakelijk zijn voor zover het gaat om de toestemming om deze maatregelen te doen realiseren. (zie par. 1.4.4). Daarnaast zal een overeenkomst tussen gemeente en aannemer(s) noodzakelijk zijn ten aanzien van de uitvoering van de verduurzamingswerkzaamheden. Op dit onderwerp wordt ingegaan in par. 1.4.3 en 1.4.4.

Voordat deze onderwerpen worden besproken, wordt eerst ingegaan op de positie van de gemeente als opdrachtgever (par. 1.2). De vraag of en onder welke voorwaarden de hier beschreven verduurzamingsopdrachten aanbesteed moeten worden (par. 1.3).

1.2 Welke uitgangspunten gelden voor gemeenten indien zij als opdrachtgever optreden?

Gemeenten zijn op allerlei manieren opdrachtgever. Te denken valt bijvoorbeeld aan het onderhoud en herstel van civiele bouwwerken zoals bruggen en het verduurzamen van eigen vastgoedobjecten op grond van meerjarenonderhoudsplannen (MJOP). Er is bijvoorbeeld sprake van gemeentelijk opdrachtgeverschap voor zover de gemeente overgaat tot inkoop van isolatiemateriaal of dubbel glas, of een aannemer zoekt om deze te installeren in woningen die op basis van vooraf op grond van beleid gespecificeerde uitgangspunten zijn geselecteerd. Een aandachtspunt is wel dat – anders dan in de hiervoor genoemde voorbeelden van opdrachtgeverschap – bij woningverduurzaming de gemeente als opdrachtgever fungeert voor wijzigingen aan eigendommen van derden. Dat heeft betekenis voor bijvoorbeeld het toezicht op en de oplevering van de verduurzamingswerkzaamheden, waarop in par. 1.4.4 nader zal worden ingegaan.

De gemeente bepaalt als opdrachtgever met behulp van aanbestedings- of inkoopbeleid de kaders voor de opdracht alvorens over te gaan tot een uitvraag. Daarbij moet allereerst worden beoordeeld of moet worden aanbesteed.³ Aanbesteding speelt zich af in en structureert de precontractuele fase. De volgende vragen dienen beantwoord te worden: is sprake van een overheidsopdracht die boven de aanbestedingsdrempel uitkomt (zie par. 1.3.1) en zo ja, op welke wijze moet de

3 Aanbesteden houdt - kort samengevat - in dat de opdrachtgever met inachtneming van de toepasselijke regels (een aantal) marktpartijen uitnodigt een offerte uit te brengen en, indien de opdrachtgever tot verstrekken van een opdracht over wil gaan, de opdracht verstrekt aan de opdrachtnemer die op basis van alle eisen en wensen van de opdrachtgever de meest passende aanbieding heeft gedaan. J.C. Verlinden-Bijlsma & S.C. Brackmann, 'Aanbestedingsrecht', in: M.A.B. Chao-Duivis & A.G. Bregman, *Bouwrecht in kort bestek*, 9e druk, Den Haag: IBR 2016, p. 40.

opdracht worden aanbesteed (par. 1.3.2). Deze uitgangspunten verschillen in beginsel niet ten aanzien van de situatie dat gemeenten binnen regionaal verband gezamenlijk overgaan tot aanbesteding, zij het dat in dat geval wel de vraag speelt of dit regionaal verband zondermeer kwalificeert als aanbestedende dienst.

1.3 Onder welke voorwaarden zou een dergelijke opdracht moeten worden aanbesteed?

1.3.1 Is sprake van een overheidsopdracht boven de drempelwaarde?

Een opdracht dient te worden aanbesteed, wanneer de aanbesteder moet worden aangemerkt als aanbestedende dienst (art. 2 lid 1 sub 1 RO, art. 1.1 Aw). Het staat buiten kijf dat een gemeente als opdrachtgever een aanbestedende dienst is in de zin van de Aanbestedingswet, aangezien de gemeente als zodanig wordt aangewezen in art. 1.1. Aanbestedingswet (Aw).

Vervolgens moet worden beoordeeld of sprake is van een overheidsopdracht en of deze de zogenaamde drempelwaarde overschrijdt.

Een 'overheidsopdracht' is in art. 1.1 Aw gedefinieerd als 'een overheidsopdracht voor werken, een overheidsopdracht voor leveringen, een overheidsopdracht voor diensten of een raamovereenkomst'. Het begrip 'werk' is in art. 1.1 Aw gedefinieerd als 'het product van het geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen'.

De genoemde verduurzamingsmaatregelen kunnen onder die definitie vallen vanwege de bouwkundige kenmerken van het project, zoals isolatie, het vervangen van kozijnen of glaswerk. De verduurzamingswerkzaamheden vallen onder de definitie van 'werken'. Werken zijn alle bouwkundige en civieltechnische werken, maar ook onderhoudswerkzaamheden die verder gaan dan het enkel in stand houden van het werk en verbouwingswerkzaamheden. In bijlage II van de Richtlijn 2014/24/EU staat een limitatieve lijst van werkzaamheden die onder Werken vallen.⁴

Vervolgens moet worden beoordeeld of de waarde van de opdrachten boven de zogenaamde Europese aanbestedingsdrempel uitkomt, om te bepalen of moet worden aanbesteed. Die drempel is in Verordening 2021/1952 van de Europese Commissie voor werken voor de jaren 2022-2023 op 5.382.000,- euro (exclusief btw) gesteld. De term Europees aanbesteden heeft in deze context vooral betekenis voor de procedure waarbij art. 2.25 Aw voorschrijft dat in beginsel via een Europese openbare of niet-openbare procedure moet worden aanbesteed. Zie over de procedure hierna.

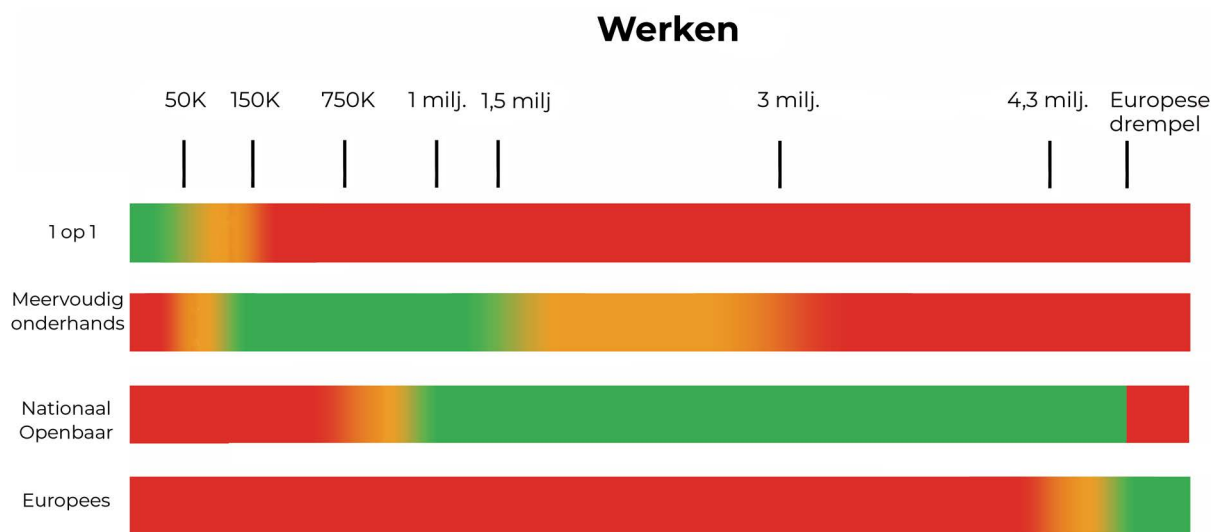
De waarde van de opdracht om particuliere woningen te verduurzamen hangt af van het totale budget dat de gemeente beschikbaar heeft gesteld. Het is mogelijk dat het totale budget boven het drempelbedrag komt, maar het kan ook zijn dat de waarde van de opdracht lager is dan deze drempel zodat niet Europees hoeft te worden aanbesteed. In dat geval kan de verplichting bestaan om nationaal openbaar aan te besteden. Daarvan is sprake indien de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft maar de waarde wel onder de Europese drempelwaarde valt. Voor de vraag of de exacte waarde van de opdracht nationaal openbaar moet worden aanbesteed zijn drempels uit de inkoopvoorwaarden van de gemeente zelf relevant.

Bij aanbestedingen waarbij de totale waarde onder de Europese drempelwaarden komt is de gemeente (ook) gebonden aan het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) en de Gids Proportionaliteit (art. 10 en 11 Aanbestedingsbesluit). De ARW en de Gids Proportionaliteit (GP) zijn er ook voor het aanbesteden van opdrachten van werken onder de Europese drempelbedragen. Het ARW 2016 bevat algemene regels en vermeldt welke procedure er moet of kan worden toegepast. De GP geeft uiting aan het proportionaliteitsbeginsel dat aanbestedende diensten in acht

4 Bijlage II van Richtlijn 2014/24/EU vermeldt o.a. 'Algemene bouwkundige en civieltechnische werken. Deze klasse omvat: de bouw van alle soorten gebouwen; de uitvoering van civieltechnische werken; [...] Isolatie. Deze klasse omvat: het aanbrengen in gebouwen en andere bouwwerken van isolatiemateriaal (warmte, geluid, trillingen). [...] Afwerking van gebouwen.'

moeten nemen. Op grond van dat beginsel moeten de eisen en voorwaarden die in de aanbesteding worden gehanteerd in een redelijke verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht. De GP schrijft bijvoorbeeld in bepaalde gevallen voor welke procedure moet worden gebruikt. Zowel de ARW en de GP gaan uit van het principe 'pas toe of leg uit'; men moet in beginsel voldoen aan de eisen die in beide stukken zijn opgenomen maar er kan gemotiveerd van worden afgeweken.

Veel gemeenten leiden de drempelwaarden in hun gemeentelijke inkoop- en aanbestedingsbeleid af van de GP. In de GP zijn voor werken, diensten en leveringen schema's opgenomen waaruit (een indicatie voor) de drempelwaarden zijn weergegeven. Omdat het bij de verduurzamingsopgave die hier aan de orde is gaat om werken, wordt hieronder uitsluitend het schema voor werken weergegeven (waarbij het oranje gebied staat voor een verzwaarde motiveringsplicht):



1.3.2 Procedures

Voor zover sprake is van een opdracht waarvan de waarde boven de Europese drempelwaarde komt moet in beginsel Europees openbaar worden aanbesteed. De uitgangspunten voor de Europese openbare procedure zijn beschreven in Afdeling 1.2.2. Aw. De procedure kent één ronde, waarin alle inschrijvers (aanbieders die inschrijven met een offerte) direct een offerte kunnen indienen, en waarbij daarna door de aanbestedende dienst wordt beoordeeld of aan de selectiecriteria wordt voldaan, alsmede of geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Vervolgens wordt de opdracht op basis van beste prijs-kwaliteitsverhouding, de laagste prijs, of op laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit gegund.

Voor zover de totale waarde van de opdracht onder de Europese drempel valt, kan sprake zijn van een verplichting op nationaal openbaar of meervoudig onderhands aan te besteden. Daarvoor gelden de vereisten van Afdeling 1.2.3 Aw, zoals dat de aanbestedende dienst op objectieve gronden moet kiezen welke aanbestedingsprocedure zij toepast en aan welke voorwaarden (potentiële) inschrijvers moeten voldoen om te worden toegelaten tot de procedure. De ARW geeft de aanbestedende dienst de keuze tussen verschillende procedures.⁵

⁵ De nationale openbare procedure start met een kennisgeving van de opdracht op Tendermed. Bij de beoordeling van de inschrijvingen vindt dan een beoordeling plaats van zowel de geschiktheid van de inschrijver als van de aanbidding; er is geen sprake van voorselectie. De nationale niet-openbare procedure wordt ook aangekondigd maar slechts een beperkt aantal marktpartijen wordt in de gelegenheid gesteld om daadwerkelijk een aanbidding te doen. Dit wordt bereikt door de procedure te verdelen in een tweetal fasen: de selectiefase en de gunningsfase. Bij onderhandse procedure wordt niets aangekondigd, maar nodigt de aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria een aantal (minimaal 3 en maximaal 5) gegadigden uit om een offerte in te dienen (de meervoudige onderhandse procedure) of slechts één gegadigde om één offerte in te dienen (de enkelvoudige onderhandse procedure). Daarbij moet worden gemotiveerd waarom specifiek deze onderneming(en) worden uitgenodigd om een offerte uit te brengen.

Voor de opdracht in het kader van verduurzaming van particuliere koopwoningen zoals hiervoor beschreven lijkt – voor zover niet de Europese openbare procedure verplicht moet worden toegepast – ofwel de nationale openbare ofwel de meervoudig onderhandse procedure geschikt. Uitgaande van het in de inleiding genoemde bedrag dat gemeenten (al dan niet via de bijdrage die zij vanuit het Rijk ontvangen ter bestrijding van energiearmoede) beschikbaar hebben gesteld voor de verduurzaming van particuliere koopwoningen, ligt de meervoudig onderhandse procedure voor die gemeente in dit geval voor de hand.

Het is bij een keuze voor een dergelijke procedure belangrijk dat de gemeente ermee op de hoogte is welke bedrijven voldoende geëquipeerd zijn om de beoogde verduurzamingswerkzaamheden uit te voeren, teneinde te voorkomen dat ook bedrijven inschrijven die objectief gezien niet in staat zijn om de opdracht uit te voeren. Ongeacht of een onderhandse dan wel openbare procedure wordt gevolgd, is het noodzakelijk dat de gemeente beschikt over expertise om de gewenste specificaties van de opdracht voor de deelnemers aan de procedure adequaat te specificeren.

1.4 Hoe kan de contractuele vormgeving tussen gemeente, aannemer(s) en eigenaar-bewoners er uit zien?

De contractuele verhoudingen tussen gemeente, aannemer(s) en eigenaar-bewoners kunnen op verschillende manieren worden vormgegeven. Aangenomen wordt dat het voor de gemeenten (in het kader van besparingen in tijd en geld) aantrekkelijk is in één keer voor alle in haar gemeente te verduurzamen huizen de (potentiële) aannemers te selecteren en onder dezelfde voorwaarden. Binnen de raamovereenkomsten kunnen vervolgens nadere overeenkomsten worden gesloten m.b.t. de specifiek te verduurzamen woningen. Deze nadere overeenkomsten kunnen op twee manieren worden vormgegeven, waarover hierna meer.

Eerst wordt ingegaan op het sluiten van de raamovereenkomsten (par. 1.4.1), daarna op de vormgeving van de nadere overeenkomsten (1.4.2). Tot slot volgen de onderwerpen waarover in de overeenkomsten afspraken dienen te worden gemaakt (1.4.3).

1.4.1 Raamovereenkomsten met verschillende aannemers

Gelet op het feit dat de verduurzaming van particuliere koopwoningen een in de tijd voortdurend karakter zal hebben, en er steeds weer nieuwe woningen verduurzaamd zullen worden die onder de door gemeente geformuleerde voorwaarden vallen, is het denkbaar dat deze privaatrechtelijke overeenkomst tussen de gemeente als opdrachtgever en een aannemer als opdrachtnemer bestaat uit een raamovereenkomst waarbinnen steeds nadere overeenkomsten ten aanzien van te verduurzamen woningen worden gesloten.⁶

Een raamovereenkomst wordt als zodanig niet in het Burgerlijk Wetboek (BW) gespecificeerd maar is een privaatrechtelijke overeenkomst met als doel het plaatsen van een stroom van toekomstige opdrachten (in dit geval de verduurzaming van individuele woningen of clusters van woningen). De Aanbestedingswet definieert de raamovereenkomst als:

‘een schriftelijke overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen overheidsopdrachten of speciale-sectoropdrachten vast te leggen’ (art. 1.1 Aw)

De raamovereenkomst bevat afspraken over de looptijd en over bijvoorbeeld de prijs en het

⁶ M.J.J.M. Essers en C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Deventer: Vakmedianet 2017, p. 115.

kwaliteitsniveau van deze toekomstige (nadere) opdrachten.⁷ Dat heeft als voordeel dat belangrijke afspraken over de opdracht al in een vroeg stadium worden gemaakt. Een raamovereenkomst kan zowel met één als met meerdere partijen worden gesloten. Het kenmerkende van een raamovereenkomst is dat zij geen afnamegarantie kent. De opdrachtgever kan zich dus het recht voorbehouden geen opdrachten onder de raamovereenkomst te verstrekken. Het omgekeerde lijkt echter ook denkbaar, namelijk dat de opdrachtnemer gedurende de looptijd van de raamovereenkomst aan geeft geen nadere opdrachten meer aan te nemen.⁸

Hiervoor werd reeds in algemene zin de reikwijdte van het aanbestedingsrecht geschetst met betrekking tot de gemeentelijke opdracht voor woningverduurzaming. Het aanbestedingsrecht is (zoals gezegd) ook van toepassing, indien er sprake is van een raamovereenkomst. Het begrip raamovereenkomst onderscheidt zich van het begrip overheidsopdracht. Anders dan bij een overheidsopdracht is er namelijk geen sprake van een tegenprestatie van de aanbesteder. Die komt pas aan de orde in het kader van de nadere overeenkomst(en) binnen de raamovereenkomst.⁹

Na het aanbesteden en sluiten van de raamovereenkomst kunnen de nadere overeenkomsten via een eenvoudig(er) offerte- en gunningstraject worden vergeven. De waarde van de nadere overeenkomst die binnen de raamovereenkomst worden gesloten zijn wel van belang voor het beantwoorden van de vraag of de drempel wordt overschreden. In een raamovereenkomst moet vooraf worden gespecificeerd tot welke maximumbedrag nadere opdrachten kunnen worden gegund (in dit geval dus alle individuele woningen of clusters van woningen).¹⁰ Er moet derhalve een plafond worden opgenomen in de raamovereenkomst met betrekking tot de te behalen omzet.¹¹ Voor de drempelwaarde dient uit te worden gegaan van de geraamde maximale waarde, exclusief btw, van alle voor de totale duur van de overeenkomst voorgenomen opdrachten voor de relevante contractproducten (art. 2.15 lid 3 Aw).¹² De raamovereenkomst mag maximaal vier jaar duren (art. 2.140 lid 3 Aw en art. 10.2.3 ARW 2016), tenzij er sprake is van een uitzonderingsgeval dat deugdelijk gemotiveerd is op grond van het voorwerp van de raamovereenkomst.¹³ Een raamovereenkomst voor onbepaalde tijd is niet toegestaan.¹⁴ Wel mag de looptijd van de nadere overeenkomst (dus de concrete opdracht tot verduurzaming van de woning) doorlopen nadat de looptijd van de raamovereenkomst is afgelopen.

Bij het aanbesteden van raamovereenkomsten gelden nadere aandachtspunten. De aanbesteder moet in de aankondiging bekendmaken op welke wijze de werkzaamheden over de ondernemers zullen worden verdeeld.¹⁵ Specifiek moet de aanbesteder in de aankondiging bekendmaken (zie Voorschrift 3.3 B GP): 1) wat de activiteiten zijn waarvoor prijzen worden verlangd in de inschrijving, 2) welk tijdsbestek geldt voor de werkzaamheden die moeten worden uitgevoerd en 3) op welke wijze deze werkzaamheden over de ondernemers zullen worden verdeeld. De werkverdeling over meer ondernemers moet transparant zijn (p. 26 GP). Onderdeel van de aanbestedingsstukken is de concept-raamovereenkomst. Deze mag niet wezenlijk worden gewijzigd bij verlening van individuele opdrachten (art. 2.140 lid 2 Aw, art. 10.2.2 ARW 2016).

7 Wat betreft de prijs geldt het volgende. In de raamovereenkomst wordt informatie over de prijs opgenomen, om te komen tot prijsvorming. Prijzen die gelden voor o.a. arbeid en materiaal worden genoemd. Het is belangrijk om al in de raamovereenkomst hier stil bij te staan, om te voorkomen dat de prijzen uiteindelijk onredelijk hoog worden gefactureerd. Dit kan bijvoorbeeld worden geregeld in een risicoverdeling voor prijsstijgingen die nader specificeert welk deel van prijsstijgingen voor rekening van de gemeente, dan wel van de aannemer komt. In de nadere overeenkomst wordt opgenomen wat de specifiek de prijs zal zijn voor het uitvoering van de werkzaamheden die nodig zijn bij bepaalde woningen, aan de hand van de regeling die al in de raamovereenkomst is overeengekomen. Zo komt uiteindelijk de prijsvaststelling tot stand.

8 Een raamovereenkomst is namelijk ook tussendoor te beëindigen. Dat is enkel anders indien tijdens de uitvoering van een nadere overeenkomst een opdrachtnemer de overeenkomst wenst te beëindigen. In dat geval zal schade aan de zijde van de opdrachtgever ontstaan.

9 Zie Essers 2017, p. 424.

10 HvJEU 19-12-2018, C-216/17, ECLI:EU:C:2018:1034, TBR 2019/70.

11 HvJEU 19-12-2018, C-216/17, ECLI:EU:C:2018:1034, TBR 2019/70, m. nt. Bax.

12 Essers en Lombert 2017, p. 424.

13 Essers en Lombert 2017, p. 424.

14 Essers en Lombert 2017, p. 424-425.

15 Zie voor de informatie uit deze alinea Essers en Lombert 2017, p. 425-426.

Voor de inhoud van de raamovereenkomst geldt het proportionaliteitsbeginsel.¹⁶ Praktisch betekent dit dat ondernemers bijvoorbeeld niet mogen worden verplicht personeel beschikbaar te houden voor de opdrachtgever zonder dat daar vergoeding tegenover staat (zie ook Voorschrift 3.3A GP). Dit kan ook een indirecte verplichting zijn, wanneer er bijvoorbeeld een leverplicht is die dermate kort op de gunning van de nadere opdrachtgever volgt, dat de facto het personeel beschikbaar moet worden gehouden.

1.4.2. Nadere overeenkomsten

Individuele opdrachten kunnen zonder voorafgaande bekendmaking worden gegund door toepassing van de in de raamovereenkomsten bepaalde voorwaarden, wanneer met meerdere partijen de raamovereenkomst is gesloten. Voor de verdeling van de opdrachten bestaan diverse mogelijkheden (art. 2.143 Aw). Voor de gemeenten lijkt het 't efficiëntst om de raamovereenkomst alle voorwaarden te laten bevatten voor uitvoering van de opdracht en objectieve voorwaarden ter bepaling van ondernemers die deze als partij bij de raamovereenkomst zullen uitvoeren. In dat geval hoeven de opdrachten namelijk niet voor mededinging te worden opengesteld (art. 2.143 sub a Aw, art. 10.4.1 sub a ARW 2016). Er dient een proportionele verdeling te zijn vastgesteld van individuele opdrachten of een verdeling volgens een andere objectieve methode in de aanbestedingsstukken voor de raamovereenkomst.

Wellicht is het niet mogelijk om in de raamovereenkomst alle voorwaarden op te nemen over uitvoering van de opdracht en over de ondernemers die de raamovereenkomst uitvoeren. In dat geval moet de aanbestedende dienst aan de bij de raamovereenkomst gecontracteerde ondernemers vragen om een (nadere) inschrijving in te dienen voordat zij nadere opdrachten kunnen (mini-competitie).

Hiervoor gelden de volgende stappen, alvorens tot gunning van een overheidsopdracht kan worden overgegaan (art. 2.47 lid 2 Aw):

- De aanbestedende dienst doet een aankondiging aan de betrokken ondernemers.¹⁷ Daarin wordt hen gevraagd een inschrijving in te dienen. Art. 2.143 lid 3 Aw (10.4.4 ARW 2016) bevat enkele voorschriften voor deze aankondiging. De partijen moeten voldoende tijd krijgen om in te schrijven, aangezien de wetgever daar geen nadere regels voor heeft gegeven.
- De aanbestedende dienst beoordeelt de inschrijvingen. Dat gebeurt volgens de in de raamovereenkomst/aanbestedingsstukken vastgestelde gunningscriteria. Dit zijn geen voorwaarden die al in de raamovereenkomst zijn overeengekomen. Het gaat nu om bijvoorbeeld planning, aflevermoment, prijs en cv's van personen die de opdracht gaan uitvoeren.
- De aanbestedende dienst sluit de overeenkomst. Dat gebeurt aan de hand van de vastgestelde gunningscriteria. De inschrijvers worden gelijktijdig en schriftelijk over het gunningsbesluit geïnformeerd (art. 10.11.1 ARW 2016). Bij gunning worden vermeld de relevante redenen voor de gunningsbeslissing. Denk daarbij aan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving en de naam van de begunstigde.

De overheidsopdrachten die op basis van een raamovereenkomst worden gegund, kunnen uitsluitend worden gegund aan de ondernemers die oorspronkelijk bij de raamovereenkomst partij zijn (art. 2.140 lid 1 Aw). De nadere opdrachten kunnen tot op de laatste dag van de looptijd van de raamovereenkomst worden gegund.

De contractuele vormgeving van de nadere overeenkomsten binnen de raamovereenkomst kan in de vorm van een driepartijenovereenkomst tussen de gemeente, aannemer en eigenaar-bewoner (scenario 1). De vormgeving is echter ook mogelijk in twee aparte overeenkomsten, namelijk één met de desbetreffende aannemer en één aparte overeenkomst met de desbetreffende eigenaar-bewoner (scenario 2).

¹⁶ Essers en Lombert 2017, p. 426.

¹⁷ Essers en Lombert 2017, p. 427 en [Pianoo: Raamovereenkomsten](#).

Scenario 1: driepartijenovereenkomst gemeente-aannemer(s)-eigenaar-bewoner

De driepartijenovereenkomst wordt aangegaan door gemeente, aannemer én eigenaar-bewoner.¹⁸ De driepartijenovereenkomst komt tot stand doordat alle drie de partijen instemmen met de overeenkomst en zij deze instemming aan beide andere partijen richten.¹⁹ In de driepartijenovereenkomst worden de verplichtingen opgenomen die de drie partijen op zich nemen ter uitvoering van de verduurzamingswerkzaamheden. Zie par. 1.4.2-1.4.4 over de mogelijke inhoud van de overeenkomst.

Scenario 2: twee aparte overeenkomsten, één met aannemer en één met eigenaar-bewoner

De werkzaamheden ter verduurzaming kunnen ook met twee aparte overeenkomsten worden vormgegeven. De gemeente sluit dan één overeenkomst met de aannemer en één overeenkomst met de eigenaar-bewoner. In de overeenkomst met de aannemer worden de verplichtingen opgenomen die gelden tussen gemeente en aannemer. In de overeenkomst met de eigenaar-bewoner worden de verplichtingen opgenomen die gelden tussen gemeente en eigenaar-bewoner.

1.4.3. Wat moet er geregeld worden in de nadere overeenkomst met de aannemers en eigenaar-bewoners?

In de nadere overeenkomst met de aannemer kan worden opgenomen dat de maatregelen voor rekening van de gemeente als opdrachtgever worden uitgevoerd. Tevens zal deze overeenkomst bepalingen moeten bevatten omtrent aansprakelijkheid na oplevering.

Met de aannemer moet de gemeente verder in de nadere overeenkomst de volgende onderwerpen regelen.

- De aannemer verplicht zich ertoe om de werkzaamheden ter verduurzaming uit te voeren, zoals die zijn beschreven in de nadere overeenkomst en op basis van de eerder in de raamovereenkomst gemaakte afspraken, bijvoorbeeld over de prijs voor bepaalde werkzaamheden of materialen en de kwaliteit.²⁰ Ook zullen [bepalingen](#) moeten worden opgenomen betreffende de planning van de aannemer, het aflevermoment, de prijs en de ervaring van de aannemer met verduurzamingswerkzaamheden. De gemeente verplicht zich tot betaling van de aannemer voor de werkzaamheden. In het kader van het vaststellen van de prijs is het belangrijk dat vooraf in de raamovereenkomst de prijsvorming wordt geregeld.
- De eigenaar-bewoner zal moeten dulden dat de aannemer de werkzaamheden ter verduurzaming in zijn woning uitvoert, en zal concreet moeten worden bepaald dat de eigenaar de energiebesparende voorzieningen ook in stand moet houden en niet aan derden mag vervreemden. Ook zal er overleg moeten plaatsvinden over de wijze waarop de uitvoering plaatsvindt, het tijdstip en de duur van de werkzaamheden. Ook is belangrijk op te nemen hoeveel inspraak de eigenaar-bewoner heeft in de uitvoering van de werkzaamheden. Verder zal met de eigenaar-bewoner moeten worden vastgelegd hoe wordt omgegaan met de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering, waaronder ook art. 6:171 BW, waarover de volgende paragraaf gaat.

1.4.4 Wat moet er worden geregeld in de nadere overeenkomst, specifiek wat betreft aansprakelijkheid?

Art. 6:171 BW ziet op een aansprakelijkheid die mogelijk voor gemeenten relevant is in de verhouding met de aannemer. Dit wetsartikel ziet op aansprakelijkheid voor fouten die een niet-ondergeschikte (in dit geval: de aannemer) maakt bij de uitvoering van werkzaamheden. Een derde (in dit

¹⁸ De meer algemene naam van dit soort overeenkomsten (met een aantal partijen dat kan verschillen) is de meerpartijenovereenkomst.

¹⁹ T.F.E Tjong Tjin Tai, *Meerpartijenovereenkomst en samenhangende overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 40.

²⁰ Zoals hiervoor reeds werd opgemerkt in voetnoot 7: Wat betreft de prijs geldt het volgende. In de raamovereenkomst wordt informatie over de prijs opgenomen, om te komen tot prijsvorming. Prijzen die gelden voor o.a. arbeid en materiaal worden genoemd. Het is belangrijk om al in de raamovereenkomst hier stil bij te staan, om te voorkomen dat de prijzen uiteindelijk onredelijk hoog worden gefactureerd. Dit kan bijvoorbeeld worden geregeld in een risicoverdeling voor prijsstijgingen die nader specificeert welk deel van prijsstijgingen voor rekening van de gemeente, dan wel van de aannemer komt. In de nadere overeenkomst wordt opgenomen wat de specifiek de prijs zal zijn voor het uitvoeren van de werkzaamheden die nodig zijn bij bepaalde woningen, aan de hand van de regeling die al in de raamovereenkomst is overeengekomen. Zo komt uiteindelijk de prijsvaststelling tot stand.

geval: de eigenaar-bewoner) is degene die schade lijdt ten gevolge van de fout en daarvoor degene kan aanspreken voor wiens bedrijf de werkzaamheden worden uitgevoerd (in dit geval: de gemeente). Vereisten voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:171 BW zijn:

- Niet-ondergeschiktheid: de fout moet zijn begaan door een zelfstandig opdrachtnemer zonder gezagsverhouding met degene voor wie hij werkzaamheden uitvoert. Daarom is het van toepassing op aanneming van werk. Dit lijkt ook het geval te zijn bij de aannemer die werkzaamheden voor een gemeente uitvoert.
- Functioneel verband: de fout is begaan bij uitbestede werkzaamheden ter uitoefening van het bedrijf van opdrachtgever. Hier lijkt aan te zijn voldaan.
- Bedrijf: de onafhankelijk opdrachtnemer verricht bedrijfsmatig werk. Op dit punt wordt hierna verder ingegaan.
- Fout: het is een toerekenbare onrechtmatige daad. De onafhankelijk ondernemer heeft schuld aan zijn gedraging of de gedraging ligt in zijn risicosfeer. Dit kan op dit moment niet worden gezegd, omdat nog niet duidelijk is welke fout zich tijdens de uitvoering voor zal doen.

Het vereiste van het 'bedrijf' verdient nadere bespreking. Hierop geldt namelijk een uitzondering voor de overheid. Het artikel geldt wel voor overheidsbedrijven, maar niet voor opdrachten verleend door de overheid ter uitvoering van de overheidstaak in het algemeen.²¹ Gediscussieerd zou kunnen worden over de vraag of de gemeente de werkzaamheden ter verduurzaming laat uitvoeren als onderdeel van haar overheidstaak. Is het voldoende dat de werkzaamheden onderdeel vormen van gemeentelijk energiebeleid alsmede uit sociaal beleid/armoedebelief om te spreken van een publieke taak of is daarvoor een expliciete wettelijke grondslag nodig?

In rechtspraak worden vorderingen tegen overheden op grond van art. 6:171 BW consequent afgewezen.²² Relevant voor de overeenkomst tussen gemeente en aannemer (en eventueel eigenaar-bewoner) is bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Nederland 2 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3240 (A c.s.-Wetterskip Fryslân). In die casus laat Wetterskip (Waterschap) werkzaamheden (vervanging van een gemaal) uitvoeren door een aannemer. Nadien treden er verzakkingen op bij nabijgelegen woningen. De rechtbank overweegt dat de werkzaamheden niet aan het Waterschap kunnen worden toegerekend op grond van art. 6:171 BW, vanwege de uitzondering die op de overheid van toepassing is.

Een andere soortgelijke rechtspraak is Rechtbank Den Haag 7 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:8780 (Gemeente ondersteuning bij armoedebestrijding). De gemeente besluit in die casus inwoners met een minimuminkomen ondersteuning aan te bieden bij het doen van de aangifte inkomstenbelasting. Daarvoor schakelt de gemeente het externe adviesbureau DBS in. DBS wordt vertegenwoordigd door [A]. De partij die de zaak aanspande viel niet in de categorie die in aanmerking kwam voor de dienstverlening, maar kwam op andere wijze alsnog met DBS in contact en haar vertegenwoordiger [A]. Later benadert [A] de partij die de zaak aanspande en raadt haar aan om haar geld te beleggen. [A] krijgt de beschikking over geld van eiseres, maar voldoet niet meer een verzoek tot terugbetaling. De rechtbank oordeelt dat het beroep op art. 6:161 BW niet slaagt, omdat het niet van toepassing is op overheden, zoals de gemeente.

Nader onderzoek is noodzakelijk voor de vraag of art. 6:171 BW in het geval van de gemeentelijke opdracht voor woningverduurzaming aan aansprakelijkheid in de weg staat, waarbij met name de relatie tot het begrip 'overheidstaak' in relatie tot art. 6:171 BW noodzakelijk is.

Voor zover de gemeente niet aansprakelijk kan worden gehouden op grond van art. 6:171 BW kan aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW aan de orde zijn. (Het hiervoor besproken) Rechtbank Den Haag 7 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:8780 biedt een voorbeeld van een casus waarin art. 6:162 BW-aansprakelijkheid kan spelen. In die uitspraak was het bijvoorbeeld de vraag of de

21 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/199 en Lankhorst, in: *T&C Burgerlijk Wetboek Boek 6 2021*, art. 6:171 BW, aant. 1. Met verwijzing naar Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 729 e.v.

22 GS Onrechtmatige daad, art. 6:171 BW, aant. 1.14.

Gemeente eiseres had moeten waarschuwen voor de praktijken van [A]. Dit was niet het geval, omdat de Gemeente niet wist van het beleggen door eiseres op advies van [A]. In het kader van de verduurzamingsmaatregelen kan art. 6:162 BW bijvoorbeeld een rol spelen als de Gemeente een onbetrouwbare aannemer de werkzaamheden laat uitvoeren die eigenaar-bewoners schade berokkent.

Er is nog een ander aandachtspunt ten aanzien van de aansprakelijkheid.²³ Het uitgangspunt is dat de gemeente de opdracht tot verduurzaming van koopwoningen verstrekt en dus opdrachtgever is voor werkzaamheden aan woningen waarvan zij geen eigenaar is. De gemeente zal willen voorkomen dat eventuele gebreken schade opleveren voor de eigenaar-bewoner. De regeling voor verborgen gebreken (zie art. 7:758 lid 3 BW) gaat er vanuit dat de aannemer ná oplevering ontslagen is van aansprakelijkheid die de opdrachtgever redelijkerwijs had moeten ontdekken. Dit ligt echter anders bij aanneming van bouwwerken, die wordt ingevoerd in het kader van de Wet Kwaliteitsborging voor het Bouwen (Wkb). Dan is de aannemer aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het bouwwerk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen (lid 4 van art. 7:758 BW). Zie de voetnoot voor nadere uitwerking hiervan, maar in deze hoofdtekst wordt volstaan met de conclusie dat lid 4 van toepassing is.²⁴

Met toepasselijkheid van lid 4 zijn er enkele aandachtspunten. Dit is onder andere dat lid 4 dwingend recht is voor consumenten en semi-dwingend recht voor professionele opdrachtgevers. Van dwingend recht kan niet worden afgeweken ten opzichte van de consument. Van semi-dwingend recht kan enkel worden afgeweken, mits de afwijking uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen.²⁵ De gemeente is professioneel opdrachtgever en er kan in theorie dus worden afgeweken van art. 7:758 lid 4 BW. Dit is een aandachtspunt voor de nadere overeenkomst. Aangezien de eigenaar-bewoner consument is, is het onwenselijk om hem in een positie te brengen die ongunstiger is ten opzichte van de situatie waarin hij zelf opdrachtgever was geweest. Het verdient daarom aanbeveling om het aansprakelijkheidsregime van art. 7:758 lid 4 BW van toepassing te verklaren in de nadere overeenkomst.

Ook zal de gemeente als opdrachtgever aanwezig kunnen, of misschien zelfs moeten zijn bij oplevering van de werkzaamheden. Een dergelijke aanwezigheid kan nodig zijn om décharge van de aannemer te bewerkstelligen, om een opleverrapport op te stellen met eventuele gebreken, en om vast te stellen welke gebreken wel of niet zijn ontdekt (in het kader van art. 7:758 lid 4 BW). Ten slotte kan dit ertoe bijdragen dat vergewist wordt dat de verduurzamingsmaatregelen deugdelijk zijn genomen, hetgeen van belang kan zijn in het kader van de publiekrechtelijke verantwoording over de doelmatige besteding van overheidsmiddelen (zie par. 1.7).

1.5 Conclusies en aandachtspunten

In dit onderzoek zijn de juridische uitgangspunten voor een gemeentelijke opdracht voor woningverduurzaming van particuliere eigenaren verkend, in het bijzonder in relatie tot aanbesteding, contracteren en aansprakelijkheden. Gelet op het feit dat voorafgaand aan dit stuk een samenvatting is

23 Hierna wordt uitgegaan van de wetgeving, zoals die geldt ná inwerkingtreding van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen.

24 Doorslaggevend voor toepasselijkheid van lid 4 van art. 7:758 BW is of er sprake is van aanneming van een bouwwerk. Een definitie van bouwwerk is 'elke constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij direct of indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect steun vindt in of op de grond, bedoeld om ter plaatse te functioneren. Deze definitie komt uit het VNG Model Bouwverordening. Zie voor een uitgebreidere uitleg waarom deze definitie leidend is E.M. Bruggeman en J.R. Hoogendoorn, *De wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek als gevolg van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen*, Den Haag: IBR 2022, par. 3.1.2. Ook rechtspraak verduidelijkt wat een bouwwerk is. Deze rechtspraak is gewezen in het kader van invulling van het begrip bouwwerk onder de Woningwet. Waarom die wet relevant is, verwijzen wij wederom naar de uitgebreidere uitleg in Bruggeman en Hoogendoorn 2022, par. 3.1.2. Voorbeelden van zaken die in rechtspraak buiten het begrip bouwwerk vallen, zijn terreinverhardingen (geen driedimensionale constructie) en schilderwerk (geen constructieve werkzaamheid). Kijkend naar de factoren in de hiervoor genoemde definitie en de rechtspraak, is de juiste conclusie dat verduurzamingswerkzaamheden wél een bouwwerk zijn: zij zijn een constructie van enig materiaal, indirect met de grond verbonden op de plaats van bestemming, bedoeld om ter plaatse te functioneren, zijn driedimensionaal en een constructieve werkzaamheid.

25 Zie Bruggeman en Hoogendoorn 2022, par. 6.7.

gegeven, zullen in deze conclusie enkel een aantal (aanvullende) aandachtspunten worden gegeven die voortvloeien uit deze conclusies.

Doelen zijn meetbaar bij actieve betrokkenheid. Grotere rol bij kwetsbare eigenaren. Meer afstand betekent wellicht ook dat doelen minder goed meetbaar en controleerbaar zijn.

De gemeente moet vooraf goed overwegen voor welke aanbestedingsvorm/-procedure wordt gekozen, en welke afspraken er in de raamovereenkomst en nadere overeenkomst worden opgenomen. In een vervolgonderzoek kunnen deze punten nader worden uitgewerkt. Zo kan uitgebreider aan bod komen welke eisen gelden bij aanbesteding van de raamovereenkomst, welke afspraken daarin en welke afspraken specifiek in de nadere overeenkomst worden gemaakt. Aanvullend zullen ook de volgende onderwerpen daarbij aandacht moeten krijgen.

- Aangezien de gemeente bij woningverduurzaming optreedt als opdrachtgever is het van belang dat de gemeente ook voldoende vergewist dat de werkzaamheden worden verricht en dat sprake is van verantwoorde besteding van overheidsmiddelen. Waar de eigenaar-bewoner wellicht sneller akkoord zal gaan met de door de aannemer of aannemers in het kader van de opdracht verrichte werkzaamheden, zal de gemeente in het kader van de doelmatige besteding van overheidsmiddelen op enigerlei wijze zich wensen te vergewissen dat de maatregelen zijn uitgevoerd en dat zij het doel bereiken waarvoor zij zijn bestemd, te weten daadwerkelijk verduurzaming van woningen van particulieren die dat niet zelf kunnen bekostigen. De gemeenteraad of de gemeentelijke rekenkamer zullen immers ook controle uitoefenen over de besteding van de middelen en het resultaat ervan (is de verduurzaming ook daadwerkelijk gerealiseerd?). De gemeente zal mogelijk een deskundige een opdracht tot inspectie bij oplevering moeten geven en mogelijk ook inspecties tijdens de uitvoeringsfase moeten laten uitvoeren.
- Daarnaast is van belang dat het opdrachtgeverschap van de gemeente tot gevolg heeft dat de eigenaar-bewoner niet de consumentenbescherming heeft die wel van toepassing zou zijn indien hijzelf tot verduurzaming zou overgaan en zelf opdrachtgever is. Omdat de gemeente niet zal willen dat de eigenaar-bewoner deze risico's draagt, zal de gemeente een vangnet-functie hebben om eventuele onevenredige gevolgen voor eigenaar-bewoners zoveel mogelijk te beperken of weg te nemen. Te denken valt aan aanvullende schade (al dan niet door verborgen gebreken), faillissement van de aannemer gedurende de uitvoering van de nadere overeenkomst (waardoor werkzaamheden niet worden afgerond) etc.
- Het is tevens mogelijk dat de eigenaar-bewoner aanvankelijk akkoord gaat met de uitvoering van de werkzaamheden, maar niet akkoord is met de wijze waarop deze uiteindelijk zijn uitgevoerd, bijvoorbeeld vanwege bijkomende nadelen zoals ingrijpendere gevolgen voor het woon-geot. De gemeente heeft ook als opdrachtgever van de aannemer, richting de eigenaar-bewoner aan wiens eigendommen werkzaamheden worden verricht, de plicht zorg te dragen voor deugdelijke uitvoering. Naast deze (formele) overeenkomst zal vanuit het oogpunt van zorgvuldigheid, inspraak van de bewoner bij het proces (de te nemen maatregelen, de tijdsperiode waarin deze zullen plaatsvinden, maar ook gedurende de werkzaamheden etc.) wenselijk zijn, en zullen tevens de consequenties met betrekking tot bijvoorbeeld eventuele schade en aansprakelijkheid duidelijk moeten worden gecommuniceerd.

Lijst met eventueel nader te onderzoeken punten:

- Onder welke voorwaarden kan de gemeente in het kader van een verduurzamingsopdracht vallen onder het aansprakelijkheidsregime van art. 6.171 BW, in het bijzonder vanwege de vraag of genoemde opdracht onder het begrip publieke taak valt?
- In hoeverre is de gemeente bij de uitvraag gebonden aan de criteria van het Nationaal Isolatiefonds, in het bijzonder indien de gemeente voor woningverduurzaming inkomenscriteria stelt?
- Welke uitgangspunten gelden indien de gemeente kiest voor de variant van een platform voor woningverduurzaming, namelijk door zelf alleen geschikte aannemers te selecteren en die als het ware voor te stellen aan woningeigenaren die daarna uit eigen beweging een opdracht tot woningverduurzaming kunnen geven? In dat geval lijken voor aanbesteding en aansprakelijkheid voor diensten (vgl. uitspraak Rechtbank Den Haag 7 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:8780) een rol te spelen.
- In welke mate kan de opdracht woningverduurzaming door gemeenten in regionaal verband worden aanbesteed en gecontracteerd?
- Hoe wordt de onderlinge samenwerking geregeld voor het geval dat de gemeente meerdere uitvoerders contracteert?
- Hoe wordt niet alleen gecontroleerd tijdens de oplevering, maar ook gaandeweg de uitvoering van de verduurzamingswerkzaamheden? Dat kan van belang zijn, omdat sommige werkzaamheden ter afronding bijvoorbeeld worden afgedekt in muren.
- Wat kan de toegevoegde waarde zijn van marktconsultatie en hoe past dit binnen het proces, zoals het onderzoek dit vooralsnog beschrijft?
- Hoe kunnen energieprestaties worden verwerkt in de eisen die worden gesteld aan het verduurzamingswerk?

**Vereniging van
Nederlandse Gemeenten**

Nassaulaan 12
2514 JS Den Haag
+31 70 373 83 93

info@vng.nl

juni 2023

[vng.nl](https://www.vng.nl)