



Agentschap NL
Ministerie van Binnenlandse Zaken
en Koninkrijksrelaties

Aanbesteden van collectieve warmte- en koudenetten

De rafelige regels van het spel

Artikel geschreven in samenwerking met:

- *Ing. L.F.J.M. Kleinegris (KleinegrisEnergieAdvies)*
- *Mr. J.M. van den Berg (Höcker Advocaten)*



Introductie

Gemeenten die aan de slag willen met een collectieve energievoorziening voor warmte of koude zien zich met tal van vragen geconfronteerd. Eén ervan is het vraagstuk welke partij gerechtigd is het warmtenet aan te leggen en te exploiteren. Men stuit dan al snel op het mogelijk Europees aanbestedingsplichtige karakter van de opgave. Agentschap NL heeft daarom een deskstudie ontwikkeld waarin alle relevante wet- en regelgeving en jurisprudentie is weergegeven. Naar aanleiding van de deskstudie is een door verschillende experts getoetste handreiking voortgekomen, met daarin enkele praktische voorbeelden.

In dit artikel is alle informatie uit de deskstudie en handreiking op een overzichtelijke wijze weergegeven. Het artikel is onder begeleiding van Agentschap NL geschreven door KleinegrisEnergieAdvies. De juridische invulling is gedaan door Mr. J.M. van den Berg van Höcker Advocaten.

Inleiding

Warmtenetten bieden gemeenten kansen voor hun duurzame energieambities. Bij een poging hun plannen vorm te geven stuiten zij al gauw op het mogelijk aanbestedingsplichtige karakter van de opgave. Dat wil zeggen: dat zij aanbesteed moeten worden volgens de Europese aanbestedingsregels. Hoe gaan gemeenten daar (volgens het boekje) mee om? In dit artikel wordt duidelijk dat veel van deze netten onder voorwaarden helemaal niet Europees aanbestedingsplichtig zijn. De betrokken partijen kunnen baat hebben bij de aanwijzingen in dit artikel. Een lesje voor aanbestedende diensten in Europees perspectief.

Ruim acht¹ procent van de woningen in Nederland is aangesloten op warmtenetten voor ruimteverwarming en warmtapwater. Daarnaast is een flink aantal woningen aangesloten op kleinschalige netten, zoals blokverwarmingssystemen, waarbij een collectieve installatie de warmte opwekt. Collectieve energievoorzieningen zijn te baseren op duurzame systemen als warmte- en koudeopslag in de bodem (WKO) of warmtekrachtinstallaties (WKK) gevoed door biomassa, geothermische bronnen of restwarmtebronnen uit bedrijfsprocessen.

Aanbestedingsplicht?

Vaak is een gemeente (of algemener: een overheidsinstantie) op enigerlei wijze betrokken bij ontwikkeling van nieuwe warmtenetten, bijvoorbeeld bij woningbouwlocaties of bedrijventerreinen. Het initiatief is een kans om lokale duurzame energieambities in te vullen. Vraag die gemeenten dan stellen is: welke partij *kan* en *mag* de energievoorziening aanleggen, onderhouden en - uiteindelijk - gebruiken voor levering? Het vinden van partijen die het *kunnen* is een kwestie van marktonderzoek: welke partijen hebben de technische en financiële know how in huis? Bij vraag twee - welke partij is *gerechtigd* het warmtenet aan te leggen en te exploiteren – stuiten gemeenten al gauw op het mogelijk Europees aanbestedingsplichtige karakter van de opgave. In situaties waarin gemeenten samen optrekken met derde partijen, bijvoorbeeld in PPS-achtige constructies, maar ook bij de verlening van een concessie voor warmtelevering bestaat nogal eens onduidelijkheid over de wijze van aanbesteding, die fnuikend kan zijn voor een kansrijk initiatief.

Europese kaders

De regels rond aanbesteding van warmtenetten zijn allerm minst duidelijk. De Nederlandse Elektriciteits- en Gaswet handelt over elektriciteits- en gasnetten, niet over warmtenetten. De EU formuleerde in het kader van de interne markt wel enkele relevante richtlijnen die vervolgens door de Nederlandse wetgever zijn omgezet in Nederlandse wetgeving: het BAO, het BASS en de Dienstenrichtlijn.

1 563.000 woningen aangesloten op warmtenetten, rapport 'warmtenetten in Nederland', CE Delft, 2009

Richtlijn 2004/18/EG gaat over procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Deze richtlijn is in Nederland omgezet in het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO: Staatsblad 2005) en vormt het 'algemene' wettelijk aanbestedingskader.

Richtlijn 2006/123/EG ('Dienstenrichtlijn 2006') heeft betrekking op het afsluiten van een overeenkomst voor het verstrekken van subsidie, het verlenen van een vergunning en het verstrekken van een Dienst van Economisch Belang. Deze Richtlijn is omgezet in de Dienstenwet.

Richtlijn 2004/17/EG gaat over procedures voor het plaatsen van opdrachten in de 'speciale' sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten. Deze richtlijn is in Nederland omgezet in het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS: Staatsblad 2005). Het BASS is van toepassing als volgens het BAO sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht en het onderwerp van de opdracht binnen het speciale toepassingsgebied van het BASS valt. Het BASS kent een 'lichter' aanbestedingsregime dan het BAO.

Het BAO en het BASS verhouden zich tot elkaar zoals de algemene regel zich verhoudt tot de bijzondere regel. In beginsel geldt het BAO, tenzij het gaat om een specifiek soort opdracht van het type dat geregeld wordt in het BASS, de zogeheten speciale sectoren (kortweg; nutssectoren); dan geldt het BASS. Het BASS geldt dus maar voor een beperkt soort opdrachten.

Aanbestedende diensten

Het BAO geldt voor 'aanbestedende diensten'. Dat zijn (BAO, artikel 1r): de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling, of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen. Gemeenten behoren tot de klassieke, eenvoudig te herkennen aanbestedende diensten. Bij een publiekrechtelijke instelling gaat het om een instelling die voorziet in behoeften van algemeen belang (dus niet van commerciële of industriële aard), die wordt gefinancierd door de overheid. Ook als het (dagelijks) beheer van zo'n instelling onderworpen is aan overheidstoezicht, of als de bestuursleden door een overheidsinstelling worden benoemd, is sprake van een publiekrechtelijke instelling die volgens het BAO een aanbestedende dienst is.

Een woningbouwcorporatie voert een taak uit van maatschappelijk belang. Het beheer 'is onderworpen aan toezicht door de Staat'. Een corporatie kan daarom aangemerkt worden als 'publiekrechtelijke instelling' en dus als 'aanbestedende dienst' (BAO artikel 1q sub 2). Projectontwikkelaars zijn private marktpartijen en hebben daarom geen aanbestedingsplicht. Dat wordt anders als het werk waarvan zij de opdrachtgever zijn, voor meer dan 50% door de overheid wordt gesubsidieerd (BAO artikel 8.1a). Ook als een aanzienlijk deel van de activiteiten onder toezicht van de overheid staat (BAO artikel 1q), gelden zij als aanbestedende dienst.

Bij het BASS is in meer gevallen sprake van een 'aanbestedende dienst' dan bij het BAO. Naast de opdrachtgevers die volgens het BAO een aanbestedende dienst zijn, vallen volgens het BASS onder het begrip 'aanbestedende dienst' ook opdrachtgevers die bijzondere of uitsluitende marktrechten hebben (BASS artikel 1q), of die in een bepaald geografisch gebied (als gevolg van marktregulering door de overheid) de enige (uitsluitende) of een van de weinig toegestane (bijzondere) aanbieders zijn. Denk aan energiebedrijven die een taak als netwerkbeheerder is toegewezen in het kader van de elektriciteit- of gaslevering.

Aanbestedingsplichtige opdrachten

Er is sprake van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, (dat wil zeggen een opdracht die volgens de Europese aanbestedingsregels aanbestedingsplichtig is, in het vervolg hier genoemd: 'Europees aanbestedingsplichtig') als er een schriftelijke overeenkomst is, 'onder bezwarende titel, voor ontwerp en uitvoering van werken, levering van producten of verlening van diensten, dan wel het laten uitvoeren, met welke middelen dan ook, van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst'. Het tweede deel van de zin, namelijk 'dan wel het laten uitvoeren' is bedoeld om te voorkomen dat partijen slimme constructies bedenken waarbij formeel niet sprake is van een opdracht, in de hoop dat dan gegund kan worden zonder te hoeven aanbesteden. Als zo'n 'omzeilings'-constructie feitelijk tot gevolg heeft dat iets gemaakt of gedaan wordt op basis van vooraf bepaalde eisen en specificaties van een 'aanbestedende dienst', dan is op grond van dit tweede zinsdeel dus tóch sprake van een Europees aanbestedingsplichtige opdracht.

Bij een overeenkomst onder bezwarende titel is sprake van tegenprestaties over en weer. De tegenprestatie van de opdrachtnemer is bijvoorbeeld het uitvoeren van werken waarover de aanbestedende dienst gaat beschikken. De tegenprestatie van de gemeente is een beloning (aanneemsom) voor het werk, of het beschikbaar stellen van grond voor een lagere dan marktconforme prijs. De tegenprestatie kan ook een concessie zijn aan de marktpartij, die het werk dan voor bepaalde tijd mag exploiteren en daarmee zijn beloning voor de opdracht kan verdienen; denk aan een opdracht tot het aanleggen van een weg, waarbij de aannemer 'betaald' krijgt doordat hij een x aantal jaren tol mag heffen op die weg. In dat voorbeeld loopt de aannemer dus het financiële risico dat hij zijn aanlegkosten er wel of niet helemaal uit haalt. In de praktijk zijn er soms mengvormen (aannemer krijgt deels een vaste beloning en daarnaast een exploitatierecht).

Als vuistregel kan er van worden uit gegaan dat als het financiële risico voor (de aanleg van) het werk meer bij de aanbestedende dienst ligt dan bij de opdrachtnemer, er geen sprake is van een concessie en een Europese aanbestedingsplicht dus voor de hand ligt. Bij warmtelevering ligt het grootste risico bij de warmteleverancier, waarmee de Europese aanbestedingsplicht dan niet zou gelden.

Een concessie is dus een opdracht, waarbij de beloning voor de opdrachtnemer niet bestaat uit een vooraf bepaalde geldsom, maar uit het recht om het opgedragen werk/de opgedragen dienst een bepaalde periode te mogen exploiteren.

Het verschil tussen concessie en opdracht is van belang omdat het BAO (artikel 16) niet van toepassing is op concessies voor diensten; het BASS (artikel 15) is niet van toepassing op concessies voor werken en diensten (die onder de BASS-specifieke activiteiten vallen). Bij een concessie ligt het financiële risico dus bij de marktpartij, niet bij de aanbestedende dienst. Daarom is geen sprake van een opdracht maar een dienst, en geldt er dus geen Europese aanbestedingsplicht.

Drempelwaarde

Laatste belangrijke element uit de Europese koker is de waarde van de opdracht. Als die onder de drempelwaarde van een kleine 5 miljoen euro blijft, is Europees aanbesteden niet verplicht. Wel gelden altijd de algemene beginselen van aanbesteding. En als er een duidelijk grensoverschrijdend belang is, houdt Europees aanbesteden sterk de voorkeur.

Hoe gaan we hier praktisch mee om?

Terug naar de gemeentepraktijk bij (Europese) aanbesteding van warmtenetten. Om te bepalen hoe er met de aanbestedingssituatie wordt omgegaan moeten partijen zich een aantal vragen stellen, waarbij uit het stroomschema hieronder blijkt hoe met de aanbesteding omgegaan kan worden. Het gaat hier om een antwoord op de volgende drie vragen:

1. Is de aanbestedende partij een aanbestedende dienst?
2. Wat is de aard van de opdracht?
3. Wat is de waarde van de opdracht?

Ad 1 Aanbestedende partij

Is de opdrachtgever een aanbestedende dienst (zoals een gemeente), dan moet vanuit BAO en BASS naar de aard van de opdracht worden gekeken. Lastiger wordt het als een aanbestedende dienst deels betrokken is, zoals in publiek-private constructies (PPS). Private marktpartijen hebben namelijk geen aanbestedingsplicht. Dan is het relevant af te vragen wie in de samenwerking de boventoon voert, op basis van financiële betrokkenheid dan wel afspraken omtrent besluitvormingsstructuur of anderszins vastgelegde eisen. Specificeer aard en vorm van samenwerking en betrokkenheid.

Ad 2 Aard van de opdracht

Het BASS (artikel 2.1) gaat over opdrachten betreffende *openbare* netten, gegund door een aanbestedende dienst. Een warmtenet dat bedoeld is als algemene warmtevoorziening voor burgers, dat vaak in de plaats komt van een gasnet, en waarbij burgers dus recht hebben op aansluiting en levering van warmte via dat warmtenet (een soort 'universele dienstverlening'), is te beschouwen als een openbaar net. Een warmtenet dat niet algemene, openbare toegankelijkheid kent, maar is opgezet en bestemd voor een beperkt aantal gebruikers/afnemers, valt daar dus buiten en valt dan dus onder het algemene regime van het BAO. Kies bij twijfel tussen toepassing van BASS of BAO voor het zwaardere regime van het BAO.

Het is verder goed om voor ogen te houden dat bij warmtenetten sprake kan zijn van

- a) aanleg van een warmtenet;
- b) instandhouding en beheer van dat warmtenet (in feite wat de netbeheerder doet bij E-netten en Gasnet);
- c) warmtelevering via dat net;
- d) een combinatie van bovenstaande.

Een opdracht tot aanleg van een warmtenet is een opdracht voor een werk (valt dus onder art 1 lid h BAO). Een opdracht tot levering van warmte kan dan zo beschouwd worden als een opdracht tot leveren van een dienst.

Een opdracht tot beheer van een warmtenet lijkt iets van beide te hebben; immers het plegen van opgedragen onderhoud lijkt op het leveren van een dienst, maar als onder opgedragen beheer van het net ook uitbreiding valt, lijkt dat weer meer op het aanleggen en dus op een opgedragen werk.

In de praktijk van warmte- (en koude)levering gaat het nagenoeg altijd om een opdracht tot aanleg en beheer van een warmtenet en levering van warmte via dat net gedurende een bepaalde periode, waarbij de opdrachtnemende marktpartij zijn beloning dus moet zien te halen uit de verkoop en levering van warmte (via het door hem aangelegde netwerk) aan burgers. Het financiële risico ligt bij de marktpartij. Het gaat dus om een concessie. Maar is het nu een concessie voor werken, of voor diensten?

Omdat, zoals eerder geconcludeerd, het bij warmtelevering gaat om het leveren van een dienst kan geconcludeerd worden dat het een concessie voor diensten betreft. En deze is niet Europees aanbestedingsplichtig Immers: BAO (artikel 16) en BASS (artikel 15) zijn niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten.

Het is in dit voorbeeld verdedigbaar de aanleg en instandhouding van het warmtenet aan te merken als ondergeschikte activiteiten, slechts dienstbaar aan de nagestreefde levering van warmte. Die warmtelevering is de centrale prestatie. Het financiële belang dat gemoeid is met de totale warmtelevering gedurende de concessieperiode zal naar verwachting ook groter zijn dan het financiële belang van de aanleg en beheer van het warmtenet. De concessie in dit voorbeeld kan worden gezien als een concessie voor het verlenen van een dienst, die als zodanig dus niet Europees aanbestedingsplichtig is. Weliswaar behelst deze opdracht niet slechts het leveren van diensten maar ook de aanleg van werken die normaliter Europees aanbesteed zouden moeten worden (namelijk de aanleg van het warmtenet), maar die aanleg van werken moet beschouwd worden als een voorstap die noodzakelijk en logisch gezien slechts dienstbaar en ondergeschikt is aan de beoogde levering van warmte, en de samenvoeging is niet gedaan om te ontsnappen aan de aanbestedingsplicht voor de aanleg van het net. De aanbestedende dienst zou kunnen volstaan met het volgen van de algemene aanbestedingsregels.

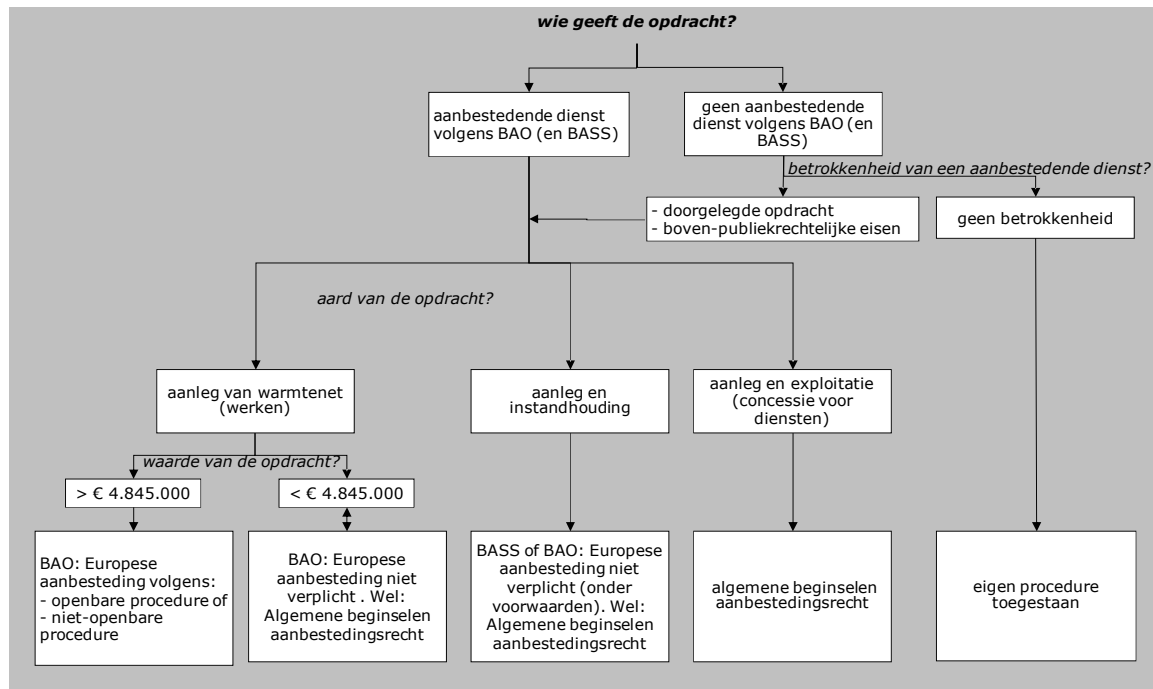
Omstreden

Bij een concessie voor aanleg, instandhouding en levering via warmtenetten hoeft een gemeente volgens deze redenering dus niet Europees aan te besteden. Maar omdat er nog geen rechtspraak is geweest over een dergelijke situatie, is het nog onduidelijk hoe de rechter hierover zal oordelen als het tot een zaak komt. De hier weergegeven opinie wil echter een richtsnoer zijn voor de praktijk en daarmee aangeven hoe een gemeente met dit type aanbesteding om zou kunnen gaan zolang er nog geen nadere duidelijkheid is. Het grootste deel van de te vergeven warmtenetten zal daarmee in het schema hieronder in de twee categorieën rechtsonder vallen.

Wordt de aanleg, eventueel in combinatie met de exploitatie, op initiatief en in opdracht van een private partij gedaan, dan kan deze zelf bepalen of en hoe het net in de markt wordt gezet. Bij betrokkenheid van een aanbestedende dienst, waar het gaat om de concessie voor de aanleg in combinatie met de exploitatie, geldt volgens beschreven redenering de Europese aanbestedingsplicht evenmin. Maar de gemeente moet zich hier vanzelfsprekend wel houden aan de algemene aanbestedingsbeginselen van transparantie, openbaarheid en non-discriminatie, waarbij de waarde van de opgave niet van belang is. Hoever deze verplichtingen dan gaan en in hoeverre de gunningprocedure dan toch trekjes krijgt van een Europese aanbestedingsprocedure, is op dit moment nog omstreden. Een aantal procedures ligt vast in het Aanbestedingsreglement Werken (ARW) 2005, van toepassing op nationale aanbestedingen door aanbestedende diensten. Het verloop van de procedure is apart aangegeven. Relevante jurisprudentie, arresten en interpretatieve mededelingen geven verder een oordeel over specifieke aanbestedingssituaties.

Illustratie: Aanbestedingsdilemma's in stroomschema

In het stroomschema wordt aangegeven in welke situatie warmtenetten Europees aanbesteed moeten worden, wanneer wel aanbesteed moet worden conform aanbestedingsbeginselen en wanneer de opdrachtgever geheel vrij is in zijn keuze.



Omdat de wetgeving nog veel ruimte laat voor interpretatieve verschillen is het in voorkomende gevallen altijd van belang een juridische check op de aard van de opdracht en wijze van aanbesteding te doen.

Conclusie

Conclusie in dit artikel is dat in het grootste deel van de gevallen waarin een warmtenet gerealiseerd wordt in onze visie geen Europese aanbestedingsplicht geldt omdat het gaat om een concessie van diensten. Afhankelijk van de partij die optreedt als opdrachtgever kan men dan volstaan met een eigen procedure (bij private opdrachtgevers) of een anderszins weliswaar transparante procedure conform aanbestedingsbeginselen, maar niet de strenge eisen van de Europese procedure. Dit geldt voor partijen die aangeduid worden als aanbestedende dienst. In die gevallen kan men terugvallen op het algemene aanbestedingsrecht. In overige gevallen waarbij het vooral gaat om de aanleg van de netten, en de aanbestedende dienst het grootste financiële risico loopt bij de aanleg, dient dus wel Europees aanbesteed te worden. Om de Europese regelgeving te interpreteren gaan wij er in dit artikel als vuistregel van uit dat als het financiële risico voor (de aanleg van) het werk feitelijk bij de aanbestedende dienst ligt, veel meer dan bij de partijen die het realiseert, het een opdracht voor werken is, en daarmee dus al snel Europese aanbestedingsplichtig. Bij warmtelevering echter ligt het risico voor het overgrote deel bij de warmteleverancier; wij zien het dan als een concessie van diensten, waarmee de Europese aanbestedingsplicht niet zou gelden.

Colofon
Dit is een publicatie van:
Agentschap NL NL Energie en Klimaat Croeselaan 15 Postbus 8242 3503 RE Utrecht T +31 (0)88 602 70 00 E constan.custers@agentschapnl.nl www.agentschapnl.nl/programmas-regelingen/energie-gebiedsontwikkeling
© Agentschap NL november 2011
<i>Hoewel dit artikel met de grootst mogelijke zorg is samengesteld kan Agentschap NL geen enkele aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele fouten</i>
Agentschap NL is een agentschap van het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. Agentschap NL voert beleid uit voor diverse ministeries als het gaat om duurzaamheid, innovatie en internationaal. Agentschap NL is hét aanspreekpunt voor bedrijven, kennisinstellingen en overheden. Voor informatie en advies, financiering, netwerken en wet- en regelgeving.
De divisie NL Energie en Klimaat versterkt de samenleving door te werken aan de energie- en klimaatoplossingen van de toekomst.