



Deskstudie aanbesteding warmtelevering Wet- en regelgeving

Datum juni 2011
Status Definitief

W/E adviseurs duurzaam bouwen
in opdracht van Agentschap NL

Colofon

Projectnaam	Deskstudie aanbesteding warmtelevering
Publicatienummer	2EGOG1111
Locatie	Croeselaan 15 Utrecht
Contactpersoon	Henry Staal, Agentschap NL Constan Custers, Agenschap NL
Auteurs	W/E adviseurs duurzaam bouwen

Hoewel dit rapport met de grootst mogelijke zorg is samengesteld kan Agentschap NL geen enkele aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele fouten.

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.

Divisie NL Energie en Klimaat voert in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het programma 'Energie & Gebouwde Omgeving' uit.

Wij bieden professionele marktpartijen en overheden ondersteuning bij energiebesparing, duurzame energie en CO₂-reductie van de gebouwde omgeving.

Inhoud

Colofon—3
Inleiding—7

1	Wetgeving realisatie energievoorzieningen—8
1.1	Elektriciteitswet en Gaswet—8
1.1.1	Energieproductie en distributie—8
1.1.2	Levering van elektriciteit en gas—8
1.1.3	Openbaar net versus privaat-net—9
1.2	Warmtewet—9
1.2.1	Warmtedistributie en levering—9
1.2.2	Openbaar versus privaatnet—10
1.3	BAEI—11
1.4	Conclusie—11
2	Aanbestedingsplicht—12
2.1	Wet- en regelgeving aanbesteding overheidsopdrachten—12
2.2	Aanbestedende dienst—12
2.3	Aanbestedingsplichtige opdracht—14
2.3.1	Definitie—14
2.3.2	Bezwarende tite—14
2.3.3	Onderwerp van de overeenkomst—16
2.4	Drempelwaarde—17
2.5	Samenvatting—17
3	Aanbesteding warmtenetten—18
3.1	Aanbestedende dienst bij warmtenetten—18
3.2	Aard van de opdracht—19
3.2.1	Aanleg van werken—19
3.2.2	Exploitatie van de werken—20
3.2.3	Concessie overeenkomst—20
3.2.4	Combinatieopdracht: aanleg, beheer en instandhouding en levering—21
3.2.5	Dienstenrichtlijn—21
3.3	Jurisprudentie—22
3.3.1	Drempelwaarde—23
3.4	Conclusies—23
4	Gebiedsontwikkeling—25
4.1	Samenwerkingsmodel—25
4.2	Jurisprudentie gebiedsontwikkeling—25
4.2.1	Auroux/Roanne (Zaak C-220/05, uitspraak Hof EU 18 januari 2007)—26
4.2.2	Scala arrest (Zaak C-399/98, uitspraak Hof EU 12 juli 2001).—26
4.2.3	Doorleggen van aanbesteding:—27
4.2.4	Vathorst Arrest (SG CE nr 2003/5274 21 maart 2005)—27
4.3	Conclusies ten aanzien van gebiedsontwikkeling—28
4.4	Conclusies ten aanzien van warmte- en koude infrastructuur—29
5	Wijze van aanbesteden—30
5.1	Waarom aanbesteden—30

5.2 Aanbestedingsbeginselen—30

5.3 Aanbestedingsrisico's—31

6 Aanbestedingsprocedure—32

6.1 Inleiding—32

6.2 Aanbestedingsprocedures—32

6.2.1 Procedures in het BAO—32

6.2.2 Procedures in het BASS—33

6.2.3 Andere procedures—33

6.2.4 Toepasbaarheid procedures / opdrachten buiten BAO en BASS—34

6.3 Uitvoering van de aanbesteding—35

6.3.1 Stappen in procedure—35

6.3.2 Documenten—39

7 Bijlage: Drempelbedragen—40

Inleiding

In Nederland worden woningen en overige gebouwen aangesloten op het openbare elektriciteitsnet. Hiermee kunnen de gebruikers voorzien in de vraag naar elektriciteit voor huishoudelijke doeleinden en diverse bedrijfsprocessen waar elektriciteit voor is vereist. De meeste woningen en overige gebouwen zijn eveneens aangesloten op het openbare gasnet. Met dit gas kunnen zij door middel van een CV ketel voorzien in de vraag naar ruimteverwarming en warm tapwater. De aanleg en de exploitatie hiervan geschiedt door de regionale netbeheerders.

Circa 6% van de woningen (en een deel van de utiliteitsgebouwen) zijn aangesloten op collectieve warmtenetten van stadsverwarming, waarmee de restwarmte van elektriciteitsopwekking wordt ingezet t.b.v. ruimteverwarming en warmtapwateropwekking in de woningen. Hiernaast is een groot aantal woningen aangesloten op blokverwarmingssystemen, waarbij in een collectieve installatie warmte voor een groter aantal woningen in een woongebouw wordt opgewekt. Deze installaties en gekoppelde netten zijn eigendom van de eigenaar van de gebouwen (bijvoorbeeld een woningbouwcorporatie of vereniging van eigenaren o.i.d.). Recentelijk worden ook collectieve energievoorzieningen voor de levering van warmte en koude gerealiseerd gevoed met warmte en koude vanuit bijvoorbeeld een warmte- en koude opslag (WKO), een (biomassa) warmtekrachtinstallatie (WKK), geothermische bronnen of restwarmtebronnen uit bedrijfsprocessen. De vraag die zich hierbij steeds meer voordoet is de volgende: welke partij is gerechtigd deze energievoorziening te realiseren en gedurende langere tijd te exploiteren?

Deze studie gaat in op de vraag hoe en door welke partij een dergelijke energievoorziening aangelegd kan en mag worden, en welke partij onder welke voorwaarden dit net kan en mag beheren en via dit net warmte mag leveren. Immers; de partij die deze opdracht krijgt heeft de mogelijkheid hier een interessante business case van te maken, terwijl de aangesloten gebruikers gebonden zijn aan afname van de geleverde energie. Kan en mag iedere partij deze opdracht uitvoeren, welke belangen spelen er en betreft het (daarom) een aanbestedingsplichtige opdracht?

In eerste instantie wordt de relevante wet- en regelgeving en daarop betrekking hebbende jurisprudentie over het realiseren en exploiteren van energienetten besproken. Daarna wordt gekeken op welke wijze de aanbesteding en/of gunning van de onderhavige energie-infrastructuur gedaan moet of kan worden. Doelstelling is te komen tot een handreiking waarin wordt aangegeven hoe betrokken partijen in deze dienen te handelen. De laatste wordt uitgewerkt in een praktische handleiding met een 'stroomschema aanbesteding energie-infrastructuur'. De handreiking is in eerste instantie bedoeld voor gemeentes die in het kader van gebieds(her)ontwikkeling een keuze moeten maken ten aanzien van de energie-infrastructuur. Omdat veel ontwikkelingen plaats vinden in particulier-privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden (PPS) constructies is deze informatie ook van belang voor de betrokken ontwikkelaars.

De wet- en regelgeving hieromtrent is nog volop in beweging, getuige ook de vele jurisprudentie. In voorkomende gevallen zal de laatste status in deze door betrokkenen altijd moeten worden gecheckt.

1 Wetgeving realisatie energievoorzieningen

1.1 Elektriciteitswet en Gaswet

1.1.1 *Energieproductie en distributie*

De aanleg en het beheer van een elektriciteitsnet, en het beheer van het gasnet, zijn geregeld in wetgeving (Electriciteitswet 1998 en Gaswet 2000). Hierin is bepaald dat deze openbare netten beheerd worden door een door de Minister van Economische Zaken aangewezen netbeheerder (art. 10) (uitsluitend recht), die door de Energiekamer (NMa) worden gecontroleerd.

Opwekking van elektriciteit op hoog spanningsniveau vindt plaats in elektriciteitscentrales door energieproducenten als Essent/RWE, E-ON en NUON. Deze leveren de elektriciteit aan het hoogspanningsnet. Het transport over het elektriciteitsnetwerk, dat regionale en Europese netten met elkaar verbindt, vindt hier plaats onder verantwoordelijkheid van TenneT. De regionale netwerkbedrijven distribueren de stroom naar de afnemers. De hoeveelheid geleverde energie wordt door meetbedrijven (gekoppeld aan de netwerkbedrijven) vastgesteld. Er wordt ook elektriciteit op lager spanningsniveau opgewekt met kleinschalige warmtekrachtkoppelingsinstallaties en zonnestroomsystemen. Deze elektriciteit eveneens aan het net geleverd via de distributienetwerken en onder verantwoordelijkheid van de netbeheerders.

De situatie voor het gastransport en -distributie is in principe analoog. Bij zowel gas als elektriciteit geldt dat de leidingen, en dus de gebruikers, uiteindelijk aangesloten zullen worden op de (hoofd)leidingen van de door de minister aangewezen netbeheerder.

1.1.2 *Levering van elektriciteit en gas*

Bij de levering van elektriciteit en gas gaat het om de inkoop en verkoop van de energiedrager. De energieleveranciers zijn (deels) private partijen^a als Essent/RWE en Eneco. Ook partijen als Greenchoice en de Nederlandse Energie Maatschappij bewegen zich in deze markt. Afnemers zijn vrij in de keuze van de leverancier van gas en elektriciteit. Voor de levering van elektriciteit en gas (aan kleinverbruikers) is een vergunning vereist (Electriciteitswet art 95a). Deze wordt verleend als aanvrager aantoont over de benodigde kwaliteiten te beschikken. De Energiekamer ziet vervolgens toe op de kwaliteit van de levering en stelt een maximumprijs vast. De leveranciers kopen elektriciteit en gas in op de termijnmarkt (OTC) voor contractleveranties en de dagmarkt (APX) voor stroomleveranties op uurbasis. Programmamverantwoordelijken, handelend namens de leveranciers, zorgen voor een continue afstemming van inkoop en verkoop van elektriciteit en gas. Bij dreigende tekorten zal de prijs stijgen, bij dreigende overschotten zal de prijs dalen.

^a In gevolge de Splitsingswet zijn de activiteiten van publiek belang als transport en distributie afgescheiden van de verkoop en levering van energie. Het leveringsbedrijf van Essent en Nuon is daarom aan een private investeerder verkocht. Overigens is deze wet onlangs als onrechtmatig aangemerkt.

TenneT tenslotte is er voor verantwoordelijk dat de vraag en aanbod van elektriciteit op het net continu in balans is (immers: elektriciteit is niet op te slaan in huidige infrastructuur).

Levering van gas is een analoog proces. Het transport en de distributie van elektriciteit en gas vindt dus plaats in een gereguleerde markt onder toezicht van de (door de Minister aangewezen) Energiekamer (NMA), waar de levering een zaak is van de vrije markt.

1.1.3 *Openbaar net versus privaat-net*

De aanleg van een energie-infrastructuur op eigen grond (privaat-net) is altijd mogelijk. In de Elektriciteitswet (art. 15) en Gaswet (art. 2a) wordt aangegeven onder welke voorwaarden ontheffing van het netbeheer door de aangewezen netbeheerder verleend wordt en partijen een eigen (privaat) net mogen aanleggen en beheren. O.a. wordt hier verwezen naar het *samenwerkingsverband* van een *beperkt* aantal deelnemers. Voorwaarde is het eigendom van de grond (of recht van opstal) in een geografisch afgebakend gebied. Bij koppeling aan het publieke net gelden wel de eisen van de netbeheerder.

Indien het elektriciteitsnet niet gekoppeld is aan het openbare net, dus een privaat net, gelden eigen regels (en dient het gebied dus zelfvoorzienend te zijn op dit gebied).

Redenen voor een privaatnet kunnen zijn dat het goedkoper, of sneller, is op eigen terrein en met een beperkt aantal deelnemers een eigen voorziening te realiseren doordat geen transporttarieven worden betaald, of efficiënter en duurzamer opwekking plaats kan vinden bijvoorbeeld met de inzet van windenergie, zonne-energie of WKK. Ook kunnen eigen technische voorwaarden worden ingevuld en kunnen afspraken op gebied van piekshaving worden gerealiseerd.

Nadelen zijn: kleinere redundantie (meer storing, minder zekerheid), eigen verantwoordelijkheid voor het beheer en balanceren van vraag en aanbod en ontbreken van vrijheid van leverancierskeuze.

Met een privaatnet kan tevens tegemoet gekomen worden aan de ideeën m.b.t. het zogenaamde slimme (elektriciteits)net (Smart Grid) waarbij vraag en aanbod van de energiestromen op elkaar binnen het gebied afgestemd worden. Te denken aan elektriciteit uit zon, wind en (biomassa) WKK.

1.2

Warmtewet

1.2.1 *Warmtedistributie en levering*

Een warmtenet is een geheel van leidingen met bijbehorende installaties en hulpmiddelen dat dient voor de toe- en afvoer van warmte naar een gebouw of werk. In beginsel was de aanleg van een warmtenet en de levering van warmte niet gereguleerd en kon iedere partij met voldoende kennis en capaciteit optreden als warmteleverancier.

Naast de traditionele energiebedrijven was het ook voor andere private partijen mogelijk om warmte te leveren^b. In de Warmtewet echter zijn regels gesteld en is opgenomen dat er een vergunning vereist is voor de levering van warmte (Warmtewet art 2).

Zoals er bij de Elektriciteits- respectievelijk de Gaswet sprake is van een splitsing tussen enerzijds het *eigendom* en *beheer* van de netten en toebehoren (netbeheerder) en anderzijds de levering van het product elektriciteit en gas, bestaat dit onderscheid in de Warmtewet niet. Met de vergunninghouder wordt in de Warmtewet zowel de eigenaar van het warmtenet als de leverancier van warmte bedoeld. Er is dus geen exclusieve partij voor de aanleg en het beheer van de netten aangewezen. De wet maakt wel onderscheid tussen de producent van warmte en vergunninghouder. In de praktijk worden soms meerdere warmtenetten gevoed door één enkele opwekkingsinstallatie. De productie, het beheer en de levering zijn veelal in handen van één partij. Voor de afnemers van warmte aangesloten op een warmtenet geldt dat er geen vrije keuze is van leverancier. De warmtewet is dan ook opgezet met het voornaamste doel om afnemers van warmte (gebonden gebruikers) te beschermen tegen te hoge tarieven en onredelijke leveringsvoorwaarden.

Omdat deze netten bedoeld zijn voor de warmtelevering aan burgers en daarbij exclusief zijn (waar een warmtenet is, is in de praktijk geen gasnet en geldt ook geen verplichting voor het realiseren van gasaansluiting) geldt dat zij een 'algemene' warmtevoorziening zijn. Hiermee kan vastgesteld worden dat deze netten dus als openbare netten beschouwd kunnen worden.

Omdat er geen sprake is van koppeling van netten tot een landelijk net is het aanwijzen van een landelijk netbeheerder (analoog aan TenneT) niet relevant. Verwacht kan worden dat dit in de toekomst zal wijzigen, omdat er diverse plannen zijn van koppeling van warmtenetten waarbij meerdere producenten warmte aan het net kunnen leveren^c. Een soort Regionale netwerkbedrijven zijn dan wel denkbaar als meerdere warmtenetten gekoppeld worden. Door toegankelijkheid van de netten voor meer partijen zal het openbare karakter van de netten toenemen en zou, naar analogie van Elektriciteits- en Gaswet, een scheiding kunnen komen tussen producent, netbeheerder en leverancier. Daar waar de gemeenten (of provincies) zullen participeren in deze netten is het openbare karakter vervolgens geheel duidelijk.

1.2.2 *Openbaar versus privaatnet*

In de Warmtewet wordt een uitzondering gemaakt voor de vergunningplicht voor het leveren van warmte indien:

- aan minder dan 10 personen geleverd wordt, of
- per jaar niet meer dan 10.000GJ geleverd wordt, of
- de leverancier eigenaar is van de gebouwen waaraan geleverd wordt.

Deze netten kunnen daarmee beschouwd worden als private netten voor warmte. De wet stelt hier evenzo eisen aan de betrouwbaarheid van de levering en de leveringsvoorwaarden.

^b Woningbouwcorporaties en Verenigingen van eigenaren waren steeds vrij om warmte te leveren, maar verrekening was alleen toegestaan op basis van het kostenomslagsysteem en niet op basis van commerciële tarieven.

^c Bijvoorbeeld de Energiecentrale Zuidplaspolder in Waddinxveen, de Aardwarmte BV in Den Haag

1.3

BAEI

In het Besluit Aanleg Energie Infrastructuur (BAEI: 2001) is bepaald dat een gemeente bij de realisatie van de energie-infrastructuur voor een locatie met meer dan 500 woningen (of een equivalente hoeveelheid utiliteit^d) een besluit moet nemen of zij deze laat realiseren door de regionale netbeheerder of dat zij deze aan gaat aanbesteden in de markt. Als zij besluit geen BAEI procedure te starten betekent dit dat de regionale netbeheerder het elektriciteitsnet en, indien van toepassing, ook het gasnet aanlegt. Indien de gemeente besluit voor het in gang zetten van een aanbestedingsprocedure dan heeft zij de mogelijkheid in het Programma van Eisen (P.v.E.) extra duurzaamheidseisen aan de energievoorziening te stellen. Omdat nu niet de gebruikelijke netwerkbedrijven de energievoorziening (elektriciteit, gas) aanleggen moet aanbesteed worden conform de aanbestedingsregels.

Omdat het hier gaat om de gereguleerde aanleg van de netten, geldt dit niet voor de aanleg van eventuele warmtenetten: de aanleg hiervan is immers niet gereguleerd en valt dus buiten het kader van de BAEI.

1.4

Conclusie

Voor de aanleg en beheer van het elektriciteitsnet en het gasnet geldt in principe dat de regionale netbeheerder deze verzorgt. Een uitzondering hierop vormt toepassing van het BAEI. In dat geval kan de energie-infrastructuur openbaar aanbesteed worden. Gebruikmaking van art. 15 Elektriciteitswet (private netten) biedt, gezien de doelstelling van dit artikel, geen optie waar het gaat om energie-infrastructuur met een groot aantal gebruikers zoals in gangbare (woning)bouw projecten aan de orde is.

De aanleg van een warmtenet is niet gereguleerd: slechts indien er sprake is van een Warmtenet zal de partij die hierover gaat leveren een vergunning hiertoe aan moeten vragen, behoudens uitzonderingen, zoals vastgelegd in de Warmtewet. Er is geen (regionale) netbeheerder en deze taak wordt (vooralsnog) niet vastgesteld. Indien gekozen wordt voor de aanleg van een warmtenet blijft dus de vraag wie dat net gaat aanleggen en hoe deze partij gevonden of geselecteerd wordt? De vraag zal dus gesteld worden: door wie wordt er wat aanbesteed?

^d Een woonequivalent is 50m² utiliteit: d.w.z. alle andere gebouwen dan woningen behalve die voor glastuinbouw, landbouw en industriële processen)

2 Aanbestedingsplicht

In dit hoofdstuk wordt gekeken welke aanbestedingsregelgeving in welke situatie van toepassing is bij het verstrekken van de opdracht tot de aanleg en de exploitatie van een warmtenet. Eerst bepaald of er sprake is van een 'aanbestedende dienst', wie geeft de opdracht? Vervolgens wordt bepaald wat de opdracht behelst en of deze op grond daarvan aanbesteed moet worden. NB Onder 'aanbesteding' wordt, tenzij anders vermeld, steeds de Europese aanbesteding conform de regels van de Europese richtlijnen 17 en 18 en het BAO en BASS verstaan.

2.1 **Wet- en regelgeving aanbesteding overheidsopdrachten**

Het doel van Europese verdragen is het scheppen van een interne gemeenschappelijke markt zonder binnengrenzen, waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. Op het terrein van overheidsopdrachten is een tweetal Europese richtlijnen van kracht. Hoofddoel is het garanderen van gelijkwaardige mededinging in alle lidstaten zodat overheidsopdrachten niet gereserveerd blijven voor ondernemingen binnen het eigen land. Tevens dragen zij bij aan het bewerkstelligen van besparingen door een professioneel inkoopproces. Het betreft de volgende richtlijnen:

- de Europese RICHTLIJN 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken leveringen en diensten (Pb 2004, L134/2). Deze richtlijn heeft in Nederland zijn weerslag in het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO: Stb 2005, 408)
- de Europese RICHTLIJN 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Pb 2004, L134/2). Deze richtlijn heeft in Nederland zijn weerslag in het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS: Stb 2005, 409).

Het BASS is in feite een verbijzondering van de aanbestedingsplicht van het BAO, namelijk als volgens het BAO sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht, maar het onderwerp van de opdracht valt binnen het 'bijzondere' toepassingsgebied (bedoeld in de artikelen 2 tot en met 7) van het BASS, dan is niet het BAO maar het BASS van toepassing. Het BAO en het BASS worden momenteel samengevoegd in de nieuwe Aanbestedingswet.

- In de Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2006 heeft betrekking op het afsluiten van een overeenkomst aangaande het verstrekken van subsidie, het verlenen van een vergunning en het verstrekken van een Dienst van Economisch Belang. Deze richtlijn heeft in Nederland zijn weerslag in de Dienstenrichtlijn 2006.

2.2 **Aanbestedende dienst**

Partijen die veelal betrokken zijn bij de realisatie van de warmtevoorziening zijn: gemeentes, provincies, (private) marktpartijen als projectontwikkelaars en woningbouwcorporaties, de afnemers, mogelijk verenigd in een Vereniging van Eigenaren en de uitvoerende partij, een energie- of installatiebedrijf.

In verschillende projecten werken de gemeente en de ontwikkelaar samen in een PPS. Aanbestedende diensten volgens het BAO (art 1 lid r) zijn: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen. Gemeentes, provincies, waterschappen etc. zijn de klassieke en dus 'gemakkelijk' te herkennen aanbestedende diensten. Moeilijker is het om te bepalen, wanneer er sprake is van een 'publiekrechtelijke instelling': een instelling die is opgericht voor of belast met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, die niet van commerciële of industriële aard zijn; en waarvan de activiteiten gefinancierd zijn door een overheidsinstelling, of waarvan het beheer onderworpen is aan toezicht van een overheidsinstelling of waarvan de bestuursleden benoemd worden door een overheidsinstelling. Deze publieke instelling is en blijft vervolgens ook een 'aanbestedende dienst' als de opdracht betrekking heeft op heel andere activiteiten dan deze activiteiten van 'algemeen belang'.

Projectontwikkelaars zijn, als private marktpartijen, in beginsel niet aanbestedingsplichtig. Maar onder bijzondere omstandigheden bij een specifieke opdracht kunnen zij wel als aanbestedende dienst aangemerkt worden. Namelijk als het werk waarvan de private marktpartij de opdrachtgever is, voor meer dan 50% gesubsidieerd wordt door de overheid (BAO art 8 lid 1 sub a) of indien een aanzienlijk deel van de activiteiten onder toezicht van de overheid staan of door anderszins publiekrechtelijk worden gefinancierd (BAO 1q).

Woningbouwcorporaties worden tot op heden door de meeste schrijvers niet gezien als aanbestedingsplichtig, maar iedereen voegt er meteen aan toe dat er met kracht van argumenten ook anders over gedacht kan worden. Op basis van BAO art. 1 lid q sub 2 kan namelijk betoogd worden dat een corporatie een publiekrechtelijke instelling is, ondanks het particuliere karakter, omdat zij een taak van maatschappelijk belang uitvoert waarvan 'het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat etc. Op basis van deze criteria kan betoogd worden dat woningcorporaties een 'publieke instelling' en dus 'aanbestedende diensten' zijn volgens het BAO.

Immers: door de rijksoverheid (ministerie van VROM) is haar een taakstelling toebedeeld, namelijk 'de primaire doelstelling van woningbouwcorporaties is het toewijzen van gereguleerde woningen aan de doelgroep van mensen met lagere inkomens. De tweede doelstelling, in nauwe relatie hiermee, is het investeren in woningbouw en herstructurering van (oude) wijken'. Hiervoor ontvangt zij tevens financiële steun van de overheid, bijvoorbeeld in de vorm van bijdragen in de onrendabele top (o.a. Vogelaargelden). Volgens een uitspraak van het Europese hof (1 febr. 2001- C-237/99) is er sprake van 'toezicht' indien sprake is van een zekere mate van afhankelijkheid van de overheid. Zie in dat verband Woningwet art. 70. De Woningwet geeft de Minister zelfs verregaande bevoegdheden om in te grijpen in het beheer door de corporatie; hij kan zelfs een bewindvoerder aanstellen. Een wijziging van de Woningwet die thans wordt voorbereid – en die voorziet in aanscherping van toezicht en greep van de overheid op corporaties – lijkt de kans dat corporaties als aanbestedingsplichtige publieke instellingen worden aangemerkt, groter te maken.

Voor Verenigingen van eigenaren kan in wezen hetzelfde betoogd worden als voor private marktpartijen.

Het BASS noemt als aanbestedende diensten:

1. partijen die volgens BAO een 'aanbestedende dienst' zijn;
2. overheidsbedrijven (BASS art. 1 sub s en sub t);
3. partijen die bijzondere of uitsluitende marktrechten hebben (BASS art. 1 sub q); een partij die in een bepaald geografisch gebied (als gevolg van marktregulering door de overheid) de enige (uitsluitende) of een van de weinig toegestane (bijzondere) aanbieders is, is dus een aanbestedende dienst volgens BASS.

Hierbij geldt wel dat het BASS slechts toepasselijk is als het gaat om de in het BASS genoemde activiteiten; voor andersoortige activiteiten van dezelfde aanbestedende dienst geldt dus 'gewoon' het BAO.

2.3 Aanbestedingsplichtige opdracht

2.3.1 Definitie

Volgens BAO art 1 sub h c.q. 2004/18/EG is sprake van een (aanbestedingsplichtige overheids) opdracht, als sprake is van:

1. een schriftelijke overeenkomst
2. onder bezwarende titel
3. betreffende:
 - A a) uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken b) levering van producten c) verlening van diensten
 - of
 - B het laten uitvoeren, met welke middelen dan ook, van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst

Er wordt bovendien onderscheid gemaakt naar zogenaamde A- en B opdrachten: Voor beide gelden iets andere regels in de aanbesteding. De A-opdrachten vallen in geheel onder het BAO, B-opdrachten slechts beperkt.

De diverse hierboven genoemde elementen die samen maken dat sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht, zullen in de nu volgende paragrafen nader worden besproken.

2.3.2 Bezwarende titel

Onder een overeenkomst onder bezwarende titel wordt verstaan ' dat de aanbestedende dienst die een overheidsopdracht voor werken heeft afgesloten, in het kader daarvan *een prestatie voor een tegenprestatie* ontvangt (Europese Hof van Justitie in de Mueller zaak).

De prestatie (van de marktpartij) die de gemeente in het kader van een overeenkomst onder bezwarende titel wenst te ontvangen bestaat in de uitvoering van de werken waarover de aanbestedende dienst beoogt te beschikken'. De prestatie van de marktpartij moet dus voor de aanbestedende dienst een bepaald economisch belang hebben of betekenen.

Daarvan is sprake als:

- de aanbestedende dienst de eigenaar wordt van de (opgedragen) werken;
- de aanbestedende dienst krachtens een juridische titel/bevoegdheid over de opgedragen werken zal kunnen beschikken/beslissen met het oog op hun openbare bestemming (vgl. Scala-arrest).
- de aanbestedende dienst economische voordelen zal kunnen halen bij het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk,
- de aanbestedende dienst financieel heeft deelgenomen aan het werk,
- de aanbestedende dienst risico's loopt bij mislukking van het werk.

In de zaak Mueller^e leidt dit tot de volgende conclusie: 'Wanneer de geplande werken beogen te voldoen aan een openbaar doel van algemeen belang waarvoor de aanbestedende dienst moet zorgen, zoals de stedenbouwkundige ontwikkeling of coherentie van een wijk; is er sprake van een rechtstreeks economisch belang'.

De regulerende (publiekrechtelijke, wetgevende, plan-vaststellende) bevoegdheden van overheden om de stedenbouwkundige ontwikkeling 'te sturen' zijn niet aanbestedingsplichtig. Maar het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten met een marktpartij waarin de stedenbouwkundige ontwikkeling 'gestuurd' wordt, valt niet onder die regulerende bevoegdheden. Bij de uitoefening door de overheid van haar regulerende bevoegdheden is het niet zo, dat de realisatie van het werk kan worden afgedwongen; hoogstens kan daarmee worden afgedwongen aan welke specificaties het werk moet voldoen, *als* het wordt gerealiseerd. Het kenmerk van een *overeenkomst onder bezwarende titel* waarbij de aanbestedende dienst een economisch belang heeft, is dat de overheid *wel* kan afdwingen dat het werk zal worden gerealiseerd (bijvoorbeeld een bouwplicht)^f.

Een opdracht die betrekking heeft op de aanleg van openbare voorzieningen, ook als die vervolgens (bijvoorbeeld door het verlenen van een concessie) privaat geëxploiteerd wordt, moet dan ook beschouwd worden als een aanbestedingsplichtige opdracht betreffende de uitvoering van werken.

De tegenprestatie van de gemeente (aan de marktpartij) bij een dergelijke overeenkomst onder bezwarende titel kan bestaan uit een beloning (aanneemsom) te betalen voor het werk, maar deze tegenprestatie kan ook uit iets anders bestaan; bijvoorbeeld uit het ter beschikking stellen van grond voor een lagere dan marktconforme prijs. Het kan ook zo zijn, dat de beloning van de marktpartij er uit bestaat, dat hij het werk gedurende een bepaalde periode zal mogen exploiteren. Bijvoorbeeld: opdracht tot de aanleg van een weg, waarbij de marktpartij die de weg aanlegt vervolgens gedurende een bepaalde periode tol zal mogen heffen en waarbij de tolopbrengsten dus zijn gehele (of een deel daarvan) beloning is voor het aanleggen van de weg. In dat geval is niet sprake van een *opdracht* voor werken, maar van een *concessie* voor werken. In het kader van een concessie kan het zo zijn, dat de overheid toch ook een vast bedrag betaalt aan de marktpartij (naast het exploitatierecht), maar alleen als het financieel risico uiteindelijk/wezenlijk bij de marktpartij ligt en niet bij de aanbestedende dienst, is sprake van een *concessie*; anders is toch sprake van een *opdracht*.

^e EU arrest Hof van Justitie 25 maart 2010 in de zaak Helmut Müller (zaak C-451/08).

^f Reiswijzer 2009

Het verschil tussen concessie en opdracht is van belang, omdat het BASS niet van toepassing is op een concessie voor werken of diensten (die onder de BASS-specifieke activiteiten van het BASS vallen); en het BAO niet van toepassing is op concessies voor diensten. Zie hoofdstuk 4.

2.3.3

Onderwerp van de overeenkomst

Volgens BAO art 1 sub h, zijn de volgende opdrachten aanbestedingsplichtig?

1. Opdrachten met betrekking tot:

A: a) uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken b) levering van producten c) verlening van diensten.

Onder 'werken' wordt verstaan (BAO art. 1 sub g): 'het product van een *geheel* van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen'. Door de gekozen formulering, waarbij de focus dus gericht is op de functionele *eenheid* van het werk, wordt beoogd het kunstmatig 'opknippen' van een opdracht om onder de aanbestedingsdrempel te blijven, tegen te gaan.

2. Opdrachten met betrekking tot:

B: het laten uitvoeren, met welke middelen dan ook, van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst.

In wezen gaat het hier om een anti-omzeilingsbepaling. Om te voorkomen dat partijen een constructie/omweg verzinnen waardoor niet meer wordt voldaan aan de definitie van een (aangebestedingsplichtige) 'opdracht' (zoals in A) bepaalt het BAO in art 1 sub h 2^e) dat aanbestedingsplichtig *ook* is het laten uitvoeren, met welke middelen dan ook, van een werk dat voldoet aan de eisen van de 'aanbestedende dienst'.

Of er sprake is van een werk dat 'voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst' kan nader worden opgemaakt uit de Mueller-zaak. Wanneer het werk (slechts) voldoet aan publiekrechtelijke eisen, (en wellicht ook als het werk slechts voldoet aan eisen die de aanbestedende dienst weliswaar langs privaatrechtelijke weg gesteld heeft maar anders ook via het publiekrecht had kunnen stellen), dan is daarmee nog geen sprake van een werk dat valt onder de anti-omzeilingsbepaling. Daarvan is echter wel sprake, als de aanbestedende dienst een *bepalende* invloed heeft gehad op het werk of het werk gedefinieerd heeft door stellen van contractspecifieke eisen. Als partijen dus een constructie overeenkomen waarvan het eindresultaat is dat de projectontwikkelaar aan de gemeente een warmtenet ter beschikking stelt (bijvoorbeeld omdat de gemeente dit warmtenet koopt, maar ook als de gemeente dit voor lange tijd huurt van de ontwikkelaar) dat voldoet aan eisen/specificaties die de gemeente vooraf had opgegeven, is sprake van een werk dat onder de anti-omzeilingsbepaling valt en dus een aanbestedingsplichtige opdracht is.

2.4 Drempelwaarde

Bepalend voor de aanbestedingsplichtigheid is voorts dat de waarde van de opdracht een bepaalde drempelwaarde overschrijdt. Het gaat hierbij om 'de gunning van overheidsopdrachten voor werken die voor meer dan 50 procent rechtstreeks door aanbestedende diensten worden gesubsidieerd en waarvan de geraamde waarde exclusief omzetbelasting, tenminste gelijk is aan het bedrag genoemd in artikel 8, onderdeel a, van Richtlijn nr. 2004/18/EG. Bij werken gaat het om een opdracht met een waarde exclusief omzetbelasting van tenminste € 4.845.000 (bijlage, geldt voor 2010-2011). In het BASS geldt dezelfde waarde, eveneens exclusief omzetbelasting.

Indien de waarde van de opdracht beneden het drempelbedrag is maar er een duidelijk grensoverschrijdend belang is kan alsnog de aanbestedingsplichtig geldig zijn.

Verder kan gesteld worden dat pogingen om een grotere opdracht op te knippen in kleinere delen, of het koppelen van niet-noodzakelijke diensten of leveringen aan een werk, met het oog op ontduiken van de regels in het BASS niet toegestaan zijn. (BASS, art. 14), zoals ook aangegeven bij 3.3.3. Ad A.

2.5 Samenvatting

Ter bepaling of een warmtenet moet worden aanbesteed, en hoe, zal eerst bepaald moeten worden welke partij de opdrachtgever cq. initiatiefnemer is. Naast duidelijk publiekrechtelijke partijen kunnen ook private partijen onder voorwaarden aanbestedingsplichtig zijn. Hierna moet bepaald worden wat de aard van de opdracht is: betreft het werken of diensten, of een concessie van werken of diensten. Afhankelijk van de aard van de opdracht is dan het BAO dan wel als uitzondering het BASS van toepassing, of geen van beide.

Als de gemeente opdrachtgever is voor de aanleg van een warmtenet, zijn de aanbestedingsregels van toepassing. Ook bij verschillende andere vormen van betrokkenheid van de gemeente kan de aanleg van warmtenetten onder de aanbestedingswetgeving vallen. Indien de ontwikkelaar de energievoorziening realiseert dient ook beoordeeld te worden wat de opdracht behelst. In het volgende hoofdstuk wordt beschreven onder welke voorwaarden de aanbestedingswetgeving van toepassing is bij de realisatie van warmtenetten.

3 Aanbesteding warmtenetten

Het BAO en het BASS geven regels over de procedure voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Of de richtlijnen van BAO en BASS, als omzetting van de Europese richtlijnen 17 en 18, van toepassing zijn wordt bepaald door drie cruciale vragen:

- Wie is de aanbestedende partij?
- Wat is de aard van de opdracht
- Wat is de drempelwaarde van de opdracht

Voorts is een aantal procedures vastgelegd in het Aanbestedingsreglement Werken (ARW) 2005, dat van toepassing is op nationale aanbestedingen door aanbestedende diensten. Relevante jurisprudentie, arresten en interpretatieve mededelingen geven voorts een oordeel over specifieke aanbestedingssituaties.

3.1

Aanbestedende dienst bij warmtenetten

Opdrachten die door de overheid (gemeenten, provincies, waterschappen etc.) worden uitgegeven vallen in principe onder de aanbestedingsrichtlijnen als de geschatte waarde van de opdracht de bepaalde drempelwaarde overschrijdt. Of het BAO of het BASS van toepassing is wordt bepaald door het onderwerp van de opdracht.

De gemeente bepaalt in het bestemmingsplan of er een gas- dan wel warmte-infrastructuur wordt aangelegd op een locatie. Zij kan bovendien in de Bouwverordening vastleggen of, en onder welke voorwaarden, de te realiseren bouwopgave wordt aangesloten op welke energievoorziening: naast de aanleg van het elektriciteitsnet bepaalt zij of er een gas en/of warmtenet wordt aangelegd dan wel geen van beide. De gemeenteraad moet dit bekrachtigen in de Bouwverordening voor de betreffende locatie (Woningwet artikel 8 sub a, 1°). Het bepalen van deze voorziening behoort tot de publiekrechtelijke taak. Het elektriciteits- en gasnet worden uitsluitend aangelegd door de netbeheerders die in publieke handen zijn en dus gelden als aanbestedende dienst en waartoe dus de aanbestedingsplicht geldt. Er bestaat geen netwerkbedrijf dat als aanbestedende dienst aangemerkt is voor de aanleg en het beheer van warmtenetten. Er dient bij de aanleg van warmtenetten daarom steeds apart bepaald te worden welke partij de opdracht geeft en zal ook steeds bepaald worden wat de aard van de opdracht is.

Hoewel een projectontwikkelaar en een woningbouwcorporatie een andere rol vervullen bij de energievoorziening, met name in de exploitatiefase, zullen beiden een besluit nemen over de energie-infrastructuur in hun gebouwen. In principe geldt dat de projectontwikkelaar of de woningbouwcorporatie cq. de bouwer vrij is een energievoorziening op eigen grond te realiseren. Voor zover de ontwikkeling op eigen terrein is en voor eigen rekening en risico kan de ontwikkelaar zelf bepalen hoe de energie-infrastructuur wordt ontworpen en uitgevoerd. Hij kan deze dus zelf aanleggen en beheren, dan wel een partij zoeken die deze taak op zich neemt. Tot de perceelgrens is de aanleg voor de verantwoordelijkheid van de ontwikkelaar. Indien de voorziening aangesloten wordt op een voorziening die boven de eigen bouwopgave uitstijgt, of die in openbaar gebied komt, dienen een aantal zaken geregeld te worden. Zo zal er bij het passeren van het openbaar gebied een vergunning aangevraagd moeten worden.

Verlening van deze vergunning betreft de normale publiekrechtelijke taak van de gemeente: deze vergunningverlening maakt de gemeente niet tot opdrachtgever.

In veel ontwikkeltrajecten wordt ook de ontwikkeling van het openbare gebied aan de ontwikkelaar overgelaten (al dan niet in een samenwerkingsconstructie met de overheid). In een later stadium wordt dan een deel van het gebied (openbaar gebied) 'teruggegeven' aan de overheid. De vraag is, of dan in wezen – wellicht langs vele omwegen – niet sprake is van de situatie dat die projectontwikkelaar iets tot stand heeft gebracht dat uiteindelijk ten goede komt aan de gemeente of voldoet aan de bijzondere eisen van de gemeente, en waarvoor de ontwikkelaar ook op enige manier een tegenprestatie heeft ontvangen. In dat geval (zie Hoofdstuk 3) is immers sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht. Het enkele feit dat in dit gebied een energieleiding wordt aangelegd maakt de aanleg van de leiding zelf dus nog niet aanbestedingsplichtig; maar het hangt af van de verdere context waarin dit gebeurt. In hoofdstuk 5 wordt hier nader op ingegaan.

3.2 Aard van de opdracht

Bij de realisatie van warmtenetten dient onderscheid gemaakt te worden tussen de *aanleg* van het warmtenet en de *aanleg en exploitatie* van het warmtenet. Bij de aanleg gaat het dan om het realiseren van het geheel van leidingen en toebehoren. De term exploitatie dient nader onderzocht te worden.

Bij een electriciteits- en gasnet is de netbeheerder de partij die het net beheert én exploiteert; de gebruiker betaalt voor het gebruik van het net, namelijk voor het transport van elektriciteit en gas over dat net. Deze tarieven zijn gereguleerd. De partij die het gas en de elektriciteit leveren zijn andere partijen dan de netwerkbeheerders. De exploitatie betreft hier dus alleen het in beheer en onderhoud, d.w.z. de instandhouding, van het net.

Bij warmtelevering daarentegen gaat het bij de exploitatie van het net om zowel de beschikbaarstelling en instandhouding van het net *als* de levering van warmte. De volgende opties dienen beschouwd te worden:

- De aanleg van de werken
- De exploitatie van de werken, doelend op de instandhouding van het net
- De levering van warmte gedurende een bepaalde periode

Bij de exploitatie (instandhouding en levering) is voorts ook van belang of dit in opdracht is van een aanbestedende dienst, in welk geval de exploitatie gezien kan worden als een opdracht, of dat dit voor rekening en risico van de marktpartij plaats vindt. In dat geval gaat het om een de verlening van een concessie.

3.2.1 Aanleg van werken

Conform BAO art. 1 lid h kan de aanleg van een warmte-infrastructuur worden beschouwd als een werk: 'een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel etc.'. De *aanleg* van warmtenetten kan dus gezien worden als een opdracht voor werken in de zin van het BAO (mits een aanbestedende dienst opdrachtgever is, en aangenomen dat aan de overige eisen van BAO is voldaan; namelijk een opdracht tot het uitvoeren van een werk). Indien de opdrachtgever niet een aanbestedende dienst is geldt het BAO dus niet.

3.2.2

Exploitatie van de werken

Het BASS is van toepassing op de 'beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten voor *openbare* dienstverlening op gebied van productie, vervoer of de distributie van gas of *warmte* of de gas- of *warmtetoevoer* naar de netten (art 2.1)^g. Het BASS is slechts toepasselijk is als het gaat om:

- a) de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van gas of warmte, of
- b) de gas- of warmtetoevoer naar de netten, bedoeld in onderdeel a.

Zo gezien valt de exploitatie van de warmtenetten onder het BASS. Uitgangspunt van deze notitie is dat, omdat gas- en warmte op 1 lijn gesteld worden, met de exploitatie bedoeld wordt het beheer en de instandhouding van dat net.

In art 2.2 wordt bepaald dat:

De toevoer van gas of warmte naar netten bestemd voor openbare dienstverlening door een overheidsbedrijf, of een bedrijf of instelling waaraan door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend, valt niet onder de activiteiten, bedoeld 2.1, wanneer:

- a) *de productie van gas of warmte door het betrokken overheidsbedrijf, of bedrijf of instelling waaraan door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend, het onvermijdelijke resultaat is van de uitoefening van een andere dan de activiteit, bedoeld in het eerste lid, artikel 4, eerste lid, of de artikelen 5 tot en met 8, en*
- b) *de toevoer aan het openbare net tot doel heeft deze productie op economisch verantwoorde wijze te exploiteren en* overeenstemt met ten hoogste 20 procent van de omzet van de aanbestedende dienst berekend als het gemiddelde over de laatste drie jaren, met inbegrip van het lopende jaar.

Over de levering aan gebruikers wordt hier dus in het geheel niets vermeld.

Omdat het BASS een lichter aanbestedingsregime kent dan het BAO, is de regel dat het BASS uitsluitend van toepassing is als het gaat om de in het BASS omschreven activiteiten en waarbij voor andere activiteiten gewoon het BAO geldt. In het algemeen geldt de regel dat uitzonderingen op de hoofdregel (en BASS is dus een uitzondering op BAO) restrictief moeten worden toegepast. Waar geaarzeld kan worden of het BASS dan wel het BAO van toepassing is dient dus in beginsel voor het zwaardere regime van het BAO gekozen te worden.

3.2.3

Concessie overeenkomst

In de praktijk van warmte-(en koude) levering gaat het nagenoeg altijd om de aanleg en het beheer van het warmtenet *in combinatie met* de levering van warmte aan gebruikers. Er wordt dus gedurende een bepaalde periode door de warmteleverancier warmte aan gebruikers geleverd. Omdat het gaat om de levering van warmte waarbij het risico van de exploitatie van dat net bij de marktpartij ligt. Er wordt daarom gesproken van een concessieovereenkomst waarbij de marktpartij het recht vergund krijgt om het warmtenet te exploiteren.

^g Zie ook Richtlijn 2004/17/EG art. 3 lid 1 sub a

Bij deze concessie dient bepaald te worden of deze beschouwd kan worden als een concessie voor werken dan wel voor diensten.

In BAO art. 58^h wordt aangegeven dat het BAO eveneens geldt voor *concessieovereenkomsten voor openbare werken*, zei het in een lichtere vorm. Echter wordt daarbij in art 59 BAO óók bepaald, dat het BAO niet geldt voor (onder meer) concessieovereenkomsten die een aanbestedende dienst die 'nutsactiviteiten' verricht als bedoeld in BASS art 3 t/m 7 wil sluiten als die concessieovereenkomst wordt gesloten met het oog op die nutsactiviteiten.

In het BASS, art 15, wordt aangegeven dat 'dit besluit niet van toepassing is op een *concessieovereenkomst voor werken of een concessieovereenkomst voor diensten* die gesloten wordt door een aanbestedende dienst die een of meer van de activiteiten bedoeld in artikel 2 t/m 6 (waaronder warmtelevering) uitoefent indien de concessieovereenkomst met het oog op de uitoefening van die activiteiten gesloten wordt'. Deze uitsluiting geldt echter uitsluitend voor de aanbestedende dienst als gedefinieerd.

Zowel BAO als BASS zijn dan dus niet van toepassing. Zij zijn wel van toepassing indien een aanbestedende dienst een opdracht aan een niet aanbestedende dienst wil aanbesteden.

Bij de levering van warmte gaat het in feite om de levering van een dienst dus dan zou een concessie voor warmtelevering via een warmtenet een concessie voor de levering van diensten zijn. In het BAO, art 16 wordt aangegeven dat 'dit besluit niet van toepassing is op concessieovereenkomsten voor diensten'. Het BAO is hierbij duidelijk: er wordt geen uitzondering of niet van toepassing verklaring aan toegevoegd. Het BASS gaf deze uitsluiting voor concessies van diensten al in artikel 15, zei het dat hier alleen de bijzondere voorwaarden golden.

Beschouwd als een levering van diensten hoeft dus niet conform de aanbestedingsregels van BAO of BASS aanbesteed te worden.

3.2.4 *Combinatieopdracht: aanleg, beheer en instandhouding en levering*

Met betrekking tot de aanleg van het warmtenet kan aangemerkt worden dat deze gezien kan worden als een ondergeschikte activiteit die dienstbaar is aan de levering van warmte. Hiermee is de aanleg dus inbegrepen in de concessie. Omdat de aanleg in feite als opstap voor de levering gezien kan worden kan niet betoogd worden dat een concessie hierbij een manier is om onder de aanbestedingsregels uit te komen.

Dit weerspiegelt zich ook in de waardebepaling van de opdracht: de te verwachten inkomsten van de levering van warmte zijn vele malen groter dan de waarde van de aanleg van de werken zelf.

3.2.5 *Dienstenrichtlijn*

Op grond van de Dienstenrichtlijn geldt het verstrekken van een vergunning in het algemeen niet als het verstrekken van een opdracht, waarop dan een aanbestedingsplicht ligt. Wanneer het aantal beschikbare vergunningen echter beperkt is door schaarste van natuurlijke hulpbronnen of bruikbare technische mogelijkheden kan wel een aanbestedingsplicht gelden. (artikel 12 lid 1).

^h Richtlijn 2004/18/EG art 56 en 57

Betoogd kan worden dat de gunning van het realiseren en exploiteren van een warmtenet op een bepaalde locatie vergeleken kan worden met het verstrekken van een vergunning waarbij geldt dat slechts een enkele partij deze kan uitoefenen. Hierbij moet dan wel expliciet geregeld zijn bij wet dat dit exclusief recht aan één partij gegeven is. Dat wil zeggen dat het exclusief recht door regelgeving vastgelegd moet zijn. En dat is doorgaans niet aan de orde bij een warmtenet; alleen nadat een eventuele aanbesteding heeft plaatsgevonden.

Omdat de afnemers geen keuze hebben om wel of niet aangesloten te zijn op het warmtenet dat voorziet in de warmtevraag (omdat er geen gasnet ligt) kan de levering van warmte ook gezien worden als een dienst van Algemeen belang. Hiermee zou dan eventueel een aanbestedingsplicht verdedigd kunnen worden.

3.3 Jurisprudentie

Kijkende naar de jurisprudentie inzake concessieovereenkomsten met betrekking tot diensten die eveneens op grond van BAO art 16 worden uitgesloten van aanbestedingsplicht, heeft het Europese Hof van Justitie ten aanzien van dit soort opdrachten bepaald dat er toch publicatie dient plaats te vindenⁱ.

Juist voor concessies voor de levering van diensten heeft het Europese Hof van Justitie herhaaldelijk beslist dat, hoewel formeel Richtlijn 2004/18/EG en Richtlijn 2004/17/EG (en daarmee resp. BAO en BASS) niet van toepassing zijn, wel de algemene beginselen van het EG-Verdrag van toepassing zijn, met name die van transparantie, openbaarheid en non-discriminatie van toepassing zijn. In de Interpretatieve Mededeling (2006/C 179/02) van de Commissie over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen geeft de Commissie aan hoe zij de rechtspraak van het Hof interpreteert. Het gaat hierbij om opdrachten:

- Waarvan de waarde onder de toepassingsdrempels voor de richtlijnen inzake overheidsopdrachten ligt of;
- Om opdrachten uit bijlage IIB van Richtlijn 2004/18/EG of bijlage XVII bij Richtlijn 2004/17/EG of;
- Als derde groep wordt verwezen naar de bovengenoemde concessieovereenkomsten voor diensten en concessieovereenkomsten voor werken.

In de mededeling wordt erop gewezen dat indien aanbestedende diensten opdrachten plaatsen die binnen de werkingssfeer van het EU verdrag (Werkingsverdrag)vallen zij de *regels en beginselen* van dat verdrag in acht nemen. Het gaat hierbij, naast de beginselen van vrije verkeer van goederen (art. 28), het recht van vestiging (art. 43), het vrij verrichten van diensten (art. 49) om non-discriminatie (art. 18) en gelijke behandeling, transparantie, evenredigheid en wederzijdse erkenning.

Deze beginselen worden hiermee op dit soort overeenkomsten van toepassing verklaard, hoewel zij, net zoals de concessieovereenkomsten voor diensten (BAO art. 16) conform de richtlijnen hier niet onder vallen. De mededeling geeft voorts aan welke basisnormen voor het plaatsen van de opdrachten geldig zijn.

ⁱ zaak C-324/98, Teleaustria; HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, Coname; en HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 Parking Brixen.

Dat betekent dat de gunning van een dergelijke concessie, hoewel formeel niet aanbestedingsplichtig, toch openbaar bekend gemaakt moet worden. Hoever deze verplichtingen dan gaan en in hoeverre de gunningprocedure dan toch trekjes krijgt van een aanbestedingsprocedure, hoewel formeel geen aanbestedingsplicht bestaat, is nog volstrekt onduidelijk (en ook omstreden).

3.3.1 *Drempelwaarde*

In hoofdstuk 3 zijn de drempelbedragen voor aanbesteding genoemd. Bij het bepalen van de hoogte van het bedrag van de aanbesteding dient uitgegaan te worden van een realistische begroting.

Bij de aanbesteding van het warmtenet doen zich twee mogelijkheden voor:

1. Voor de aanleg dient uitgegaan te worden van een realistische calculatie van de totale realisatiekosten.
2. Bij de aanbesteding van de aanleg en exploitatie (dus de concessie voor werken kan uitgegaan worden van de sommatie van de te verwachten aansluitbijdragen per woning met de te verwachten levering over 30 jaar. De aanbesteding van de warmtevoorziening betreft dan het ontwerp, de aanleg, de financiering en de exploitatie (DBFMO=Design, Built, Finance, Maintain en Operate). Hierbij zijn de volgende kostencomponenten te onderscheiden:
 - a) Aansluitbijdrage: Het bedrag dat de aanbieder aan de ontwikkelaar c.q. bouwer in rekening brengt om de woningen aan te sluiten op het warmtenet. De aansluitbijdrage of BAK (Bruto Aansluitkosten) is over het algemeen lager dan de totale investering in de voorziening. De aanbieder verdient dit verschil terug in de exploitatie van het warmtenet.
 - b) Jaarlijkse kosten: de bewoners/gebruikers betalen een periodiek vastrecht en betalen voor de levering van het product warmte (per GJ of per m³ voor warm tapwater).

Voor zover er een verschil is tussen de waarde van de totale investering en de waarde van de aansluitbijdrage dient van de grootste waarde te worden uitgegaan.

3.4 **Conclusies**

Uit het voorgaande blijkt voor aanbesteding *door een aanbestedende dienst* het volgende:

- Voor de aanleg van een warmtenet met een minimale waarde van € 4.845.000 het BAO van toepassing is. In dit geval moet Europees aanbesteed worden.
- Voor de aanleg van een warmtenet met een waarde minder dan € 4.845.000 is het BAO noch het BASS van toepassing. Wel moet aanbesteed worden volgens de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht (uitgaande van jurisprudentie en interpretatieve mededelingen). Indien er een grensoverschrijdend belang is kan de aanbestedingsplicht alsnog van toepassing zijn.

- Voor de aanleg en instandhouding is het BASS van toepassing. Voor zover het aanbestedende diensten betreft zijn deze niet aanbestedingsplichtig, onder voorwaarden. Wel moet hier aanbesteed worden volgens de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. (uitgaande van jurisprudentie en interpretatieve mededelingen)
- Als er sprake is van een combinatie van de aanleg en exploitatie, waaronder zowel instandhouding als levering van warmte, kan dit beschouwd worden als een diensten concessie, die niet aanbestedingsplichtig is.

Afgaande op jurisprudentie en interpretatieve mededelingen van de Europese Commissie aangaande de aanbestedingsrichtlijnen, dient ook in de gevallen die niet onder het BAO of BASS vallen aangesloten te worden bij de algemene principes van het aanbestedingsrecht. Het verdient dan ook aanbeveling om ook in die gevallen gebruik te maken van één van de hiervoor beschreven onder het BAO toegestane methoden van aanbesteding te volgen: bij voorkeur de openbare procedure of de niet-openbare procedure. Hierbij kan op punten wel afgeweken worden van de precieze procedures, zo is het niet in alle gevallen noodzakelijk om op Europese schaal aan te besteden. Hiervoor kan ook aangesloten worden bij de regels in het ARW 2005.

4 Gebiedsontwikkeling

Zoals voorgaand hoofdstuk aangeeft blijft er nog veel onduidelijk met betrekking tot de verplichting tot al dan niet aanbesteden. De regelgeving is dan wel helder voor wat betreft de aanbesteding van de werken, wat betreft de concessie bestaat dus onduidelijkheid. Om meer inzicht te krijgen in de richting waarin regelgeving zich zou kunnen bewegen wordt hier nader ingegaan op de aanbesteding jurisprudentie bij gebiedsontwikkeling. Vanwege uitspraken van het Europees Hof van justitie, dan wel discussies met de Europese Commissie over Nederland specifieke situaties, heeft het ministerie van VROM i.s.m. de NEPROM de Reiswijzer 2009 uitgebracht. Deze betreft een handreiking over hoe om te gaan met aanbestedingsrecht met behoud van de mogelijkheden voor samenwerking tussen publieke en private partijen.

4.1 Samenwerkingsmodel

Bij gebiedsontwikkeling wordt een gebied opnieuw ingevuld: het gaat daarbij om de onder- en bovengrondse ontwikkeling van infrastructuur en wonen, werken, groen en recreatie. De grondexploitatie omvat hier het bouw- en woonrijp maken van een gebied, de verwerving en verkoop van grond. De opstalexploitatie omvat daarbij de ontwikkeling van het vastgoed, al dan niet privaat dan wel publiek. Daarnaast vindt planontwikkeling plaats

Bij de positie van partijen wordt onderscheid gemaakt naar eigendomsverhoudingen. Als de gemeente eigenaar is (via verwerving) van de gronden kan zij kavels uitgeven en de planvorming, binnen de kaders van het publiekrechtelijk bestemmingsplan, richting geven. Wanneer private partijen de grond bezitten kan samenwerking gevonden worden door deze aan de gemeente over te dragen met een claim op de later uit te geven kavels. De private partij die grondeigenaar is heeft echter in beginsel het recht tot ontwikkeling en zelfrealisatie.

Bij gronduitgifte door de gemeente aan een marktpartij of de keuze van een marktpartij als partner in een PPS (bijvoorbeeld in een GEM) werd er tot voor kort van uit gegaan dat er geen Europese aanbestedingsprocedure gevolgd moest worden. Voorbehoud hierbij was wel dat de gemeente niet rechtstreeks financiert in de ontwikkeling of ten aanzien van de ontwikkeling eisen stelt die verder reiken dan gemeentelijke publieke taak. Immers: door het stellen van eisen wordt de gemeente opdrachtgever in de zin van de Richtlijn. Ook zijn de aanbestedingsregels van toepassing voor dát deel waar publieke werken onderdeel uitmaken van de ontwikkeling is. Als een deel van het publieke werk 'verlegd' wordt naar de ontwikkelaar geldt hier dat op dat deel van de ontwikkeling wel sprake is van een aanbestedingsplicht. Ontwikkeling door commerciële ontwikkelaars voor eigen rekening en risico werd buiten de aanbestedingsplicht beschouwd.

4.2 Jurisprudentie gebiedsontwikkeling

Recent is een aantal uitspraken gedaan door het Europees Hof die betrekking hebben op het al dan niet aanbestedingsplichtig zijn van partijen of opdrachten in het kader van gebiedsontwikkeling.

Hoewel de huidige uitspraken of interpretatieve mededelingen geen formele wetgeving zijn, geven ze wel belangrijk inzicht in de uitleg van de Wetten en Richtlijnen door het Europese Hof en de Europese Commissie. Waar aanvankelijk gedacht werd dat deze uitspraken niet van toepassing zijn op de Nederlandse situatie, heeft de minister^j toch aandacht gevraagd voor de implicatie van o.a. het arrest van Jean Auroux (zie onder). Vooral in samenwerkingsverbanden tussen publieke en private partijen (PPS) bij project- en gebiedsontwikkeling blijken vaak duidelijke gronden te zijn voor aanbestedingsplicht.

Recentelijk is in een aantal zaken uitspraak gedaan over de vraag of de opdrachtgever als aanbestedende dienst geldt in het licht van Richtlijn 2004/18/EG. Samengevat wordt in Art. 1. lid 2 van de Richtlijn het volgende gesteld:

- Overheidsopdrachten voor werken zijn schriftelijke overeenkomsten onder *bezwarende titel* die betrekking hebben op: ontwerp en uitvoering van een werk door een aannemer. Hierbij gaat het erom of er een tegenprestatie geleverd wordt. Deze kan beschouwd worden in geld dan wel in natura, maar ook het afzien van een exploitatievergoeding, of het bepalen van een lagere grondprijs dan marktconform gesteld zou kunnen worden.
- Het door een aannemer middels een derde laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst *vastgestelde eisen* voldoet. Naarmate de door de gemeente gestelde eisen verder reiken dan de publieke taak kan de gemeente meer beschouwd worden als opdrachtgever.
- Van belang is hierbij bovendien hoe er met de aanbestedingsplicht wordt omgegaan bij betrokkenheid van meerdere partijen: als de aanbestedingsplicht ligt bij de gemeente, mag deze dan doorgelegd worden naar derden?

4.2.1 *Auroux/Roanne (Zaak C-220/05, uitspraak Hof EU 18 januari 2007)*

In deze zaak participeerde de gemeente Roanne (Frankrijk) samen met private partijen in de ontwikkeling van een recreatiecomplex, een parkeerterrein en openbare infrastructuur. Hiermee werd voorzien in het revitaliseren van een achterstandswijk. Tussen private partijen en gemeente was een publiekrechtelijke overeenkomst afgesloten waarin eisen gesteld werden aan de opgave. Bovendien profiteerden marktpartijen die de bioscoop en de bedrijfsruimten mochten bouwen van het feit dat zij zonder mededinging konden deelnemen aan het grootschalige revitaliseringsproject. Hiermee wordt een tegenprestatie geleverd welke bezwarende titel grond voor aanbesteding geeft. Betoogd wordt dat hier aanbestedingsplicht geldt omdat eisen (uitstijgend boven publiek gangbare) gesteld worden, de gemeente participeert in de PPS en er sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel.

4.2.2 *Scala arrest (Zaak C-399/98, uitspraak Hof EU 12 juli 2001).*

De zaak Scala betrof de restauratie en verbouwing van een theater (gezien als infrastructurele voorziening) en ontwikkeling van particuliere kavels in Milaan, Italië. De ontwikkelaars droegen het te verkavelen gebied om niet over aan de gemeente. Zij hadden de verplichting op zich genomen om het theater en de parkeerplaatsen te bouwen, onder aftrek van de, op grond van regelgeving gebruikelijke bijdrage in de exploitatiekosten.

^j Brief van 11 oktober 2009 namens minister van VROM met bijlage onderzoeksrapport Interdepartementale Commissie Europees Recht, vastgesteld door de ministerraad

De gemeente gunde het werk onderhands aan de private grondeigenaar. Echter: het theater wordt bestempeld als infrastructurele voorziening welke aanbesteed had moeten worden als een concessieovereenkomst voor openbare werken. Het afzien van een exploitatievergoeding door de aanbestedende dienst levert een bezwarende titel.

4.2.3

Doorleggen van aanbesteding:

In het Scala-arrest werd geaccepteerd dat de aanbestedende dienst haar verplichting 'afwentelde' op een andere partij; men noemt dit wel het 'doorleggen' van de aanbestedingsplicht. Het Scala-arrest lijkt echter een uitzonderingssituatie te zijn geweest, die vooral lijkt te zijn ingegeven door de specifieke Italiaanse wetgeving op dit punt. De meest recente stand van zaken lijkt echter te zijn, dat een aanbestedende dienst zelf er voor verantwoordelijk is dat de verplichtingen van de Aanbestedingsrichtlijnen stipt en getrouw worden nagekomen.

Als er sprake is van 1 grondeigenaar die bereid en in staat is tot realisatie van het werk dat de overheid wil en ook de regiefunctie van de overheid aanvaardt, brengt naar Nederlands recht het 'zelfrealisatierecht' van de eigenaar mee dat hij niet onteigend kan worden. Dat is een situatie die vergelijkbaar is met die van het Scala-arrest. In dat geval kan de overheid dus niet anders dan de grondeigenaar het werk gunnen en kan de overheid niet aanbesteden. In dat geval kan de aanbestedingsplicht waarschijnlijk wel doorgelegd worden naar de grondeigenaar. Als deze grondeigenaar in het kader van de realisatie van het project opdrachten te vergeven heeft, zal hij moeten aanbesteden precies alsof hij een aanbestedende dienst is. De overheid zal dat van tevoren precies met deze grondeigenaar moeten afspreken en overeenkomen. Is de grondeigenaar niet bereid om zo een afspraak te maken met de overheid, dan is hij dus niet bereid de regiefunctie van de overheid te aanvaarden en kan hij alsnog onteigend worden, en kan de overheid, na onteigening, alsnog de opdracht voor het werk zelf aanbesteden.

In alle gevallen waarin de overheid een keus heeft en dus niet door het zelfrealisatierecht 'gebonden' is aan de grondeigenaar, lijkt de overheid de aanbestedingsplicht niet te kunnen 'doorleggen'.

Bij de aanleg van warmtenetten zullen de gronden waarin het net gelegen is, vaak in de handen van meerdere eigenaren zijn, lijkt de aanbestedingsplicht niet 'doorgelegd' te kunnen worden. Zie in dezelfde zin de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009.

4.2.4

Vathorst Arrest (SG CE nr. 2003/5274 21 maart 2005)

In de zaak Vathorst (Amersfoort) werd het plangebied (in het kader van VINEX) aangewezen als bouwlocatie met als doel terugdringing van het woningtekort. Het merendeel van de gronden behoorde aan private partijen hetgeen een PPS-constructie noodzaakte. Er werden bovendien ontwikkelingsrechten voor sociale woningbouw toegekend aan corporaties. De ontwikkelaars behielden de bouw kavels en verkregen inkomsten uit de verkoop hiervan. Het openbare gebied en de infrastructurele voorzieningen werden 'om niet' overgedragen.

De Europese Commissie heeft Nederland in gebreke gesteld want zij is hier van oordeel dat er sprake is van een overheidsopdracht omdat zowel via publiekrecht (bestemmingsplan) als via privaatrecht (overeenkomst in PPS) door de overheid vergaand eisen aan de ontwikkeling zijn gesteld. Bovendien is sprake van een bezwarende titel: immers: om niet bestaat niet, de marktpartijen kregen hier opbrengst uit de bouwrijpe kavels in ruil voor overdracht van de infrastructurele werken.

De ontwikkelingsrechten aan de corporatie hadden ook in een open aanbesteding uitgezet moeten worden. De Commissie en Nederland zijn het eens geworden over wat in essentie in het ICER rapport is vastgesteld, en nu ook in de vernieuwde Reiswijze gebiedsontwikkeling 2009 is vastgelegd.

4.3

Conclusies ten aanzien van gebiedsontwikkeling

In de zaak Scala gaat om wat een bezwarende titel inhoudt, namelijk het *afzien* door de gemeente van een *vergoeding* van de infrastructuurkosten, aan haar te betalen door de ontwikkelaars met grondpositie. In de zaak Vathorst gaat het om wie de bezwarende tegenprestatie levert. Hier bestond de tegenprestatie uit de overname door de *gemeente* en door *derden* door een vergoeding van de uit de grondexploitatie resulterende kavelprijzen. Hierover was ook reeds een uitspraak gedaan in de zaak Mortierepolder door het Hof in Den Haag (31 januari 2001) waar de grond met infrastructurele werken om niet of voor een symbolisch bedrag aan de gemeente in overdracht werd gegeven terwijl de kosten van die werken via de verkoopprijzen van de commerciële opstallen aan derden in rekening was gebracht.

Projectontwikkelingsrechten leveren ook een bezwarende titel: private marktpartijen worden vergoed, ook indien dit geschiedt door een derde.

Uit deze zaken blijkt dat het feit of een publieke partij opdracht geeft tot of gaat beschikken over de opgave niet van belang is voor de aanbestedingsplicht, maar dat het stellen van eisen aan die opgave reeds grond geeft tot aanbesteding^k. Als de gemeente zich in een zaak beperkt tot het stellen van eisen op basis van wettelijke regelingen (bijvoorbeeld Huisvestingswet, Bouwbesluit) kan er van uit gegaan worden dat het om publieke eisen handelt. Het feit dat de gemeente eisen stelt die aanmerkelijke verder gaan dan die de publieke norm stelt betreft het een private norm. Hierdoor krijgt de opdracht het karakter van een aanbestedingsplichtige opdracht. In gelijke mate kan betoogd worden dat eisen aan bijvoorbeeld de energiezuinigheid, verdergaand dan de wettelijke EPC eis, een private eis geldt, ofschoon het laatste niet toegestaan is (Uitspraak Rechtbank Breda, 23 mei 2007, met beroep op woningwet art. 122).

Van belang zijn twee cruciale vragen:

- Profiteren marktpartijen op enige manier van 1 op 1 selectie (of onderhandse of op andere wijze niet openbare selectie)? (d.w.z.: is er sprake van bezwarende titel?)
- En stelt de overheid specifieke eisen die buiten het publiekrechtelijk kader vallen (voldoet aan eisen binnen richtlijn)?

^k Commentaar op deze arresten is dat ze in NL niet van toepassing zijn wegens andere manier van werken. Gezien de ontwikkeling van de jurisprudentie in gebiedsontwikkeling, en de strekking die deze mogelijk hebben tav de realisatie van energievoorzieningen (voor zover niet uitgezonderd via andere wetgeving) zijn deze hier toch opgenomen.

In Vathorst kregen partijen opbrengst uit bouw kavels in ruil voor overdracht van infrastructurele werken en in Roanne profiteerden partijen die de bioscoop en bedrijfsruimte mochten bouwen van het feit dat zij zonder mededingen konden deelnemen aan een groot revitaliseringswerk.

Bij grondeigendom door de gemeente kan de laatste de ontwikkeling middels aanbesteding bij een private partij leggen. Aparte aanbesteding van de openbare werken kan worden ondervangen door de aanbestedingsplicht reeds bij de selectie van de marktpartij door te leggen: de infrastructuur is dan onderdeel van de selectie. In een later stadium wordt de publieke voorziening dan terug gegeven aan de overheid. Bij deze constructie dient er voor gewaakt te worden dat het laten uitvoeren van de publieke voorziening via het 'doorleggen' van de aanbestedingsplicht niet leidt tot veel lagere uitvoeringskosten. De werkelijke uitvoeringskosten worden dan opgenomen in de verkoop van de overige opgave (bijvoorbeeld bouwrijpe grond, gebouwen), waardoor het doorleggen van de aanbestedingsplichtige opdracht aangemerkt kan worden als ongeoorloofde staatsteun.

Deze redenering kan ook gevolg krijgen voor de aanbesteding van infrastructurele werken waar bijvoorbeeld eisen aan de energiezuinigheid worden gesteld.

4.4

Conclusies ten aanzien van warmte- en koude infrastructuur

Op gelijke wijze kan betoogd worden dat de aanbesteding van warmte- en koudevoorziening aanbestedingsplichtig is. In veel projecten immers is sprake van het stellen van eisen door de gemeente (CO₂, EPL etc.) die boven de publiekrechtelijke taken van de gemeente uitgaan. Tevens geldt dat er sprake is van een bezwarende titel (namelijk de ontwikkelaars betalen een aansluitbijdrage en de bewoners betalen vast recht en een leveringstarief). In het geval de aanbesteding alsnog doorgelegd wordt (in feite dus alleen mogelijk als er sprake is van zelfrealisatie) dan blijft de aanbestedende dienst gehouden te borgen dat de aanbesteding geschiedt conform de wijze zoals zij dat zelf had moeten doen.

5 Wijze van aanbesteden

5.1 **Waarom aanbesteden**

Gezien de beschrijving van de regelgeving en de gegeven jurisprudentie lijkt het soms zaak om een aanbesteding te voorkomen; het lijkt lastig en kost veel tijd, en geld. Belangrijk is echter ook de redenen cq. voordelen aan te geven:

Als eerste gelden de regels van het verdrag van de EG: een vrije vestiging en mogelijkheden om grensoverschrijdend in het economisch verkeer te participeren. Bij aanbesteding in een vrije markt, die open transparant en non discriminatoir is geldt voorts dat verwacht kan en mag worden dat bij ene openbare (Europese) aanbesteding de meest gewenst partij de meest optimale werken/diensten zal leveren tegen een optimale kwaliteit en minimale kosten. Tevens geldt het oogpunt van een doelmatige besteding van overheidsmiddelen of het maximaliseren van de opbrengsten (financieel/kwalitatief).

5.2 **Aanbestedingsbeginselen**

De genoemde Wetten en Richtlijnen schrijven een bepaalde manier van aanbesteden voor bij overheidsopdrachten. In het voorgaande is een aantal belangrijke voorwaarden genoemd waaronder een opdracht of een opdrachtgever al of niet valt onder de Wetten en Richtlijnen. Zo is gebleken dat er bij aanbesteding van de aanleg en exploitatie van warmtenetten sprake is van een concessieovereenkomst voor werken, die formeel niet aanbestedingsplichtig is. Toch blijkt uit jurisprudentie dat in gevallen van aanbesteding die formeel niet onder de Wetten en Richtlijnen vallen, 'gehandeld' moet worden volgens de aanbestedingsregels zoals die zijn voorgeschreven in het BAO/BASS en de algemene beginselen van aanbestedingsrecht na te leven voor het gunnen van warmtenetten. Dit houdt in dat een algemeen aangekondigde, voor iedere geïnteresseerde toegankelijke aanbestedingsprocedure aan de hand van objectieve voorwaarden en eisen dient plaats te vinden. De volgende beginselen dienen in acht te worden genomen:

- Gelijke behandeling of non-discriminatie: Dezelfde eisen en criteria gelden voor alle inschrijvers. De aanbestedende diensten dienen te waarborgen dat de deelnemers die aan een aanbestedingsprocedure van warmtenetten meedoen, niet bevoordeeld of benadeeld mogen worden ten opzichte van elkaar of van derden. Ook dienen zij ervoor te zorgen dat alle geïnteresseerde ondernemers op gelijke wijze van dezelfde informatie worden voorzien. Dus elke betrokkene moet dezelfde informatie krijgen tijdens de procedure. In een procedure kunnen de diensten overgaan tot een voorselectie van gegadigden, maar zij dienen hiervoor in de aankondiging objectieve en niet discriminerende criteria die zij van plan zijn te gebruiken te vermelden. Er dient hierbij inzicht te worden verschaft in de wijze waarop de selectie zal plaatsvinden, zodat de gegadigden daarmee rekening kunnen houden.

- **Transparantie en objectiviteit:** Op grond van dit beginsel dienen de criteria voor de gunning bekend gemaakt te worden gemaakt. Tevens moeten de relevante eisen en criteria voorafgaand aan de inschrijving aan deelnemers bekend gemaakt worden. Een dienst die warmtenetten wil gunnen is verplicht haar aanbestedingsstukken openbaar te maken. De besluiten van de dienst kunnen op deze manier achteraf worden gecontroleerd. Praktisch gezien betekent dit dat de dienst de geïnteresseerde ondernemers toegang verschaft tot alle relevante informatie betreffende de opdracht voordat deze wordt gegund. Hoewel noodzakelijkerwijze geen Europese publicatie plaats hoeft te vinden, dient enige openbare bekendmaking gekozen gedaan te worden (bijvoorbeeld met publicatie op de website van de gemeente of de aanbestedingskalender kan worden volstaan).
- **Proportionaliteit:** Voorts dienen de gekozen maatregelen en criteria die de diensten stellen noodzakelijk en passend te zijn met het oog op wat zij willen bereiken. De criteria die zij in haar P.v.E. vermelden en stellen aan geïnteresseerde ondernemingen die zich willen inschrijven, dienen in verhouding te staan tot de te verlenen diensten of werken. Voorts mogen de criteria die worden gesteld de kring van de voor de inschrijving in aanmerking komende marktdeelnemers niet beperken op een manier die geen verband houdt met de opdracht. Dit houdt in dat een dienst geen onredelijke eisen mag stellen.
- **Wederzijdse erkenning:** Op grond van dit beginsel moeten lidstaten van de EU goederen en diensten van ondernemingen uit andere lidstaten toelaten voor zover die goederen en diensten op gelijkwaardige wijze beantwoorden aan de legitieme doelstellingen van de lidstaat van bestemming. Dit betekent dat gemeenten ook ondernemingen uit andere lidstaten moet toelaten.

Hoewel het BAO en BASS evenals de Europese Richtlijnen niet van toepassing zijn bij het gunnen van de aanleg en exploitatie van warmtenetten (zie paragraaf 3.2), is het van groot belang dat de aanbestedende diensten zich wel aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht houden. Hierbij geldt dus dat de dienst niet gebonden is aan de termijnen en de gedragsregels van het Richtlijnen, tenzij zij deze zelf van toepassing verklaart. Indien er voorts een grensoverschrijdend belang is is Europees aanbesteden weliswaar geen eis, maar wel aan te raden.

5.3

Aanbestedingsrisico's

Wat indien niet aanbesteed wordt conform de (Europese) aanbestedingsregels? Bekeken vanuit de gemeente kunnen de gevolgen ingrijpend zijn. Hierbij is het mogelijk dat een (vermeende) gedupeerde partij de gunning van gemeente kan betwisten. Het risico geldt dat bij een gunning aan een partij na onderhandse selectie dan wel een procedure door onderhandeling (of anderszins betwiste procedure) de gemeente rechtsgeldig (meestal via kort geding) gesommeerd kan worden de samenwerking te stoppen. Deze kan geblokkeerd worden dan wel de gunning kan nietig verklaard worden. Naast vertraging in de ontwikkeling kunnen partijen de geleden schade op de gemeente verhalen.

6 Aanbestedingsprocedure

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk: overzicht van mogelijke aanbestedingsprocedures en de situatie waarin een procedure toegepast mag worden. Per procedure volgt een overzicht van de te nemen stappen, de te hanteren termijnen en de bijbehorende documenten en daaraan gestelde eisen.

6.2 Aanbestedingsprocedures

Het BAO en BASS onderscheiden verschillende aanbestedingsprocedures, die onder verschillende voorwaarden gebruikt kunnen worden. Het ARW 2005 vervangt het ARW 2004 dat werd opgesteld naar aanleiding van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid. Het vormt een stapsgewijze uitwerking van het BAO. Deze geeft een praktische handreiking door heldere uitgeschreven procedurestappen. De vier bouwministeries hebben besloten deze praktische uitwerking te gebruiken, de overige overheden kunnen deze op vrijwillige basis inzetten. Hiermee vervallen voorgaande reglementen als het UAR-EG 1991 en UAR 1986 en 2001 evenals ARW 2004. Het ARW 2005 kent verschillende vormen van aanbesteding waarbij onderscheid gemaakt wordt tussen 2 varianten: 'Europese aanbesteding' en 'Nationale aanbesteding'. Het ARW geeft echter geen antwoorden op de vraag in welk geval welke procedure gebruikt kan of mag worden.

6.2.1 Procedures in het BAO

Het BAO (art. 28) onderscheidt twee procedures die altijd zijn toegestaan bij aanbestedingen die onder deze wet vallen:

- Openbare procedure: Alle belangstellende aannemers, leveranciers of dienstverleners kunnen na de publicatie van de aankondiging een offerte indienen.
- Niet-openbare procedure: De aanbestedende dienst selecteert uit de aannemers, leveranciers of dienstverleners, die na zich na publicatie van de aankondiging hebben aangemeld, diegenen die een offerte mogen indienen. Alleen de geselecteerde partijen krijgen een uitnodiging tot inschrijving. De selectie moet plaatsvinden op basis van vooraf kenbaar gemaakte, objectieve criteria.

Onder strikte voorwaarden (art. 29 tot 31) kan ook gebruik gemaakt worden van andere procedures van aanbesteding en/of gunning:

- Concurrentiegericht dialogo. Alleen bij bijzonder complexe overheidsopdrachten, daarmee niet van toepassing bij warmtenetten. Na bekendmaking van de opdracht treedt de aanbestedende dienst in dialoog met geselecteerde partijen over hoe de opdracht aangepakt kan worden;

- Procedure van gunning door onderhandelingen met mededeling van de aankondiging van de overheidsopdracht. Deze procedure mag alleen bij bepaalde uitzonderingen toegepast worden (art. 30 en 31). Deze uitzonderingen moeten restrictief geïnterpreteerd worden en door de aanbestedende dienst zelf onderbouwd worden. Evenals bij de niet-openbare procedure selecteert de aanbestedende dienst partijen die zich na publicatie van de aankondiging hebben aangemeld. De selectie geschiedt op basis van openbare, objectieve criteria. De geselecteerde partijen worden uitgenodigd om deel te nemen aan onderhandelingen;
- Procedure van gunning door onderhandelingen zonder mededeling van de aankondiging van de overheidsopdracht. Deze procedure mag alleen bij bepaalde uitzonderingen toegepast worden (art. 30 en 31). Deze uitzonderingen moeten restrictief geïnterpreteerd worden en door de aanbestedende dienst zelf onderbouwd worden.

Vanwege de aard van de opdrachten (aanleg van systeem voor warmtelevering) komen deze procedures niet in aanmerking.

6.2.2

Procedures in het BASS

In het BASS (art. 37) zijn drie procedures in alle gevallen toegestaan:

- Openbare procedure
- Niet-openbare procedure: De aanbestedende dienst selecteert uit de belangstellende aannemers, leveranciers en dienstverleners die zich na de publicatie van de aankondiging hebben gemeld diegenen die een offerte mogen indienen. (BASS, Nota van Toelichting)
- Procedure van gunning door onderhandelingen met voorafgaande aankondiging.

Daarnaast onderscheidt het BASS twee andere procedures:

- Procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande aankondiging. De aanbestedende dienst onderhandelt rechtstreeks met door hem gekozen partijen. (ook wel onderhandse gunning). Deze procedure mag alleen bij bepaalde uitzonderingen toegepast worden (o.a. art. 37 lid 2). Het betreft uitzonderingen als technische en artistieke redenen, waardoor slechts één aannemer in staat is om het werk uit te voeren. De procedure mag ook gebruikt worden als uit een eerdere procedure (met aankondiging of niet-openbaar) geen geschikte aanbieder gekomen is. Deze uitzonderingen moeten restrictief geïnterpreteerd worden en door de aanbestedende dienst zelf onderbouwd worden.
- Prijsvraag (§ 14, art. 61 tot 67), alleen voor opdrachten voor diensten.

Een verschil tussen het BAO en het BASS in dezen is: In het BAO mag de procedure van gunning door onderhandeling met aankondiging alleen onder voorwaarden gebruikt worden en mag in principe alleen vrij gekozen worden tussen de openbare en de niet-openbare procedure.

6.2.3

Andere procedures

In de praktijk en ARW 2005 komen bovendien de volgende manieren van selectie en gunning voor:

- Genoemde varianten waarbij niet Europees, maar nationaal (voor geïnteresseerde Nederlandse partijen) aanbesteed wordt.

- Gunning aan één partij: gunning door onderhandeling zonder voorafgaande aankondiging?
- Onderhandse aanbesteding (ARW 2005)/Niet-openbare procedure zonder voorselectie: de aanbestedende dienst vraagt een beperkt aantal aanbieders om een aanbieding te doen.

6.2.4 *Toepasbaarheid procedures / opdrachten buiten BAO en BASS*

Aanzet tot beantwoording van: In welke situatie kan welke procedure gebruikt worden?

Bij opdrachten die vallen onder het BAO (zie Hoofdstuk **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.**) kan gebruik gemaakt worden van de openbare of niet-openbare procedure. Alleen in uitzonderingssituaties kan dan gebruik gemaakt worden van de concurrentiegericht dialoge, of de gunning door onderhandeling met of zonder aankondiging. Er kan onzes inziens geen grond bepaald worden waarom de laatste twee procedures van toepassing zouden zijn op de aanbesteding van warmtenetten. Bij opdrachten onder het BASS vallen kan bovendien gebruik gemaakt worden van de gunning door onderhandeling met aankondiging. De concurrentiegericht dialoge is onder het BASS geen mogelijkheid.

Bij opdrachten die om wat voor reden dan ook niet onder het BAO of het BASS vallen is de keuze voor een toegestane procedure meer gecompliceerd. Onder meer vanwege de uitsluiting van concessieovereenkomsten voor werken in het BASS, zullen dergelijke opdrachten in de praktijk vaak voorkomen. Bij het uitvoeren van een aanbesteding moet altijd voldaan worden aan de algemene principes van het aanbestedingsrecht: non-discriminatie, transparantie, objectiviteit, proportionaliteit en wederzijdse erkenning.

Hoe meer een opdracht en/of opdrachtgever afwijkt van het gestelde in het BAO, BASS en de onderliggende Europese Richtlijnen, hoe meer aanbestedingsprocedures gebruikt kunnen worden en hoe vrijer de invulling van de procedure. Vooral de grootte, de waarde van een opdracht is hierbij een belangrijke maat.

Er kan afgeweken worden van de procedures als geschetst in het BAO en BASS op o.a. de volgende onderdelen:

- Het Europese karakter, door alleen in het eigen land een aankondiging te doen en/of alleen binnenlandse partijen uit te nodigen;
- Voorgeschreven nomenclatuur;
- Melding aan Europese Commissie;
- De te handhaven termijnen;
- De mate van openbaarheid: concreet door een bekendmaking over te slaan en direct in contact te treden met een beperkt aantal partijen;

Er kan uiteraard altijd gebruik gemaakt worden van de openbare en niet-openbare procedures als beschreven in BAO en BASS.

6.3 Uitvoering van de aanbesteding

Het BAO en het BASS stellen voorwaarden aan de uitvoering van de genoemde aanbestedingsprocedures. In deze paragraaf wordt beschreven welke stappen er in een aanbestedingsprocedure genomen dienen te worden, welke termijnen daaraan verbonden zijn en welke informatie daarbij tenminste verstrekt moet worden. Dit wordt in eerste instantie gedaan voor de procedures als beschreven in het BAO (en BASS), en dus voor de aanbesteding van opdrachten die onder deze wetten vallen. In tweede instantie wordt ingegaan op de (ruimere) mogelijkheden voor het uitvoeren van deze (en andere) aanbestedingsprocedures voor opdrachten die niet onder het BAO of het BASS vallen.

Van de verschillende procedures wordt beschreven uit welke stappen de procedure bestaat, welke termijnen daarbij in acht genomen dienen te worden, en welke documenten met welke informatie daarbij verstrekt dienen te worden.

De te volgen procedures en de daaraan gestelde voorwaarden zijn in het BASS beschreven in § 9 tot § 13 (artikel 37 tot 60) en worden in apart kader uitgewerkt. Algemeen geldt:

- Tenminste eenmaal per jaar een 'periodieke indicatieve aankondiging' van beoogde opdrachten. (art. 35 BAO en art 40 BASS) Mededeling via Commissie of kopersprofiel. Vooraankondiging bij Commissie conform BAO Bijlage 4, onderdeel A. Dit kan bijvoorbeeld gedaan worden via de Aanbestedingskalender¹.
- Aankondiging van een opdracht conform BASS Bijlage 2, onderdeel A, 1°, 2° of 3°. (BASS art 42, 1 c) De aankondigingen worden in principe ook kenbaar gemaakt aan de Commissie, voor of uiterlijk op de datum waarop de aankondiging openbaar gemaakt wordt (BAO, BASS art 44, 2, 3 en 5).
- Aankondigingen die op verschillende manieren kenbaar gemaakt worden bevatten dezelfde informatie (BAO, BASS art 44, 4).

6.3.1 *Stappen in procedure*

Bij de openbare en niet-openbare procedure zijn globaal de volgende fasen te onderscheiden:

- Uitnodiging en selectie (alleen niet-openbare procedure)
- Uitnodiging en inschrijving
- Vragenronde
- Gunning

Het verschil tussen beide procedures zit in het feit dat bij de openbare procedure in principe alle relevante partijen een aanbieding mogen doen. Bij de niet-openbare procedure mag alleen een kleiner aantal (3 tot 5?) geselecteerde partijen een aanbieding doen.

¹ www.aanbestedingskalender.nl

Openbare procedure conform BAO	
stappen	termijn
eventueel: vooraankondiging (Europees)	
aankondiging (Europees)	
uitnodiging tot inschrijving en toezenden stukken	52 dagen tot sluiting inschrijving of 36 dagen als een vooraankondiging gedaan is conform art 35, 1. (maar niet minder dan 22 dagen)
vragenronde	antwoord uiterlijk 6 dagen voor sluiting inschrijving, mits vraag tijdig ontvangen
sluiting inschrijving	dag 0
beoordeling	
gunning	
uitslag gunning	binnen 2 weken na gunning, op verzoek
sluiting bezwaarperiode	Alcateltermijn, zie ook wet implementatie richtlijn rechtsbescherming aanbesteden (> 15 dagen na gunning)
sluiten overeenkomst	

Niet-openbare procedure conform BAO	
stappen	termijn
aankondiging met uitnodiging tot aanmelding (Europees)	37 dagen tot sluiting aanmelding
sluiting aanmelding	
uitnodiging tot inschrijven en toezenden stukken aan geselecteerde partijen	40 dagen tot sluiting inschrijving of 36 dagen mits vooraankondiging gedaan is conform art 35, 1
vragenronde	antwoord uiterlijk 6 dagen voor sluiting inschrijving, mits vraag tijdig ontvangen
sluiting inschrijving	
beoordeling	
gunning	
uitslag gunning	binnen 2 weken na gunning, op verzoek
sluiting bezwaarperiode	Alcateltermijn, zie ook wet implementatie richtlijn rechtsbescherming aanbesteden (> 15 dagen na gunning)
sluiten overeenkomst	

Procedure met onderhandelingen met aankondiging, conform BAO	
stappen	termijn
Aankondiging (Europees)	37 dagen tot sluiting aanmelding
sluiting aanmelding	Dag 0 (aanmelding)
uitnodiging tot deelname aan onderhandelingen en toezenden stukken	40 dagen tot sluiting inschrijving of 36 dagen mits vooraankondiging gedaan is conform art. 35, 1 (BAO)
vragenronde	antwoord uiterlijk 6 dagen voor sluiting inschrijving, mits vraag tijdig ontvangen
sluiting onderhandelingen	Dag 0
beoordeling	
gunning	
uitslag gunning	binnen 2 weken na gunning
sluiting beroepsprocedure	Alcateltermijn, zie ook wet implementatie richtlijn rechtsbescherming aanbesteden (> 15 dagen na gunning)

Voorbeeld andere procedure. Niet Europees, aan beperkt aantal partijen (onderhands). Kan ook openbaar (lijkt op niet-openbare procedure). De termijnen zijn langer dan voorgeschreven in BAO en BASS, en passen beter bij de complexiteit van een opdracht voor levering en exploitatie van een warmtenet.

Onderhandse aanbesteding met voorselectie	
stappen	termijn
Aankondiging en selectiedocument aan beperkt aantal partijen	
sluiting aanmelding	
uitnodiging tot inschrijven en verzenden P.v.E.	63 dagen tot sluiting inschrijving
sluiting schriftelijke vraagstelling	49 dagen tot sluiting inschrijving
nota van inlichtingen gereed	35 dagen tot sluiting inschrijving
sluiting inschrijving	dag 0
bekendmaken voornemen tot gunning	28 dagen na sluiting inschrijving
sluiting bezwaarperiode	14 dagen na bekendmaking voornemen tot gunning, Alcatel termijn
sluiten overeenkomst	

6.3.2 *Documenten*

De volgende documenten worden bij de aanbestedingsprocedure opgesteld. Bij de documenten is aangegeven aan welke eisen deze aan moeten voldoen en welke procedure deze betreffen.

- Vooraankondiging
- Aankondiging
- Uitnodiging tot inschrijving
- Technische specificaties, bestek;
- Of: Aanbestedingsleidraad / Programma van Eisen.

Het BAO (§7 Voorschriften betreffende aanbestedingsstukken en technische specificaties (artikel 23 tot 27)) en het BASS (§8 Voorschriften betreffende aanbestedingsstukken en technische specificaties (artikel 31 tot 36)) geven aanwijzingen waaraan de aanbestedingsstukken, en met name de beschrijving van hetgeen de opdracht betrekking op heeft.

7 Bijlage: Drempelbedragen

De drempelbedragen voor decentrale overheden voor 2010 tot en met 2011 zijn in onderstaand schema op een rij gezet. De bedragen zijn exclusief BTW. Publicatieblad EG 1-12-2009, L 314/64.

Richtlijn 2004/18/EG	
Werken	4.845.000
Leveringen	193.000*
Diensten	193.000*
Overheidsopdrachten op het gebied van onderzoeks- en ontwikkelingsopdrachten en telecommunicatiediensten, en diensten vallend onder bijlage IIB	193.000
Prijsvragen algemeen (artikel 67)	193.000*
Voor meer dan 50% door aanbestedende diensten gesubsidieerde werken (artikel 8a)	4.845.000
Voor meer dan 50% door aanbestedende diensten gesubsidieerde diensten die verband houden met werken (artikel 8b)	193.000
Concessie voor openbare werken (artikel 56)	4.845.000
Richtlijn 2004/17/EG	
Opdrachten voor leveringen en diensten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten	387.000
Opdrachten voor werken in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten	4.845.000

*Voor de centrale overheid is dit bedrag 125.000

Drempelbedragen voor aanbestedingen

Vanaf 1 januari 2010 tot en met 31 december 2011 gelden de volgende drempelbedragen (excl. BTW).

Boven deze drempelbedragen zijn overheden en semi-overheden verplicht hun opdrachten Europees aan te besteden.

WERKEN	drempel
Centrale overheid	€4.845.000,-
Decentrale overheden	€4.845.000,-
Sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Nuts)	€4.845.000,-

LEVERINGEN (VAN PRODUCTEN)	drempel
Centrale overheid	€125.000,-
Decentrale overheden	€193.000,-
Sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Nuts)	€387.000,-

DIENSTEN	drempel
Centrale overheid	€125.000,-
Decentrale overheden	€193.000,-
Gesubsidieerde opdrachten, onderzoeks- en ontwikkelingsopdrachten en telecommunicatiediensten, diensten vallend onder bijlage II□	€193.000,-
Sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten□(Nuts)	€387.000,-

bron: Europese Commissie