



Handreiking aanbestedingswijzer Energie-infrastructuur

Datum juni 2011
Status Definitief

W/E adviseurs duurzaam bouwen
in opdracht van Agentschap NL

Colofon

Projectnaam	Handreiking aanbestedingswijzer energie infrastructuur
Publicatienummer	2EGOG1112
Locatie	Croeselaan 15, Postbus 8242 3521 BJ Utrecht
Contactpersoon	Henry Staal, Agentschap NL Constan Custers, Agentschap 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—5

1	Aanbesteden—6
2	Stroomschema—7
3	Casussen—8
4	Procedures—11
5	Conclusies—12

Inleiding

Veel gemeenten hebben bij gebiedsontwikkeling energieambities die verder gaan dan wat wettelijk vereist is. Om deze ambitie waar te maken wordt vaak gekozen voor een collectieve duurzame energievoorziening voor warmte en vaak ook koude. Voor de aanleg en de exploitatie van deze netten is geen wettelijk kader, zoals de Elektriciteits- en Gaswet. Bovendien hebben gemeenten vaak een regierol bij de totstandkoming van dergelijke energievoorzieningen. In dergelijke trajecten rijzen vaak vragen als: "Welke partijen kunnen of mogen de energievoorziening aanleggen en exploiteren?" "Hoe een dergelijke partij te selecteren?" "Wat is de rol van de gemeente daarin?" en "Moet er al of niet Europees aanbesteed worden?"

Deze Handreiking beoogt richting te geven in deze kwesties. De handreiking is vooral bedoeld voor gemeenten en gaat in op de vraag wanneer en hoe er Europees aanbesteed moet worden bij een opdracht voor een (duurzaam) warmtenet.

Eerst wordt kort stil gestaan bij de belangrijkste aspecten van het aanbestedingsrecht en dit wordt inzichtelijk gemaakt met een stroomschema. De werking daarvan wordt vervolgens geïllustreerd aan de hand van drie casus. Tenslotte wordt kort ingegaan op verschillende aanbestedingsprocedures en worden conclusies getrokken. Voor een verdere inhoudelijke uitwerking wordt verwezen naar 'Deskstudie aanbesteding warmtelevering – wet- en regelgeving', W/E adviseurs in opdracht van Agentschap NL, juni 2011.

1 Aanbesteden

Het aanbestedingsrecht geeft regels voor het economisch verkeer. De overheid is een grote opdrachtgever en een belangrijk doel van het aanbestedingsrecht is dat alle (geschikte) partijen een gelijke kans krijgen om overheidsopdrachten te verwerven. De belangrijkste principes van het aanbestedingsrecht zijn non-discriminatie, transparantie, objectiviteit, proportionaliteit en wederzijdse erkenning. Verder geldt dat als meerdere partijen mogen meedingen naar een opdracht, de beste aanbidding gekozen kan worden, in termen van prijs en kwaliteit.

Het aanbestedingsrecht geldt voor overheden, waaronder gemeenten en (veel) samenwerkingsverbanden waarvan gemeenten deel uitmaken. Europese richtlijnen voor overheidsopdrachten zijn uitgewerkt in het BAO (Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten, 2005) en het BASS (Besluit Aanbestedingsregels Speciale Sectoren). Deze Besluiten geven aan welke overheidsopdrachten aanbestedingsplichtig zijn, dat wil zeggen welke overheidsopdrachten Europees aanbesteed moeten worden. Daarnaast worden regels gegeven waaraan de aanbesteding moet voldoen.

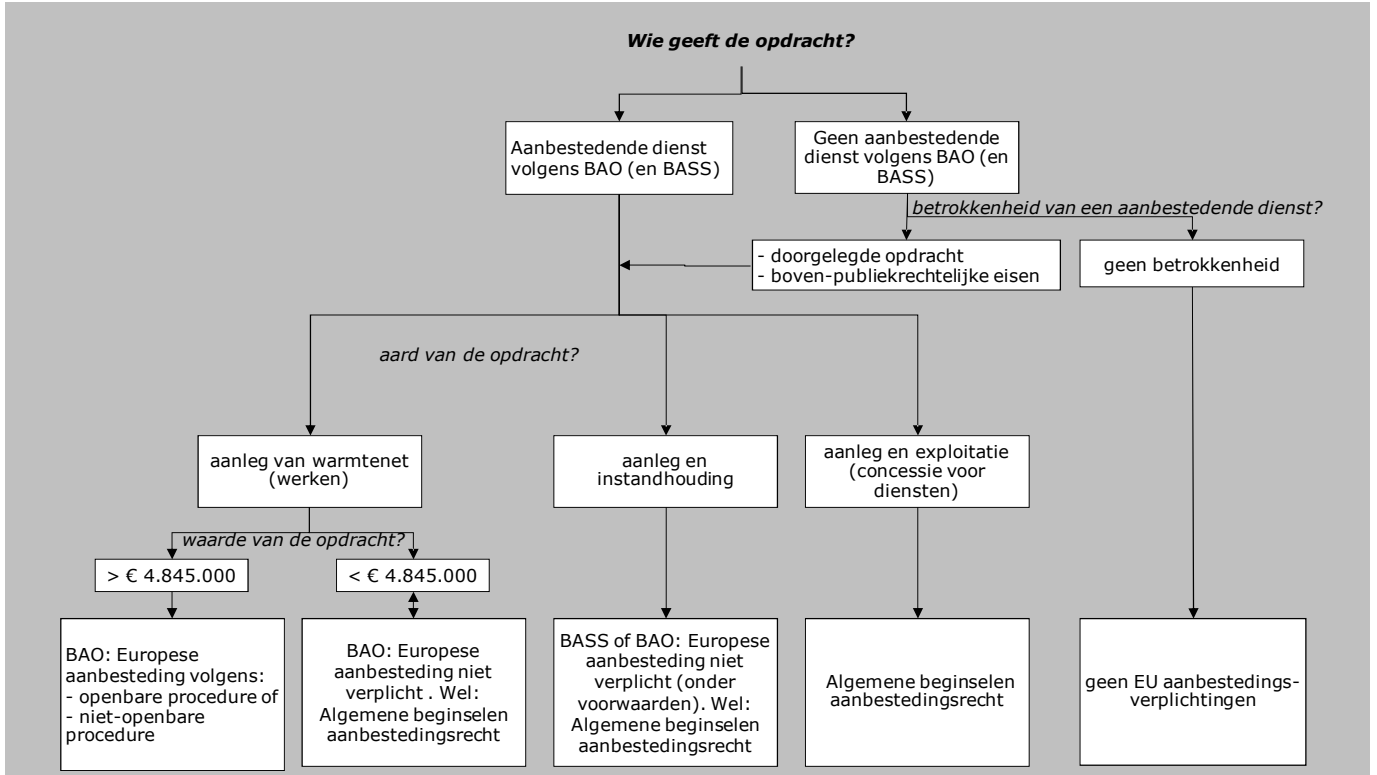
Ook overheidsopdrachten die niet (Europees) aanbestedingsplichtig zijn volgens het BAO of BASS moeten wel voldoen aan de algemene principes van het aanbestedingsrecht, zoals eerder benoemd: non-discriminatie, transparantie, objectiviteit, proportionaliteit en wederzijdse erkenning. Dat houdt in dat deze opdrachten zo aanbesteed moeten worden dat alle relevante partijen de mogelijkheid krijgen om in te schrijven. Het is niet in alle gevallen noodzakelijk om op Europese schaal aan te besteden.

De belangrijkste vraag die in dit verband gesteld moet worden bij de aanbesteding van een warmtenet is of het gaat om een *opdracht* in de zin van het aanbestedingsrecht:

- Geeft een overheidsinstelling ('aanbestedende dienst') de opdracht?
- In hoeverre is een aanbestedende dienst betrokken bij de opdracht?

Hierna wordt met een stroomschema aangegeven in welke gevallen er Europees aanbesteed moet worden, wanneer daarvan mag worden afgeweken en wanneer er geen sprake is van een aanbestedingsplicht voor warmtenetten.

2 Stroomschema



3 Casussen

Aan de hand van drie realistische voorbeelden wordt geïllustreerd hoe het aanbestedingsrecht in de praktijk werkt, in welk geval er sprake is van een aanbestedingsplicht.

Per casus: wordt de situatie beschreven en geanalyseerd aan de hand van het aanbestedingsrecht. Deze analyse is tevens de weerslag van de workshop met experts die op 30 september 2010 plaats heeft gevonden.

Casus 1: Stede Broec

In de gemeente Stede Broec wordt op een uitbreidingslocatie een nieuwe woonwijk gerealiseerd. De wijk zal bestaan uit ca. 300 grondgebonden koopwoningen en een woongebouw met 150 koopappartementen. De woningen worden gebouwd met een EPC van 0,8 conform de eis in het Bouwbesluit (tot eind 2010). Ze worden voorzien van collectieve warmtelevering vanuit een naast de wijk te realiseren warmtekrachtinstallatie.

In de Bouwverordening is vastgelegd dat alle woningen aangesloten zullen worden op het warmtenet. De grond is eigendom van projectontwikkelaar SuperBouwen (SB). SB zal in het kader van haar zelfrealisatierecht de gehele ontwikkeling op zich nemen, inclusief de openbare ruimte, met infrastructuur. De openbare ruimte wordt na ontwikkeling aan de gemeente teruggegeven. De gemeente verleent een opstalrecht voor de kabels en leidingen van derden die door het openbaar terrein lopen. SB zal de energievoorziening niet gaan exploiteren; hiertoe wordt een derde partij gezocht.

SB heeft een dochteronderneming, SB-energie, die zich gespecialiseerd heeft in de aanleg van warmtenetten. Deze zal de ontwikkeling van de energievoorziening (WKK opwekinstallatie naast de wijk op grond van de gemeente, warmteleidingen met toebehoren en woningaansluitingen) uitvoeren. Na oplevering zal SB-energie de energievoorziening ook exploiteren. Dat wil zeggen dat SB-energie het net zal onderhouden en de warmte aan de bewoners zal leveren.

Analyse: SuperBouwen, een particulier onderneming is hier opdrachtgever. De gemeente of een andere aanbestedende dienst is niet betrokken bij de opdracht, noch bij het opstellen van randvoorwaarden. Ook wordt de installatie voor warmtelevering niet overgedragen aan de gemeente. De leidingen van het warmtenet lopen wel door openbaar gebied, maar blijven eigendom van SB-energie. De gemeente verleent daartoe een opstalrecht (na aanvraag door SB). Er is geen sprake van een opdracht (van een aanbestedende dienst) in het kader van het aanbestedingsrecht. Er is daarmee geen sprake van een aanbestedingsplicht. Omdat SuperBouwen geen Aanbestedende dienst is, is zij niet verplicht om Europees dan wel nationaal openbaar aan te besteden.

Casus 2: Hoogsappermeer

In de gemeente Hoogsappermeer wordt op een uitbreidingslocatie een nieuwe woonwijk gerealiseerd. De wijk zal bestaan uit ca 3.000 grondgebonden koopwoningen en een woongebouw met 1.000 koopappartementen. De woningen worden gebouwd met een EPC voor het casco (los van de warmtevoorziening) van 0,8 conform de eis in het Bouwbesluit (tot eind 2010).

Ze worden voorzien van collectieve warmtelevering vanuit een naast de wijk te realiseren warmtekrachtinstallatie.

In de Bouwverordening is vastgelegd dat alle woningen aangesloten zullen worden op het warmtenet. De gemeente heeft een BAEI besluit (Besluit Aanbesteding Energie infrastructuur) genomen, met de volgende besluiten:

- De lokale netbeheerder gaat het elektriciteitsnet aanleggen.
- Er komt geen gas-, maar een warmtenet in de wijk.

De grond is eigendom van de gemeente. De gemeente is nog bezig met de selectie van de ontwikkelaars. In verband met de tijdplanning is het noodzakelijk nu al de vergunningsprocedure voor de energiecentrale in gang te zetten.

De gemeente wil dit overlaten aan de partij die zowel de centrale als de infrastructuur zal gaan realiseren.

Omdat de lokale netbeheerder Energiek+ veel ervaring heeft met warmtelevering besluit de gemeente de aanleg en de exploitatie gedurende een periode van 30 jaar onderhands aan Energiek+ te gunnen. (geschatte waarde van de werken is €30.000.000 en van de concessie van werken €132.000.000). De gemeente stelt hierbij als voorwaarden dat er een CO₂-reductie van 30% wordt gerealiseerd en dat de gebruikerslasten niet meer zijn dan anders (berekend conform de dan geldende afspraken van EnergieNed dan wel de Warmtewet).

Analyse: De gemeente is op meerdere manieren betrokken bij de totstandkoming van de opdracht: De gemeente geeft de opdracht, heeft besloten dat er warmte gebruikt wordt in de wijk en heeft randvoorwaarden gesteld waaraan de energievoorziening moet voldoen. Het feit dat men haast had is niet relevant. De opdracht omvat levering en exploitatie, en kan daarmee beschouwd worden als een concessie voor diensten. Concessies voor diensten vallen niet onder het BAO en BASS, zodat er niet verplicht Europees aanbesteed moet worden. Ook hier geldt dat er dan alsnog rekening gehouden moet worden met de principes van het aanbestedingsrecht. Gezien de grootte van de opdracht (totaal meer dan € 160 miljoen) is het echter wel gebruikelijk om toch Europees aan te besteden. Overigens biedt het BAEI wel de mogelijkheid om te kiezen voor de 'enige' partij die in staat is een bepaalde opdracht uit te voeren. Dat is hier niet het geval, tientallen bedrijven kunnen deze opdracht uitvoeren. Een mogelijk voorbeeld zou kunnen zijn: een situatie met stadsverwarming met voldoende capaciteit voor uitbreiding en waardoor de huidige partij de enige partij is. Vanwege deze positie kan verwacht worden dat geen andere partij een aanbieding zal leveren.

Casus 3: Rottemerplaat

In de gemeente Rottemerplaat gaat de woningbouwcorporatie WaddenWonen (WW) een Woonzorgcomplex bouwen. De grond is eigendom van de gemeente. De gemeente heeft de ontwikkeling van het complex aan de lokale corporatie WW gegund. Een deel van de woningen, en ruimte voor zorg en maatschappelijke voorzieningen worden afgenomen door Zorggarant, een door de AWBZ gefinancierde organisatie. De overige woningen zijn huurwoningen, die door WW verhuurd zullen worden. Het complex zal worden gerealiseerd conform de wettelijke EPC-eisen. Er zal een energievoorziening worden gerealiseerd met warmtelevering vanuit een WKK die aan de andere kant van de (openbare) weg ligt.

WW besluit in een onderhandse aanbesteding twee van haar vaste huisinstallateurs te vragen een offerte op te stellen. De realiserende partij wordt tegelijk gevraagd een aanbieding te doen voor de exploitatie van de energievoorziening.

Het gaat dus om de levering van het werk en om de exploitatie. De waarde van het werk wordt geschat op €2.500.000, de exploitatiewaarde is hoger. WW is van mening dat hier geen plicht is tot openbaar aanbesteden.

Analyse: Deze casus is complexer dan de voorgaande twee. Ook hier is de vraag belangrijk wie de opdracht geeft. De gemeente en Zorggarant zijn aanbestedende diensten en als zodanig gebonden aan het aanbestedingsrecht¹. Daarnaast is er discussie mogelijk over de vraag of een woningcorporatie een aanbestedende dienst is. Aangenomen dat een woningcorporatie geen aanbestedende dienst is, moet onderzocht worden wie het initiatief neemt voor de bouw van het complex. Bouwt de corporatie het Woon-zorgcomplex in opdracht van Zorggarant, dan valt de opdracht onder de aanbestedingsregels voor overheden. De werkzaamheden die de corporatie uitzet in het kader van de bouw vallen dus eveneens onder het aanbestedingsrecht. De aanbestedingsplicht wordt in feite doorgelegd naar de corporatie. Is er bij opdrachtverlening geen afnameovereenkomst tussen de corporatie en Zorggarant (theoretisch), het afzetrisico ligt dus bij de corporatie, dan is het onduidelijker of de energievoorziening aanbestedingsplichtig is. Maar het feit dat de grond eigendom is van de gemeente maakt immers dat deze opdrachtgever is. Als de gemeente opdracht geeft voor de bouw of randvoorwaarden stelt voor de energievoorziening, dan is de aanbestedingsplicht nog duidelijker.

In de situatie dat de grond eigendom zou zijn van de corporatie, dan zou deze (als de corporatie niet aangemerkt wordt als aanbestedende dienst) niet aanbestedingsplichtig zijn. Wordt de corporatie wel aangemerkt als aanbestedende dienst, dan zal er volgens de regels aanbesteed moeten worden.

Omdat het gaat om een opdracht voor levering en exploitatie (concessie van diensten), valt ze niet onder het BAO en BASS, en hoeft er niet verplicht Europees aanbesteed te worden. Bij de aanbesteding dient echter wel rekening gehouden te worden met de algemene principes van het aanbestedingsrecht.

Kortom: In deze casus is het niet direct duidelijk of en hoe er aanbesteed dient te worden. Er zijn overheidsinstellingen bij betrokken en dus kan het aanbestedingsrecht om de hoek komen.

¹ Zie jurisprudentie rond Amphia Ziekenhuis, Breda

4 Procedures

Zoals ook in het stroomschema te zien is mogen er bij Europees aanbesteden volgens het BAO twee aanbestedingsprocedures gevolgd worden:

- Openbare procedure: Alle geïnteresseerde partijen in Europa krijgen de mogelijkheid een aanbidding te doen op basis van het programma van eisen. Daartoe wordt het programma van eisen gepubliceerd op een voor ieder toegankelijke plaats².
- Niet-openbare procedure: Alle geïnteresseerde partijen in Europa krijgen de mogelijkheid zich aan te melden op basis van een selectiedocument. Daartoe wordt het selectiedocument gepubliceerd op een voor ieder toegankelijke plaats. Een beperkt aantal partijen wordt geselecteerd op basis van in het selectiedocument gepubliceerde criteria. De geselecteerde partijen krijgen vervolgens het programma van eisen toegestuurd en worden uitgenodigd daarop in te schrijven. Voordeel van deze procedure is dat een kleiner aantal partijen een aanbidding uit kan brengen, waarmee de kans op succes voor partijen toeneemt. Dat leidt in de regel tot kwalitatief betere aanbiddingen.

De details van deze procedures en de te hanteren minimale termijnen worden nader toegelicht in de Deskstudie (W/E, oktober 2010) en ook in het ARW 2005.

Veel opdrachten zullen niet onder het BAO of BASS vallen. Hoe meer een opdracht en/of opdrachtgever afwijkt van het gestelde in het BAO, BASS en de onderliggende Europese Richtlijnen, hoe meer aanbestedingsprocedures toegepast 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;

In het BAO, BASS en ARW2005 zijn minimumtermijnen voorgeschreven. Vanwege de complexiteit van de aanbesteding van warmtenetten worden vaak langere termijnen gehanteerd voor het opstellen van de aanbidding.

² Bijvoorbeeld www.aanbestedingskalender.nl. Voor Europese aanbestedingen volstaat het aanvinken van de optie 'Europees publiceren'

5 Conclusies

In deze handreiking is de vraag besproken wanneer en hoe er aanbesteed moet worden in verband met de realisatie van een warmtenet, vooral met het oog op de betrokkenheid van gemeenten en andere aanbestedende diensten.

De belangrijkste vraag die gesteld moet worden is: Wat is de rol van de gemeente in de totstandkoming van de opdracht? Er zijn drie antwoorden mogelijk:

1. Er is geen rol voor een aanbestedende dienst. Er is dan geen aanbestedingsplicht.
2. Een aanbestedende dienst is opdrachtgever of heeft een substantiële rol bij de ontwikkeling. Afhankelijk van het type opdracht (werken, diensten) en de hoogte van de waarde van de opdracht geldt een Europese aanbestedingsplicht. Indien geen aanbestedingsplicht geldt, blijven de principes van het aanbesteden wel geldig (transparantie, non discriminatie, proportionaliteit en objectiviteit).
3. De gemeente speelt een beperkte rol, bijvoorbeeld bij de formulering van energieambities of de voorgenomen aankoop van een object. Men heeft hier mogelijk te maken met aanbestedingsrecht.

In gevallen waar sprake is van mogelijkheid 2 of 3 dient nader onderzocht te worden of en hoe er aanbesteed kan en mag worden.

NB

In hoofdstuk 3 (Casussen) wordt betoogd dat een aanbestedende dienst bij een concessie voor aanleg en instandhouding van en levering via een warmtenet dus niet Europees hoeft 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. Met de hier onderbouwde opinie wordt echter een richtsnoer voor de praktijk gegeven over hoe een gemeente met dit type aanbesteding om zou kunnen gaan zolang er nog geen nadere duidelijkheid is.