

# De aanleg van warmtenetten en het aanbestedingsrecht

Inleiding, vraagstelling en opzet van deze achtergrondnotitie

**Een warmtenet vormt, net zoals bijvoorbeeld een warmtepomp, een duurzaam alternatief voor verwarming van gebouwen door middel van aardgasverbranding. Waar een warmtepomp een populair alternatief voor aardgasverwarming is op het niveau van het individuele gebouw, richt een warmtenet zich op het verwarmen van meerdere gebouwen. In het kader van het Klimaatakkoord is aangegeven dat van de gebouwen die per 2030 zijn verduurzaamd ca. 25% wordt verwarmd door middel van hybride warmtepompen en ca. 25% door middel van all electric warmtepompen, naast de ca. 50% die naar verwachting worden aangesloten op een warmtenet.**

**Bij warmtenetten is sprake van verschillende warmtebronnen, zoals restwarmte, biomassa, aardwarmte (geothermie) of aquathermie. Een warmtenet kan zijn warmte onttelen aan één warmtebron. De omvang van warmtenetten kan behoorlijk verschillen (per blok, per wijk, per gemeente). Het is ook niet uitgesloten dat bij toekomstige warmtenetten de warmte afkomstig kan zijn van meerdere (grote en kleine) bronnen, die allemaal op één warmtenet worden aangesloten. Het warmtenet wordt geëxploiteerd door een warmtebedrijf, dat optreedt als opdrachtgever voor de aanleg ervan. Anders dan ten aanzien van elektriciteits- en aardgasnetwerken kunnen netbeheer en warmteproductie- en levering door één en dezelfde partij worden uitgevoerd. Dat betekent dat in veel gevallen de partij die het net aanlegt ook de warmtelevering aan de op dat net aangesloten gebouwen op zich zal nemen.**

De aanleg van warmtenetten kan plaatsvinden (1) in het kader van de ontwikkeling en realisatie van een nieuwe woningbouwlocatie. Ook kan een warmtenet (2) worden aangelegd om daarmee bestaande gebouwen binnen een bepaald gebied van warmte te voorzien. Deze variant is in het kader van de wijkgerichte aanpak uit het Klimaatakkoord van belang. Ten slotte zijn ook combinaties denkbaar: een warmtenet wordt (3) aangelegd en daarop worden, behalve op een nieuwe bouwlocatie, ook bestaande gebouwen (in een gebied in de naaste omgeving) aangesloten of (4) een nieuwe bouwlocatie wordt aangesloten op een reeds bestaand warmtenet. In de situaties 1 t/m 3 is de aanleg van een warmtenet aan de orde. In situatie 4 gaat het om een uitbreiding van het gebruik (en daarmee van de exploitatie) van het warmtenet.

De Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) heeft het Instituut voor Bouwrecht (in het kader van het Kennis- en Leerprogramma Aardgasvrije Wijken) opdracht verleend voor het beantwoorden van de vraag in welke gevallen een warmtenet aanbestedingsplichtig is, en indien van een aanbestedingsplicht sprake is, welke procedure dan dient te worden gevolgd. Tijdens de Expertsessie Aanbesteding en warmtenetten op 13 december 2019 zijn tevens een aantal andere vragen aan de orde gekomen die in deze notitie verwerkt zijn. Om die reden is een separate paragraaf opgenomen die betrekking heeft op de (on)mogelijkheden om specifieke beleidsdoelstellingen te vertalen naar de aanbestedingsprocedure.

De centrale vraag van deze notitie is in welke gevallen een warmtenet aanbestedingsplichtig is, en indien van een aanbestedingsplicht sprake is, welke procedure dan dient te worden gevolgd. Gelet op deze vraagstelling zal in paragraaf 2 eerst worden beschreven wat de reikwijdte van het aanbestedingsrecht bij gebiedsontwikkeling in het algemeen is. Gelet hierop zal in paragraaf 3 de eerste vraag, namelijk in welke gevallen een warmtenet aanbestedingsplichtig is, worden beantwoord. Besloten wordt in paragraaf 4 met een antwoord op de tweede vraag, namelijk welke procedure dient te worden gevolgd indien sprake is van een aanbestedingsplicht.

## 2. De reikwijdte van het aanbestedingsrecht bij gebiedsontwikkeling in het algemeen

### 2.1 Inleiding; het arrest Müller

Over de reikwijdte van het Europese aanbestedingsrecht bij gebiedsontwikkeling deed het Europese Hof van Justitie op 25 maart 2010 een belangrijke uitspraak, (zgn. Muller-arrest, Zaak C-451/08) waarin het gaat om een gronduitgifte in de Duitse gemeente Wildeshausen. Het Hof maakt duidelijk dat grondverkoop door de overheid en het op eigen gronden door marktpartijen voor eigen rekening en risico realiseren van vastgoed binnen publiekrechtelijke kaders, in beginsel buiten het bereik van het aanbestedingsrecht vallen.

Het Hof maakt ook duidelijk dat, wil überhaupt sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht voor werken, *cumulatief* moet zijn voldaan aan drie voorwaarden voldaan: (1) er is een rechtstreeks economisch belang van de overheid mee gemoeid, (2) er wordt een bouwplicht opgelegd en (3) er worden eisen gesteld die verder gaan dan de mogelijkheden van het publiekrechtelijke kader.

Op de betekenis van deze drie voorwaarden voor woningbouw in relatie tot warmtenetten in de Nederlandse praktijk zal hierna worden ingegaan.

## 2.2 Rechtstreeks economisch belang: de noodzaak van een marktconforme grondprijs en het gevaar van afroomregelingen

Ter voorkoming van een rechtstreeks economisch belang van de overheid is van wezenlijk belang dat door de marktpartij een marktconforme grondprijs wordt betaald en dat de ontwikkeling van het vastgoed werkelijk voor rekening en risico van de marktpartij plaatsvindt. In dit verband moet dus voor twee gevaren worden gewaakt: (1) een te lage grondprijs en (2) participatie door de gemeente in de vastgoedexploitatie. Van het door de gemeenten participeren in de vastgoedexploitatie kan sprake zijn wanneer een 'afroomregeling' niet goed is geformuleerd. Als de werkelijk gerealiseerde opbrengsten van vastgoed hoger zijn dan bij ondertekening van het contract was voorzien, moet worden voorkomen dat de gemeenten dit met een bepaald percentage afromen. Doen gemeenten dat wel dan ontstaat er een (gemeentelijk) rechtstreeks economisch belang bij het vastgoed (en dat is een van de eisen voor een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht). Het is wel mogelijk om dit te voorkomen door bij hogere vastgoedopbrengsten de grondprijs te herberekenen. Die moet immers marktconform zijn en bij hogere vastgoedopbrengsten hoort (als de grondprijs via een residuele methode wordt bepaald) ook een hogere grondprijs.

## 2.3 Rechtstreeks economisch belang: de overheid wordt eigenaar of het werk krijgt een openbare bestemming

De prestatie van de marktpartij moet volgens het Hof 'wegens de aard ervan alsook de systematiek en de doelstellingen van richtlijn 2004/18 voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhouden'. Aansluitend noemt het Hof een aantal situaties waarin van een dergelijk "rechtstreeks economisch belang" sprake is: "Dit economisch belang staat duidelijk vast wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst eigenaar zal worden van de werken of het werk waarop de opdracht betrekking heeft. Een dergelijk economisch belang kan ook worden vastgesteld wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst krachtens een rechtstitel over de in het kader van de opdracht uit te voeren werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming".

## 2.4 De bouwplicht en de afnameplicht

Volgens het Hof in het arrest Müller moet een marktpartij zich tot de uitvoering van werken verbinden, wil sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht. Een bouwplicht levert een dergelijke verbintenis op, maar een afnameplicht (met terugleverplicht van de grond in het geval niet binnen een bepaalde termijn wordt gestart met de bouw) niet, aangezien een overheid die in die situatie gronden terug geleverd krijgt, nog steeds niet de realisatie heeft afgedwongen. De gemeente moet dan op zoek naar een andere partij die wel bereid en in staat is de bestemming te realiseren overeenkomstig de door de gemeente gewenste wijze van planuitvoering en aan wie de gronden kunnen worden verkocht.

## 2.5 Eisen

Het Hof maakt in het arrest Müller duidelijk dat de uitoefening van ‘regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw’ - dat wil zeggen inhoudelijke sturing via de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden - niet betekent dat eisen als bedoeld in de richtlijn worden gesteld. Met andere woorden, voor de Nederlandse situatie betekent dit dat bij ruimtelijke sturing die zich beperkt tot de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals de instrumenten van de Wet ruimtelijke ordening, niet leidt tot het stellen van eisen in de zin van de richtlijn. Specifiek voor Nederland is dat, wat het Hof ‘regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw’ noemt, voor een belangrijk deel contractueel worden uitgeoefend. Een bekend voorbeeld daarvan is de regeling inzake grondexploitatie op grond van de Wet ruimtelijke ordening. Uit de parlementaire behandeling van die regeling is af te leiden dat de wetgever het privaatrechtelijke spoor de voorkeur geeft boven regulering door middel van het exploitatieplan (het publiekrechtelijke spoor). Het Hof geeft er in de uitspraak Müller blijk van zich niet te willen mengen in de wijze waarop de uitoefening van de ‘regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw’ plaatsvindt. Het Hof stelt namelijk: “In de lidstaten van de Europese Unie is gewoonlijk voor de uitvoering van bouwwerken, althans van een bepaalde omvang, een voorafgaande vergunning van de bevoegde stedenbouwkundige dienst vereist. Deze dienst moet in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden oordelen of de uitvoering van de bouwwerken strookt met het algemeen belang”. Contractuele verplichtingen die de publiekrechtelijke reguleringsmogelijkheden niet overstijgen en gezien de gemeentelijke contractuele positie uitdrukkelijk zijn bedoeld vooruitlopend op (bestemmingsplan, beeldkwaliteitsplan) dan wel als alternatief voor (exploitatieplan) de publiekrechtelijke vastlegging van deze verplichtingen, zijn naar de opvatting van de opstellers van deze notitie dan ook niet aan te merken als eisen in de zin van de richtlijn.

## 3. Wanneer geldt een aanbestedingsplicht bij de aanleg van warmtenetten?

### 3.1 Inleiding

In de inleiding in paragraaf 1 werden de volgende situaties onderscheiden:

1. De aanleg van het warmtenet vindt plaats in het kader van de ontwikkeling en realisatie van een nieuwe woningbouwlocatie;
2. Een warmtenet wordt aangelegd om daarmee bestaande gebouwen binnen een bepaald gebied van warmte te voorzien;
3. Een warmtenet wordt aangelegd en daarop worden, behalve en nieuwbouwlocatie, ook bestaande gebouwen (in een gebied in de naaste omgeving) aangesloten, en;
4. Een nieuwbouwwijk wordt aangesloten op een reeds bestaand warmtenet.

Daarbij werd in paragraaf 1 aangetekend dat in de situaties 1 t/m 3 de aanleg van een warmtenet aan de orde is. In situatie 4 is dat niet zo, maar gaat het om een uitbreiding van het gebruik (en daarmee van de exploitatie) van het warmtenet. Aangezien deze achtergrondnotitie wordt geschreven in het kader van warmtenetten ten behoeve van woningbouw wordt in het vervolg daarvanuit gegaan. De navolgende overwegingen zijn, met de nodige afwijkende factoren, echter ook van toepassing op de ontwikkeling en realisatie van commercieel vastgoed.

### 3.2 De aanleg van een warmtenet in het kader van nieuwbouw

In deze paragraaf zal aan de hand van hetgeen in hoofdstuk 2 ten aanzien van de reikwijdte van de aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling in het algemeen is overwogen, worden gezien of – en zo ja onder welke voorwaarden - de aanleg van een warmtenet in het kader van de ontwikkeling en realisatie van een nieuwe woningbouwlocatie (Europees) dient te worden aanbesteed.

Of sprake is van een aanbestedingsplicht, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of de werkzaamheden ten behoeve van de energievoorziening en/of de daarmee verbonden woningbouw zijn te kwalificeren als overheidsopdracht en – gezien de met beide typen activiteiten gemoeide kosten – als aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten.

In paragraaf 2.1. van deze notitie is aangegeven dat het Europese Hof in het Müller-arrest heeft aangegeven dat, wil überhaupt sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht voor werken, *cumulatief* moet zijn voldaan aan drie voorwaarden: (1) er is een rechtstreeks economisch belang van de overheid mee gemoeid, (2) er wordt een bouwplicht opgelegd en (3) er worden eisen gesteld die verder gaan dan de mogelijkheden van het publiekrechtelijke kader.

Wat betreft de ontwikkeling en realisatie van een warmtenet met woningbouw is geen sprake van een rechtstreeks economisch belang, aangezien woningbouw geheel voor rekening en risico van een marktpartijen wordt gerealiseerd en ook een privaat gebruik kent. Daarbij moet er wel van worden uitgegaan dat, indien en voor zover sprake is van grondverkoop door de gemeente aan marktpartijen ten behoeve van de woningbouw, door de gemeente aan deze marktpartijen een aantoonbaar marktconforme grondprijs in rekening zal worden gebracht en dat geen bouwplicht zal worden opgelegd. Hetzelfde geldt overigens voor de situatie dat van gemeentelijke grondverkoop geen sprake is en tussen de gemeente en de marktpartijen een anterieure overeenkomst wordt gesloten. Indien dit bij overeenkomsten die tussen de gemeente en marktpartijen worden gesloten in acht wordt genomen en er geen sprake is geweest van een voorafgaande aanbesteding, is het vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief geen probleem indien de gemeente aan de te realiseren woningen langs contractuele weg eisen zal stellen die verder gaan dan wat de gemeente langs

publiekrechtelijke weg ter zake dwingend aan de marktpartijen zou opleggen, en betekent dit niet dat sprake is van een overheidsopdracht. Het Europese Hof bepaalde in het Müller-arrest immers dat aan de drie genoemde eisen cumulatief moet worden voldaan, wil sprake zijn van een overheidsopdracht.

Ook bij het realiseren van een warmtenet in verbinding met de woningbouwontwikkeling is er geen sprake van een (Europese) aanbestedingsplicht indien niet cumulatief aan deze voorwaarden wordt voldaan. Het is daarom cruciaal dat in overeenkomsten tussen de gemeente en marktpartijen die het warmtenet zal aanleggen, geen zelfstandige realisatieplicht voor het warmtenet wordt overeengekomen, maar uitsluitend wordt bepaald dat de woningen dienen te voldoen aan de ambities die de gemeente in het licht van de energietransitie ten aanzien van woningbouw heeft geformuleerd en de eisen die de gemeente in dat verband stelt. De realisatie van het warmtenet vloeit dan rechtstreeks voort uit de technische eis die de gemeente aan het realiseren van de woningbouw stelt. Zolang de marktpartij echter geen woningbouw realiseert – waartoe hij immers niet verplicht is – wordt er dan ook geen warmtenet aangelegd. Een zelfstandige realisatieplicht voor het warmtenet zal voor de marktpartij ook niet acceptabel zijn, omdat een rendabele exploitatie van het warmtenet eerst mogelijk wordt indien voldoende nieuwbouwwoningen daarop worden aangesloten. Uiteraard is ook van groot belang dat de aanleg van het warmtenet geheel voor rekening en risico van de marktpartij plaatsvindt. Een voorbeeldoverweging in een overeenkomst ter zake zou als volgt kunnen luiden: “dat de gemeente niet bereid of in staat is direct dan wel indirect financieel bij te dragen aan de realisatie van het warmtenet.”

‘Het is daarom cruciaal dat in overeenkomsten tussen de gemeente en marktpartijen die het warmtenet zal aanleggen, geen zelfstandige realisatieplicht voor het warmtenet wordt overeengekomen, maar uitsluitend wordt bepaald dat de woningen dienen te voldoen aan de ambities die de gemeente in het licht van de energietransitie ten aanzien van woningbouw heeft geformuleerd en de eisen die de gemeente in dat verband stelt.’

### 3.3 De aanleg van een warmtenet ten behoeve van bestaande bouw

In deze paragraaf zal aan de hand van hetgeen in hoofdstuk 2 ten aanzien van de reikwijdte van de aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling in het algemeen is overwogen, worden gezien of – en zo ja onder welke voorwaarden - de aanleg van een warmtenet ten behoeve van een gebied met bestaande bebouwing (Europees) dient te worden aanbesteed.

Ook aan het realiseren van een warmtenet voor bestaande gebouwen is geen sprake van een Europese aanbestedingsplicht indien niet cumulatief wordt voldaan aan de voorwaarden die door het Europese Hof zijn verbonden aan het bestaan van een overheidsopdracht - en gezien de omvang van een warmtenet derhalve van een (Europese) aanbestedingsplicht. Ook bij warmtenetten ten behoeve van bestaande bouw is het cruciaal dat

in overeenkomsten tussen de gemeente en marktpartij(en) die het warmtenet zal (zullen) aanleggen, geen zelfstandige realisatieplicht voor het warmtenet wordt overeengekomen, maar uitsluitend wordt bepaald dat de woningen dienen te voldoen aan de ambities die de gemeente in het licht van de energietransitie ten aanzien van bestaande gebouwen heeft geformuleerd en de eisen die de gemeente in dat verband stelt en is ook van groot belang dat de aanleg van het warmtenet geheel voor rekening en risico van de marktpartij plaatsvindt. De vraag is wel of met name de voorwaarde dat geen realisatieplicht wordt opgelegd bij warmtenetten die worden aangelegd ten behoeve van bestaande bouw, realistisch is. De aanleg van een warmtenet zal een gevolg zijn van een gemeentelijk besluit om binnen een zekere termijn voor een bepaald gebied over te schakelen van aardgasverwarming naar verwarming door middel van een warmtenet. Daarmee verdraagt zich slecht een afspraak dat het volledig aan marktpartijen wordt overgelaten of een warmtenet wordt aangelegd en zo ja wanneer dat moet gebeuren. Er mag dan ook worden verondersteld dat enige vorm van realisatieplicht zal worden opgelegd.

‘Ook bij warmtenetten ten behoeve van bestaande bouw is het cruciaal dat in overeenkomsten tussen de gemeente en marktpartij(en) die het warmtenet zal (zullen) aanleggen, geen zelfstandige realisatieplicht voor het warmtenet wordt overeengekomen, maar uitsluitend wordt bepaald dat de woningen dienen te voldoen aan de ambities die de gemeente in het licht van de energietransitie ten aanzien van bestaande gebouwen heeft geformuleerd en de eisen die de gemeente in dat verband stelt en is ook van groot belang dat de aanleg van het warmtenet geheel voor rekening en risico van de marktpartij plaatsvindt’.

Daar komt bij dat de warmtenet dient te worden gekwalificeerd als een publiek werk, aangezien het voorziet in openbare nutsvoorzieningen. Daarmee is ook aan de eerste voorwaarde voor het bestaan van een overheidsopdracht als bedoeld in het arrest Müller vervuld. Ten slotte is het moeilijk denkbaar dat er in een overeenkomst over de realisatie van een warmtenet geen afspraken zullen worden gemaakt die verder gaan dan wat de gemeente op grond van het publiekrecht daaraan aan eisen kan stellen. Ook wanneer een overeenkomst tussen de gemeente en de marktpartij die het warmtenet aanlegt zou ontbreken, omdat aanleg van het warmtenet plaatsvindt louter op basis van een vergunning die door de gemeente aan de marktpartij wordt verleend, is niet goed voorstelbaar dat niet op enigerlei wijze sprake zal zijn van juridische zekerheid dat het warmtenet daadwerkelijk wordt aangelegd (en gedurende een zekere periode wordt geëxploiteerd).

Een en ander in onderlinge samenhang bezien leidt tot de slotsom dat bij de aanleg van een warmtenet ten behoeve van een gebied met bestaande bouw, naar alle waarschijnlijkheid sprake zal zijn van alle drie de voorwaarden zoals genoemd door het Europese Hof in het arrest Müller, zodat de aanleg van een dergelijk warmtenet naar alle waarschijnlijkheid moet worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht. Dergelijke opdrachten moeten, als het drempelbedrag als bedoeld in de Europese aanbestedingsrichtlijn wordt overschreden, worden aanbesteed.

Een vervolgvraag is om *welk type* overheidsopdracht het hierbij zal gaan: een overheidsopdracht voor werken of een concessieopdracht voor openbare werken.

In dit verband is van cruciaal belang dat afspraken over de realisatie van een warmtenet naar verwachting zullen worden gecombineerd met afspraken over de over de exploitatie van het warmtenet. In dat geval kan er sprake zijn van een concessieovereenkomst. De definitie van het fenomeen concessieovereenkomst voor openbare werken in artikel 1 van de Aanbestedingswet luidt als volgt:

“concessieopdracht voor werken: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer aannemers en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op:

- a. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken die betrekking hebben op een in bijlage I van richtlijn 2014/23/EU aangewezen activiteit, of
- b. een werk dan wel het verwezenlijken, met welke middelen dan ook, van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf die een beslissende invloed uitoefenen op het soort werk of op het ontwerp van het werk, waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk dat het voorwerp van de opdracht vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling”.

De aanleg en exploitatie van warmtenetten zou wat betreft de toepasselijkheid van de aanbestedingsregels voor concessies kunnen worden vergeleken het realiseren en exploiteren van een gebouwde openbare parkeergarage of een openbaar parkeerterrein. Ook daarbij is sprake van de private exploitatie van een openbaar werk. Niet in geding is dat met betrekking tot concessies die ter zake door gemeenten worden verleend, sprake is van een concessieovereenkomst voor werken en het (Europese) aanbestedingsrecht van toepassing is.

### 3.4 De aanleg van een warmtenet voor zowel nieuwbouw als ten behoeve van bestaande gebouwen

De in de paragrafen 5.2. respectievelijk 5.3. beschreven situaties onderscheiden zich hierin dat paragraaf 5.2 gaat over warmtenetten die worden aangelegd uitsluitend ten behoeve van nieuwbouw en dat het in



paragraaf 5.3. gaat over warmtenetten die geheel zijn bedoeld voor warmtevoorziening van bestaande bebouwing. In de praktijk van gebiedsontwikkeling blijkt echter wel te worden nagedacht over een combinatie van beide. Zo kan het voorkomen dat een warmtenet wordt aangelegd in het kader van de aanleg van een nieuwbouwwijk, terwijl er ook mogelijkheden bestaan om bestaande gebouwen op het warmtenet aan te sluiten.

Aan een dergelijke combinatie blijkt in de praktijk behoefte en kan onder omstandigheden voor zowel de gemeente als de exploitant van het warmtenet voordelen bieden. Zo is het mogelijk dat door aansluiting van uitsluitend de woningen van het nieuwbouwproject, het rendement van het warmtenet vanuit het perspectief van de exploitant onvoldoende verzekerd is. In een dergelijk geval kan de afspraak worden gemaakt dat de gemeente zal bewerkstelligen dat ook woningen in een bestaand (aangrenzend) woningbouwgebied op het warmtenet zullen worden aangesloten.

Vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief is in dit verband relevant dat, indien de verplichting die de gemeente jegens de marktpartij die de gebiedsontwikkeling (inclusief het warmtenet) op zich neemt erop neerkomt dat eigenaren van het bestaande vastgoed in het aangrenzende woongebied verplicht zijn om mee te doen met het warmtenet (even los van of een dergelijke verplichting via het publiekrecht opgelegd kan worden), dit dan de facto wellicht een realisatieplicht voor de marktpartij voor het gehele systeem impliceert. Gezien het cruciale belang van de bouwplicht vanuit Brussels perspectief komt een aanbestedingsplicht dan direct in beeld, gelet op wat in paragraaf 5.3. ten aanzien van de aanwezigheid van een rechtstreeks economisch overheidsbelang bij warmtenetten en het stellen van verdergaand eisen dan op grond van het publiekrecht mogelijk zou zijn.

## 4. De meest geschikte aanbestedingsprocedure

### 4.1 Inleiding

De tweede vraag die in deze achtergrondnotitie ter beantwoording staat, is welke procedure dient te worden gevolgd indien er voor de aanleg en exploitatie van een warmtenet sprake is van een aanbestedingsplicht. Gelet op deze vraagstelling zullen in paragraaf 4.2. eerst verschillende aanbestedingsprocedures in meer algemene zin beknopt worden beschreven. Besloten wordt in paragraaf 4.3. met enkele overwegingen bij de mogelijkheden en de geschiktheid om een bepaalde procedure te kiezen.

## 4.2 Diverse aanbestedingsprocedures

### *Openbare procedure*

De openbare procedure start met een openbare bekendmaking. Elke marktpartij die interesse heeft in de opdracht kan vervolgens inschrijven. Bij de beoordeling van de inschrijvingen vindt dan een beoordeling plaats van zowel de geschiktheid van de inschrijver als van de aanbieding. Bij de openbare procedure is dan ook geen sprake van een voorselectie. Als gevolg van zo'n voorselectie worden alleen die marktpartijen tot de inschrijving toegelaten van wie eerst is vastgesteld dat zij geschikt zijn om de opdracht daadwerkelijk uit te voeren.

### *Niet-openbare procedure*

De naam van deze procedure zou aanleiding kunnen zijn voor de gedachte dat slechts een beperkt aantal marktpartijen wordt medegedeeld dat er een overheidsopdracht in het verschiet ligt en dat alleen die marktpartijen daarnaar kunnen meedingen. Dat is echter niet het geval. Ook de niet-openbare procedure start met een openbare bekendmaking. Wat de benaming niet openbare procedure wel tot uitdrukking brengt is dat slechts een beperkt aantal marktpartijen in de gelegenheid worden gesteld om daadwerkelijk een aanbieding te doen. Dit wordt bereikt door de procedure te verdelen in een tweetal fasen: de selectiefase en de gunningsfase. In de eerste fase, de selectiefase, wordt de geschiktheid van alle marktpartijen die zich hebben aangemeld beoordeeld en wordt er in hun geschiktheid een bepaalde rangorde aangebracht, zodanig dat een vooraf bepaald maximaantal marktpartijen wordt uitgenodigd om daadwerkelijk een inschrijving te doen. In de gunningsfase worden door de geselecteerde marktpartijen aanbiedingen ingediend en beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria.

### *Concurrentiegericht dialog*

Anders dan de openbare en de niet-openbare procedure kan niet bij elke aanbesteding voor de zogenaamde concurrentiegerichte dialoog worden gekozen. Er moet sprake van zijn dat – zoals de Aanbestedingswet dat verwoordt – de overheidsopdracht wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico's, niet kan worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen. Het gaat dan bijvoorbeeld om technisch complexe opdrachten waarbij voorafgaand door de aanbestedende dienst niet zonder meer een goed programma van eisen kan worden opgesteld. Het is gelet daarop niet goed denkbaar dat de aanleg en exploitatie van collectieve warmtenetten via de concurrentiegerichte dialoog gegund zullen worden.

### *Meervoudig onderhandse procedure*

De meervoudig onderhandse procedure kan worden vergeleken met de tweede fase, de gunningsfase, van de niet openbare procedure. De eerste fase die start met een aankondiging kent de onderhandse procedure dan

ook niet. De deelnemers aan de meervoudig onderhandse procedure worden door de aanbestedende dienst geselecteerd, doorgaans op basis van kennis van en/of ervaring met de betreffende marktpartijen bij vergelijkbare opgaven.

De meervoudige onderhandse procedure kan enkel toegepast worden als de waarde van de opdracht onder de Europese drempelwaarden blijft. Doorgaans zal de exploitatiewaarde van een warmtenet echter boven de Europese drempel vallen, zodat de meervoudige onderhandse procedure niet gevolgd kan worden.

#### *Procedure bij concessieopdrachten*

Indien de opdracht kwalificeert als concessie, gelden daarvoor specifieke procedurevoorschriften, die eenvoudiger zijn en meer flexibiliteit bieden dan de regels voor overheidsopdrachten uit deel 2 Aanbestedingswet. Bij de procedure voor concessieopdrachten wordt een verdeling gemaakt tussen een openbare procedure, een niet-openbare procedure, een mededingingsprocedure met onderhandeling en een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.

Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf mag de procedure die tot de keuze van een concessiehouder leidt, naar eigen inzicht organiseren, mits deel 2a van de Aanbestedingswet daarbij in acht wordt genomen. Deel 2a van de Aanbestedingswet formuleert derhalve de randvoorwaarden voor de procedure voor concessieopdrachten. Daaruit volgt dat de concessieopdracht wordt aangekondigd op TenderNed. Met de bekendmaking van de opdracht wordt ook een beschrijving van de voorgenomen organisatie van de procedure, de voorwaarden voor deelneming en een indicatief tijdschema voor de voltooiing van de procedure gegeven. Voorts verklaart deel 2A voor specifieke onderdelen van de concessieprocedure bepalingen uit Deel 2 (overheidsopdrachten) van toepassing, bijvoorbeeld ten aanzien van inlichtingen en communicatie, wijziging van concessieopdrachten, uitsluiting van de procedure en bekendmaking van de gunningsbeslissing.

Kenmerk van de procedure voor concessieopdrachten is dat na inschrijving met de inschrijvende partijen onderhandelingen gevoerd kunnen worden over het voorwerp van de overeenkomst, de gunningscriteria en de minimumeisen als omschreven in de aanbestedingsstukken. In het navolgende zal dan ook uitgegaan worden van kwalificatie van de aanleg en exploitatie van een warmtenet als concessieopdracht.

### 4.3 Een geschikte procedure

De *openbare procedure* is met name geschikt voor gevallen waarin sprake is van zeer specifiek omschreven opdrachten en waarbij als gunningscriterium de laagste prijs wordt aangehouden. Indien naast het criterium prijs ook het criterium kwaliteit een rol speelt, dan is de openbare procedure minder geschikt omdat het voor

aanbesteders, maar zeker ook voor de markt onevenredig belastend zou zijn indien een groot aantal marktpartijen kosten maakt om een uitgewerkt ontwerp en een daarbij behorende prijs in te dienen. Bij de aanleg van warmtenetten zal ingeval van meerdere aanbiedingen naar het oordeel van ondergetekende ruimte zijn voor variaties in aangeboden oplossingen. Ten behoeve van de aanleg van warmtenetten lijkt de openbare procedure daarom geschikt.

Het probleem van de belasting van de markt kan worden ondervangen door de keuze van de *niet openbare procedure*. Met deze procedure kan ook worden bereikt dat uitsluitend marktpartijen inschrijven die aantoonbaar zijn gekwalificeerd voor het aanleggen en exploiteren van het betreffende warmtenet.

De *meervoudig onderhandse procedure* kan uitsluitend worden gebruikt indien er geen verplichting bestaat om het warmtenet Europees dan wel nationaal aan te besteden. In de paragrafen 3.4 en 3.5 werd duidelijk dat voor het zoeken van een marktpartij voor de aanleg van warmtenetten waarvan de aanleg (mede) strekt tot de warmtevoorziening van bestaande gebouwen in een gebied, gelet op de veronderstelde feitelijke omstandigheden in dergelijke gevallen een voorafgaande openbare aanbesteding onvermijdelijk is. Dit laat onverlet dat een gemeente, ook wanneer aanbesteden niet verplicht is, vanzelfsprekend wel om beleidsmatige redenen kan kiezen voor enige vorm van aanbesteding van de aanleg van warmtenetten in combinatie met de ontwikkeling en realisatie van een nieuwbouwlocatie als genoemd in paragraaf 3.3. Indien een dergelijke keuze wordt gemaakt, behoort de keuze voor een meervoudig onderhandse procedure wel tot de keuzemogelijkheden.

Een en ander brengt ons/ondergetekende tot de slotsom dat daar waar sprake is van een (Europese) aanbestedingsplicht, en derhalve in veel gevallen een concessieopdracht gegund wordt, de niet openbare procedure voor concessieopdrachten in veel gevallen het meest geschikt zal zijn om een marktpartij voor de aanleg en exploitatie van een warmtenet te kiezen. Een en ander is echter afhankelijk van de marktconsultatie die een aanbestedende dienst voorafgaand aan (de keuze voor) de procedure kan houden, en waarmee in kaart gebracht kan worden of er daadwerkelijk veel partijen interesse hebben in de aanleg en exploitatie van het net.

## 5. De mogelijkheden voor het vertalen van beleidsdoelstellingen in de aanbestedingsprocedure

Gesteld dat van een aanbestedingsplichtige opdracht sprake is, en gekozen wordt voor de procedure voor concessieopdrachten, kan de vraag gesteld worden of en zo ja op welke wijze beleidsdoelstellingen van decentrale overheden een rol kunnen krijgen in die procedure. Voorbeelden daarvan zijn de wens om

warmtenetten vooral door lokale bedrijven te laten aanleggen of exploiteren, om bewoners mee te laten profiteren in de exploitatie van duurzame energievoorziening, of om een bepaalde mate van duurzaamheid te verlangen van potentiële warmteleveranciers. In veel gevallen zullen dergelijke wensen vastgelegd zijn in aanbestedingsbeleid. De vraag of deze eisen vanuit de gemeentelijke regierol mee kunnen wegen in de aanbestedingsprocedure staat in deze paragraaf centraal.

Technische en functionele eisen bepalen welke kenmerken worden voorgeschreven voor de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen. Deze worden doorgaans in de concessiedocumenten opgenomen. Tot deze kenmerken behoren bijvoorbeeld minimumeisen voor het kwaliteitsniveau en de prestaties op het gebied van milieu en klimaat. Op die manier kan voorafgaand al aangegeven worden aan welke minimumvereisten de opdracht moet voldoen.

Gelet op de opbouw van de procedure voor concessieopdrachten is het zinvol om een verschil te maken tussen uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria. Veel van de beleidsmatige wensen ten aanzien van wie de aanleg en exploitatie van het warmtenet op zich zou mogen nemen, zijn eisen die aan de inschrijver zelf gesteld worden, en derhalve mogelijk een plaats krijgen in de geschiktheidseisen of selectiecriteria. Eisen die aan het werk of de opdracht zelf worden gesteld, worden vertaald in gunningscriteria. Het toepassen van selectiecriteria is overigens alleen van toepassing op de niet-openbare procedure voor concessieopdrachten.

De dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden voor Europese aanbestedingen van overheidsopdrachten zijn opgesomd in artikel 38 van richtlijn 2014/18/EU. Dwingende uitsluitingsgronden betreft onder meer deelname aan een criminele organisatie en fraude. Deze gronden zijn sowieso van toepassing op de inschrijver en leiden automatisch tot uitsluiting. De facultatieve uitsluitingsgronden staan in art. 2.87 Aanbestedingswet en kunnen door de aanbestedende dienst van toepassing verklaard worden. Een voorbeeld is faillissement of surseance van betaling van de inschrijver. Volgens het Hof mogen lidstaten andere uitsluitingsmaatregelen nemen dan die in de richtlijn worden opgesomd (zaak *Michaniki*) voor zover zij niet zien op de professionele kwaliteit van de inschrijver. Deze moeten beogen te waarborgen dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht worden genomen. De uitsluitingsgronden mogen niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (proportionaliteitsbeginsel).

Ten aanzien van de geschiktheidscriteria geldt dat bij Europese aanbestedingen de geschiktheidscriteria ertoe dienen om te garanderen dat een gegadigde of inschrijver over de juridische capaciteiten en financiële middelen en de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid beschikt om de overheidsopdracht uit te voeren (art. 2a.46 Aanbestedingswet). Het stellen van geschiktheidseisen inzake economische of financiële draagkracht of technische bekwaamheid dient proportioneel en non-discriminatoire te zijn en verband te houden met het voorwerp van de opdracht. De Aanbestedingswet (en de Gids Proportionaliteit) biedt geen ruimte voor aanbestedende diensten om geschiktheidscriteria vast te stellen die geen verband houden met

economische of financiële draagkracht, de beroepsbevoegdheid of de technische vakbekwaamheid. De voorwaarden die de aanbestedende dienst stelt moeten immers in verhouding tot de noodzaak ervoor te zorgen dat de concessiehouder de concessieopdracht kan uitvoeren.

In dit kader is het de vraag of specifieke beleidsmatige uitgangspunten bij warmtenetten zien op de economische of financiële draagkracht van de inschrijver. Bij dit type geschiktheidseisen gaat het erom of de inschrijver door middel van eigen verklaringen of referenties kan aantonen dat hij de technische competenties heeft die vereist zijn voor essentiële onderdelen van de opdracht, of de economische risico's voor het type opdrachten dat gegund zal worden kan dragen. In het eerste geval kan het gaan om een lijst met werken die de inschrijver gerealiseerd heeft met certificaten dat deze naar behoren zijn uitgevoerd. Ervaring met milieutechnische aspecten kunnen daar eveneens een rol bij spelen. Voor de financiële draagkracht gaat het bijvoorbeeld om bankverklaringen en jaarrekeningen. Minimumgeschiktheidseisen die zien op de gewenste regionale of lokale verankering van de inschrijver zullen in de meeste gevallen niet proportioneel zijn om de financiële en economische draagkracht aan te tonen.

Aanbesteders beschikken over een ruimte discretionaire bevoegdheid bij het vaststellen van criteria voor selectie. Op grond van het transparantiebeginsel moet voorafgaand aan de procedure duidelijk zijn op welke wijze en aan de hand van welke criteria de inschrijvers beoordeeld worden. Selectiecriteria kunnen, net als geschiktheidseisen zowel betrekking hebben op de financiële en economische draagkracht als op de technische en beroepsbekwaamheid. Selectiecriteria zijn echter niet binair, je kunt op grond ervan niet worden uitgesloten maar er slechts beter of slechter op scores. Ook voor selectiecriteria geldt dat het niet goed denkbaar is dat eisen om lokaal verankerde warmtebedrijven bij voorkeur kans te laten maken op de aanleg en exploitatie van het warmtenet verenigbaar zouden zijn met de beginselen van aanbestedingsrecht, zoals non-discriminatie.

Concessieopdrachten worden doorgaans gegund op grond van de beste prijs-kwaliteitverhouding (BPKV). De inschrijvingen voor de concessieopdracht worden beoordeeld op basis van de in overeenstemming met art. 2a 50 Aanbestedingswet door de aanbestedende dienst vastgestelde gunningscriteria. De gunningscriteria zijn objectieve criteria die verband houden met het voorwerp van de concessie, en kunnen onder meer sociale, innovatie-gerelateerde criteria of milieucriteria omvatten. Zij verschaffen de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie geen onbeperkte keuzevrijheid, want deze is daarbij gebonden aan de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie.

Met het toekennen van gewicht aan subgunningscriteria kunnen aanbestedende diensten zelf de weging bepalen, bijvoorbeeld door veel belang te hechten aan kwaliteitscriteria. Het staat een aanbestedende dienst derhalve vrij om criteria te stellen voor de duurzaamheid van een warmtenet, maar ook voor factoren die geen

deel uitmaken van de materiele basis van het werk, zoals de duurzame aanleg van het net. Het resultaat moet dan wel objectief te controleren zijn. De mogelijkheid om sociale factoren mee te laten wegen in de beoordeling van de inschrijving biedt mogelijkheden om lokale participatie in het project of een zekere mate van lokaal draagvlak voor aanleg en exploitatie te vereisen. Eisen waarmee toegeschreven wordt naar bepaalde lokale warmtebedrijven en die zien op het bevoordelen van deze lokale warmtebedrijven zullen echter in veel gevallen als discriminatoir worden gezien.