

De aanleg van warmtenetten en het aanbestedingsrecht

Het warmtenet, als duurzaam alternatief voor verwarming van gebouwen door middel van aardgasverbranding, wordt gezien als een kansrijke wijze van verwarmen van meerdere gebouwen. De toename van het aantal warmtenetten brengt vragen met zich mee over de rol van gemeenten, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag of zij deze warmtenetten moeten aanbesteden en in hoeverre zij invloed kunnen uitoefenen op de vraag door wie en op welke wijze het net geëxploiteerd moet worden. Deze vragen worden ten aanzien van de gemeentelijke aanbestedingsrol uitgewerkt aan de hand van de volgende 4 varianten:

- (1) Aanleg in het kader van de ontwikkeling en realisatie van een nieuwe woningbouwlocatie.
- (2) Aanleg om daarmee bestaande gebouwen binnen een bepaald gebied van warmte te voorzien. Deze variant is ook in het kader van de wijkgerichte aanpak uit het Klimaatakkoord van belang.
- (3) Aanleg van een warmtenet waarop behalve een nieuwbouwlocatie, ook bestaande gebouwen (in een gebied in de naaste omgeving) worden aangesloten.
- (4) Aanleg waarbij een nieuwbouwwijk wordt aangesloten op een reeds bestaand warmtenet.

De aanbestedingsplicht in zijn algemeenheid

Variante 1 t/m 4 hebben gemeenten gemeen dat zij allemaal in meer of mindere mate onderdeel zijn van een gebiedsontwikkelingsproces. Om te bepalen wanneer sprake is van een aanbestedingsplicht moet dus bezien worden hoe de aanbestedingsplicht zich tot gebiedsontwikkeling verhoudt. Daarvoor is het zgn. Muller-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Zaak C-451/08) van belang. 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.

Ad. 1. 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 het arrest-Muller 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”.

Ad. 2. 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.

Ad.3. Het Hof maakt in het arrest Müller duidelijk dat inhoudelijke sturing via de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden - niet betekent dat eisen als bedoeld in de richtlijn worden gesteld. Voor een belangrijk deel wordt inhoudelijke sturing in Nederland contractueel uitgeoefend. Een bekend voorbeeld daarvan is de regeling inzake grondexploitatie op grond van de Wet ruimtelijke ordening. 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 dan ook niet aan te merken als eisen in de zin van de richtlijn.

Scenario 1: Warmtenetten in het kader van nieuwbouw

Bij het realiseren van een warmtenet in verbinding met de woningbouwontwikkeling is er geen sprake van een (Europese) aanbestedingsplicht indien niet cumulatief aan de hiervoor genoemde voorwaarden uit het Muller-

arrest wordt voldaan. 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 marktpartij wordt gerealiseerd en ook een privaat gebruik kent. Het is daarnaast 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.

Scenario 2: Warmtenet ten behoeve van bestaande bouw

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 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.

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 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 overheidssopdracht 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 exploitatie van het warmtenet. In dat geval kan er sprake zijn van een concessieovereenkomst, nu aanleg en exploitatie voor rekening van de marktpartij komen en de tegenprestatie bestaat uit het leveren van warmte via dat net. De waarde van de opdracht wordt bepaald aan de hand van de omzet die gedurende de concessieperiode door de warmteleverancier zal worden behaald, en zal al snel de Europese drempelwaarde voor concessieopdrachten á 5.350.000,- euro overstijgen, zodat er sprake is van een concessieopdracht die Europees aanbesteed moet worden.

Scenario 3/4 De aanleg van een warmtenet voor zowel nieuwbouw als ten behoeve van bestaande gebouwen

In de praktijk van gebiedsontwikkeling spelen tevens warmtenetten een rol die zowel nieuwbouw als bestaande bouw bedienen. 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 aan te sluiten op 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 de aanwezigheid van een rechtstreeks economisch overheidsbelang bij warmtenetten en het stellen van verdergaand eisen dan op grond van het publiekrecht mogelijk zou zijn.

Als er moet worden aanbesteed, welke procedure dient te worden gevolgd?

Aangezien de aanleg en exploitatie van een warmtenet doorgaans kwalificeren als een concessieopdracht wordt deze procedure hierna toegelicht. 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. Voor een concessieopdracht gelden 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 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.

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 voorgenoemde 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.

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. 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.

1. Voorafgaand aan inschrijving worden in de concessiedocumenten doorgaans technische en functionele eisen bepaald welke worden voorgeschreven voor de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen. Tot deze kenmerken behoren bijvoorbeeld minimumeisen voor het kwaliteitsniveau en de prestaties op het gebied van milieu en klimaat.
2. 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-discriminatoir 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. Bij geschiktheidseisen voor economische of financiële draagkracht 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. Ervaring met milieutechnische aspecten kunnen daar eveneens een rol bij spelen. 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.
3. 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. 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.
4. Concessieopdrachten worden doorgaans gegund op grond van de beste prijs-kwaliteitverhouding (BPKV). 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. De aanbestedende

dienst heeft geen onbeperkte keuzevrijheid, want deze is 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 discriminatoir zijn.