

An aerial photograph showing a wide river or flooded area. A bridge with several stone pillars spans the water. In the foreground, there are buildings with red roofs, partially obscured by a blue overlay. The background shows green fields and a church spire under a cloudy sky.

Cases thermische energie uit oppervlaktewater

Juridische kaders

59692 – Openbaar

17 juli 2019

Berenschot

Cases thermische energie uit oppervlaktewater

17 juli 2019

Berenschot

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	4
1.1	Context en doel	4
1.2	Juridische kaders	4
2.	Verkenning cases: Schieovers te Delft en LEVELS te Den Haag	5
2.1	Casebeschrijving Schieovers	5
2.2	Casebeschrijving LEVELS	6
2.3	Toelichting juridische aspecten	6

1. Inleiding

1.1 Context en doel

IF Technology, APPM en VP Delta voeren in samenwerking met het Hoogheemraadschap van Delfland, de provincie Zuid-Holland, en de gemeenten Den Haag, Delft en Rotterdam een onderzoek uit naar de potentie van thermische energie uit oppervlaktewater (TEO) in de provincie Zuid-Holland.

Het identificeren van kansrijke locaties bij gemeenten is inmiddels afgerond. Uit ervaringen van diverse TEO-projecten wordt geconstateerd dat er nog enkele juridische vragen zijn rond de realisatie van TEO-projecten.

Het doel is om inzicht te krijgen in juridische mogelijkheden en aandachtspunten voor en van decentrale overheden met betrekking tot het realiseren van TEO-projecten.

1.2 Juridische kaders

Onderstaand worden de juridische kaders van twee casebeschrijvingen nader toegelicht. Voor zover in de (concept) business cases aspecten nog niet nader zijn uitgewerkt, worden enkele scenario's beschreven of wordt een aanname gedaan of wordt een voor de hand liggende variant toegelicht. Met betrekking tot de twee cases wordt nader ingegaan op de juridische aspecten¹ van:

- de Warmtewet
- de 'Wet markt en overheid'
- de juridische kaders van samenwerkingsvormen
- het aanbestedingsrecht
- staatssteun.

De decentrale overheden (provincie, waterschap en gemeente) zijn formeel bevoegd gezag, ieder vanuit de eigen wettelijke bevoegdheden. Op deze wettelijke rollen wordt sporadisch ingegaan indien het raakvlakken heeft met de bovenstaande rechtsgebieden.

¹ Indien een waterschap een bepaalde rol wil invullen bij de cases met betrekking tot de productie en levering van energie en warmte, wordt aangeraden de 'Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen waterschappen' te raadplegen. In deze handreiking zijn de kansen en uitdagingen met mogelijke oplossingen voor waterschappen toegelicht:

<https://www.uvw.nl/publicatie/juridische-handreiking-duurzame-energie-en-grondstoffen/>

2. Verkenning cases: Schieovers te Delft en LEVELS te Den Haag

2.1 Casebeschrijving Schieovers

Schieovers (de 'Strip') is een ontwikkellocatie in de gemeente Delft. Het gaat hierbij om gebouwen (wonen, werken en parkeren) met een BVO van 70.000 m². De totale warmtevraag is 1.600.000 kWh/m² per jaar en 840.000 kWh/m² per jaar aan koude.

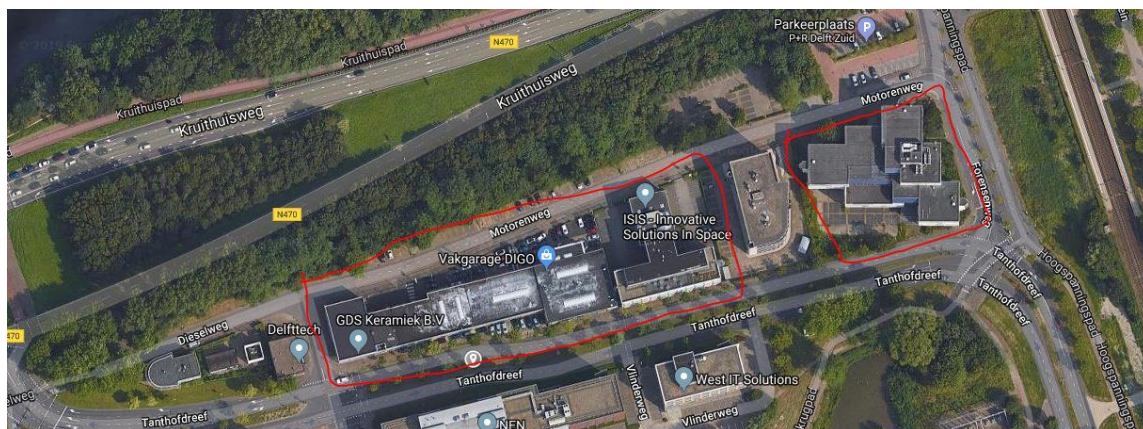
De warmtebronnen zijn de Schie en het gemaal ter hoogte van Marcellus (en eventueel ander oppervlaktewater). De beschikbare hoeveelheid energie is circa 450 MWh per 100 meter kanaal per jaar. TEO uit de Schie is technisch/energetisch haalbaar². Het Hoogheemraadschap van Delfland is bevoegd gezag met betrekking tot het oppervlaktewater.



Figuur 3 | Oppervlaktewater nabij Schieovers deelgebied 4 in Delft. Het gemaal is weergegeven in de blauwe cirkel. De Schie is aangewezen met de blauwe pijl. Bron: Legger Hoogheemraadschap Delfland.

De locatie

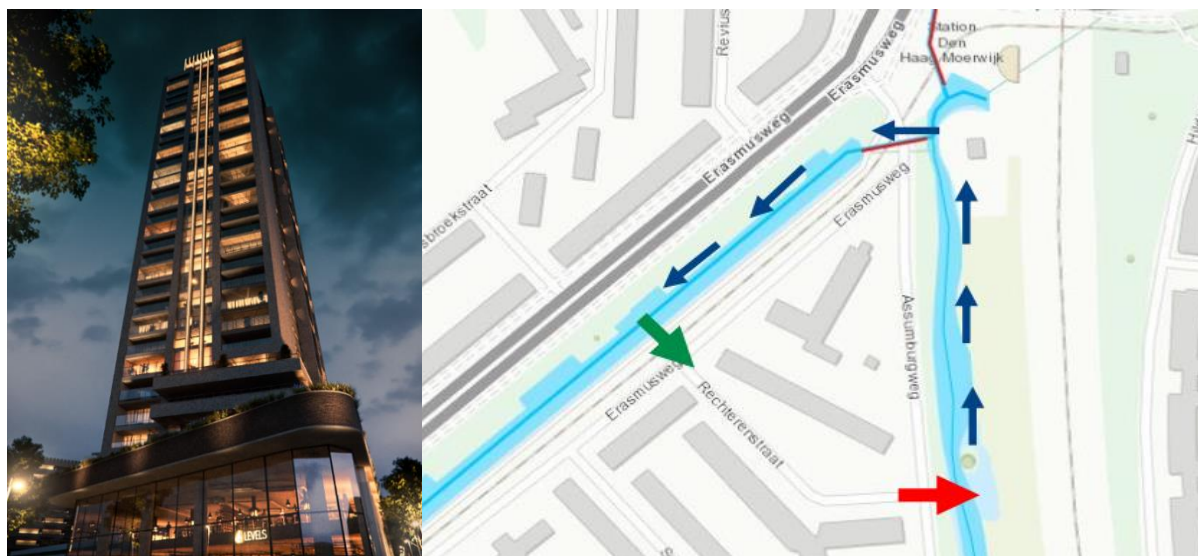
Het grootste deel van het ontwikkelgebied is in eigendom van een projectontwikkelaar – zie de rood omcirkelde gronden.



² IF Technology, Thermische energie uit oppervlaktewater fase 2, Schieovers in Delft, 9 april 2019.

2.2 Casebeschrijving LEVELS

LEVELS is een ontwikkellocatie in Den Haag en is een samenwerking tussen de gemeente Den Haag, Stebru en Vestia. Het betreft circa 545 woningen en een commerciële plint van 4500m² BVO. Voor de nieuwbouw (wonen en werken) is in totaal 1.022.000 kWh/m² per jaar aan warmte nodig. De warmtebronnen zijn langs de Erasmusweg en de Assumburgweg (zie figuur hieronder³). De inlaat oppervlaktewater (groene pijl) en uitlaat (rode pijl) betekent een haalbare capaciteit van circa 25m³/h en circa 350 MWh; er is voldoende warmte beschikbaar⁴. De gemeente Den Haag is eigenaar van de gronden waar een warmtenet gerealiseerd kan worden. Het Hoogheemraadschap van Delfland is bevoegd gezag met betrekking tot het oppervlaktewater.



2.3 Toelichting juridische aspecten

De warmte en koude moet vanaf de TEO-bronnen getransporteerd worden via een warmtenet⁵. In de case Schieovers zal dat plaatsvinden vanaf het gemaal en de Schie en op basis van de business case wordt aangenomen dat een pomp wordt geplaatst bij het gemaal (en in een latere fase mogelijk gebruik wordt gemaakt van een WKO). In de case LEVELS kan een warmtenet worden aangelegd op/in de gronden van de gemeente Den Haag.

Er zijn vele varianten denkbaar m.b.t. wie het warmtenet gaat aanleggen en exploiteren en wie de rol van producent en leverancier gaat invullen. Indien bijvoorbeeld de gemeente, provincie of het waterschap eigenaar van het warmtenet wordt, zal zij ook de financiën voor de aanleg (en mogelijk beheer en onderhoud) beschikbaar moeten stellen. Het waterschap dat de rol wil invullen van bijvoorbeeld warmteproducent of -leverancier zal

³ Informatie en foto: <https://www.stebru.nl/projecten/levels/286/>

⁴ IF Technology, Thermische energie uit oppervlaktewater fase 2, 1 april 2019.

⁵ Warmtenet = het geheel van tot elkaar behorende, met elkaar verbonden leidingen, bijbehorende installaties en overige hulpmiddelen dienstbaar aan het transport van warmte, behoudens voor zover deze leidingen, installaties en hulpmiddelen zijn gelegen in een gebouw of werk van een gebruiker of van een producent en strekken tot toe- of afvoer van warmte ten behoeve van dat gebouw of werk.

rekening dienen te houden met specifieke regelgeving voor waterschappen⁶. Een marktpartij kan deze rol(len) ook op zich nemen, maar ook een combinatie van marktpartijen, een combinatie van een marktpartij met een decentrale overheid in een gezamenlijk warmtebedrijf of combinatie van decentrale overheden.

Bij de herontwikkeling / nieuwbouw van de locaties Schieovers en LEVELS hebben de gemeenten naast de (nog te verlenen) omgevingsvergunning de mogelijkheid om concessie te verlenen ten aanzien van de aanleg (en/of exploitatie) van het warmtenet. De gemeenten kunnen een concessieovereenkomst sluiten met de marktpartij (bijvoorbeeld de projectontwikkelaar) bij het herontwikkelen van de nieuwe locaties. De gemeente heeft hier de rol van opdrachtgever m.b.t. de aanleg en exploitatie van het warmtenet. Het betreft hier overigens geen 'aanbesteding' in de zin van de Aanbestedingswet⁷.

Warmtewet

In de Warmtewet of andere wet- en regelgeving is niet bepaald wie een warmtenet mag aanleggen⁸ of beheren (ter vergelijking: dit is wel geregeld bij gas en elektriciteit). In de situatie dat het warmtenet wordt gerealiseerd op gronden die alleen in eigendom zijn van particuliere partijen, dan heeft de gemeente m.b.t. de aanleg en exploitatie geen rol; een privaat warmtenet kan aangelegd worden op eigen gronden.

Aangenomen wordt dat het warmtenet in de case Schieovers gedeeltelijk in/op private- en gedeeltelijk in/op gronden van de gemeente wordt aangelegd. De gemeente kan als eigenaar van die gronden privaatrechtelijke medewerking verlenen m.b.t. de aanleg van het warmtenet. In de case LEVELS kan de gemeente zelf het warmtenet aanleggen of dit overlaten aan een andere (markt)partij via een concessie (zie hierboven).

Op grond van de Warmtewet zal duidelijk moeten zijn wie de producent en leverancier van warmte is, maar dit is in de cases van Schieovers en LEVELS nog niet bekend. De productie van warmte is overigens niet in de Warmtewet geregeld en daarmee is de productie van warmte vrij (er gelden wel specifieke eisen uit vanuit andere wetgeving, bijvoorbeeld industriële-/veiligheidseisen). Dat de productie van warmte 'vrij' is wil niet zeggen dat er geen regels gelden voor een producent. De producent heeft op grond van de Warmtewet een aantal verplichtingen, onder meer:

- Een producent aangesloten op een warmtenet is verplicht op verzoek van de leverancier te onderhandelen over het beschikbaar stellen van warmte tegen redelijke prijzen en voorwaarden.
- Een leverancier of een producent, die voornemens is de levering of de productie van warmte te beëindigen dan wel redelijkerwijs moet voorzien dat hij niet langer aan zijn wettelijke verplichtingen zal kunnen voldoen, meldt dit onverwijld aan de Minister van EZK.
- De Minister van EZK kan een producent opdragen warmte te produceren en deze warmte ter beschikking te stellen aan een door hem aangewezen noodleverancier.
- De Autoriteit Consument en Markt kan bij een producent metingen verrichten of doen verrichten.
- De Minister van EZK kan, in overeenstemming met de Minister van IenW, aan een producent eisen stellen met betrekking tot het nuttig gebruik van restwarmte.

In de cases van Schieovers en LEVELS is (nog) niet nader bepaald wie de rol gaat invullen van leverancier van warmte. Dit dient ook nog nader uitgewerkt te worden omdat er zonder een leverancier geen sprake kan zijn van levering van warmte. Er geldt op grond van de Warmtewet namelijk een verbod om zonder vergunning warmte te leveren aan kleinverbruikers (afnemers met een aansluiting van maximaal 100 kilowatt). Dit verbod geldt niet voor

⁶ Zie hoofdstuk 2 van de 'Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen waterschappen'. In dit hoofdstuk van de handreiking wordt onder meer ingegaan op de interpretatie van de begrippen functioneel bestuur, duurzaamheid en doelmatigheid.

⁷ Vergunningverlening is in beginsel niet aanbestedingsplichtig omdat het bij vergunningverlening niet gaat om een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel.

⁸ Aanleggen = het realiseren van het geheel van leidingen en toebehoren.

een leverancier die levert aan grootverbruikers (levering van warmte aan zakelijke afnemers met een aansluiting van meer dan 100 kW) en een leverancier die a. warmte levert aan ten hoogste 10 verbruikers tegelijk, of b. per jaar niet meer warmte levert dan 10.000 gigajoules, of c. de verhuurder of de eigenaar is van het gebouw, ten behoeve waarvan de warmte wordt geleverd. De leverancier moet voor een vergunning aantonen dat hij beschikt over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten voor een goede uitvoering van zijn taak, en redelijkerwijs in staat kan worden geacht de verplichtingen als opgenomen in hoofdstuk 2 ('Levering van warmte') van de Warmtewet na te komen⁹. Aangenomen wordt dat in beide cases warmte aan kleinverbruikers zal worden geleverd en de leverancier (gemeente, provincie, waterschap of een marktpartij) zal dus een vergunning van de ACM nodig hebben voor de warmtelevering. De leverancier (vergunninghouder) heeft op grond van de Warmtewet de volgende (administratieve) verplichtingen:

- Een leverancier draagt zorg voor een betrouwbare levering van warmte tegen redelijke voorwaarden en met inachtneming van een goede kwaliteit van dienstverlening.
- De Autoriteit Consument en Markt kan bij een leverancier metingen verrichten of doen verrichten.
- Een leverancier verstrekt de verbruikers aangesloten op zijn warmtenet ten minste eenmaal per jaar een volledige en voldoende gespecificeerde nota met betrekking tot de door hem geleverde diensten.
- De leverancier brengt voor de levering van warmte ten hoogste in rekening de maximumprijs, de kosten van meting van het warmteverbruik en de eenmalige aansluitbijdrage (vastgesteld door de ACM) en onthoudt zich van iedere vorm van ongerechtvaardigd onderscheid jegens zijn verbruikers.
- De boekhouding van een leverancier bevat betrouwbare en op een inzichtelijke wijze vorm gegeven informatie over de integrale kosten en opbrengsten die verband houden met de levering van warmte en het verrichten van de aansluiting.
- De leverancier stelt al hetgeen redelijkerwijs in zijn vermogen ligt in het werk om afsluiting dan wel onderbreking van de levering van warmte te voorkomen, of indien een onderbreking van de levering van warmte optreedt, deze zo snel mogelijk te verhelpen. Afsluiting van een verbruiker wordt in het bijzonder voorkomen in de periode van 1 oktober tot 1 april van enig jaar.
- Indien door een leverancier bij een individuele afnemer een eenmalige aansluitbijdrage in rekening wordt gebracht voor een onvoorziene aansluiting op een bestaand warmtenet, bedraagt deze bijdrage maximaal hetgeen een gasverbruiker zou bijdragen in de situatie waarbij sprake is van aansluiting op een gasnet

Indien de gemeente, provincie of het waterschap deze rol(len) van warmte producent en/of leverancier invult, verrichten zij een economische activiteit die bestaat uit het produceren en aanbieden van warmte¹⁰, een markt waarop ook particuliere ondernemingen actief zijn. Hieronder volgen de juridische aspecten van mededinging.

Productie en levering van warmte: mededinging en de Wet markt en overheid

Het mededingingsrecht richt zich op een markt met gezonde concurrentie en dat concurrentie beperkende gedragingen en misbruik van economische machtsposities worden weggenomen, zodat ondernemingen vrij zijn om zelf hun marktgedrag te bepalen. De mededingingsregels zijn van toepassing op 'ondernemingen': een onderneming is elke eenheid die een economische activiteit (iedere activiteit bestaande in het aanbieden van

⁹ Het gaat dan om onder meer: betrouwbare levering van warmte tegen redelijke voorwaarden en met inachtneming van een goede kwaliteit van dienstverlening, al hetgeen te doen dat redelijkerwijs in zijn vermogen ligt in het werk om afsluiting dan wel onderbreking van de levering van warmte te voorkomen, of indien een onderbreking van de levering van warmte optreedt, deze zo snel mogelijk te verhelpen, er zorg voor te dragen dat binnen een redelijke termijn en tegen redelijke tarieven en voorwaarden aan verbruikers een warmtewisselaar ter beschikking wordt gesteld door middel van verhuur.

¹⁰ Zie: HvJ 16 juni 1987, zaak 118/85 (Commissie/Italië), ro. 7. Of de economische activiteiten met een winstoogmerk worden verricht is niet van belang en voor de vaststelling of sprake is van een economische activiteit is niet bepalend wat de rechtsvorm is van de entiteit die de activiteit uitvoert; een overheid kan dus ook economische activiteiten verrichten. Om vast te stellen of sprake is van een economische activiteit, is de aard van de activiteit bepalend en is in dit verband van belang of de activiteiten ook door particuliere ondernemingen op een markt en in concurrentie kunnen worden verricht.

goederen en diensten op een bepaalde markt) uitvoert, ongeacht haar rechtsvorm en ongeacht de wijze van financiering. Een entiteit die zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, kan alleen voor de economische activiteiten worden aangemerkt als ‘onderneming’.

Het Europese recht stelt grenzen aan commerciële activiteiten van overheden (bijvoorbeeld gemeente, provincie of waterschap als warmteproducent of warmteleverancier) zodat de concurrentieverhoudingen niet worden verstoord. De Wet markt en overheid¹¹ heeft het doel deze concurrentievervalsing tegen te gaan en zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden, overheidsbedrijven en bedrijven te creëren. De Wet markt en overheid bevat hiervoor vier gedragsregels waaraan overheden zich moeten houden.

1. *Integrale kostendoorberekening.* De gemeente moet bij de kostendoorberekening ten minste de operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en vermogenskosten¹² meenemen en mag bijvoorbeeld warmte dus niet onder de kostprijs aanbieden. Op verzoek van de Autoriteit Consument en Markt moet de gemeente aantonen dat het heeft voldaan aan de integrale kostendoorberekening.

2. *Verbod op bevoordeling van overheidsbedrijven*¹³. De gemeente mag overheidsbedrijven (bijvoorbeeld een gemeentelijk warmtebedrijf) geen voordelen (bijvoorbeeld garantie, lening, subsidie) verlenen boven andere private ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt en evenmin een dergelijk overheidsbedrijf anderszins voordelen¹⁴ toekennen die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is (bijvoorbeeld het toestaan van het gebruik door het overheidsbedrijf van de naam en het beeldmerk van de gemeente op een wijze waardoor verwarring bij het publiek is te duchten over de herkomst van goederen en diensten).

3. *Beperking gegevensgebruik.* De gemeente mag de gegevens / gegevensbestanden die ze vanuit de publieke taak verkrijgt, niet gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van deze taak. De gemeente kan met deze gegevens economische activiteiten gaan verrichten, bijvoorbeeld door deze in verrijkte vorm aan te bieden. Dat levert voor de gemeente een oneigenlijk concurrentievoordeel op als deze informatie niet ook door private partijen gebruikt zou kunnen worden. Een gemeente mag daarom de in het kader van de uitvoering van de publiekrechtelijke bevoegdheden verkregen gegevens alleen gebruiken voor andere doeleinden dan ter uitvoering van haar publiekrechtelijke bevoegdheden, indien deze gegevens ook aan marktpartijen beschikbaar kunnen worden gesteld.

4. *Verplichting functiescheiding.* Indien een gemeente een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die zij ook zelf verricht, kan de schijn van belangenverstrengeling en het risico van concurrentievervalsing ontstaan. Het is daarom noodzakelijk dat voorkomen wordt dat dezelfde gemeentelijke personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid als het verrichten van die economische activiteiten. Er is sprake van betrokkenheid bij de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid als een medewerker van een gemeente een (inhoudelijke) bijdrage levert aan de voorbereiding van een besluit ter uitoefening van die publiekrechtelijke bevoegdheid, bijvoorbeeld vergunningverlening. Betrokkenheid bij economische activiteiten is bijvoorbeeld aan de orde als een medewerker

¹¹ Alhoewel de titel van deze ‘wet’ anders doet vermoeden, is de ‘Wet markt en overheid’ geen aparte wet, maar een hoofdstuk in de Mededingingswet (Hoofdstuk 4b) dat het gelijke speelveld tussen overheden en ondernemingen moet creëren. Opgemerkt wordt dat er een aantal uitzonderingsbepalingen gelden, zie voor meer detailinformatie over de toepassing ervan de handreiking: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2012/07/05/handreiking-markt-en-overheid>

¹² In het Besluit markt en overheid worden de kostensoorten nader toegelicht.

¹³ Het gaat hier om een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, niet zijnde een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon (bijvoorbeeld gemeente, provincie, waterschap), al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen.

¹⁴ Als voordeel wordt ook gezien het leveren van goederen aan, het verrichten van diensten voor en het ter beschikking stellen van middelen aan het overheidsbedrijf tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten.

van een gemeente bevoegd is contracten af te sluiten voor het verrichten van de economische activiteiten (warmte verkopen, warmteleveringsovereenkomst sluiten) of zich bezighoudt met de acquisitie daarvan.

Gelet op bovenstaande juridische aspecten moet nog helder worden of de gemeente of een andere partij financieel bereid is om de rol van producent en/of leverancier in te vullen. Indien de gemeente als warmteproducent of – leverancier zich aan de bovengenoemde vier gedragsregels houdt, kan zij voldoen aan de Mededingingswet.

Juridische aspecten van samenwerking bij warmtenetten

Opgemerkt wordt dat warmte, in tegenstelling tot aardgas en elektriciteit, niet makkelijk rendabel kan worden vervoerd over lange afstanden. Dit zorgt ervoor dat warmtenetten in de praktijk vaak kleinschalig en lokaal zijn opgezet rondom een specifieke warmtebron – in dit geval een TEO bron – en dat de te onderscheiden rollen uit de Warmtewet bijna in alle gevallen door één partij worden ingevuld. Dit om de eenvoudige reden dat het anders niet rendabel is te maken. Hieronder volgt een juridische toelichting op enkele juridisch mogelijke varianten als de betreffende rollen niet door één partij worden opgepakt maar in samenwerking.

De gemeente, een provincie of een waterschap kunnen in beginsel in een joint venture (bijvoorbeeld een naamloze vennootschap, besloten vennootschap, coöperatie) met een private partij stappen voor de aanleg en/of exploitatie van een warmtenet. Indien een decentrale overheid wenst samen te werken met een marktpartij die deelneemt in het gezamenlijke warmtebedrijf / onderneming, dan is het aanbestedingsrecht van toepassing. Gaat deze gezamenlijke onderneming activiteiten verrichten die aanbesteed hadden moeten worden, dan moet de marktpartij - die gaat deelnemen in die onderneming - worden geselecteerd door middel van aanbestedingsprocedure. Als dit niet op de juiste wijze gebeurt, kan een derde geïnteresseerde in een dergelijk geval bij de rechter klagen dat de opdracht ten onrechte onderhands is gegund aan deze betreffende partij en bijvoorbeeld vorderen dat de opdracht alsnog wordt aanbesteed.

Indien bijvoorbeeld een gemeente, provincie of waterschap wenst samen te werken met een andere decentrale overheid, dan is het aanbestedingsrecht ook van toepassing. Een uitzondering kan gevonden worden in de vorm van 'publiek-publieke samenwerking' en 'quasi-inbesteding' waarbij er geen aanbestedingsplicht geldt.

De bijbehorende eisen van 'publiek-publieke samenwerking' zijn als volgt:

1. Het gaat om overheidsopdrachten die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten (decentrale overheden) worden gegund. Er is dus geen noodzaak om een aparte entiteit op te richten door decentrale overheden.
2. De overheidsopdracht geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen. Op basis van jurisprudentie gaat het om deelname van de decentrale overheden en dat zij over en weer verplichtingen zijn aangegaan.
3. De invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang. De aanbestedende diensten moeten allen in deze samenwerking (ten minste complementaire) diensten verrichten in het kader van hun gezamenlijke doelstelling. Met deze eis wordt verhinderd dat de ene decentrale overheid diensten uitvoert en de andere decentrale overheid voor deze diensten slechts betaalt; deze opdrachtgever-opdrachtnemer relatie is namelijk aanbestedingsplichtig.
4. De deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.

Deze vorm van publieke samenwerking is gebaseerd op jurisprudentie en is in de Aanbestedingswet vastgelegd met enkele inhoudelijke aanpassingen. In het verleden is deze vorm van publieke samenwerking reeds goedgekeurd bij afvalverwerking¹⁵.

Bij quasi-inbesteding met betrekking tot de aanleg en exploitatie van het warmtenet gaat het om een opdracht verstrekken aan een aan de decentrale overheid gelieerde rechtspersoon (bijv. een gemeentelijk warmtebedrijf). Bij deze vorm van inbesteding kan dus de realisatie en/of exploitatie in handen van een bestaand of op te richten overheidsbedrijf komen. Bij quasi-inbesteding gelden er een aantal voorwaarden voordat hierop een beroep kan worden gedaan. De cumulatieve eisen zijn als volgt:

1. de decentrale overheid moet toezicht op de 'gelieerde' rechtspersoon uitoefenen zoals op zijn eigen dienst(en) ('toezichtcriterium');
2. de 'gelieerde' rechtspersoon voert meer dan 80% van de activiteiten uit voor de decentrale overheid ('merendeelcriterium') en
3. er is geen directe participatie van privékapitaal in de 'gelieerde' rechtspersoon.

De beschreven varianten van publieke samenwerking worden veelvuldig in andere sectoren (bijv. sociaal domein) toegepast en zijn juridisch ook toepasbaar voor de realisatie en exploitatie van warmtenetten.

Aanbestedingsrechtelijke mogelijkheden realisatie en exploitatie van het warmtenet

De aanbestedingsregels voor (Europese) aanbestedingen zijn van toepassing als een aanbestedende dienst¹⁶ een werk of dienst wil inkopen bij een derde partij en het bedrag van de opdracht een bepaald drempelbedrag overschrijdt. Een aanbestedende dienst kan ook eigen inkoopregels toepassen als het bedrag van inkoop onder de drempels ligt; ook dan gelden echter een aantal basisvereisten als transparantie en non-discriminatie ten behoeve van inschrijvers. Verschillende aanbestedingsrechtelijke routes met betrekking tot de realisatie en exploitatie van het warmtenet kunnen nader worden onderzocht. Onderstaand zijn de in dit verband meest voor de hand liggende mogelijkheden beschreven.

- Het in de markt zetten van een concessieopdracht.
Het gaat hier om de integrale aanleg en exploitatie van het warmtenet. Gezien de kosten voor het realiseren van een warmtenet wordt verondersteld dat de concessieopdracht voor een marktpartij een hogere waarde dan de drempelwaarde (€ 5.548.000 excl. btw) vertegenwoordigt en dat sprake is van een Europese aanbestedingsplicht. Of er sprake is van een aanbestedingsplicht m.b.t. deze concessieopdracht, zal afhangen van de drie eisen uit het Müller-arrest (cumulatieve eisen op hoofdlijnen zijn: heeft de gemeente een rechtstreeks economisch belang, kan de gemeente de opdracht afdwingen en heeft de gemeente beslissende invloed op het ontwerp?)¹⁷. Indien wordt voldaan aan alle drie de eisen, dan gelden de Europese procedures (onder meer dat opdrachten door de gemeente vooraf bekend moeten worden gemaakt in het Europese Publicatieblad).
- Opdracht voor een werk en een dienst.
Het gaat dan om een separate aanbesteding m.b.t. het aanleggen van een warmtenet (werk) en een aanbesteding m.b.t. de exploitatie (dienst). Er kan op basis van de Aanbestedingswet gekozen worden voor diverse aanbestedingsprocedures, elk met hun eigen kenmerken. Het gaat om onder meer: mededingingsprocedure met onderhandeling, de concurrentiegericht dialog, innovatiepartnerschap, procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking, procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten.

¹⁵ Arrest van het Hof van Justitie EU, 9 juni 2009, C-480/06; 'Stadtreinigung Hamburg'.

¹⁶ Aanbestedende diensten zijn: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

¹⁷ HvJEU 25 maart 2010, Case 451/08.

Financiële steun - staatssteun

Decentrale overheden kunnen op diverse manieren financiële steun verlenen bijvoorbeeld ter realisatie van het warmtenet. Wanneer de gemeente bijvoorbeeld subsidies verstrekt voor de aanleg van het warmtenet of warmte levert onder de marktprijs aan een gebruiker is de gemeente steunverlener.

De staatssteunregels zijn neergelegd in de artikelen 107, 108 en 109 VWEU. Op grond van deze Europese regels is staatssteun in principe verboden. Het verbod op staatssteun betekent dat de overheid één of meer bepaalde onderneming(en) niet (financieel) mag bevoordelen ten opzichte van andere ondernemingen als zij daarmee de concurrentie op de markt verstoort. Van staatssteun¹⁸ is sprake als voldaan is aan alle volgende elementen:

- de steun wordt door de overheid verleend of met overheidsmiddelen bekostigd;
- de steun verschaft een economisch voordeel aan onderneming(en) die zij niet langs de normale commerciële weg zouden hebben verkregen;
- dit voordeel is selectief, wat inhoudt dat het ten goede komt aan bepaalde onderneming(en);
- het voordeel vervalst de mededinging of dreigt die te vervalsen en heeft een (potentiële) invloed op de interstatelijke handel.

Een steunmaatregel van een decentrale overheid wil overigens nog niet zeggen dat de steunmaatregel niet geoorloofd zou zijn omdat er ook vrijstellingen mogelijk zijn (met eventueel aanmelding bij de Europese Commissie). De decentrale overheid kan zelf voorkomen dat er sprake is van onverenigbare steun door bijvoorbeeld:

1. Steun te verlenen onder marktconforme voorwaarden voor de aanleg en beheer van het warmtenet. Marktconformiteit (er is dus geen voordeel verleend) kan aangetoond worden door het 'Market Economy Operator Principle (MEOP)' te hanteren. Het gaat er dan om of een particuliere investeerder in soortgelijke omstandigheden ook hetzelfde zou hebben gehandeld.
2. Het uitschrijven van een open, niet discriminerende en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure voor bijvoorbeeld realisatie van het warmtenet. Dit kan zorgen voor een prijs die marktconform is en geen verboden staatssteun oplevert.
3. Het toewijzen van een Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB) via een overheidsbesluit; bijvoorbeeld bedrijf X wordt door de gemeente, provincie of waterschap belast met de levering van warmte.
4. Beroep op een uitzondering te doen, bijvoorbeeld op basis van bijvoorbeeld het 'DAEB-pakket' danwel de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV).

Toelichting bij 3. Als de DAEB door de decentrale overheid conform de Altmark¹⁹ uitspraak wordt vormgegeven, dan is de vergoeding geen staatssteun. Er moet dan aan de volgende cumulatieve voorwaarden worden voldaan:

- De begunstigde onderneming moet belast worden door de overheid met de uitvoering van de DAEB en de DAEB moet duidelijk omschreven zijn.
- De berekening van de compensatie moet objectief en transparant vastgesteld zijn
- De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de DAEB geheel of gedeeltelijk te dekken
- Als de begunstigde onderneming niet gekozen wordt op basis van een openbare aanbesteding, zal de compensatie worden bepaald op basis van een 'benchmark'.

¹⁸ Staatssteun is niet alleen beperkt tot subsidies, ook financiering in de vorm van garanties, leningen en het verschaffen van risicokapitaal waarvoor een vergoeding wordt gerekend die onder de marktwaarde ligt, kunnen staatssteun vormen. Naast deze directe vormen van financiering kan er indirect ook sprake zijn van staatssteun als de overheid op enigerlei wijze inkomsten derft en hierdoor feitelijk een voordeel verleent.

¹⁹ Zaak C-280/00, 24 juli 2003.

Toelichting bij 4. De belangrijkste vrijstellingsverordeningen is de AGVV. Deze (vrij technische) verordening kent onder meer vrijstellingen voor steun op het gebied van milieu en duurzaamheid. Naast de AGVV kan de gemeente een beroep doen op enkele andere uitzonderingen die zijn opgenomen in bijvoorbeeld het 'DAEB-pakket'. In 2012 is het Europese 'DAEB-pakket' in werking getreden, waarin de Europese Commissie toelicht onder welke voorwaarden sprake is van een DAEB indien niet voldaan is aan het vierde criterium van het Altmark-arrest. Het gaat om de DAEB de-minimisverordening, het DAEB Vrijstellingsbesluit en de DAEB Kaderregeling. De betreffende financiële steun van de gemeente / decentrale overheid aan een specifiek TEO-project zal getoetst moeten worden aan doordat meerdere van deze regelingen om te kunnen bepalen of een beroep op een uitzondering kans van slagen heeft. Hierbij is de daadwerkelijke vormgeving van het TEO-project en de rol van diverse deelnemers eraan zeer bepalend.



Berenschot

Berenschot is een onafhankelijk organisatieadviesbureau met 350 medewerkers wereldwijd. Al 80 jaar verrassen wij onze opdrachtgevers in de publieke sector en het bedrijfsleven met slimme en nieuwe inzichten. We verwerven ze en maken ze toepasbaar. Dit door innovatie te koppelen aan creativiteit. Steeds opnieuw. Klanten kiezen voor Berenschot omdat onze adviezen hen op een voorsprong zetten.

Ons bureau zit vol inspirerende en eigenwijze individuen die allen dezelfde passie delen: organiseren. Ingewikkelde vraagstukken omzetten in werkbare constructies. Door ons brede werkterrein en onze brede expertise kunnen opdrachtgevers ons inschakelen voor

Berenschot Groep B.V.

Europalaan 40, 3526 KS Utrecht

Postbus 8039, 3503 RA Utrecht

030 2 916 916

www.berenschot.nl

 [berenschot](https://www.linkedin.com/company/berenschot)