

Regionale inkoop lokaal opgewekte duurzame energie

In Twentse gemeenten is het een goed gebruik om bij de inkoop van goederen, diensten of werken de impact daarvan op mens en milieu mee te nemen en na te denken over de mogelijkheid om via de inkoop bij te dragen aan de realisatie van de beleidsdoelen van de organisatie. Deze visie gaat in op de mogelijkheid om via de inkoop van energie voor eigen gebruik de energietransitie te versnellen.

1. Inleiding

In 2015 ondertekenden 195 landen het 'Akkoord van Parijs'. Daarmee gaven ze aan maatregelen te willen nemen om de opwarming van de aarde te beperken tot ruim onder de 2 graden Celsius, met een duidelijk zicht op 1,5 graden Celsius. Daarvoor is het noodzakelijk dat er -wereldwijd- in 2030 bijna de helft (49%) minder aan broeikasgassen wordt uitgestoten dan in 1990 het geval was. Ook Nederland heeft zich aan deze afspraken gecommitteerd. Tegen deze achtergrond wordt er op dit moment door overheden, het bedrijfsleven en -andere- maatschappelijke partners onderhandelt over het Klimaatakkoord, waarvan op 10 juli jl. reeds de hoofdlijnen werden gepresenteerd.

Voor gemeenten is er bij de uitvoering van het Klimaatakkoord een belangrijke rol weggelegd. Het gebruik van aardgas in de gebouwde omgeving moet worden uitgefaseerd en gemeenten vervullen daarbij een regierol. Daarnaast dient er in de periode 2019 – 2030 35 Terawattuur aan duurzame elektriciteit op land te worden gerealiseerd. Per regio zullen gemeenten, provincies, waterschappen en netbeheerders en maatschappelijke partners, daarvoor Regionale energiestrategieën (hierna: RES) moeten opstellen. Dit is een gigantische opgave. De rol van de gemeente is niet beperkt tot de planvorming. Ook bij de uitvoering van de plannen en de monitoring van de resultaten wordt haar inzet gevraagd.

Gemeenten zijn zelf ook grootverbruikers van energie. Sinds 2005 kopen de Twentse gemeenten die energie als collectief in. In 2017 ging het daarbij om 55.446.049 kWh (elektriciteit) en 16.126.578 ³ meter gas.

Veel van de groene stroom die in Nederland wordt geleverd, wordt nu nog in het buitenland opgewekt. In verschillende regio's wordt de inkoopkracht van gemeenten inmiddels benut om de productie van lokaal opgewekte duurzame energie te stimuleren, door te bedingen dat de ingekochte energie zo snel mogelijk wordt opgewekt in nieuw te bouwen installaties (zoals zonneparken en windturbines). Dat stimuleert marktpartijen om regionale opwekkingscapaciteit te realiseren. Ook worden er bij de inkoop van energie eisen gesteld aan de samenwerking met lokale partijen en de mogelijkheid van inwoners om financieel in energieprojecten te participeren.

Deze aanpak spreekt tot de verbeelding. We zetten de aanbesteding van de levering van energie in om een bijdrage te leveren aan onze klimaatdoelen. Gemeenten treden op als launching customer¹, waardoor de productie van lokaal opgewekte elektriciteit een impuls krijgt. Het zal enige tijd kosten om voldoende opwekcapaciteit te realiseren die de regio volledig energieneutraal kan maken, maar grote partijen zoals regionale overheden kunnen hier een belangrijke aanjager in zijn. Goed voorbeeld doet volgen. Ook liggen er economische kansen in het verschiep. Met de realisatie van energieprojecten zijn namelijk grote investeringen gemoeid. Ter illustratie: in de regio Arnhem Nijmegen is berekend dat daar 52 miljoen in de regio blijft die anders elders terecht komt. Bij de inkoop van lokaal opgewekte energie kunnen we bovendien bevorderen dat onze inwoners in financiële zin van de energietransitie profiteren, door samenwerking met lokale energiecoöperaties te bevorderen of door te eisen dat omwonenden anderszins financieel in het project kunnen participeren.² Dit om draagvlak onder de bevolking voor deze energieprojecten te bevorderen, tevens ter voorkoming van het onmogelijk maken van lokale initiatieven waarmee een onwenselijke monopolie positie zou ontstaan. Met de voorbereiding van de RES Twente is inmiddels gestart. Met de hiervoor beschreven aanpak voor de aanbesteding van de inkoop van energie wordt er een invulling gegeven aan een opgave die sowieso op ons afkomt. Eventuele extra kosten die met deze aanbesteding gemoeid zouden zijn leiden tot verminderde investeringen in de RES. Daarom is een integrale afweging van voorgaande gewenst.

¹ Door de vraag te stellen aan de markt, creëer je ook de behoefte en zorg je er mede voor dat de markt hier op gaat inspelen

² Hier wordt gestreefd naar een participatie vanuit de bevolking van minimaal 50 procent om ook mee te laten profiteren van de lusten.

In de eerste helft van november besloten de Twentse gemeenten en de veiligheidsregio een ambtelijke werkgroep opdracht te geven een voorstel voor regionale inkoop van lokaal opgewekte duurzame energie uit te werken, waarbij er voor inwoners een mogelijkheid bestaat om financieel te participeren in energieprojecten. In deze notitie worden de uitgangspunten beschreven waaronder die nieuwe aanpak gestalte kan krijgen.

Achtereenvolgens wordt in deze notitie ingegaan op:

- de in dit verband relevante begrippen (paragraaf 2);
- inkoop gas en elektra of de inkoop van energie (paragraaf 3)
- de garantie op levering van elektra en aardgas (paragraaf 4);
- de kosten die samenhangen met de inkoop van duurzame energie (paragraaf 5);
- aanbestedingsplicht en rechtmatigheid (paragraaf 6);
- (Quasi-)Inhouse-uitzondering (paragraaf 7)
- aanbesteden(paragraaf 8);
- de (dubbel)rol van de gemeente (paragraaf 9);
- risico's (paragraaf 10);
- de kosten van de aanbesteding (paragraaf 11);
- de vervolgstappen (paragraaf 12).

2. Begrippenkader

De beoogde nieuwe aanpak bestaat uit het bevorderen van de productie van lokaal opgewekte duurzame energie via de inkoop van energie en het daarbij stimuleren van financiële participatie.

In deze visie wordt onder duurzame energie de energie verstaan die wordt opgewekt met behulp van hernieuwbare bronnen. Het gaat daarbij om energie uit:

- biomassa (plantaardige grondstoffen en dierlijk (rest)materialen);
- de bodem (warmte/koude opslag en aardwarmte);
- waterkracht;
- de wind;
- de zon.

De nieuwe aanpak richt zich op de bevordering van lokaal opgewekte energie. Het begrip lokaal is in deze context gerelateerd aan de deelnemende Twentse gemeenten. Lokaal opgewekte energie is dus de energie die wordt opgewekt binnen de gemeentegrenzen van de gemeenten die aan dit project deelnemen.

Om leveranciers aan te zetten tot de ingebruikname van nieuwe duurzame bronnen van lokaal opgewekte energie, verbinden we aan de inkoop van die energie de voorwaarde dat de hoeveelheid energie die op deze manier wordt ingekocht, binnen 5 jaar (zo veel mogelijk) door middel van lokale bronnen wordt opgewekt. We spreken in dit verband over additioneel opgewekte energie.

Om de markt te verleiden tot het doen van investeringen in onze regio moet de uitvraag voldoende aantrekkelijk zijn. Voor elke investering moet de business-case sluitend zijn. Dat betekent dat er zicht moet bestaan op een langdurige afzet in combinatie met voldoende vergoeding voor de Garanties van Oorsprong. En dat brengt weer met zich dat er na het nakomen van de afspraken over de eerste 5 jaar een gegarandeerde afzet van 10 tot 15 jaar (verlenging) moet komen (bijvoorbeeld gedurende de lengte van de SDE subsidie). Een marktconsultatie zal moeten uitwijzen welke voorwaarden leveranciers zullen stellen.

Op 10 juli 2018 werden de hoofdlijnen van het Klimaatakkoord gepresenteerd. Daarin wordt het belang van een eerlijke verdeling van de lusten en lasten tussen ontwikkelaars en omwonenden bij de ontwikkeling van energieprojecten benadrukt. Dit draagt bij aan acceptatie onder de omwonenden voor deze projecten. Onder financiële participatie wordt in dit verband de mogelijkheid voor omwonenden/inwoners van de deelnemende gemeenten verstaan om financieel profijt te trekken uit de exploitatie van een energieproject door:

- a. lid te worden van een energiecoöperatie,
- b. risicodragend te investeren in het project of

- c. het tegen een vergoeding beschikbaar stellen van middelen.

Uitgangspunt:

1. In deze visie verstaan we onder:
 - a. additioneel opgewekte energie: lokaal opgewekte energie uit duurzame bronnen die ten tijde van het afsluiten van de overeenkomst nog niet in gebruik waren;
 - b. duurzame energie: de energie uit hernieuwbare bronnen;
 - c. financiële participatie: de mogelijkheid voor omwonenden om na de inleg van middelen in financieel opzicht profijt te trekken uit de exploitatie van een energieproject;
 - d. lokaal opgewekte energie: de energie die wordt opgewekt binnen de gemeentegrenzen van de aan dit project deelnemende gemeenten.

3. Inkoop gas en elektra of de inkoop van energie

Een belangrijke vraag voor de Twentse gemeenten is of zij willen samenwerken bij de inkoop van gas en elektra of bij de inkoop van energie(dragers). Dat lijkt hetzelfde te zijn, maar dat is het niet. Ook warm water, stoom en waterstof zijn energiedragers. Op dit moment zullen de gebouwen die Twentse gemeenten in gebruik hebben, meestal worden verwarmd met aardgas. Als we op zoek zouden gaan naar een partij die ons tegen zo gunstig mogelijke voorwaarden van lokaal opgewekte energie gaat voorzien, dan impliceert dit dat die partij niet alleen leverancier van energie wordt, maar dat die partij zich ook moet gaan verdiepen in de wijze waarop de gebouwen en de daarin aanwezige installaties verduurzaamd moeten worden. En voor een aantal gemeenten geldt dat daar al met andere partijen afspraken over zijn gemaakt.

Wat de situatie nog complexer maakt, is dat de verduurzaming van de gemeentelijke gebouwenvoorraad in de context moet worden gezien van de uitfasering van het aardgas. Van gemeenten wordt verwacht dat zij voor 1 januari 2021 een warmtetransitievisie opstellen. Daarin moet worden beschreven wanneer de verschillende in een gemeente aanwezige wijken en buurten van het aardgas afgaan. En voor die wijken en buurten die voor 2030 aan de beurt zijn, moet ook worden aangegeven waaruit het alternatief voor het gebruik van aardgas bestaat. Voor de meeste gemeenten zal gelden dat het nog enige tijd duurt, voordat de warmtetransitievisie is vastgesteld. Daardoor blijft er nog lang onzekerheid bestaan over de toekomstige energie-infrastructuur in buurten en wijken en zolang die onzekerheid niet is weggenomen, is het ook moeilijk om een strategie te ontwikkelen voor het verduurzamen van de eigen gebouwenvoorraad, omdat de toekomstige energie-infrastructuur eisen kan stellen aan de mate waarin een gebouw moet worden geïsoleerd.

Bij de marktconsultatie zal onderzocht worden of deze veronderstellingen juist zijn. Wanneer daarbij het tegendeel geconstateerd wordt, zal de aanbesteding zich richten op energie in de brede zin van het woord. In het andere geval wordt de inkoop van elektriciteit, gas en mogelijk ook warmte in aparte percelen aanbesteed.

Uitgangspunt:

2. In dit visiedocument richten we ons vooralsnog op de inkoop van elektriciteit en gas en dus niet op de inkoop van energiedragers.

4. Garantie levering elektra en aardgas

De bestaande energiecontracten lopen tot 1 januari 2020. Tot dat moment is de levering van elektriciteit en aardgas voor alle Twentse gemeenten en de Veiligheidsregio geborgd. Deze partijen zouden dus op zijn vroegst met ingang van 1 januari 2020 via de inkoop van hun energie de productie van lokaal opgewekte energie kunnen stimuleren. De aanbesteding die daarmee samenhangt vergt echter nogal wat tijd. In de situatie dat we daarbij met tegenvallers te maken krijgen, komt de leveringszekerheid in het geding, of worden we gedwongen tegen ongunstige voorwaarden voor een tussentijdse oplossing te kiezen.

Om de levering van elektriciteit en gas te borgen, c.q. te voorkomen dat we onder tijdsdruk gedwongen worden tegen ongunstige voorwaarden te contracteren, wordt voorgesteld de huidige aanpak bij de inkoop van energie voor het jaar 2020 te continueren. De nieuwe aanpak zou dan vanaf 2021 zijn beslag kunnen krijgen.

Uitgangspunten:

3. Voor 2020 wordt bij de inkoop van gas en elektriciteit de huidige aanpak gecontinueerd.
4. De nieuwe aanpak zal, met inachtneming van de uitgangspunten uit deze visie, vanaf 2021 zijn beslag krijgen.

5. Kosten

Op dit moment betrekken de gemeenten Dinkelland, Enschede, Losser en Tubbergen de elektriciteit van Twence, terwijl de overige Twentse gemeenten de elektriciteit van Greenchoice afnemen. De elektriciteit die we afnemen is voorzien van een Garantie van oorsprong. Daaruit blijkt dat we op dit moment Nederlandse windenergie gebruiken. Het aardgas dat de Twentse gemeenten afnemen wordt geleverd door Eneco.

Elektriciteit uit fossiele bronnen is goedkoper dan duurzaam opgewekte elektriciteit. Voor een certificaat dat garandeert dat Nederlandse windenergie is gekocht, moet op dit moment € 8,00/MWh (incl BTW) worden betaald. Dit maakt dat Nederlandse elektriciteit van windmolens circa 5 procent duurder is, dan elektriciteit die is opgewekt met fossiele bronnen. In dit visiedocument gaan we er vanuit dat het niet denkbaar is dat de Twentse gemeenten in dit tijdsgewricht hun duurzaamheidsambities bij de inkoop van energie naar beneden toe bijstellen, bijvoorbeeld door elektriciteit uit fossiele bronnen of met buitenlandse Garanties van oorsprong (in de volksmond wel 'sjoemelstroom' genoemd) in te kopen. Deze optie laat zich met de voorbeeldrol van overheden moeilijk verenigen.

Uitgangspunt:

- 5 De Twentse gemeenten stellen hun duurzaamheidsambities voor de inkoop van energie niet naar beneden toe bij.

Het is mogelijk dat specifieke lokale omstandigheden tot gevolg hebben dat lokaal opgewekte duurzame energie een hogere kostprijs heeft. Dit zal tot gevolg hebben dat er voor de Garantie van oorsprong meer betaald moet worden. Via een marktconsultatie zullen we hier zekerheid over proberen te verkrijgen. Vooralsnog gaan we er vanuit dat de meerprijs voor lokaal opgewekte duurzame energie niet meer dan € 2,-/Mwh mag bedragen.

Uitgangspunten:

- 6 De leverancier zorgt er voor dat er vanaf 1 januari 2021 elektriciteit uit hernieuwbare bronnen wordt geleverd aan alle deelnemende Twentse gemeenten. De elektriciteit die wordt geleverd moet in Nederland zijn opgewekt. De leverancier verplicht zich om die behoefte aan elektriciteit binnen een tijdsbestek van 5 jaar voor een zo groot mogelijk deel te dekken uit lokale, additioneel opgewekte duurzame elektriciteit. De ingekochte volumes moeten kunnen fluctueren in verband met toekomstige ontwikkelingen.
- 7 Voor de Garantie van oorsprong van in de regio opgewekte duurzaam elektriciteit wordt een marktconform bedrag betaald. We betalen niet meer dan € 2,-/Mwh aan toeslag voor lokale, additioneel opgewekte duurzame elektriciteit.

Voor de kosten die dit voor gemeenten met zich meebrengt (was/wordt-lijst) wordt op deze plaats korthedshalve verwezen naar bijlage 1.

Groen gas is in Nederland beperkt beschikbaar. De prijs van groen gas van Europese origine is op dit moment € 0,12 per m³ duurder dan aardgas. En voor Nederlands groen gas wordt op dit moment daarbovenop nog eens € 0,04 per m³ betaald. De daarmee samenhangende meerkosten, zullen voor sommige gemeenten mogelijk een belemmering vormen om groen gas af te gaan nemen. Het is ook denkbaar dat gemeenten zich niet langjarig aan een leverancier van gas willen binden, omdat via het Klimaatakkoord wordt gestuurd op de uitsluiting van aardgas in de bebouwde kom en er in veel gevallen nog niet bekend zal zijn waaruit het alternatief voor aardgas bestaat. Daar staat tegenover dat er bij gemeenten met een sterk ontwikkelde landbouwsector de wens kan bestaan, om via de inkoop van gas het potentieel aan groen gas tot ontwikkeling te brengen. Om die reden is er voor gemeenten voorzien in de mogelijkheid om wat betreft de inkoop van gas te kiezen uit de volgende mogelijkheden:

- a. continuering van de huidige aanpak (inkoop van aardgas);
- b. inkoop aardgas (co2 gecompenseerd) waarbij de leverancier wordt verplicht om binnen een tijdsbestek van 5 jaar voor een zo groot mogelijk deel van het inkoopvolume groen gas uit nieuwe lokale bronnen te leveren.
- c. de inkoop van Europees groen gas;
- d. de inkoop van groen gas, waarbij de leverancier wordt verplicht om binnen een tijdsbestek van 5 jaar voor een zo groot mogelijk deel van het inkoopvolume groen gas te betrekken van duurzame, additioneel opgewekte gas uit lokale bronnen.³

Uitgangspunten:

- 8 Iedere in dit project participerende partij bepaalt voor zichzelf of zij via de inkoop van gas de productie van lokaal opgewekt biogas wenst te stimuleren, of dat zij op dit moment de huidige gedragslijn wenst te continueren (betalen voor een opslag, waarmee de uitstoot aan CO₂ wordt gecompenseerd).
- 9 De te sluiten overeenkomst dient de overstap van gas naar een andere energiedrager niet te blokkeren.
- 10 Gemeenten kunnen wat betreft de inkoop van gas kiezen voor de volgende opties:
 - a. De huidige gedragslijn voortzetten. In deze variant wordt er voor 2021 een kortlopend (1 jaar, met mogelijkheid van verlenging met nog eens 1 jaar) contract gesloten voor de levering van aardgas.
 - b. Binnen deze variant wordt de inkoop van aardgas, waarbij de uitstoot van CO₂ door middel van certificaten wordt gecompenseerd, gecombineerd met een verplichting voor de leverancier om binnen 5 voor een zo groot mogelijk deel van het inkoopvolume biogas uit nieuwe lokale bronnen te leveren. Dit contract zal een looptijd hebben van 5 jaar, met de mogelijkheid tot verlenging met nog eens 15 jaar.
 - c. In deze variant wordt er met ingang van 1 januari 2021 in plaats van aardgas biogas ingekocht door middel van kortlopende contracten. Ook hier geldt dat er een mogelijkheid tot verlenging van het contract met nog eens 1 jaar wordt bedongen.
 - d. Ook in variant c wordt er vanaf 1 januari 2021 biogas ingekocht. In deze variant wordt de leverancier echter verplicht om binnen een tijdsbestek van 5 jaar voor een zo groot mogelijk deel van het inkoopvolume biogas te betrekken van duurzame, additioneel opgewekte gas uit lokale bronnen. Dit contract zal een looptijd hebben van 5 jaar, met de mogelijkheid tot verlenging met nog eens 15 jaar.
11. Voor de Garantie van oorsprong van in Nederland geproduceerde duurzaam gas wordt een marktconform bedrag betaald; dit leidt volgens de huidige inzichten tot een meerprijs van 25 procent. Voor het aardgas wordt een marktconforme prijs betaald.

In bijlage 2 van deze visie zijn tabellen opgenomen, waaruit blijkt waaruit de geschatte kosten per gemeente kunnen bestaan in de verschillende varianten.

³ Bij de keuze voor één van de genoemde alternatieven kunnen gemeenten zich door verschillende motieven laten leiden. Daarbij valt te denken aan:

- kosten afgezet tegen de verminderde uitstoot aan CO₂;
- meeste duurzaamheid voor een euro (het extra geld dat nodig is om groen gas te kopen, kan ook op een andere duurzame manier [bv verduurzaming gebouwen] worden gebruikt, welk alternatief is het duurzaamst);
- contractduur (Als je er voor kiest om via het energiecontract de productie van groen gas te stimuleren, dan zit je langjarig aan het energiecontract vast. De vraag is hoe dit contract zich dan verhoudt tot de regierol van de gemeente bij de uitfasering van het gebruik van aardgas in de gebouwde omgeving).

6. Aanbesteding

De eerste vraag of er sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht moet bevestigend beantwoord worden. Er wordt immers een overeenkomst onder bezwarende titel (opdrachtgever en opdrachtnemer hebben wederzijdse verplichtingen) gesloten tussen een aanbestedende dienst (in dit geval de gemeenten) en een ondernemer. Dit leidt er toe dat voor het sluiten van een overeenkomst de Aanbestedingswet van toepassing is. Om te voldoen aan de rechtmatigheidseisen dient aanbesteed te worden, tenzij een van de wettelijke uitzonderingsgronden van toepassing is.

a. Aanbesteden

Indien er sprake is van aanbesteden zijn er verschillende procedures die gevolgd kunnen worden om zoveel mogelijk waarde voor opdrachtgever te creëren. De procedures worden nader besproken.

- Europees openbaar aanbesteden: het doen van een openbare aankondiging van opdracht waarbij de functionele en technische eisen van te voren bepaald zijn, waarbij iedere geïnteresseerde ondernemer die meent te voldoen aan de eisen kan inschrijven;
- Concurrentiegerichte dialoog; de aanbestedende dienst vraagt een behoefte uit, waarbij partijen die voldoen aan de technische eisen hun interesse kenbaar kunnen maken en in meerdere dialoogrondes de aanbestedende dienst kunnen 'sturen' voor de functionele invulling of oplossing van de behoefte;
- Mededingingsprocedure met onderhandeling; er wordt een nog niet-bestaande oplossing uitgevraagd voor een behoefte, waarbij gedurende meerdere onderhandelingsrondes een gegadigde haar inschrijving nader kan wijzigen, aanvullen en aanpassen om in een zover mogelijk gaande mate invulling kan geven aan de behoefte van opdrachtgever, waar tussentijds inschrijvers uit blijven vallen in een soort van knock-outsysteem

Ongeacht welke procedure wordt gekozen blijven de aanbestedingsbeginselen onverkort van kracht. De aanbestedingsbeginselen hebben in wezen twee doelen; garanderen van de mededinging en een gelijk speelveld creëren. In het bijzonder moet in deze procedure aandacht besteed worden aan het non-discriminatiebeginsel, gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Deze beginselen houden kort gezegd het volgende in:

- Non-discriminatiebeginsel; er moet toegang tot de markt zijn voor een ieder, ongeacht de herkomst van de ondernemer. Met andere woorden er mogen geen eisen gesteld worden die het voor een buitenlandse of niet-Twentse ondernemer onmogelijk maken om de opdracht te verkrijgen;
- Gelijkheidsbeginsel; een ieder moet bij deelneming een gelijke kans krijgen op de opdracht, er mogen geen partijen bevoordeeld worden;
- Proportionaliteitsbeginsel; er mogen geen eisen gesteld worden die een onevenredige belasting vormen voor inschrijvers gelet op het beoogde doel;
- Transparantiebeginsel; iedere inschrijver en deelnemer moet kennis kunnen nemen van de voorwaarden op grond waarvan de opdracht wordt gegund.

Openbare aanbesteding	Concurrentiegerichte dialoog	Mededingingsprocedure met onderhandeling
Herkenbare procedure	Beste uitvraag wordt opgeleverd	Meeste ruimte voor de beste oplossing
Weinig ruimte voor creativiteit en innovatie	Geen corrigerende mogelijkheden tijdens het aanbestedings-proces	Tussentijdse verbeteringen zijn mogelijk
Geen corrigerende mogelijkheden tijdens het aanbestedingsproces		Extra tijd benodigd voor tussentijdse onderhandelingen
Weinig 'remmend' vermogen op potentiële inschrijvers		

b. (Quasi-)Inhouse-uitzondering

Zelfs in die gevallen waar in beginsel sprake zou zijn van een aanbestedingsplichtige opdracht, hoeft deze niet altijd voor de mededinging opengesteld te worden. De wettelijke uitzondering waarop in dit geval een beroep wordt gedaan betreft de zogenaamde (quasi-) inhouse-uitzondering. Dit houdt kortweg in dat een aanbestedende dienst de opdracht zelf vervult of gunt aan een partij waarop zij toezicht uitoefent als ware het een eigen dienst, waar geen sprake is van participatie van privékapitaal en waarvan minimaal 80 procent van de werkzaamheden van opdrachtnemer verricht wordt voor de opdrachtgever. In dit geval is AVI-Twente een 100 procent dochteronderneming van Twence B.V. Twence is op haar beurt voor 100 procent in handen van de gemeentelijke aandeelhouders. De restenergie die vrij komt bij afvalverwerking kan verkocht worden, zonder dat dit aantasting van het 80 procentcriterium oplevert, aangezien deze energie er is en niet in opdracht wordt opgewekt. Dit wordt niet anders wanneer de gemeenten opdracht geven om wel extra op te wekken, aangezien dit eveneens onder het toezicht van aandeelhouders plaats vindt

Uit vaste jurisprudentie blijkt dat de gunning en het sluiten van de overeenkomst dient te verlopen conform geldende wet- en regelgeving. Latere uittreding of verkoop van aandelen heeft geen invloed op de gunning, tenzij de omstandigheden dusdanig zijn dat men zich, al dan niet bewust, onttrekt aan de eisen van de wet, of dat dat redelijkerwijs kan worden aangenomen. De oprichting van een eventuele latere vennootschap waarin uittredende of nieuwe participerende partijen deelnemen, kan dit gebrek mogelijk ondervangen. Een nadere onderbouwing is bijgevoegd in de bijlagen.

Voordelen en nadelen van inhouse vs. aanbesteden	
Voordelen	Nadelen
Het tijdsverloop tot opdrachtverlening is aanzienlijk korter.	Er is geen prikkel voor het bieden van een competitieve prijs of innovatieve oplossingen.
Als aandeelhouders kunnen gemeenten als contractpartner en als aandeelhouder sturen op de gestelde ambities.	In hoeverre zouden de projecten die ze in het kader van deze aanbesteding niet toch al doen, m.a.w. is er sprake van additionaliteit?
Kostenreductie vanwege korter inkoopproces	
Prijsstelling marktconform	
Lokaal netwerk is al aanwezig.	
Twence kan nu al 100 procent duurzame energie leveren.	

7. De rol van de gemeente

Binnen de nieuwe aanpak heeft de gemeente verschillende rollen. Zij is niet alleen afnemer van energie, zij stimuleert de productie van lokale energie, maar is tegelijkertijd bevoegd gezag in de zin van de Wet ruimtelijke ordening en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht. Dit kan gaan schuren. Daarbij is van belang dat artikel 2.4 van de Algemene wet bestuursrecht bepaalt dat het bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid dient te vervullen.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever met dit artikel niet heeft willen zeggen dat een bestuursorgaan niet vanuit bepaalde beleidskeuzes zou mogen werken. Het voeren van beleid is juist inherent aan goed bestuur. Waar het om gaat, dat is dat de overheid bij het nemen van beslissingen gehouden is de nodige objectiviteit te betrachten en zich niet door vooringenomenheid mag laten leiden⁴. Belangrijk is ook dat de schijn van belangenverstrengeling wordt vermeden⁵.

Uitgangspunt:

12. Gemeenten zijn zich bewust van het verbod op vooringenomenheid en zorgen bijvoorbeeld door middel van functiescheiding binnen de ambtelijke organisatie dat bij de voorbereiding van publiekrechtelijke besluiten de nodige objectiviteit wordt betracht.

⁴ ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578.

⁵ ABRvS, 22 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ8863.

8. Risico's

Risicomanagement is essentieel voor het realiseren van strategische ambities. We inventariseren en beperken de risico's die het behalen van onze doelen kunnen belemmeren. Bovendien zorgt een systeem van risicomanagement ervoor dat risico's en beheersmaatregelen niet op een willekeurige, maar op een gestructureerde wijze worden geïnventariseerd. Risicomanagement is een continue proces, waarin we de risico's in beeld krijgen, ze nader duiden en beheersen en we evalueren hoe de beheersing uiteindelijk is gelopen. Risicomanagement vormt om die reden een belangrijk onderdeel van het voorstel voor regionale inkoop van lokaal opgewekte duurzame energie.

Bij het via de inkoop van energie bevorderen van de productie van lokaal additioneel opgewekte energie kunnen de volgende risico's worden onderscheiden:

Ontwikkelrisico's	Beheersmaatregelen
De aanbesteding mislukt.	We zorgen er voor dat er ook voor het jaar 2021 eventueel gebruik kan worden gemaakt van een verlengingsoptie bij de inkoop van energie.
De aanbesteding vraagt meer tijd dan geraamd.	Met het oog daarop is de voorbereidingstijd van de nieuwe aanpak met 1 jaar verlengd.
Er kunnen geen partijen bereid worden gevonden om mee te dingen naar de opdracht.	- Door middel van een marktconsultatie polsen we de interesse in de markt. - Als er in het geheel geen interesse mocht bestaan, dan zetten we de huidige gedragslijn voort.
Er blijken wel partijen geïnteresseerd, maar de met het contract samenhangende kosten vallen fors hoger uit dan geraamd.	- De toelaatbare kostenstijging is aan een limiet verbonden. - Er is een limiet verbonden aan de hoogte van de kosten. Tijdens de marktconsultatie proberen we beter zicht te krijgen op de kosten
Er haken gemeenten af.	- als er gemeenten zijn die op voorhand niets zien in de nieuwe aanpak, dan gaan we verder met een 'coalition of the willing'; - afhakers kopen in het vervolg op eigen kracht of met elkaar hun energie in; - in een samenwerkingsovereenkomst regelen we hoe gemeenten tijdens de rit kunnen 'uittreden'.
Er ontstaat veel negatieve publiciteit rondom dit project door weerstand onder inwoners.	- We voorzien in een goede communicatie over dit project. - De leverancier van energie verplichten we gelegenheid te bieden tot financiële participatie.
Concurrenten kunnen hard maken dat de Aanbestedingswet 2012 niet is nagekomen.	- Hier is onderzoek naar gedaan. De risico's zijn verwaarloosbaar.
Na enkele jaren blijkt dat er niet veel extra duurzame energie lokaal wordt opgewekt.	- Met onze contractspartner bekijken we welke maatregelen nodig zijn om dat te verhelpen.

Uitgangspunten:

- 13 De voorziene risico's zijn beheersbaar.
- 14 We blijven risico's gedurende de hele looptijd van het project, dus ook na gunning van de opdracht aan een leverancier, monitoren.

9. Kosten aanbestedingsprocedure

Piekbelasting treedt op tijdens eerste jaar. De volgende kosten worden bij het doorlopen van de aanbestedingsprocedure voorzien⁶:

- Advieskosten:
 - o Energiemakelaar 8.600
 - o Projectleider 41.400
 - o Inkoopadviseur (interne verrekening) 30.000
- Personele inzet (gemiddeld, 1^e jaar):
 - o Inkoper: 12 uur per week
 - o Aanbestedingsjurist: 4 – 6 uur per maand
 - o Medewerker duurzaamheid: 8 uur per maand
 - o Contractmanager: 16 uur per maand
 - o Risicomanager: 4 uur per maand

Uitgangspunt:

- 15 De kosten die samenhangen met het doorlopen van de aanbestedingsprocedure, c.q. de kosten van contractbeheer, worden naar rato van het inkoopvolume over de deelnemende gemeenten verdeeld.

10. Vervolgstappen

Met dit visiedocument rondt de werkgroep haar onderzoek af naar de mogelijkheden om via de inkoop van energie de productie van lokaal opgewekte duurzame energie te stimuleren. De Twentse colleges en de veiligheidsregio kunnen de in dit visiedocument opgenomen uitgangspunten aanvaarden of verwerpen. In het eerste geval bestaat het vervolg uit het volgende proces:

- a. Ondertekenen van een samenwerkingsovereenkomst, waarin afspraken zijn opgenomen over de voorbereiding van een gezamenlijke aanbesteding van de inkoop van energie (september 2019).
- b. Marktconsultatie (oktober november 2019 – april 2019).
- c. Uitwerken bestek (november december 2019).
- d. Besluit colleges over inhoud bestek en verstrekking mandaat voor gunnen van opdracht(januari 2020).
- e. Gunnen van de opdracht (februari 2020).

Partijen die niet ingaan op de uitnodiging om volgens de in dit visiedocument beschreven wijze de inkoop van energie aan te besteden, doen dit op eigen kracht.

⁶ Bij het opstellen van deze raming hebben we ons laten leiden door kosten die zijn gemaakt bij andere aanbestedingstrajecten (voor andere producten). Ook is er met een schuin oog gekeken naar de uren en kosten die er in de regio Arnhem – Nijmegen zijn gemaakt, in de aanloop naar de totstandkoming van hun energiecontract.

Bijlage 1

Extra kosten door voorwaarde dat het inkoopvolume aan elektriciteit binnen een tijdsbestek van 5 jaar voor een zo groot mogelijk deel wordt gedekt uit lokale, additioneel opgewekte duurzame elektriciteit.

Elektra	Gemeentelijk volume	Extra kosten Reg/add
Almelo	5.688.379	11.376
Borne	2.172.551	4.346
Dinkelland	2.520.293	5.040
Enschede	13.768.494	27.572
Haaksbergen	2.011.960	4.024
Hellendoorn	4.803.239	9.606
Hengelo	7.378.747	14.758
Oldenzaal	1.876.915	3.754
Rijssen-Holten	3.436.505	6.874
Hof van Twente	3.446.504	6.894
Losser	1.856.758	3.714
Tubbergen	740.831	1.482
Wierden	1.804.724	3.610
Noaberkracht	878.793	1.758
Twenterand	1.715.826	3.432
Totaal	53.221.726	106.482

Gas	Gemeentelijk volume in m³	Europees biogas (+ € 0,12per m³)	Regionaal biogas (+ € 0,16per m³)
Almelo	785.234	94.228	125.637
Borne	872.264	104.672	139.562
Dinkelland	1.034.196	124.103	165.471
Enschede	3.200.470	384.056	512.075
Haaksbergen	674.051	80.886	107.848
Hellendoorn	1.018.853	122.262	163.016
Hengelo	2.585.791	310.295	413.727
Oldenzaal	1.891.003	226.920	302.560
Rijssen-Holten	865.272	103.833	138.444
Hof van Twente	150.257	18.031	24.041
Losser	706.448	84.773	113.031
Tubbergen	41.111	4.934	6.578
Wierden	222.683	26.722	35.629
Noaberkracht	298.472	35.817	47.756
Twenterand	885.787	106.295	141.726
Totaal	15.231.892	1.827.827	2.437.101

In het kader van de aanbesteding levering en opwek lokale energie zal een opdracht gegund moeten worden aan een leverancier. Daarbij zijn er drie opties welke besproken zullen worden. De eerste optie is aanbesteden conform de wet middels Europees openbare aanbesteding, concurrentiegericht dialogoog of mededingingsprocedure met onderhandeling. De tweede optie is het gebruik maken van een uitzonderingsgrondslag in de zin van artikel 2.24 Aw e.v. In wezen leidt dit tot het volgende overzicht.

1. Aanbesteden
2. Uitzondering op grond van artikel 2.24a Aw e.v.:
 - a. Verlenen van een uitsluitend recht;
 - b. Gebruik maken van een (quasi-)inhouse uitzondering

1. Aanbesteden:

In tegenstelling tot hetgeen vaak gedacht en gesteld wordt beperkt de Aanbestedingswet zich niet tot een generieke Europees openbare aanbestedingsprocedure. In wezen zijn er vier trajecten te onderscheiden. Het reguliere openbare traject, het traject met voorafgaande selectie, de concurrentiegericht dialogoog en de mededingingsprocedure met onderhandeling. Hierna volgt een korte beschrijving welke procedure wanneer toegepast wordt.

- Europees openbaar: deze procedure wordt vaak gebruikt voor generieke producten die geen nadere aanpassing of inpassing behoeven. Vaak wordt de uitvraag beperkt tot de technische eisen waaraan de oplossing moet voldoen.
- Procedure met voorafgaande selectie: dit traject wordt doorgaans de niet-openbare procedure genoemd. Net als met de Europees openbare procedure betreft het hier vaak een generieke procedure die onaangepast beschikbaar is. Desondanks is met de niet-openbare procedure veelal de behoefte om het aantal inschrijvers voor een daadwerkelijke offerte te beperken, gelet op de voorwaarden van de opdracht of de kansen op gunning. Geen voorafgaande beperking zou kunnen leiden tot een grote hoeveelheid aan inschrijvers die in overdreven concurrentie met anderen treden, wat gelet op de aard en de omvang van de opdracht niet proportioneel is.
- Concurrentiegericht dialogoog: door dit traject te hanteren wordt vaak gezocht naar een meer innovatieve oplossing. Uitgangspunt is dat de oplossing er wel is, maar hoe deze bereikt kan worden is niet volledig duidelijk en moet nader onderzocht worden. Deze procedure biedt meer ruimte aan de aanbestedende dienst en de inschrijvers om met elkaar te communiceren en tussentijds de oplossing te concretiseren.
- Mededingingsprocedure met onderhandeling; hierbij is er enkel een voorliggend probleem, maar is er geen af-fabriek product voorhanden, waarbij een meer complexe ontwerp of innovatieve oplossing gevonden moet worden. Hierin vinden meerdere onderhandelingsmomenten plaats waarin inschrijvers hun aanbieding tussentijds kunnen verbeteren om uiteindelijk te komen tot een 'best and final offer' (BAFO).

In tegenstelling tot hetgeen veelal als hinderlijk geacht wordt, namelijk het doorlopen van een aanbestedingsprocedure, zijn er meer kansen en mogelijkheden dan enkel Europees openbaar aanbesteden. Voor de aanbestedende dienst zijn er verregaande mogelijkheden voor het nader invullen van de behoefte en is zij niet enkel afhankelijk van de oplossingen die de markt biedt, maar vooral ook die de aanbestedende dienst wenst.

2. Uitzondering ad 2.24a Aw e.v.:

Voor zowel optie 2a als 2b gelden enkele cumulatieve criteria die nader besproken dienen te worden en wel de volgende:

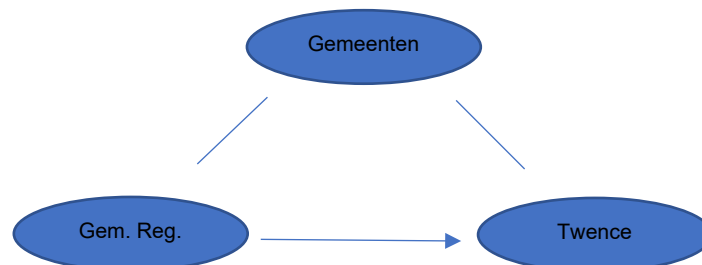
Optie 2a:

1. De verlenende partij is een aanbestedende dienst;
2. De ontvangende partij is een aanbestedende dienst;
3. Een democratisch gelegitimeerd recht gevestigd wordt.

Optie 2b:

1. De verlenende partij is een aanbestedende dienst;
2. De ontvangende partij is een rechtspersoon;
3. Op de ontvangende partij wordt door de aanbestedende dienst toezicht uitgeoefend als ware het zijn eigen dienst;
4. De door de gecontroleerde rechtspersoon verrichte diensten zijn voor minimaal 80 procent door de controlerende aanbestedende dienst toegewezen, of door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen;
5. Er is geen directe participatie van privékapitaal, althans er is geen controle of blokkerende macht die met het privékapitaal gepaard gaat.

Daarnaast gelden er nog een aantal mogelijkheden voor 'horizontaal inbesteden'. In dit geval is er sprake van een aanbestedende dienst die een opdracht gunt aan een andere aanbestedende dienst, waarbij beide diensten een gemeenschappelijke 'moeder' hebben. Feitelijk ziet dit er als volgt uit:



Optie 2b geldt tevens voor samenwerkingsverbanden van aanbestedende diensten. Het specifieke vraagstuk waar deze notitie op toeziet is Twence. Niet alle deelnemers aan de aanbesteding zijn echter aandeelhouders van Twence. Deze notitie dient te beantwoorden of er gebruik gemaakt kan worden van een van de bovengenoemde uitzonderingen. GBT en de Veiligheidsregio zijn gemeenschappelijke regelingen die geen aandeelhouder zijn de consequenties hiervan worden nader besproken.

Overweging:*Gezag en structuur:*

Gemeenten zijn sowieso aanbestedende diensten met verordenende bevoegdheid. GBT, Veiligheidsregio en de Regio Twente zijn allen gemeenschappelijke regelingen die tegelijkertijd ook hebben te gelden als aanbestedende diensten. Twence dient gekwalificeerd te worden als overheidsbedrijf en dus als aanbestedende dienst. De gemeenten zijn samen 100 procent aandeelhouder en hebben daarmee doorslaggevende invloed.

De regio Twente is opgericht door de gemeenten waarbij de “Regeling Regio Twente” het toezicht inricht. Hoofdstuk 5 bepaalt specifiek de rol van de gemeenten. Deze verantwoordelijkheden betreffen onder meer dat de gemeenten een lid van hun college aanwijzen om zitting te nemen in het algemeen bestuur (artikel 10), het dagelijks bestuur wordt aangewezen door het algemeen bestuur (artikel 14) evenals de voorzitter (artikel 17). De GR regio Twente valt hiermee volledig onder toezicht van de deelnemende gemeenten. Overigens bezit Regio Twente ook 0,1 procent van de aandelen van Twence.

De veiligheidsregio Twente is ingesteld middels de “Gemeenschappelijke Regeling Veiligheidsregio Twente”. Deze GR wordt onder meer beheerst door de Wet veiligheidsregio’s (Wvhr). De taken en bevoegdheden worden expliciet vermeld in voornoemde wet. De algemene taak en organisatie van de veiligheidsregio is belast aan de gemeenten (artikel 2), de gemeenteraad stelt daar bij de doelen vast voor onder meer de brandveiligheid (artikel 3a), de burgemeester heeft daarnaast het opperbevel bij rampen en de regionale ambulancevoorzieningen (artikelen 5 en 6. Tot slot wordt bepaald dat deelnemende colleges gehouden zijn tot het instellen van een gemeenschappelijke regeling (artikel 9) en bestaat het algemeen bestuur uit de burgemeesters van de deelnemende gemeenten (artikel 11). Het algemeen bestuur benoemt tevens voor bepaalde taken een dagelijks bestuur (artikel 67). Hieruit blijkt dat de deelnemende gemeenten hier ook doorslaggevende invloed uitoefenen.

Ook het GBT is opgericht middels gemeenschappelijke regeling. De GR bepaalt in artikel 6 dat ieder van de deelnemende colleges één lid aanwijzen die namens hun zitting nemen in het algemeen bestuur. De deelnemers wijzen daarnaast gezamenlijk drie leden aan conform artikel 10. De ambtelijk directeur handelt in overeenstemming met de door het dagelijks bestuur vastgestelde instructie (artikel 17).

Twence is een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Uit de statuten blijkt dat de raad van bestuur wordt benoemd door de raad van commissarissen die op haar beurt benoemd wordt door de algemene vergadering die enkel bestaat uit deelnemende gemeenten. Enige participatie van privékapitaal in de bv is uitgesloten. Daarnaast heeft de algemene vergadering de exclusieve bevoegdheid tot het vaststellen van het strategisch meerjarenbeleidsplan, waarmee de gemeenten uitvoering geven aan onder andere de vereiste strategische doelstellingen. 5,33 procent van de aandelen is in handen van niet-Twentse deelnemers.

De Aanbestedingswet acht het echter slechts enkel mogelijk om deze uitzondering te hanteren op de levering van diensten en niet van goederen. Aangezien het hier een levering van het goed energie betreft, ongeacht het voorafgaande procedé, kunnen de gemeenschappelijke regelingen niet via haar deelnemers overgaan tot quasi-inhousegunning.

Toepassing criteria:

Optie 2a:

De deelnemers aan de aanbesteding zijn allen aanbestedende diensten, Twence die als gegunde partij in aanmerking zou kunnen komen is ook een aanbestedende dienst. Op grond hiervan zou dus een uitsluitend recht gegund kunnen worden aan Twence voor het voorzien in de energie behoefte van de deelnemers. Gelet op de achterliggende zeggenschap van de gemeenten in de gemeenschappelijke regelingen staat ook vast dat de democratische legitimatie binnen de gemeenten, en dus bij de gemeenteraden, gewaarborgd kan worden.

Optie 2b:

Ter beantwoording of de (quasi-)inhouse uitzondering toegepast mag en kan worden dienen de cumulatieve criteria getoetst te worden met inachtneming van de eerder benoemde gezags- en organisatorische structuren.

1. De verlenende partij is een aanbestedende dienst;

Ja, alle deelnemers zouden een aanbestedende dienst zijn met inachtneming van artikel 1.1 Aw die een aanbestedende dienst omschrijft als: “de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen;”. Het betreft in de huidige omstandigheid gemeenten, welke expliciet benoemd zijn, en gemeenschappelijke regelingen welke samenwerkingsverbanden van deze eerder genoemde gemeenten zijn.

2. De ontvangende partij is een rechtspersoon;

Art. 2:1 BW karakteriseert een rechtspersoon als: “De Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, bezitten rechtspersoonlijkheid.”. Overeenkomstig geldt dit voor de partijen genoemd onder artikel 2:3 BW, waar tevens onder vallen bv’s zoals Twence.

3. Op de ontvangende partij wordt door de aanbestedende dienst toezicht uitgeoefend als ware het zijn eigen dienst;

Gelet op de gezagsstructuren binnen de gemeenschappelijke regelingen en de statuten van Twence blijkt dat de deelnemers zowel op de GR’en en Twence toezicht uitoefent en doorslaggevende invloed heeft.

4. De door de gecontroleerde rechtspersoon verrichte diensten zijn voor minimaal 80 procent door de controlerende aanbestedende dienst toegewezen, of door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen;

Om het 80 procent criterium te kunnen toetsen is met name het Carbotermo-arrest van het Europees Hof van Justitie relevant. Deze biedt geen antwoord, maar wel enige aanknopingspunten. Het gaat in een dergelijk geval specifiek over de vraag welke omzet gehanteerd moet worden. Enkel de omzet die gegenereerd wordt door of ten behoeve van verrichte werkzaamheden voor de aandeelhouders of ook door of voor derden. Het Hof heeft de vraag aldus beantwoord dat ervan uitgegaan moet worden “dat de beslissende omzet die is welke de betrokken onderneming behaalt krachtens gunningsbesluiten van het toezichthoudende lichaam, met inbegrip van de omzet die bij de uitvoering van dergelijke besluiten voortvloeit uit het verrichten van werkzaamheden voor gebruikers.” De statuten van Twence alleen bieden geen voldoende houvast om te beoordelen of ook daadwerkelijk 80 procent van de werkzaamheden uitgevoerd worden voor de aandeelhouders. Gekeken dient te worden naar de daadwerkelijke werkzaamheden.⁷ Zijdelings moet hierbij nog opgemerkt worden dat het analoog is

⁷ Conclusie C-26/03, onder 83

toegestaan om de opdracht aan een dochter te gunnen als deze ook onder (in-)direct toezicht staat in het geval van de onderneming waarop de inhouse-uitzondering van toepassing zou zijn.⁸ Onder considerans 5 van richtlijn 2014/24/EU staat overigens nog vermeld: “Er zij op gewezen dat geen enkele bepaling in deze richtlijn de lidstaten verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf zorg wensen te dragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijn, uit te besteden of te outsourcen.” Dit is dezelfde exceptie als in de zaak RSO toegepast is.

5. *Er is geen directe participatie van privékapitaal, althans er is geen controle of blokkerende macht die met het privékapitaal gepaard gaat.*

Er is geen sprake van privékapitaal en is op grond van de statuten van Twence zelfs expliciet uitgesloten.

Carbotermo-arrest

Het leidend uitgangspunt in de kwestie van inbesteden bij een overheidsbedrijf betreft het zogenaamde Carbotermo-arrest.⁹ Carbotermo is een leverancier van energie en beheerder van verwarmingsinstallaties voor zowel openbare als particuliere klanten. AGESP Holding is een overheidsbedrijf waarvan 100 procent van de aandelen in handen is van gemeenten. De holding heeft een dochteronderneming, AGESP, waarvan alle aandelen in handen zijn van de holding. Busto Arsizio (BA), een gemeente met 99,98 procent van de aandelen in de holding, heeft een aanbesteding uitgeschreven voor drie zaken: levering van brandstoffen, onderhoud van de verwarmingsinstallaties en aanpassing aan deze installaties. BA heeft deze aanbesteding na de uiterste offertedatum ingetrokken en het voorbehoud gemaakt de opdracht direct te gunnen aan AGESP, hetgeen zij uiteindelijk ook gedaan heeft middels (quasi-)inhouse uitzondering. Carbotermo kwam op tegen dit besluit omdat volgens haar 99,98 procent bezit van aandelen in de holding niet voldoende was voor doorslaggevende invloed en ten tweede zou niet voldaan zijn aan het 80 procentcriterium. Dit arrest formuleert drie criteria.

1. *Het omzetcriterium*

“(…) ervan [moet, aut.] worden uitgegaan dat de beslissende omzet die is welke de betrokken onderneming behaalt krachtens gunningsbesluiten van het toezichthoudende lichaam, met inbegrip van de omzet die bij de uitvoering van dergelijke besluiten voortvloeit uit het verrichten van werkzaamheden voor gebruikers.”¹⁰ Aangezien 100 procent van de omzet gegenereerd wordt uit de verwerking van afval in opdracht van de aandeelhouders en het gebruik en doorverkoop aan derden van energie die hierbij vrij komt is in het geval van Twence voldaan aan het omzetcriterium.

2. *Aard van de omzet*

Voorgaande wordt bevestigd door het Hof in de volgende overweging, namelijk: “De in aanmerking te nemen werkzaamheden van een onderneming waaraan een opdracht is gegund zijn immers alle werkzaamheden die zij verricht in het kader van een gunning door de aanbestedende dienst, ongeacht of de aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert.”¹¹ Als de omzet echter gegenereerd wordt als gevolg van een aanbestedende dienst die geen toezicht uitoefent op de dienst als ware het zijn eigen, dan wordt geacht dat deze werkzaamheden voor derden verricht zijn.¹²

3. *Vergoedingscriterium*

⁸ Conclusie C-266/17, onder 67

⁹ Carbotermo SpA-Consorzio Aliseis/Comune di Busto Arsizio c.s., EHJ, ECLI:EU:C:2006:308, C-340/04, 11 mei 2006

¹⁰ Idem, r.o. 65

¹¹ Idem, r.o. 66

¹² Undis Servizi Srl/Sulmona, EHJ, ECLI:EU:C:2016:935, C-553/15, 8 december 2018, r.o. 38

Het feit dat niet alle inkomsten van de controlerende aanbestedende diensten afkomstig zijn doet niet af aan de voorgaande criteria. Het Hof zegt hierover: “Het doet er niet toe wie de betrokken onderneming vergoedt – het overheidslichaam dat haar controleert of de derden-gebruikers van de diensten die worden verricht krachtens concessies die dit lichaam heeft verleend, of andere rechtsverhoudingen die het tot stand heeft gebracht. Irrelevant is eveneens op welk grondgebied deze diensten worden verricht.”¹³

Tot slot is de vraag opgeworpen of van deze uitzondering ook gebruik gemaakt kan worden als partijen in de toekomst mogelijk hun aandelen willen verkopen. Daarover het volgende.

De Aanbestedingswet spreekt in de uitzonderingsclausules over “deze wet [is, aut.] niet van toepassing op overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst aan een andere rechtspersoon worden gegund” onder voorwaarden. Dat de wet geen retroactiviteit kent blijkt ook uit de conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona in het arrest LitSpecMet.¹⁴ Daar moet echter wel de nuance van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Commissie/Oostenrijk in meegenomen worden.¹⁵ Daarin werd namelijk bepaald dat ook de handelingen na gunning een integraal beoordelingskader kunnen vormen indien de handelingen en gedragingen van de aanbestedende dienst daar aanleiding toe geven. Het Hof concludeerde dat er in dat geval sprake was van moedwillige onttrekking van de wettelijke eisen in het tot stand brengen van een privaat-publiek partnerschap gelet op het vervolg.

Binnen het kader van de Aanbestedingsrichtlijnen en de geldende jurisprudentie moet daarom een strikte overweging gemaakt worden wanneer van de inhouse-uitzondering gebruik gemaakt kan worden. Dit geval doet zich specifiek voor in de gecodificeerde Teckal-jurisprudentie, namelijk: a) een aanbestedende dienst heeft zeggenschap op de opgedragen partij als ware het zijn eigen dienst, b) minimaal 80 procent van de verrichte activiteiten wordt door de controlerende instanties opgedragen en c) er vindt geen deelname van privékapitaal plaats, of deze heeft in ieder geval geen blokkerende of bepalende invloed. Twence is een afvalverwerker die 100 procent van haar afvalverwerkende taken verricht ten behoeve van haar publiekrechtelijke aandeelhouders. Daarnaast komt bij de afvalverwerking energie vrij, dit is een restproduct dat niet voortkomt uit de publiekrechtelijk opgedragen taken, maar niet verwaarloosd wordt.

Een mogelijke toekomstige participatie van privékapitaal sluit niet uit dat ten tijde van gunning de onderhandse gunning rechtmatig was als daartoe geen korte termijn plannen bestaan. Het Europees Hof zegt hierover: “Wanneer het kapitaal van een vennootschap op het moment dat de betrokken opdracht daaraan wordt gegund, volledig in handen is van de aanbestedende dienst, alleen of samen met andere overheidsinstanties, kan met de openstelling van dat kapitaal voor particuliere investeerders slechts rekening worden gehouden indien er op dat moment een concreet kortetermijnperspectief van een dergelijke openstelling bestaat.

Hieruit volgt dat in een situatie als die in het hoofdgeding, waarin het kapitaal van de voor de opdracht geselecteerde vennootschap volledig in handen van de overheid is en er geen enkele concrete aanwijzing bestaat dat dit kapitaal weldra voor particuliere aandeelhouders zal worden opengesteld, de mogelijkheid op zich voor particulieren om een participatie in het kapitaal van die vennootschap te nemen, niet volstaat voor de conclusie dat de voorwaarde inzake het toezicht door de overheidsinstantie niet is vervuld.”¹⁶ Hier herbevestigt het Hof dat in het kader van de rechtszekerheid niet met alle toekomstige mogelijkheden rekening gehouden hoeft te

¹³ Idem, r.o. 67

¹⁴ LitSpecMet/UAB Vilniaus lokomotyvu remonto depas c.s., EHJ, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:319, r.o. 87

¹⁵ Commissie/Oostenrijk, EHJ, C-29/04, ECLI:EU:C:2005:670, r.o. 39-42

¹⁶ Sea Srl/Comune di Ponte Nossa, EHJ, ECLI:EU:C:2009:532, 10 september 2009, r.o. 50-51

worden, tenzij de intentie is het omzeilen van de wetgeving, zoals aangehaald in het arrest Commissie/Oostenrijk.

In deze kwestie is hier geen sprake van aangezien er een onzekerheid bestaat als gevolg van mogelijke politieke en/of beleidswijzigingen, welke aan legitimatie onderhavig zijn. Oftewel er is een afhankelijkheid van het bestuurlijk proces waar geen enkelvoudige besluiten over gemaakt kunnen worden. Voor de meervoudige besluitvorming is ook nog geen richting gegeven of voorbereidende handelingen getroffen.

Overweging:

Optie 1, oftewel aanbesteden, biedt de aanbestedende dienst om door middel van verschillende procedures uiteindelijk een marktpartij te selecteren die het meest voldoet aan haar ambities. Het gaat dan niet om vooraf vastgestelde eisen, maar ook voortschrijdende inzichten die gelet op morele en technologische ontwikkelingen verdere uitwerking behoeven. Het is daarmee ook mogelijk om in een concurrentieverhouding de markt zelf te laten komen tot een innovatiemaximalisatie waarin de Twentse gemeenten als pilot of ‘launching customer’, centraal staan.

Optie 2a is gecompliceerder. Gelet op de uitzonderingsregeling van artikel 2.24a Aw e.v. is het mogelijk om een uitsluitend recht te vestigen, zoals in optie 2a. Dit brengt de complicerende factor mee dat vooraf een democratisch gelegitimeerd besluit genomen moet worden, veelal een verordening, waarvoor het gehele politiek-bestuurlijke traject doorlopen moet worden in de vorm van collegevoorstellen, raadsvoorstellen, behandeling in de raad enzovoorts. De juridische consequentie kan zijn dat het besluit aangevallen wordt in de rechtbank en deze onverbindend verklaard wordt. Kort gezegd houdt dit in dat een rechter oordeelt dat het besluit niet geldt in het desbetreffende geval. Dit zou er toe kunnen leiden dat alsnog aanbesteed moet worden, of via een (quasi-)inhouse-uitzondering alsnog gegund kan worden aan Twence. Voor een vestiging van een uitsluitend recht zijn echter voldoende aanknopingspunten, dat deze in stand blijft.

Hierbij dient ongeacht de toelaatbaarheid nog meegewogen te worden of op deze wijze in de opdrachtverlening nog voldoende op de gewenste resultaten gestuurd kan worden. Immers het politiek-bestuurlijke traject dat ingezet moet worden voor het in werking treden van een verordening moet ook doorlopen worden om deze weer in te trekken. Dit betekent dat het uitsluitend recht ook getoetst moet worden bij de intrekking daarvan in geval dat opdrachtnemer tekortschiet. Hiermee wordt het kaderstellend vermogen aan de voorkant verloren, maar ook de mogelijkheden ten aanzien van het contractmanagement aan de achterkant, als gevolg van de garantie die de raad heeft gevestigd.

Bij **optie 2b** moet gelet worden waarop de statuten van Twence beoordeeld moeten worden in het licht van het 80 procent criterium en de definitie van gunningsbesluit, in licht van de Carbotermo- en Teckal-arresten. Daarover kan zonder nadere toetsing van de bedrijfsactiviteiten van Twence geen uitsluitsel gegeven worden. Vooral nog lijkt het echter mogelijk gelet op de herkomst van de besluiten waaruit de energie opgewekt wordt. Carbotermo maakt het ook mogelijk om een ‘kleindochter’ dergelijke opdrachten te verstrekken. Dit neemt echter niet weg dat in-housegunningen vaak betwist worden vanwege de positie van een overheidsbedrijf op de markt. In zoverre komt dan ook de in de Mededingingswet geïntegreerde Wet markt en overheid in beeld, evenals de definitie van “niet van commerciële of industriële aard.” Doorgaans is de Aanbestedingswet en de Mededingingswet niet van toepassing op diensten die niet op de openbare markt worden aangeboden, zoals in de uitspraak van de Rijksschoonmaakorganisatie bleek. Desondanks is energieopwekking geen taak van algemeen belang, waardoor de reikwijdte van deze opdracht binnen de definitie van de in-house uitzondering ter discussie kan komen te staan. Gelet op de Aanbestedingswet moet een overeenkomst die niet of onjuist aanbesteed is, binnen 30 dagen na bekendmaking betwist worden, of indien er geen bekendmaking heeft plaatsgevonden, binnen zes maanden nadat de overeenkomst is gesloten. Gelet op de onzekerheid van de

rechtmatigheid en mogelijke interesse uit de markt zou de overeenkomst onder opschortende voorwaarde gesloten kunnen worden om een zekerheid in te bouwen dat niet al voor de onherroepelijkheid van de overeenkomst voortvloeiend uit de aanbesteding, financiële investeringen gedaan worden.

Conclusie:

Aanbesteden onder optie 1 is zonder meer mogelijk en nodigt mogelijk uit tot de meest uitgebreide vorm van concurrentie waar minimale juridische consequenties aan kleven.

Het verlenen van een uitsluitend recht vereist zestien verordeningen met gunning aan Twence die elk aangetast zouden kunnen worden in de rechtbank. Het is niet wenselijk dat, zoals omschreven onder de overweging, zestien verordeningen betwist kunnen worden en zestien verordeningen ingetrokken moeten worden bij wanprestatie of ontbinding. Deze optie is dus het minst wenselijk.

De gebruikmaking van de inhouse-uitzondering lijkt mogelijk te zijn, maar gelet op de ontwikkelingen van de jurisprudentie staat dit niet vast. Dat hier dus mogelijke juridische geschillen uit voort kunnen komen moet worden erkend. Dat wil echter niet zeggen dat de aandeelhouders deze optie niet kunnen lichten. Dit biedt voordelen ten aanzien van contractuele en aandeelhoudende sturing en een eigen rendement voor aandeelhouders bij uitvoering van deze overeenkomst.

Alles afwegende biedt de inhouse-uitzondering de meeste sturende mogelijkheden voor de aandeelhouders om te komen tot een maximale realisatie van haar ambities. Dit is een zogenaamde *high risk, high reward*-optie. Het is mogelijk dat de gunning op grond van de inhouse-uitzondering wordt betwist, zeker omdat de kaders van de (quasi-)inhouse-gunning nog niet volledig vastgesteld zijn in de wet of in jurisprudentie. Gelet op voorstaande is echter aannemelijk dat de (quasi-)inhouse-constructie toelaatbaar is.

Onder de huidige omstandigheden gaat de voorkeur uit naar een (quasi-)inhouse-gunning met voorbehoudende voorwaarde. Mocht desondanks de inhouse-gunning betwist worden dan is het alsnog mogelijk om over te gaan op aanbesteden, welke een duidelijke tweede voorkeur geniet. Een uitsluitend recht is af te raden.