

# Het selecteren van een warmtebedrijf onder de Warmtewet 2: van ‘aanbesteden’ naar ‘aanwijzen’, of toch aanbesteden?

## *De nieuwe spelregels voor marktordening onder de Warmtewet 2*

*mr. M. de Wit en mr. dr. M.A.M. Dieperink<sup>1</sup>*

De markt voor het transport en de levering van warmte aan huishoudens en gebouwen gaat ingrijpend veranderen, althans als het aan de minister van EZK ligt.<sup>2</sup> Het voorstel voor de ‘Wet collectieve warmtevoorziening’ (hierna: ‘Wetsvoorstel’), dat op 22 juni jl. ter consultatie is voorgelegd<sup>3</sup>, creëert een nieuwe marktordening en legt de verantwoordelijkheid voor het ordeningsproces bij lokale overheden, hoofdzakelijk bij gemeenten. Zij krijgen tot taak om zogeheten warmtekavels vast te stellen (gebieden op wijk- of buurtniveau waarbinnen een collectieve warmtevoorziening (hierna: ‘warmtenet’)<sup>4</sup> wordt aangelegd). Vervolgens moeten zij een geschikte partij selecteren die binnen het kavel het warmtetransport en de warmtelevering voor haar rekening neemt (hierna: ‘het warmtebedrijf’). Inzet daarbij is dat het warmtebedrijf ‘integraal verantwoordelijk’ wordt voor de gehele warmteke-

ten (productie, transport en levering). Het geselecteerde warmtebedrijf vormt het enige (juridische) aanspreekpunt voor gemeenten, de eindafnemers en de toezichthouder ACM, en krijgt een wettelijke taak om te voorzien in een betrouwbare warmtelevering.

Zowel aan de vaststelling van een warmtekavel, als aan de selectie van een geschikt warmtebedrijf, stelt het Wetsvoorstel strikte voorwaarden. Zo moeten kavels van voldoende omvang zijn om een ‘doelmatige’ (lees: economisch uitvoerbare) exploitatie van het warmtekavel mogelijk te maken, waarbij de leveringszekerheid moet zijn geborgd. De selectie van een geschikt warmtebedrijf moet plaatsvinden op basis van een ‘transparant en non-discriminatoire proces’. Het wetsvoorstel introduceert daarvoor een zogeheten (publiekrechtelijke) ‘aanwijzingsprocedure’. Op grond hiervan kunnen gemeenten, met behulp van door het wetsvoorstel voorgeschreven ‘rangschikkingscriteria’, een warmtebedrijf ‘aanwijzen’ dat vervolgens de wettelijke taak krijgt om een warmtenet aan te leggen en gedurende minimaal 20 en maximaal 30 jaar te exploiteren.

In deze bijdrage zal nader worden ingegaan op de kenmerken van de door het Wetsvoorstel geïntroduceerde ‘aanwijzingsprocedure’, alsmede de vragen die het oproept over bijvoorbeeld de verhouding met het Europees aanbestedingsrecht, en de Europese en nationaalrechtelijke mededingingsnormen. Daartoe zal in paragraaf 1 van dit artikel eerst een korte weergave worden gegeven van het huidige juridische kader waarbinnen gemeenten de aanleg en exploitatie van warmtenetten mogelijk kunnen maken. De vraag die daarbij opdoemt

1. Maarten de Wit en Marjolein Dieperink zijn beide advocaat bij AKD te Amsterdam. Marjolein Dieperink is daarnaast verbonden aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam.
2. *Kamerstukken II*, 30 196, nr. 694, kamerbrief d.d. 20 december 2019, ‘Voortgang wetstraject Warmtewet 2’, alsook *Kamerstukken II*, 30 196 nr. 616, kamerbrief d.d. 13 februari 2019, ‘Warmtewet 2.0’.
3. <https://www.internetconsultatie.nl/warmtewet2>.
4. Strikt genomen zit er verschil tussen de begrippen warmtenet en een collectief warmtesysteem (deze laatste is veelomvattender). Omwille van de leesbaarheid wordt in de rest van deze bijdrage het begrip warmtenet gehanteerd.

is of er een noodzaak tot nieuwe 'spelregels' bestaat, of dat het uitleggen van de bestaande spelregels voldoende zou zijn. Om deze vraag te beantwoorden, zullen we eerst de kenmerken van de nieuwe aanwingsprocedure benoemen (paragraaf 2). Vervolgens geven wij enkele beschouwingen over die procedure, door stil te staan bij de (gevolgen van) de bestuursrechtelijke inkadering, alsook de publiekrechtelijke aanwingsprocedure te bezien vanuit het Europese aanbestedingsrecht, en de Europese en nationaalrechtelijke mededingingsnormen (paragraaf 3). Daarbij zullen wij inzichtelijk maken dat de publiekrechtelijke vormgeving van de aanwingsprocedure, als onderdeel van de keuze om de verantwoordelijkheden van het warmtebedrijf publiekrechtelijk te borgen en te handhaven, op zichzelf goed te begrijpen is, maar tegelijkertijd vragen oproept over toepasselijke rechtsnormen. Verder zullen wij bepleiten dat vermoedelijk zal worden ingeboet op keuzevrijheid en flexibiliteit, ten opzichte van het huidige juridische kader. In paragraaf 4 zal worden afgesloten met enkele concluderende opmerkingen en suggesties ter verbetering van het Wetsvoorstel.

## 1. Het selecteren van warmtebedrijven: huidige praktijk

Voor de aanleg van warmtenetten bestaat op dit moment geen eenduidig voorschreven procedure. Gemeenten hebben zich bij de selectie van een marktpartij in ieder geval te houden aan de aanbestedingsregels, maar zowel daarbinnen als daarbuiten zijn er verschillende mogelijkheden om het selectieproces vorm te geven. De volgende vier 'rollen' die een gemeente kan innemen bij de aanleg van een warmtenet komen tot dusver het meest voor<sup>5</sup>:

1. De gemeente kiest voor een zuiver faciliterende rol bij de aanleg en/of exploitatie van een warmtenet;
2. De gemeente besteedt de aanleg en/of exploitatie van een warmtenet aan, bijvoorbeeld middels het uitschrijven van een concessieopdracht;
3. De gemeente gaat zelf een warmtenet aanleggen en/of exploiteren, bijvoorbeeld met een beroep op de (quasi-)inbestedingsexceptie uit de Aanbestedingswet;
4. De gemeente selecteert een private partij en richt een publiek-privaat samenwerkingsverband op, dat de aanleg en/of exploitatie op zich neemt.

---

5. Uiteraard zijn combinaties of varianten van bovengenoemde opties denkbaar, echter omwille van de leesbaarheid zullen wij ons in deze bijdrage tot genoemde vier beperken.

## 1.1. Faciliteren

In de faciliterende rol functioneert een gemeente niet zozeer als opdrachtgever, maar verleent zij publiek- en privaatrechtelijke medewerking aan initiatieven van marktpartijen. In dit scenario zal een gemeente de aanleg en exploitatie van een warmtenet niet snel als contractuele verplichting aan een marktpartij opleggen, in welk geval zij over het algemeen niet aanbestedingsplichtig zal zijn wegens het ontbreken van een zogeheten 'bezwarende titel'<sup>6</sup>: een constitutief vereiste voor het bestaan van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.

## 1.2. Concessieverlener

Een alternatief voor de faciliterende rol is (het aanbesteden van) een concessieopdracht voor zowel de aanleg als de exploitatie van het warmtenet. De (privaatrechtelijke) grondslag voor het overdragen van het exploitatierecht zou kunnen worden gevonden in de gemeentelijke grondeigendomspositie, nu een warmtenet – in veel gevallen – (grotendeels) in openbaar gebied in eigendom van de gemeente zal worden aangelegd. Kenmerkend voor een concessie is dat het exploitatierisico aan de marktpartij wordt overgedragen. Bij een warmtenet zal het daarbij onder meer gaan om het zogeheten volloopriscico: het risico dat de vraag naar warmte achterblijft op de, ten tijde van het investeringsbesluit, verwachte afzet. Voordeel van de concessieopdracht ten opzichte van de 'faciliterende rol' is dat gemeenten (verregaandere) contractuele eisen kunnen stellen aan de levering van warmte, bijvoorbeeld op het gebied van leveringszekerheid, duurzaamheid en tarieven.<sup>7</sup> Ook ligt 'cherry-picking' minder op de loer, nu de gemeente in beginsel zelf het verzorgingsgebied bepaalt waarvoor de concessie verleend wordt.

## 1.3. (Quasi-)inbesteding

Binnen het aanbestedingsrecht is het voor gemeenten mogelijk om opdrachten zelf uit te voeren, zonder verplichte voorafgaande aanbestedingsprocedure. Dit is ook het geval indien gemeenten opdrachten wensen te gunnen aan door hen opgerichte rechtspersonen, speciaal voor de aanleg en exploitatie van warmtenetten ('quasi-inbesteding'). Op grond van art. 2.24a Aanbestedingswet is het mogelijk om opdrachten rechtsreeks aan een dergelijke rechtspersoon te verstrekken, indien de gemeente op deze rechtspersoon a) toezicht houdt zoals op haar eigen diensten, b) de rechtspersoon

---

6. Van een bezwarende titel is sprake als de overeenkomst een wederzijds bindend karakter heeft ('prestatie voor een tegenprestatie'). Zie daarover recent, HvJ EU 10 oktober 2018, zaak C-606/17 (*IBA Molecular*).

7. Daarbij moet worden aangetekend dat tarieven voor kleinverbruikers op grond van de Warmtewet gereguleerd zijn, en op dit moment nooit hoger dan de geldende gastarieven mogen liggen (niet-meer-dan-anders).

het merendeel (minstens 80%) van haar werkzaamheden in opdracht van de betreffende gemeente verricht en c) geen sprake is van de participatie van privékapitaal in de betreffende rechtspersoon. Deze quasi-inbestedingsexceptie is op grond van art. 2.25a Aanbestedingswet ook van toepassing indien meerdere overheidsorganen gezamenlijk toezicht uitoefenen op de betreffende rechtspersoon. Dit brengt bijvoorbeeld met zich dat de gemeente ook aandelen zou kunnen verwerven in een reeds bestaand, functionerend warmtebedrijf in de omgeving, waarvan de aandelen door andere gemeenten of provincies worden gehouden. Ook deelname in een publiekrechtelijke rechtspersoon, zoals een gemeenschappelijke regeling, is een mogelijkheid.

#### 1.4. Publiek-private samenwerking ('PPS')

Voor het vierde alternatief hanteren wij het overkoepelende begrip publiek-private samenwerking ('PPS'). Daarbij doelen wij in dit geval op een geïnstitutionaliseerde vorm van samenwerking tussen een gemeente en een marktpartij voor de aanleg en exploitatie van een warmtenet, bijvoorbeeld middels de oprichting van een aparte rechtspersoon (zoals een besloten vennootschap), waarin beide partijen deelnemen. Een dergelijke 'joint venture' betekent dat markt en overheid in beginsel gezamenlijk het exploitatierisico dragen, en beide hun kennis en kunde aan de rechtspersoon ter beschikking kunnen stellen.

Belangrijk aandachtspunt in de huidige praktijk is vooral de selectie van de samenwerkingspartner (de marktpartij). Deze is onderhevig aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, alsmede de beginselen van behoorlijk bestuur, waardoor een (vorm van) selectieprocedure noodzakelijk kan zijn. Het is de opvatting van de Europese Commissie dat bij PPS-verbanden in beginsel niet twee keer hoeft te worden aanbesteed: de aanwerving van de PPS-partner, alsook de opdrachtverstrekking aan de PPS-entiteit kunnen (het best) integraal in één aanbestedingsprocedure worden gerealiseerd.<sup>8</sup>

## 2. Wetsvoorstel Wet collectieve warmtevoorzieningen (Warmtewet 2)

Zoals gezegd, introduceert het Wetsvoorstel een nieuwe, uniform toepasbare, selectieprocedure van een warmtebedrijf dat binnen een kavel warmte mag transporteren en leveren. Deze komt in feite in de plaats van de verschillende selectiemogelijkheden zoals hierboven geschetst, alhoewel bepaalde uitgangspunten gelijk blijven. Zo kan een geselecteerd warmtebedrijf zowel een publiek, privaat,

of gemengd publiek-privaat karakter hebben. De wijze waarop een dergelijke entiteit geselecteerd wordt, verandert echter wel.

Voordat nader zal worden ingegaan op de kernelementen van deze 'aanwijzingsprocedure', is een goed begrip van de belangrijkste uitgangspunten van het Wetsvoorstel van belang. Wij zullen hieronder daarom eerst – zij het in kort bestek – enkele inleidende opmerkingen plaatsen aangaande het Wetsvoorstel.

### 2.1. Uitgangspunten Wetsvoorstel

Belangrijk uitgangspunt van het Wetsvoorstel is de verbodsbepaling opgenomen in art. 2.2: 'Het is verboden zonder aanwijzing van burgemeester en wethouders warmte te transporteren en te leveren aan gebruikers'. Het Wetsvoorstel beoogt met deze verbodsbepaling onder meer te voorkomen dat, zoals thans vaak aan de orde, enkel lucratieve warmtenetten worden ontwikkeld. Daarbij worden geregeld bepaalde minder lucratief gelegen buurten en wijken overgeslagen ('cherry-picking'). Met de aanwijzing verkrijgt het warmtebedrijf het exclusieve recht op aanleg, transport en levering van warmte in het warmtekavel. Het wetsvoorstel beoogt gemeenten op voornoemde wijze meer handvatten te bieden voor een effectieve marktordening, in lijn met de gemeentelijke regierol volgens het Nederlandse Klimaatakkoord.<sup>9</sup>

Een tweede belangrijk element van het wetsvoorstel betreft de 'integrale ketenverantwoordelijkheid'. Volgens het Wetsvoorstel is het warmtebedrijf 'integraal verantwoordelijk' voor de gehele warmteketen (productie, transport en levering). Die verantwoordelijkheid omvat het systeemontwerp, de bronnenstrategie, de leveringszekerheid, de verduurzaming en het investeringsrisico.<sup>10</sup> Hoewel het warmtebedrijf daarmee verantwoordelijk is voor de gehele warmteketen en het enige (juridische) aanspreekpunt vormt voor gemeenten, eindafnemers en de toezichthouder ACM, kan een warmtebedrijf onderdelen van deze keten wel beleggen bij derde partijen, zoals de productie van warmte, netaanleg en -onderhoud of facturering en klantenservice. Opvallend is dat het Wetsvoorstel het 'netbeheer' exclusief wenst voor te behouden aan het geselecteerde warmtebedrijf. Om 'stevig invulling te kunnen geven' aan de integrale ketenverantwoordelijkheid, acht het wetsvoorstel het noodzakelijk dat het warmtebedrijf beschikt over het economisch eigendom van het warmtenet.<sup>11</sup>

8. Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS), Brussel, 5 februari 2008, C(2007)6661.

9. Kamerstukken II 32813, 342.

10. P. 8 van de ontwerp toelichting op de Ww2, raadpleegbaar via <https://www.internetconsultatie.nl/warmtewet2>.

11. Idem. Het verplicht stellen van het economisch eigendom kan overigens gevolgen hebben voor de positie van netwerkbedrijven op de warmtemarkt. Zie o.a. ACM Leidraad 'Netwerkbedrijven en alternatieve energiedragers: toegestane activiteiten onder huidige wettelijk kader', 24 maart 2020, Documentnr. ACM/UIT/526517; ACM-advies over de rol van netbeheer-

Daarmee wijkt het wetsvoorstel af van de huidige situatie op de Nederlandse gas- en elektriciteitsmarkt, waar gekozen is om het netbeheer in handen te leggen van onafhankelijk netbeheerders, waarvan de aandelen volledig in publieke handen zijn. 'Op het net' wordt in die sectoren door verschillende leveranciers geconcurrereerd om de gunst van de afnemer. In de warmtemarkt ontstaat nu de facto enkel concurrentie 'om het net'. Een dergelijke 'splitsing' in de warmteketen werd door de Minister niet opportuun geacht, onder meer vanwege het feit dat warmtenetten – anders dan gas- en elektriciteitsnetten, veelal slechts lokaal van aard zijn, omdat warmte gedurende het transport relatief snel temperatuur verliest. Verder is typerend voor een warmtenet dat iedere aangesloten partij in principe de kwaliteit van het systeem kan beïnvloeden, bijvoorbeeld wat betreft temperatuur, debiet of druk. Warmte wordt voortdurend binnen het systeem rondgepompt. Deze wisselwerking tussen aanvoer en afvoer maken het handhaven van de systeemkwaliteit relatief complex.<sup>12</sup>

Aldus bezien lijkt het voornemen van de Minister om geen gedwongen splitsing voor te schrijven voornamelijk het resultaat te zijn van een kosten-baten afweging: de extra kosten gepaard gaande met gedwongen splitsing wegen onvoldoende op tegen de gestelde voordelen op het gebied van concurrentie, vrije leverancierskeuze, efficiency, enzoverder. Voorgaande is relevant, nu daarmee – naar wij zouden menen – extra gewicht toekomt aan de kwaliteit en transparantie van de aanwijzingsprocedure waarmee gemeenten een warmtebedrijf selecteren. Dit bedrijf wordt (economisch) eigenaar van het warmtenet, en is in beginsel bij uitsluiting bevoegd om binnen het kavel warmte te transporteren en leveren aan eindverbruikers<sup>13</sup>, waarmee in feite een natuurlijk monopolie wordt gecreëerd.

---

ders en netwerkbedrijven bij warmte, 20 maart 2020, ACM/20/039195; ACM, 'Schets van maatregelen bij een rol van netwerkbedrijven op de warmtemarkt', 12 juni 2020, ACM/20/039195 & ACM, 'Vervolgadvies over maatregelen in verband met rol netwerkbedrijven als beheerders van warmtenetten', 21 augustus 2020, ACM/20/039195.

12. Zie ook: SEO Economisch Onderzoek, 'Belang bij splitsing in de warmtemarkt; Effecten van splitsing op publieke belangen in de warmtemarkt', SEO-rapport nr. 2018-98, Amsterdam 2019. Zie ook: Raad voor de Leefomgeving, 'Warm aanbevelen; CO2-arme warmte in de gebouwde omgeving', Den Haag 2018 & Kamerbrief over Warmtewet 2.0, *Kamerstukken II*, 30196, 616, 13 februari 2019, p. 3 e.v.
13. Het Wetsvoorstel kent enkele uitzonderingen op het verbod zonder aanwijzing warmte te leveren, zoals voor 'kleine collectieve systemen' met maximaal 50 aansluitingen, VVE's en verhuurders die warmte leveren, en warmtebedrijven die minder dan 10 kleinverbruikers van warmte voorzien. In sommige gevallen is wel een voorafgaande melding en/of ontheffing nodig van burgemeester en wethouders.

## 2.2. De 'aanwijzingsprocedure'

De aanwijzingsprocedure dient, aldus het Wetsvoorstel, een 'transparante, non-discriminatoire, en goed onderbouwde' procedure te betreffen. Blijkens de wetstekst, in samenhang gelezen met de ontwerp-toelichting, valt deze procedure uiteen in de volgende stappen.

Allereerst dient de gemeente (het college van burgemeester en wethouders) bekend te maken dat zij voor het door haar vastgestelde kavel een warmtebedrijf wenst aan te wijzen. Vervolgens kunnen warmtebedrijven hun interesse kenbaar maken door het indienen van een 'aanvraag'. Deze aanvraag moet voldoen aan een aantal vereisten. Zo moet een verklaring van de ACM worden bijgevoegd waaruit blijkt dat het warmtebedrijf organisatorisch en technisch bekwaam wordt geacht om een warmtenet te kunnen aanleggen en over voldoende financiële draagkracht beschikt. Ook moet een 'globaal kavelplan' worden meegestuurd, waarin uiteen wordt gezet hoe het warmtebedrijf het warmtenet verwacht aan te leggen, te exploiteren en te verduurzamen. Verder moet het globale kavelplan een eerste indicatie bevatten van de tarieven van de te leveren goederen en diensten in verband met de levering van warmte. De ACM-verklaring en het globale kavelplan dienen te borgen dat, op grondslag van de aanvraag, een goede inschatting kan worden gemaakt of het warmtebedrijf de integrale ketenverantwoordelijkheid kan dragen.<sup>14</sup>

Gemeenten (college van B&W) toetsten de aanvra(a)g(en) en wijzen deze af indien het warmtebedrijf het kavelplan, technisch, organisatorisch of financieel niet kan uitvoeren. Indien *meerdere* aanvragen worden ontvangen, vindt selectie plaats middels een zogeheten vergelijkende toets. In het Wetsvoorstel is bepaald dat een aanvraag hoger wordt gerangschikt naarmate deze beter scoort op de criteria duurzaamheid, kostenefficiëntie, leveringszekerheid, participatie door de toekomstige verbruikers, en de technische, financiële en organisatorische uitvoerbaarheid van het kavelplan.<sup>15</sup> Gemeenten kunnen, binnen een bepaalde bandbreedte, een weging toekennen aan de genoemde rangschikkingscriteria, waarmee invulling kan worden gegeven aan lokale omstandigheden en voorkeuren. De indiener van de hoogst gerangschikte aanvraag wordt vervolgens door het college van B&W bij besluit aangewezen als Warmtebedrijf voor een periode van minimaal 20 en maximaal 30 jaar. Aan deze aanwijzing kunnen voorschriften worden verbonden.

## 3. Enkele beschouwingen

Hierna geven wij enkele beschouwingen van de hierboven beschreven aanwijzingsprocedure.

---

14. Toelichting Wetsvoorstel, p. 18 e.v.

15. Zie art. 2.3 lid 6 Wetsvoorstel.



Eerst gaan wij in op de bestuursrechtelijke inkadering, vervolgens op de verhouding tot het aanbestedingsrecht en, tot slot, op de Europeesrechtelijke en nationaalrechtelijke mededingingsnormen.

### 3.1. Bestuursrechtelijke inkadering

Allereerst wordt duidelijk dat de opstellers van het Wetsvoorstel ervoor gekozen hebben om de aanwijzingsprocedure bestuursrechtelijk in te kaderen. Geïnteresseerde warmtebedrijven dienen een 'aanvraag' in bij het College van B&W, met het verzoek om bij besluit te worden aangewezen als warmtebedrijf in de zin van art. 2.3 Wetsvoorstel. Deze aanvraag kwalificeert als een aanvraag in de zin van art. 1:3 lid 3 Awb, en het 'aanwijzingsbesluit' – *mutatis mutandis* – als een beschikking in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb. Tegen dit besluit staat bijgevolg voor belanghebbenden bezwaar en beroep open.

Deze bestuursrechtelijke inkadering verbaast niet, gelet op het voornemen van het Wetsvoorstel om de levering van warmte door aangewezen warmtebedrijven tot een 'publieke taak' te maken, en het toezicht en handhaving op de warmtelevering onder te brengen bij gemeenten en de toezichthouder ACM. Dit laatste is op zichzelf beschouwd een welkome verandering: tot op heden heeft een groot deel van de verplichtingen van warmtebedrijven hun oorsprong in de contractuele relatie met gemeenten, de consumentenbescherming als thans geregeld door de huidige Warmtewet daargelaten. Gemeenten zijn echter lang niet altijd bij machte om te overzien welke afspraken, sturings- en handhavingsinstrumenten zij in overeenkomsten met warmtebedrijven moeten of mogen opnemen, om effectief te kunnen toezien op een betrouwbare levering van warmte. Deze kennis en ervaring zit, mede gelet op haar ervaring als toezichthouder in de elektriciteits-, warmte- en gasmarkt, wel bij de ACM.

Een andere gevolgtrekking is dat de rechtsbescherming wordt ondergebracht bij de bestuursrechter, in plaats van de civiele rechter. Dat behoeft voor de mate van rechtsbescherming op zichzelf geen nadeel te zijn, aangezien juist de bestuursrechter veel ervaring heeft met geschillen met de overheid en eenvoudiger kennis kan nemen van (vertrouwelijke stukken in) het dossier.<sup>16</sup> Aandachtspunt is in elk geval de invulling van de opschortende termijn. Zo kan in het aanbestedingsrecht een overeenkomst niet eerder worden gesloten dan na het verstrijken van een opschortende termijn van 20 dagen (de 'Alcatel-termijn').<sup>17</sup> Het strekt wat ons betreft tot aanbeveling om, ingeval de aanwijzing tot stand is gekomen na een vergelijkende toets, ook bij de aanwijzingsprocedure een vergelijkbare *standstill*-termijn te hanteren, waarbij het partijen vrij zou moeten staan om binnen die termijn bij de bestuursrechter een verzoek tot het treffen van

een voorlopige voorziening in te dienen om te voorkomen dat partijen daadwerkelijk tot uitvoering overgaan nog voordat de (voorlopige voorzieningen)rechter zich over het bezwaar heeft kunnen buigen.

In het verlengde hiervan zou het de rechtsbescherming van afgewezen warmtebedrijven ten goede komen indien het bestuursorgaan zich in de motivering van de afwijzingsbeschikking niet beperkt tot de gronden voor de afwijzing, maar ook verplicht wordt om relevante en bruikbare informatie te verschaffen over de winnende aanvraag of aanvragen. Een vergelijkende toets vergt immers een vergelijkende beoordeling. Een dergelijke vergelijkende motiveringsplicht vergroot de controleerbaarheid van de besluitvorming, en is in het aanbestedingsrecht reeds staande praktijk.<sup>18</sup>

### 3.2. Verhouding met aanbestedingsrecht

Doel van de aanwijzingsprocedure lijkt in de eerste plaats te zijn om te voorzien in een duidelijke en uniform toepasbare procedure voor de selectie van een warmtebedrijf. Deze aanwijzing valt, zo lijkt het Wetsvoorstel tot uitgangspunt te nemen, niet binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen (geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012). De vraag is echter, ten eerste, of dat inderdaad het geval is. Deze vraag is vooral relevant, omdat indien binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen wordt gebleven, de (materiële en procedurele) eisen volgend uit de Aanbestedingswet onverkort van toepassing zijn op de aanwijzingsprocedure. Ten tweede stellen wij ons de vraag of gemeenten deze uniformiteit niet moeten 'bekopen' met verminderde flexibiliteit en keuzevrijheid ten opzichte van de huidige mogelijkheden binnen het aanbestedingsrecht. Deze twee punten zullen wij hieronder nader toelichten.

#### 3.2.1. Aanwijzing warmtebedrijf wel of geen concessieopdracht?

Het Wetsvoorstel (en de toelichting daarop) maakt niet duidelijk hoe de voorgeschreven aanwijzingsprocedure zich verhoudt tot het Europees recht, meer in het bijzonder (de beginselen van) het aanbestedingsrecht. Tot dusver besteden gemeenten de aanleg en exploitatie van een warmtenet geregeld aan in de vorm van een concessieopdracht.<sup>19</sup> Een concessie in aanbestedingsrechtelijke zin kent op grond van art. 5 lid 1 Richtlijn 2014/23/EU de volgende definitie:

18. Zie o.a. art. 2.130 Aanbestedingswet 2012.

19. Voor de hand lijkt daarbij te liggen dat deze concessieopdracht kwalificeert als een concessie voor diensten, nu de waarde van de exploitatie over het algemeen groter zal zijn dan de waarde van het ontwerp en de realisatie. Situaties waarin het omgekeerde het geval is zijn echter ook denkbaar.

16. <https://www.piano.nl/sites/default/files/media/documents/Rechtsbescherming-in-de-aanbestedingspraktijk-onderzoek-juli2019.pdf>, p. 9.

17. HvJ EU 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*).

*'een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties de verrichting van werken [of diensten] laat uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.'*

Typerend voor de concessieopdracht is dat de vergoeding voor de geleverde prestatie door de concessiehouder wordt verkregen van derden (gebruikers c.q. afnemers van het geëxploiteerde werk of de geëxploiteerde dienst) in plaats van de aanbestedende dienst.

Het begrip concessieopdracht betreft een autonome definitie die naar communautaire maatstaven moet worden uitgelegd. Dat wil zeggen: ongeacht hoe het Wetsvoorstel de aanwijzingsprocedure ook benoemt of vormgeeft, indien deze voldoet aan de definitie van een concessieopdracht in de zin van art. 5 lid 1 Richtlijn 2014/23/EU zal deze (afhankelijk van de opdrachtwaarde) in beginsel Europees moeten worden aanbesteed. De vraag is of dat hier het geval is: het Wetsvoorstel kiest immers uitdrukkelijk voor een publiekrechtelijke aanwijzing middels een (aanwijzing)besluit en daaraan verbonden voorschriften, in plaats van een contractuele overeenkomst. Afgevraagd kan worden in hoeverre in dat geval nog sprake is van een 'schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel'. Zoals wij hieronder uiteen zullen zetten, wordt dit begrip breed uitgelegd, en is niet uitgesloten dat ook de 'aanwijzing' van een warmtebedrijf daarbinnen valt.

Opdat de aanwijzing van een warmtebedrijf kan worden aangemerkt als een concessie(opdracht), is vereist dat de publiekrechtelijke aanwijzing als i) een schriftelijke overeenkomst ii) onder bezwarende titel kan worden aangemerkt. Bij de toepassing van deze (Europeesrechtelijke) begrippen staan de materiële kenmerken van een rechtsrelatie voorop, onafhankelijk van de juridische kwalificatie die daaraan in het nationale recht wordt gegeven. De vraag of bepaalde afspraken c.q. verplichtingen publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk zijn vastgelegd doet daarbij niet ter zake. Zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk vormgegeven concessies vallen onder het toepassingsbereik van de Concessierichtlijn. Deze functionele uitleg strookt met de autonome interpretatie van noties in het Unierecht teneinde verschillen tussen de lidstaten te beperken.<sup>20</sup>

#### *i) Schriftelijke overeenkomst?*

Het Hof van Justitie oordeelde reeds in het *Scala*-arrest dat het feit dat verplichtingen in regionale wettelijke bepalingen waren vastgelegd, niet in de weg hoefde te staan aan de kwalificatie ervan als

'overeenkomst' in het Unierecht.<sup>21</sup> Ook de Europese Commissie benadrukt nog eens in haar *Interpretatieve Mededeling inzake concessieovereenkomsten in het communautaire recht* dat iedere overheidshandeling waarbij ten behoeve van een derde voorwaarden voor een economische prestatie worden vastgelegd, hetzij via een contract, hetzij via een eenzijdige rechtshandeling waarmee die derde heeft ingestemd, een overeenkomst betreft in de zin van de Richtlijn. De Commissie merkt hierbij op dat het moet gaan om wilsovereenkomst tussen een aanbestedende dienst en een uitvoerende partij, op wat voor manier dan ook vastgelegd.

Hoewel er voor een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling formeel geen instemming van een private partij nodig is, lijkt het onwaarschijnlijk dat een concessie die middels een dergelijk recht wordt verleend en wederzijdse verplichtingen oplegt, zal worden gegund aan een onwelwillende partij.<sup>22</sup> Inderdaad zal het bestaan van overeenstemming, ook bij een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling (zoals een vergunning), in de praktijk naast de expliciete aanvaarding veelal kunnen worden afgeleid uit de uitvoering door een marktpartij van de vergunde of opgedragen activiteit. Dit geldt onzes inziens ook voor de aanwijzing van een warmtebedrijf: de aanwijzing vindt plaats op grondslag van een aanvraag van een warmtebedrijf, hetgeen duidt op overeenstemming.

Gelet op de definitie van concessieopdracht, zal de wilsovereenstemming wel schriftelijk aantoonbaar moeten zijn. Hiervoor gelden geen specifieke vormvereisten, zodat een civielrechtelijke overeenkomst niet altijd noodzakelijk zal hoeven zijn. Verdedigbaar lijkt dat de (schriftelijke) wilsovereenstemming ook anderszins zou kunnen worden afgeleid, zoals uit de schriftelijke aanvraag en de daarop volgende verlening van een vergunning, te meer indien daarin wordt bepaald dat de aanvraag onderdeel uitmaakt van de vergunning. Dit past ook bij de functionele uitleg die het Hof van Justitie aan het begrip overeenkomst geeft, waardoor het in beginsel niet doorslaggevend is of de overeenstemming civielrechtelijk of bestuursrechtelijk wordt bereikt. Toegespitst op het aanwijzingsproces uit het Wetsvoorstel, is derhalve aannemelijk dat ook de schriftelijke aanvraag en daarop volgende 'aanwijzing' van een warmtebedrijf bij besluit van het college van B&W aan dit vereiste voldoet, en als schriftelijke overeenstemming kan worden gezien in de zin van het Unierechtelijke concessiebegrip.

20. Zie bijv. HvJ EG 10 november 2005, zaak C-29/04 (*Mödling*) en HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*Köln-Messe*).

21. HvJEU 12 juli 2001, C-399/98 (*Scala*), r.o. 73. In de woorden van het Hof: 'de omstandigheid dat de verkavelingsovereenkomst onder het publiekrecht valt en is gesloten in het kader van de uitoefening van overheidsgezag, verzet zich niet tegen het bestaan van het contractuele element [...]'.  
22. M.B. Nijhoff, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief. Een onderzoek naar de plaats van de concessie in het Europese recht en het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 28.

ii) *Bezwarende titel*

Naast het vereiste van een schriftelijke overeenkomst, moet ook een 'bezwarende titel' aanwezig zijn, wil sprake zijn van een aanbestedingsplichtige concessieopdracht. Hieronder moet worden verstaan dat een aanbestedende dienst die een overheidsopdracht voor werken of diensten heeft afgesloten, in het kader ervan een 'prestatie voor een tegenprestatie' ontvangt.<sup>23</sup> De tegenprestatie bij een concessieverlening wordt gevormd door het recht van de concessiehouder om het voorwerp van de overeenkomst te exploiteren. Het vormt daarmee een kenmerkend verschil met een reguliere overheidsopdracht, waarbij de tegenprestatie veelal bestaat uit een rechtstreekse financiële vergoeding vanuit de aanbestedende dienst.

Het vereiste van de bezwarende titel vormt direct ook een belangrijk verschil met (eenzijdige) publiekrechtelijke rechtshandelingen die géén concessie vormen, zoals een 'normale' vergunning. De afwezigheid van een afdwingbare verplichting in een vergunning maakt dat deze niet kan worden aangemerkt als een concessie. In haar Interpretatieve Mededeling onderstreept de Commissie daarom nog eens dat het concessieregime niet van toepassing is op 'handelingen waarmee een overheidsinstelling een machtiging of een vergunning voor een economische activiteit verleent, ook al worden die handelingen in sommige lidstaten als concessieovereenkomsten aangemerkt'.<sup>24</sup> De Commissie noemt hierbij onder andere taxivergunningen en vergunningen voor het gebruik van de openbare weg (krantenkiosken, caféterrassen) als voorbeelden van een 'klassieke' vergunning. Daarmee heeft zij vermoedelijk geprobeerd tot uitdrukking te brengen dat dergelijke vergunningen, wegens het ontbreken van een afdwingbare prestatieplicht, niet snel als een concessieovereenkomst zullen worden aangemerkt en derhalve buiten de werking van het aanbestedingsrecht blijven.<sup>25</sup>

Uit de considerans van de Concessierichtlijn volgt dat de door de concessiehouder te leveren prestatie juridisch afdwingbaar moet zijn.<sup>26</sup> Dit lijkt op het eerste gezicht niet te gelden voor de 'aanwijzing' van een warmtebedrijf: met het aanwijzingsbesluit ontvangt het warmtebedrijf het recht om een warmtenet aan te leggen en te exploiteren. Dit recht is weliswaar verbonden aan voorwaarden zoals gesteld in (de voorschriften verbonden aan) het aanwijzingsbesluit, maar de gemeente heeft op grond daarvan niet de mogelijkheid om uitvoering van

de werkzaamheden in rechte te kunnen afdwingen bij de nationale rechter. Althans, er wordt aan het warmtebedrijf geen contractuele verplichting tot aanleg en exploitatie van het warmtenet opgelegd. De vraag stelt zich vervolgens: wat is afdwingbaar? Reeds in 2010 liet het Hof van Justitie zijn licht op die vraag schijnen in het inmiddels bekende *Helmut Müller*-arrest, waarin het oordeelde dat het begrip overheidsopdracht vereist dat 'de aannemer zich direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de betrokken werken en dat de uitvoering van deze verbintenis in rechte kan worden afgedwongen op de naar nationaal recht bepaalde wijze'.<sup>27</sup> Ogenschijnlijk wordt hiermee bedoeld op het in rechte (kunnen) afdwingen van de nakoming van de hoofdprestatie. De vraag kan evenwel worden gesteld of bij bestuursrechtelijke handhaving van de – krachtens een 'exclusieve' aanwijzing geldende – wettelijke taken van een warmtebedrijf ook geen sprake kan zijn van juridische afdwingbaarheid. Met het opleggen van, bijvoorbeeld, een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom, kan de overheid beogen te bewerkstelligen dat alsnog een (wettelijke) verplichting wordt nagekomen, hetgeen onzes inziens tot de conclusie kan leiden dat sprake is van een afdwingbare prestatie. Ook in het Wetsvoorstel, waarin het toezicht op de naleving van de wet gedeeltelijk is belegd bij de ACM en burgemeester en wethouders, zijn duidelijke handavingsinstrumenten opgenomen.<sup>28</sup> Zo hebben zowel ACM als burgemeester en wethouders de mogelijkheid om een bindende gedragslijn of instructies op te leggen. Ook kunnen zij bestuurlijke boetes of een last onder dwangsom opleggen. Ook de naleving van de aan de 'aanwijzing' verbonden voorschriften kunnen worden 'afgedwongen' door het opleggen van een last onder dwangsom, aldus de toelichting bij het Wetsvoorstel.<sup>29</sup>

Onder deze omstandigheden is de vraag gerechtvaardigd of niet toch sprake is van een juridisch afdwingbare prestatie, en daarmee een concessieopdracht, in weerwil van de (kennelijke) bedoeling van het Wetsvoorstel om buiten de reikwijdte van het aanbestedingsrecht te blijven. Het ligt daarmee in ieder geval op de weg van de opstellers van het Wetsvoorstel om nader te onderbouwen hoe zij de

23. Zie HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 60 en 62.

24. Interpretatieve Mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautair recht (2000/C 121/02), p. 5.

25. Zie tevens A. Drahmman, 'Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen?', *NALL* 2012, oktober-december, p. 15 e.v.

26. Overweging 14 preambule Richtlijn 2014/23/EU. Zie tevens HvJEU 25 maart 2010, C-451-08 (*Helmut Müller*), r.o. 59-63.

27. HvJEU 25 maart 2010, C-451-08 (*Helmut Müller*), r.o. 59-63.

28. Het toezicht van de ACM richt zich met name op de uitvoering van de wettelijke taken en verplichtingen van warmtebedrijven ten aanzien van de levering van warmte, de bepalingen met betrekking tot de leveringszekerheid, duurzaamheid en CO<sub>2</sub>-normen en op de verplichtingen van warmtebedrijven met betrekking tot de tariefregulering. Het toezicht van burgemeester en wethouders richt zich op de verboden van art. 2.2, eerste en derde lid, om warmte te transporteren en te leveren. Daarnaast houden burgemeester en wethouders toezicht op de naleving van de voorschriften en beperkingen die zijn verbonden aan onder meer de aanwijzing, instemming met een uitgewerkt kavelplan en ontheffingen op grond van de hoofdstukken 3 en 4.

29. Toelichting Wetsvoorstel, p. 72 e.v.

verhouding tussen de aanwijzingsprocedure en (de beginselen van) het aanbestedingsrecht duiden, alsook te verduidelijken op welke wijze zij menen dat de aanwijzingsprocedure buiten het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen kan blijven. Deze verduidelijking is nodig, omdat de eventuele toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht gevolgen heeft voor de wijze waarop gemeenten hun warmtebedrijf kunnen selecteren. Aanbestedingsplichtige (concessie)opdrachten dienen te worden aanbesteed conform de toepasselijke voorschriften en termijnen uit de Aanbestedingswet, waarvoor een afwijkende procedure geldt ten opzichte van de aanwijzingsprocedure.<sup>30</sup>

### 3.2.2. Verminderde flexibiliteit en keuzevrijheid voor gemeenten?

Nog los van de vraag of de aanwijzing nu wel of niet als een concessieopdracht kwalificeert in de zin van de Concessierichtlijn, valt te betwijfelen in hoeverre gemeenten daadwerkelijk geholpen zijn met de introductie van de aanwijzingsprocedure, ten opzichte van de mogelijkheid om een concessieopdracht voor diensten aan te besteden. Zo lijken zij op het eerste gezicht in elk geval aan flexibiliteit en keuzevrijheid in te moeten boeten. Als voorbeeld kan worden aangehaald de in paragraaf 1 genoemde quasi-inbestedingsexceptie voor aanbestedende diensten om opdrachten 'in te besteden'. Zo bieden artt. 2.24a en 2.24b Aanbestedingswet aanbestedende diensten de mogelijkheid om opdrachten te verstrekken aan van hun organisatie afgescheiden rechtspersonen (zoals een besloten vennootschap).<sup>31</sup> Op grond van deze bepalingen kunnen gemeenten het exploitatierecht van een warmtenet aan een gemeentelijk warmtebedrijf gunnen, zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure.<sup>32</sup> De achterliggende gedachte is dat hoewel sprake is van twee juridisch te onderscheiden entiteiten, geen opdracht 'in de markt gezet' wordt wanneer de overheidsinstantie de werkzaamheden feitelijk zelf verricht via een gecontroleerde rechtspersoon. Een dergelijke exceptie is vooralsnog niet voorzien in het Wetsvoorstel.

Als tweede voorbeeld kan worden gewezen op de 'rangschikkingscriteria', die door het Wetsvoorstel op limitatieve wijze worden voorgeschreven. In het Wetsvoorstel is bepaald dat een aanvraag middels een 'vergelijkende toets' wordt gerang-

schikt naarmate deze beter scoort op de criteria duurzaamheid, kostenefficiëntie, leveringszekerheid, participatie door de toekomstige gebruikers, en de technische, financiële en organisatorische uitvoerbaarheid van het (bij de aanvraag ingediende) kavelplan. Gemeenten kunnen, slechts binnen een bepaalde bandbreedte, een weging toekennen aan de genoemde rangschikkingscriteria, waarmee derhalve slechts in beperkte mate invulling kan worden gegeven aan lokale omstandigheden en voorkeuren. Zo maakt de component prijs geen onderdeel uit van de rangschikkingscriteria die gemeenten mogen hanteren. Ook op dat punt lijkt de aanwijzingsprocedure gemeenten flexibiliteit te ontnemen, ten opzichte van het huidige aanbestedingsrechtelijke regime waarbinnen gemeenten volledig zelf gunningscriteria en de weging daarbij kunnen vormgeven.

Ten derde en tot slot kan de aanwijzingsprocedure ook op andere juridische bezwaren stuiten. Daar waar het aanbestedingsrecht een duidelijk kader biedt waaraan materiële wijzigingen in de te verlenen concessie kunnen worden getoetst, is dit in het Wetsvoorstel niet of nauwelijks het geval. Als voorbeeld kan worden gewezen op wijzigingen die worden aangebracht in de omvang van het verzorgingsgebied (onder de Warmtewet 2: 'het warmtekavel'). Het Wetsvoorstel bepaalt weliswaar dat het College van B&W bevoegd is om de omvang van kavel na 'aanwijzing' te vergroten of te verkleinen, maar hanteert daarbij grotendeels dezelfde criteria als die gelden voor het vaststellen van de omvang van het kavel vóór aanwijzing van een warmtebedrijf.<sup>33</sup> Mededingingsrechtelijk is de situatie na aanwijzing echter wezenlijk anders: na het doorlopen van de aanwijzingsprocedure heeft reeds mededinging plaatsgevonden tussen warmtebedrijven met de oorspronkelijke kavelgrootte als uitgangspunt. Wijzigingen nadien kunnen in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel.

In het Wetsvoorstel is in dat kader slechts bepaald dat het vergroten van een kavel niet is toegestaan indien deze vergroting 'significant' is. Wat in dat kader significant is, laat staan hoe dit dient te worden getoetst, wordt echter niet duidelijk. In de toelichting bij het Wetsvoorstel wordt enkel gesignaleerd dat een vergroting van 15% in principe *niet* significant is, om daar direct aan toe te voegen dat dat niet betekent dat een vergroting van 20% daarmee in alle gevallen *wel* significant is. Het Wetsvoorstel blinkt op dit onderdeel dus niet uit in helderheid, en de wetgever doet er in het kader van de rechtszekerheid verstandig aan daarbij meer aan te sluiten bij het toetsingskader zoals bij marktpartijen en overheden bekend uit het aanbestedingsrecht.

30. Daarbij zij aangetekend dat de aanwijzingsprocedure nog nader wordt uitgewerkt per AMvB (zie ook art. 2.3 lid 11 Wetsvoorstel).

31. Voorwaarde daarvoor is indien zij daarop toezicht houden als op hun eigen diensten, deze organisatie het merendeel van haar werkzaamheden in opdracht van de aanbestedende dienst verricht, en er geen sprake is van deelname van privékapitaal.

32. Met betrekking tot het plaatsen van concessieopdrachten zijn voor aanbestedende diensten art. 2.24a tot en met 2.24c van overeenkomstige toepassing, op grond van art. 2a.25 Aanbestedingswet.

33. Zo bepaalt art. 2.1 Wetsvoorstel dat burgemeester en wethouders een warmtekavel moeten vaststellen waarvan de omvang zodanig is dat een warmtebedrijf binnen het warmtekavel een collectief warmtesysteem op een doelmatige wijze kan aanleggen en exploiteren zodat zoveel mogelijk gebruik kan worden gemaakt van schaalvoordelen.



Daar kan nog aan worden toegevoegd dat de logica ons ontgaat waarom bij de *verkleining* van een warmtekavel de toets van een 'significante wijziging' in het Wetsvoorstel achterwege is gelaten. Ook de verkleining van een kavel kan er immers toe leiden dat een businesscase aanzienlijk aantrekkelijker wordt, waardoor – achteraf gezien – ook andere warmtebedrijven geïnteresseerd waren geweest en een aanvraag hadden willen indienen. Het doorvoeren van een dergelijke wijziging, zonder een nieuwe vorm van mededinging, zou aanbestedingsrechtelijk gezien evenzeer in strijd kunnen zijn met het verbod op het wezenlijk wijzigen van een opdracht (behoudens de daarvoor geldende uitzonderingen).<sup>34</sup>

### 3.3. Verhouding tot de Europeesrechtelijke en nationaalrechtelijke mededingingsnorm

Indien het aanbestedingsrecht inderdaad geen toepassing vindt komt de vraag op, op welke rechtsnormen warmtebedrijven zich nog kunnen beroepen onder de Warmtewet 2. In dat kader is van belang dat het aanwijzingsbesluit naar onze inschatting in beginsel als een schaars publiek recht kan worden gezien. Zoals bekend heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in dit kader het bestaan van een rechtscnorm erkend die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen.<sup>35</sup> Deze rechtscnorm, ook wel bekend als de 'mededingingsnorm', is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel, dat volgens de Afdeling bestuursrechtspraak in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. 'Verliezende' warmtebedrijven zouden in dat kader een beroep op deze mededingingsnorm kunnen doen. Naast deze 'nationale mededingingsnorm' kan aanvullend het Europees recht een toepasselijke rechtsbron vormen. Daar waar sprake is van duidelijke grensoverschrijdende elementen<sup>36</sup>, zouden de vrij verkeersbepalingen toepassing kunnen vinden, zoals het vrij verkeer van vestiging en/of kapitaal.<sup>37</sup>

34. Zie ook HvJEU 7 september 2016, zaak C-549/14 (*Finn Frogne*).

35. ABRvS 2 november 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:2927](#), [AB 2016/426](#) m.nt. C.J. Wolswinkel, *JB* 2017/1 m.nt. L.J.M. Timmermans (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

36. De verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten zijn niet van toepassing bij zuiver interne situaties. Overigens is niet uitgesloten dat (hoofdstuk III van) de Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123/EG) van toepassing kan zijn, in welk geval het aantonen van een grensoverschrijdende situatie niet langer noodzakelijk zal zijn. Niet ondenkbaar is namelijk dat (op zijn minst) transport en levering van warmte als een 'dienst' moet worden gezien in de zin van de Dienstenrichtlijn.

37. Ook indien geen sprake is van een grensoverschrijdende situatie, zouden de vrij verkeersnormen toepassing kunnen vinden, door toepasselijkheid van de

Ook al zou de aanwijzingsprocedure niet als een aanbestedingsplichtige opdracht kwalificeren, dan nog dienen (lokale) overheden bij de gunning van een exclusief recht evenwel de fundamentele regels van het EU-Werkingsverdrag in het algemeen, en in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, in acht te nemen.

Het verstrekken van een exclusief recht aan één marktpartij om een bepaalde economische activiteit te verrichten, kan op zichzelf genomen als een beperking van het vrij verkeer van vestiging en/of diensten worden beschouwd. Deze beperking van het vrij verkeer is enkel toegestaan indien deze kan worden gerechtvaardigd wegens een dwingende reden van algemeen belang.<sup>38</sup> Ook is in deze omstandigheden de Europese transparantieplichting van toepassing. De transparantieplichting is, aldus het Hof in het *Betfair*-arrest, 'immers een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer.'<sup>39</sup> Deze transparantieplichting, die ook uit de hiervoor besproken nationale mededingingsnorm kan worden afgeleid, betekent in het geval van de aanwijzingsprocedure bijvoorbeeld dat bij de openbare aankondiging en uitnodiging tot deelname, in ieder geval een passende mate van openbaarheid moet worden betracht. Publicatie op een gemeentelijke website is dan lang niet altijd voldoende.

## 4. Slotbeschouwingen

Deze bijdrage heeft getracht inzichtelijk te maken hoe de selectieprocedure van een warmtebedrijf er onder (het Wetsvoorstel van) de Warmtewet 2 uit komt te zien. Gekozen is voor een publiekrechtelijke vormgeving van de zogeheten aanwijzingsprocedure. Deze selectieprocedure kent op het eerste gezicht grote raakvlakken met een aanbestedingsprocedure voor een concessie op grond van de Aanbestedingswet. Daarbij dient te worden bedacht dat het Hof van Justitie begrippen als de concessieopdracht bewust ruim en functioneel pleegt uit te leggen, juist om de uniforme toepassing van het EU-recht te waarborgen. De aanduiding van een rechtsrelatie in het nationale recht is aldus niet doorslaggevend. Los van het feit dat wij op voorhand weinig redenen zien om het aanbestedingsrecht niet toe te passen, doet de wetgever er goed aan (i) te verduidelijken waarom de aanwijzingsprocedure zich buiten de reikwijdte van het aanbestedingsrecht begeeft en dient te begeven, en (ii) daarvan uitgaande, in ieder geval zoveel mogelijk

Dienstenrichtlijn.

38. Zie ook HvJ EU 14 november 2014, zaak C-221/12 (*Belgacom*).

39. HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Betfair*).

aansluiting te zoeken bij (elementen uit) dit rechtsgebied. Deels omwille van de rechtszekerheid, en deels omdat beide procedures grote raakvlakken kennen en lacunes in het Wetsvoorstel aan de hand daarvan eenvoudig(er) kunnen worden ingevuld. Als voorbeeld daarbij valt te denken aan het leerstuk van de wezenlijke wijziging.

Een aanbestedingsrechtelijke 'inkleuring' van de aanwijzingsprocedure zou ook om een andere reden voor de hand kunnen liggen, nu de verstrekking van een exclusief recht tot aanleg, transport en levering van een warmtenet onderhevig lijkt aan de fundamentele verdragsvrijheden, meer bepaald het vrij verkeer van vestiging. In bepaalde gevallen kan ook de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn, die specifieke voorwaarden stelt aan de criteria die worden gehanteerd om voor een vergunning (in casu 'aanwijzing') in aanmerking te komen. De beginselen van het aanbestedingsrecht (transparantie, objectiviteit, non-discriminatie, proportionaliteit, effectieve mededinging en wederkerigheid), vloeien voort uit deze zelfde verdragsvrijheden. Indien de verdragsvrijheden (onder omstandigheden) niet aan de orde zouden zijn, kunnen vergelijkbare materiële eisen uit de nationaalrechtelijke mededingingsnorm volgen.

Al met al is het aan de wetgever om de afweging te maken of deze 'inkleuring' volledig aan de rechter wordt overgelaten over de boeg van het begrip 'transparante en non-discriminatoire aanwijzingsprocedure', dan wel reeds in het Wetsvoorstel zelf de aansluiting met dit rechtsgebied wordt gezocht. Een oplossing waarin 'een beetje van beide' wordt gekozen lijkt hoe dan ook te moeten worden vermeden. Daarbij moet worden bedacht dat warmtenetten nodig zijn om nationale en internationale klimaat- en energiedoelstellingen tijdig te bereiken. Onduidelijkheid over het toepasselijke rechtskader zal daaraan niet dienstig zijn.