

Utilities Team

Nieuwsbrief Utilities Special

Drinkwater "Marktconformiteit aan inkoop- en verkoopzijde"

19 juni 2008

De Nieuwsbrief Utilities signaleert ontwikkelingen op het gebied van gereguleerde sectoren in Nederland (afval, energie, openbaar vervoer, water) die relevant zijn voor ondernemingen en ondernemers in deze sectoren. De nieuwsbrief wordt uitgegeven door het energieteam van Loyens & Loeff. Via de website www.loyensloeff.com kunt u collega's of andere geïnteresseerden (zich laten) abonneren op de Nieuwsbrief Utilities. Voor opmerkingen en vragen houden wij ons van harte aanbevolen.

Geachte lezer,

Hierbij ontvangt u een Special van onze Nieuwsbrief Utilities voor de drinkwatersector met als onderwerp "Marktconformiteit aan inkoop- en verkoopzijde".

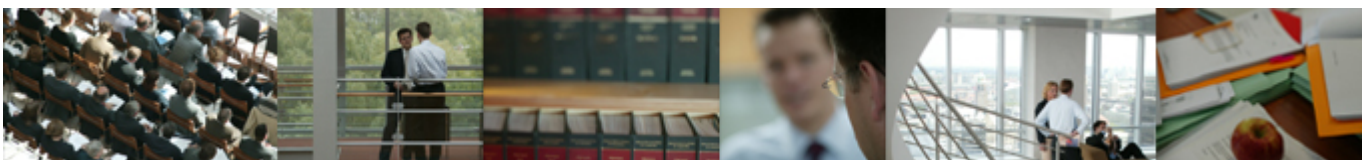
Met marktconformiteit aan de verkoopzijde doelen we op de nieuwe Drinkwaterwet, die o.a. in een vorm van winstregulering zal voorzien. Roland de Vlam, die over een grote ervaring op het gebied van tariefregulering in de energiesector beschikt, bespreekt o.a. de voorstellen inzake de voorgenomen winstregulering. Tevens treft u een verslag aan van een congres over Europese aspecten van de drinkwatervoorziening. Daarin komen onder andere de in Engeland en Schotland gekozen marktordening aan de orde en de vraag wie het voortouw moet nemen om te zorgen dat niet de consument en de drinkwaterbedrijven maar de vervuiler betaalt voor de kosten van waterzuivering.

Ook aan de inkoopzijde is marktconformiteit op grond van de EG-aanbestedingsregels een issue. Drinkwaterbedrijven hebben al zo'n 15 jaar met de aanbestedingsregels te maken. Zij krijgen komende maanden te maken met enkele belangrijke veranderingen op dit gebied. Zo zal in 2009 het Besluit aanbestedingsregels in werking treden en is onlangs een nieuwe versie van het ARN 2006 verschenen. In een bijdrage van de aanbestedingsspecialisten Anke Stellingwerff Beintema en Maurice Essers worden deze veranderingen besproken.

We hopen binnen de beperkingen die een Nieuwsbrief met zich meebrengt, voor u nuttige informatie te bieden over onderwerpen die tot voor kort misschien onderbelicht waren. We zullen dit najaar verder ingaan op deze onderwerpen in een Ronde Tafel voor drinkwaterbedrijven en andere spelers in de drinkwatersector. Daarover zullen we u binnenkort nader informeren.

Met vriendelijke groet,

Maurice Essers
Anke Stellingwerff Beintema
Roland de Vlam



WINSTREGULERING ONDER DE NIEUWE DRINKWATERWET

Het wetsvoorstel voor een nieuwe Drinkwaterwet is inmiddels in een vergevorderd stadium. Naar aanleiding van berichten in de pers over de dividenduitkeringen door de waterbedrijven aan de publieke aandeelhouders, heeft de publieke en politieke discussie zich in de afgelopen maanden met name gericht op het beperken van de winsten van deze bedrijven en de verschillende methoden om dat te bereiken. De contouren van een winstregulering worden steeds duidelijker.

Winstregulering

In de Nieuwsbrief Utilities Nr. 1 van eind 2007, werd reeds kort ingegaan in op de aankomende Drinkwaterwet en de mogelijke toekomstige regulering waarover toentertijd werd gespeculeerd. Men was op dat moment echter nog in afwachting van een onderzoeksrapport naar een geschikte reguleringssystematiek.

Onderzoeksrapport

Eind 2007 hebben de ministers van Economische Zaken en van VROM een onderzoeksrapport naar de Tweede Kamer gestuurd waarin de mogelijkheden van winstregulering in de drinkwatersector werden onderzocht.¹ Het rapport, 'Winstregulering als waarborg voor redelijke tarieven', van het Erasmus Competition & Regulation Institute (ECRI), beschrijft drie mogelijke systemen van regulering:

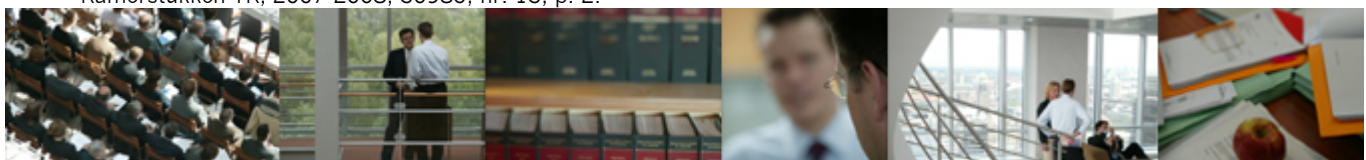
1. het vaststellen van een maximaal toegestane winst;
2. het vaststellen van een maximaal toegestane winstuitkering;
3. het vaststellen van een maximaal toegestane winstuitkering in combinatie met het stellen van een bovengrens aan de solvabiliteit.

Alhoewel de onderzoekers een voorkeur uitspraken voor het derde model en de Minister erkent dat dit model effectief en tegen beperkte kosten kan worden uitgevoerd, blijkt uit de antwoorden van 11 februari 2008 op Kamervragen naar aanleiding van het algemeen overleg van de vaste kamercommissie voor VROM, dat de Minister een andere route verkiest.² Zij meent dat het stellen van een grens aan de winstuitkering aan aandeelhouders een inbreuk op de rechten van aandeelhouders uit hoofde van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en, daarnaast, een ingreep in de autonome bevoegdheden van provincies en gemeenten, die de aandeelhouders zijn. Een dergelijk ingrijpen zou vereisen dat sprake is van zwaarwegende redenen maar dat is volgens de Minister niet het geval. Ook zou toepassing van dit model leiden tot een ingrijpende wetwijziging waardoor het hele proces zou stagneren.

De Minister schrijft daarom dat zij na overleg met de sector de voorkeur geeft aan een reguleringssystematiek waarbij het toegestane bedrijfsresultaat wordt gemaximeerd door het stellen van een grens aan de vermogenskostenvergoeding die de drinkwaterbedrijven mogen hanteren. De regulering zal daarmee betrekking krijgen op het maximaleren van het bedrijfsresultaat dat de bedrijven mogen realiseren en niet zozeer op de uiteindelijke winstuitkering. De regulering impliceert dat de

¹ Kamerstukken TK, 2007-2008, 30985, nr. 12, bijlage.

² Kamerstukken TK, 2007-2008, 30985, nr. 13, p. 2.



drinkwaterbedrijven bij hun tariefstelling zullen moeten uitgaan van een maximaal toegestaan bedrijfsresultaat. Het is aan de aandeelhouders van de bedrijven om erop toe te zien dat de vaststelling van de begroting en de tarieven conform de regulering plaatsvindt. Er is dus sprake van voorafgaande toetsing (*ex ante*). *Ex post* wordt door accountantscontrole nagegaan in hoeverre de regels zijn nageleefd.

Regulering aan de hand van vermogenskostenvergoeding

In een brief van 28 maart 2008 hebben de beide ministers een verdere uitwerking weergegeven van het reguleringssysteem dat overeenkomsten vertoont met de methode waarop de tariefregulering in de elektriciteits- en gassector is gebaseerd.³

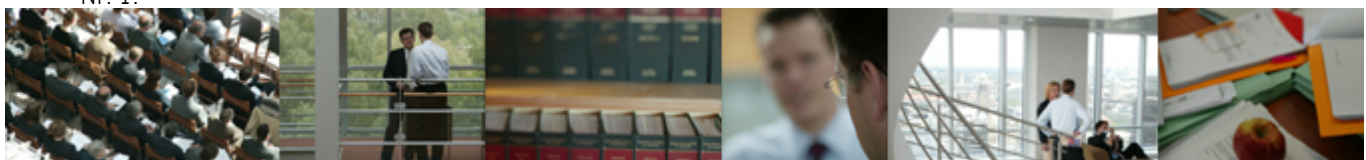
Het bedrijfsresultaat (en daarmee de winst) van een waterbedrijf wordt bepaald door het verschil tussen de bedrijfsopbrengsten en de bedrijfslasten. Bepalend voor het rendement op het geïnvesteerd vermogen en een component in de opbouw van het drinkwatertarief is de vergoeding voor de vermogenskosten. Door te stellen dat de vermogenskosten niet hoger mogen zijn dan noodzakelijk is voor een gezonde financiële positie van de bedrijven en een redelijk rendement voor de aandeelhouders, zal tevens een maximum wordt gesteld aan de toegelaten vermogenskostenvergoeding die de bedrijven mogen hanteren in hun tarieven. Aldus wordt het bedrijfsresultaat en daarmee de winst, begrensd.

Uitgangspunt wordt dat een gewogen gemiddelde kostenvoet als percentage zal worden vastgesteld voor de bepaling van de vergoeding voor het vermogen; in reguleringjargon: de *'Weighted Average Costs of Capital'* ofwel: de *'WACC'*. Er wordt uitgegaan van een gewogen gemiddelde omdat voor de vergoeding van het eigen vermogen een ander kostenvoet geldt dan voor vreemd vermogen. Voor de weging van deze vergoedingen wordt een vast aandeel vreemd vermogen gehanteerd van 60%. Dit komt overeen met het percentage dat de toezichthouder op de energiemarkten, de DTE, hanteert voor TenneT, de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet. De vermogenskostenvoet zal regelmatig opnieuw worden vastgesteld om rekening te houden met rente- en inflatieontwikkelingen.

Voor de vergoeding voor het eigen vermogen zal gebruik worden gemaakt van het zogenaamde *"Capital Asset Pricing Model"*. Voor de vergoeding voor het vreemd vermogen wordt uitgegaan van de risicovrije rente (inclusief inflatie) plus een beperkte opslag voor de financieringskosten.

Een belangrijke factor is de activawaarde waarover de vermogenskostenvergoeding zal worden berekend. De methode voor het waarderen van de activa zal worden gestandaardiseerd waarbij zal worden uitgegaan van de historische kostprijs. Gezien de lange termijn waarop de investeringen doorgaans binnen de sector worden gepleegd, lijkt dit een redelijke grondslag. Bedrijven die reeds waarderen op basis van historische kostprijs kunnen de startwaarde van de activa overnemen uit het jaarverslag voor ultimo 2007. Investerings die nadien plaatsvinden worden vervolgens eveneens gewaardeerd op basis van historische kostprijs. Benadrukt wordt dat deze verplichting alleen geldt voor het bepalen van de maximaal toegestane vermogenskostenvergoeding en dat het de bedrijven vrijstaat om voor de

³ Voor een beknopte beschrijving van dit systeem verwijs ik naar mijn bijdrage over de Drinkwaterwet in de Nieuwsbrief Utilities Nr. 1.



jaarrekening andere waarderingsmethoden te hanteren. De gehanteerde afschrijvingsmethoden dienen te verantwoorden zijn volgens algemeen aanvaarde bedrijfseconomische principes.

Prestatievergelijking

Ter bevordering van de doelmatigheid wordt een prestatievergelijking verplicht gesteld. De kosten van productie en levering van drinkwater worden daarbij in onderlinge vergelijking transparant gemaakt. In wezen sluit dit aan bij de reeds bestaande benchmarkstudies die de sector reeds liet uitvoeren. De Minister verwacht dat dit een voldoende prikkel zal vormen tot doelmatig handelen. Dat zou betekenen dat verdere efficiëntieprikkels, zoals deze in de energiesector bestaan in de vorm van de beruchte 'x-factor', voorlopig niet zullen worden geïntroduceerd in de watersector.

Drinkwaterbesluit

Artikel 8 van het wetsvoorstel regelt de uitgangspunten van de regulering. Er bestaat voor het de eigenaar van het drinkwaterbedrijf een aansluitverplichting jegens eenieder die daarom verzoekt. Daarnaast komt een leveringsverplichting jegens eenieder die daarom verzoekt te bestaan waarbij het drinkwaterbedrijf tarieven en voorwaarden dient te hanteren die redelijk, transparant en niet discriminerend zijn. Op grond van het vierde lid kunnen bij of krachtens AMvB regels worden gesteld met betrekking tot de toepassing van artikel 8: het Drinkwaterbesluit. Op het Drinkwaterbesluit zal de algemeen geldende voorhangperiode van toepassing zijn op grond waarvan het ontwerpbesluit pas wordt genomen nadat het vier weken aan beider Kamers der Staten Generaal is overgelegd. Het Drinkwaterbesluit zal ook nadere regels bevatten met betrekking tot het systeem van winstregulering. Als gevolg van een amendement van de leden Boelhouwer en Koppejan zal de Minister van VROM tweejaarlijks voor de komende twee jaren de WACC en het aandeel van het eigen vermogen in het totale vermogen van de waterbedrijven vaststellen. In haar brief van 10 juni 2008 heeft de Minister – met enige kanttekeningen - dit amendement omarmd.

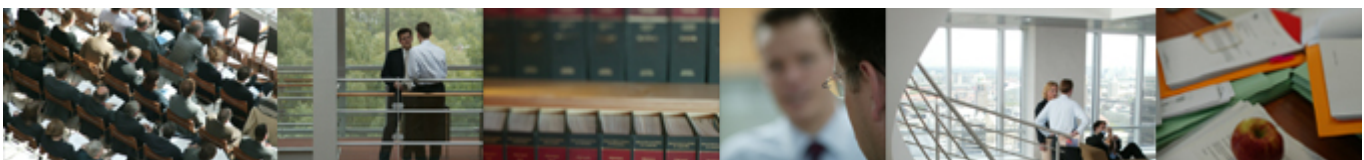
Evaluatie

Binnen vijf jaar na toepassing van het reguleringsmodel zal een evaluatie plaatsvinden. Hierbij zal ook de prestatievergelijking worden geëvalueerd. Afhankelijk van de uitkomsten zal worden bezien of aanvullende maatregelen nodig zijn.

Toezichthouder?

De VROM Inspectie is op grond van artikel 40 belast met het toezicht op de gehele Drinkwaterwet. De enige uitzondering is vooralsnog artikel 7, lid 4, dat het toezicht op de naleving van het verbod op kruissubsidiëring bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (**NMa**) neerlegt. Het Kamerlid Jansen (SP) heeft inmiddels een amendement ingediend op grond waarvan de NMa tevens belast wordt met het toezicht op artikel 8 en daarmee de regulering. Eerder werd reeds de mogelijkheid van een waterautoriteit besproken die te vergelijken zou zijn met de Energiekamer (voorheen DTE); een kamer van de NMa belast met sectorspecifiek toezicht. Een reden om hiertoe te besluiten zou kunnen zijn dat de NMa inmiddels op het gebied van tariefregulering ruime ervaring heeft.

Voor vragen over deze bijdrage kunt u zich wenden tot roland.de.vlam@loyensloeff.com



DRINKWATERVOORZIENING IN EUROPEES PERSPECTIEF

Op 3 en 4 april 2008 organiseerde de Europese Rechtsakademie een congres over de drinkwatervoorziening in Europees perspectief. In dit verslag wordt vooral ingegaan op de regulatoire aspecten, die tijdens het congres aan de orde kwamen.

Milieurecht en volkenrecht

Bekend zijn EG-initiatieven op het gebied van milieurecht, zoals de Kaderrichtlijn 2000/60/EG en de daaruit voortvloeiende andere EG-richtlijnen. Hoewel nog enkele EU richtlijnen in voorbereiding zijn, is dit deel van het juridisch kader voor water bijna klaar. Helmut Blöch van de Europese Commissie schetste de Kaderrichtlijn en de stand van zaken rond de daaruit voortvloeiende maatregelen.

Ook zijn er al sinds vele jaren internationale waterverdragen, zoals de New York Convention 1997 en de diverse verdragen voor de grote grensoverschrijdende rivieren (waaronder Rijn, Donau, Oder en Elbe) en regionale zeeën (Baltische Zee, Noordzee, Middellandse zee) in Europa. Door Jochen Sohnle van de Universiteit Metz werd een overzicht gegeven van de relevante verdragen.

Economische ordening

Relatief nieuw is het waterrecht dat ziet op de ordening van de markt en de mededinging. Met name de volgende verboden, die voortvloeien uit het EG-Verdrag, spelen daarbij een rol:

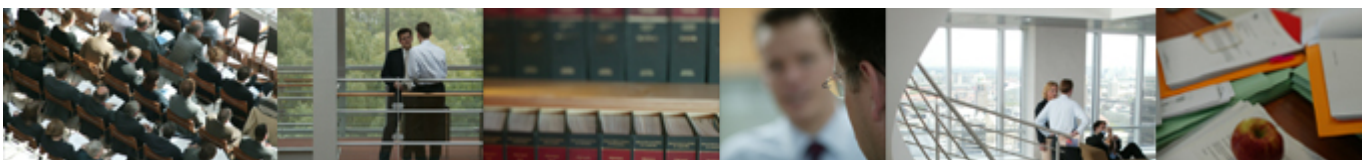
- 1) het verbod van overnames zonder voorafgaande goedkeuring van mededingingsautoriteiten (concentratieverbod);
- 2) het verbod voor ondernemingen om concurrentiebeperkende afspraken te maken (kartelverbod);
- 3) het verbod van misbruik van machtspositie;
- 4) het verbod om overheidsmaatregelen te treffen die de effectieve werking van de verboden 1 t/m 3 wegnemen;
- 5) het verbod om staatssteun te verlenen aan ondernemingen;
- 6) de verplichting van een gescheiden boekhouding voor activiteiten waarvoor een uitsluitend of een bijzonder recht is verleend.

Deze verboden en verplichtingen zijn onderdeel van het EG-mededingingsrecht. Daarnaast spelen aan de inkoopzijde enkele verboden en verplichtingen die onderdeel zijn van het EG-aanbestedingsrecht:

- 7) de verplichting om opdrachten met een waarde boven de EG-drempelbedragen van EUR 5,15 miljoen (werken) en EUR 412.000 (leveringen en diensten) openbaar aan te besteden; en
- 8) de verplichting om bij gunning van concessies en opdrachten de beginselen van transparantie en gelijke behandeling toe te passen.

Mededingingsrecht

Alexander Gee van het directoraat-generaal Mededinging (DG Mededinging) van de Europese Commissie gaf een historisch overzicht van de actie van de Commissie op het gebied van het mededingingsrecht.



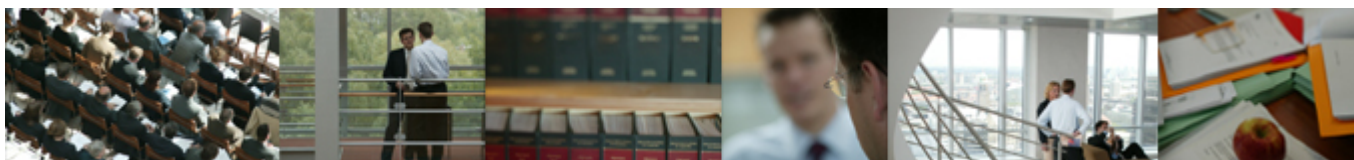
Tot 2003 bleef de bemoeienis van DG Mededinging beperkt tot het toezicht op grotere overnames in het kader van het concentratieverbod. In de daaropvolgende jaren werd onderzocht of er behoefte was aan specifieke regelgeving voor drinkwater. De drinkwatersector vertegenwoordigt immers een belangrijk deel van het bruto Europees product (ongeveer 1%, in omzet: EUR 80-100 miljard). Daarvoor werden door de Commissie gegevens verzameld en werden vragenlijsten gestuurd naar de EU lidstaten en de industrie.

De noodzaak tot ingrijpen door de Europese Commissie leek echter afwezig. De mogelijkheden tot grensoverschrijdende levering van drinkwater zijn vanwege de relatief hoge transportkosten beperkt. De drinkwaternetwerken zijn dientengevolge relatief kleinschalig. Bij de levering aan huishoudens is bovendien sprake van een natuurlijk monopolie. De meeste waterbedrijven zijn verticaal geïntegreerd (winning en distributie in één hand) en beschikken over exclusieve rechten. De vaste kosten zijn zo hoog dat er geen parallelle netwerken worden aangelegd.

De Commissie zal vanwege deze marktkenmerken geen prioriteit geven aan het treffen van maatregelen ter liberalisering van de drinkwatersector. Dit neemt niet weg dat de productie en levering van drinkwater volgens de heer Gee aangemerkt moet worden als een economische activiteit waarop het EG-mededingingsrecht van toepassing is. Consumenten moeten immers voor water betalen. Alleen in Ierland is drinkwater gratis. Ook het feit dat de drinkwatervoorziening is georganiseerd in lokale monopolies, staat niet aan toepassing van het EG-mededingingsrecht in de weg omdat ook in een dergelijke situatie sprake is van een potentiële invloed op de handel tussen lidstaten. Uit de toepassing van het mededingingsrecht vloeit onder andere voort dat de compensatie die overheden aan drinkwaterbedrijven toekennen in verband met de drinkwatervoorziening niet in strijd mogen zijn met de staatssteunregels. Een dergelijke compensatie mag bijvoorbeeld niet hoger zijn dan nodig is voor het aanbieden van drinkwatervoorziening door een goed beheerde onderneming.

Bij de toepassing van het mededingingsrecht dient volgens Gee een onderscheid te worden gemaakt tussen de markt voor levering aan huishoudens en de markt voor levering aan industrieën.

- 1) Exclusieve concessieovereenkomsten met drinkwaterbedrijven voor levering van drinkwater aan huishoudens dienen op grond van het kartelverbod proportioneel te zijn. Daarom mag de duur van een concessie niet langer zijn dan nodig is in verband met het afschrijven van investeringen. Ook mogen de inkomsten uit de drinkwatervoorziening niet gebruikt worden voor andere activiteiten, zoals levering van industriewater, en dient een monopolie zich niet uit te strekken tot levering van industriewater. Verder mogen tarieven niet excessief zijn. Gee pleit in dat verband voor *benchmarking*, ook al realiseert hij zich dat vergelijking van tarieven vanwege natuurlijke verschillen al snel discutabel is.
- 2) Op de markt voor levering van industriewater is verlening van exclusiviteit volgens Gee over het algemeen niet nodig. Wanneer op die markt exclusieve rechten worden verleend, zal dat volgens hem de aandacht van de Commissie trekken. Ook kan de Commissie ingrijpen in exclusieve contracten met afnemers voor een zeer lange periode of bij afspraken die leiden tot klantenverdeling of marktverdeling tussen leveranciers van industriewater.



Aanbestedingsrecht

Het aanbestedingsrecht, als vastgelegd in de EG-richtlijn Nutssectoren, waarborgt dat concurrentie plaatsvindt tussen ondernemingen bij de levering van goederen en diensten aan drinkwaterbedrijven en bij de uitvoering van werken ten behoeve van drinkwaterbedrijven. Bij de aanbesteding van dergelijke opdrachten dienen de voorschriften van de Richtlijn Nutssectoren en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling door drinkwaterbedrijven in acht te worden genomen. Het DG Interne Markt van de Europese Commissie ziet toe op de naleving van deze regels op de inkoopmarkten.

Alexander Gee wijst erop dat de aanbestedingsregels ook kunnen gelden voor dienstenconcessies die door overheden worden gesloten met drinkwaterbedrijven. De uitzondering die geldt voor inhouse opdrachten dient op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG strikt te worden uitgelegd.

Ook de volgende spreker op het congres, Claude Romanini, sprak over aspecten van het EG-aanbestedingsrecht. Hij behandelde onder andere de rechtspraak over de mogelijkheid om bij een aanbesteding milieueisen te stellen en de rechtspraak van het Hof van Justitie op grond waarvan ook bij opdrachten met een waarde onder de EG-drempelbedragen (zie hierboven) de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht genomen moeten worden.

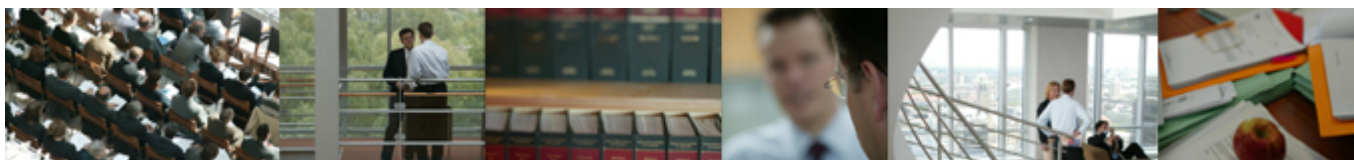
Verenigd Koninkrijk

Jeanne Golay van de Engelse vereniging van waterbedrijven presenteerde de marktordening in Engeland en Wales (Schotland kent een eigen regime). De meeste aanbieders van drinkwater in het Verenigd Koninkrijk zijn private ondernemingen. Alleen Scottish Water and Northern Ireland Water zijn overheidsbedrijven. In Engeland werd na 25 jaar discussie concurrentie om klanten en toezicht door een waterautoriteit al in 2005 mogelijk gemaakt door inwerkingtreding van sectorwetgeving. Schotland volgde in april 2008. De Engelse waterautoriteit Ofwat bepaalt sindsdien de maximumtarieven, telkens voor periodes van vijf jaar. Deze autoriteit bepaalt welk tarief nodig is bij een efficiënte bedrijfsvoering. Dat tarief wordt vergeleken met het huidige tarief om te komen tot het percentage waarmee het huidige tarief moet worden bijgesteld (rekening houdend met inflatie). Op die wijze kunnen tarieven alleen stijgen wanneer dat strikt nodig is, zodat water tegen lage kosten en hoge kwaliteit geleverd wordt.

Discussie

Het congres werd afgesloten met een Ronde Tafel, waaraan door Jeanne Golay (Water UK), Helmuth Blöch (Europese Commissie), Piet Jonker (DZH en voorzitter van de juridische en economische commissie van Eureau, het bureau van de nationale verenigingen van drinkwaterbedrijven) en de zaal werd deelgenomen.

Volgens Golay is de introductie van mededinging positief. Zij ziet concurrentie en een commerciële drinkwatersector als een oplossing voor de toenemende schaarste. Concurrentie is echter geen doel op zich maar een middel om consumenten beter te bedienen. Om concurrentie te bevorderen wordt in

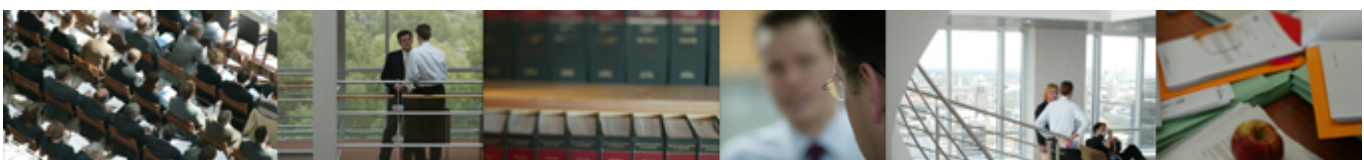


Schotland een onderscheid gemaakt tussen retail en wholesale en in Engeland tussen retail en transport. Grote afnemers kunnen daar van leverancier veranderen. De voordelen van concurrentie worden echter gerelativeerd doordat ongeveer 50% van de kosten in de drinkwaterketen worden gemaakt bij opslag en transport, terwijl dat juist de activiteiten zijn die niet voor concurrentie kunnen worden opengesteld vanwege de hoge vaste kosten van een netwerk. Liberalisering in de drinkwatersector is daardoor economisch minder interessant dan in andere (netwerk)sectoren. Mede daardoor is de mate waarin klanten daadwerkelijk switchen is (in Engeland) beperkt. De klant wordt ook niet zozeer door service als wel door prijs gedreven. Prijsverschillen moeten substantieel (>10%) zijn om een klant te bewegen tot switchgedrag.

Piet Jonker schetste de Nederlandse marktordening, die gekenmerkt wordt door lokale overheidsbedrijven, die voldoende groot zijn om zonder subsidies de drinkwatervoorziening te verzorgen. Hij pleitte voor subsidiariteit: houd het waterbedrijf dichtbij lokale overheden. Economische factoren worden volgens hem steeds belangrijker. Nieuwe regelgeving moet kritisch worden gezien. Er moet een duidelijk voordeel aanwijsbaar zijn. Vanuit de zaal wordt aan Golay tegengeworpen dat bij private waterbedrijven de democratische controle ontbreekt. Private monopolies zouden alleen maar tot hogere tarieven leiden. Golay spreekt dit tegen. De ervaring in het Verenigd Koninkrijk is juist dat overheidsbedrijven tot hogere tarieven leiden omdat overheden tarieven gebruiken als melkkoe. Helmuth Blöch van de Europese Commissie merkt op dat de Commissie neutraal staat tegenover de eigendom van drinkwaterbedrijven en tegenover de vraag of de drinkwatervoorziening centraal of decentraal georganiseerd wordt. Diverse modellen zijn denkbaar. Jonker is het daarmee eens. Zowel het publieke model als het private model (mits gereguleerd) kunnen volgens hem werken.

De Ronde Tafel wordt afgesloten met een discussie over tarieven. Volgens Golay zouden de vervuilers (landbouw) moeten (mee)betalen aan de kosten als gevolg van verontreiniging. Nu worden deze kosten door de klanten van de waterbedrijven betaald. Helmuth Blöch erkent dat de Europese regelgeving op dit punt aan duidelijkheid te wensen overlaat. De verschillen binnen de EU zijn echter groot. Er zijn regio's waar 60-80% van de bodem is vervuild en hoge kosten voor zuivering gemaakt moeten worden, maar er zijn ook regio's waarin dit percentage veel lager is. Het is volgens Blöch aan de lidstaten om hiervoor een regeling te treffen en aan de techniek om een oplossing te bieden. Golay is het daar niet mee eens. De Commissie moet volgens haar het voortouw nemen en ervoor zorgen dat de vervuiler gaat betalen.

Voor vragen over deze bijdrage kunt u zich wenden tot maurice.essers@loyensloeff.com



AANBESTEDINGSRECHT IN NEDERLANDS PERSPECTIEF

Inleiding

De Nederlandse drinkwatersector is verplicht om bij de inkoop van leveringen, diensten en werken de voorschriften van de EG-richtlijn Nutssectoren (Richtlijn 2004/17/EG) na te leven. In Nederland zijn de voorschriften van deze richtlijn omgezet in het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass), waaraan weer een nadere uitwerking wordt gegeven in het Aanbestedingsreglement Nutssectoren 2006 (ARN 2006). Dit aanbestedingsreglement werd tot voor kort weinig gebruikt in de drinkwatersector, omdat door veel drinkwaterbedrijven de voorkeur werd gegeven aan het ook door overheden gehanteerde ARW 2005. Een aantal drinkwaterbedrijven overweegt echter te switchen naar het ARN 2006.

In deze bijdrage worden de belangrijkste wijzigingen behandeld van het Bass (in combinatie met de nieuwe Aanbestedingswet). Verder wordt in deze bijdrage ingegaan op de nieuwste versie van het ARN 2006, die in mei 2008 werd geïntroduceerd.

Aanbestedingswet en Wijziging Bass

Huidige stand van zaken: op 20 september 2006 is het wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet door de Tweede Kamer aangenomen. Het wetsvoorstel is momenteel voor behandeling naar de Eerste Kamer gegaan. De Eerste Kamer heeft kritische vragen gesteld. De Minister heeft deze op 10 juli 2007 beantwoord in een Memorie van Antwoord. De Eerste Kamer zet echter nog steeds grote vraagtekens bij de gekozen wetgevingsarchitectuur (van een Raamwet) en heeft daarom opnieuw vragen gesteld. Deze zijn op 24 april 2008 beantwoord in een Nadere Memorie van Antwoord. Naar wij hebben vernomen zijn de antwoorden niet bevredigend geweest en zal de Eerste Kamer derhalve opnieuw vragen stellen. (wetgevingsdossier 30501)

Planning

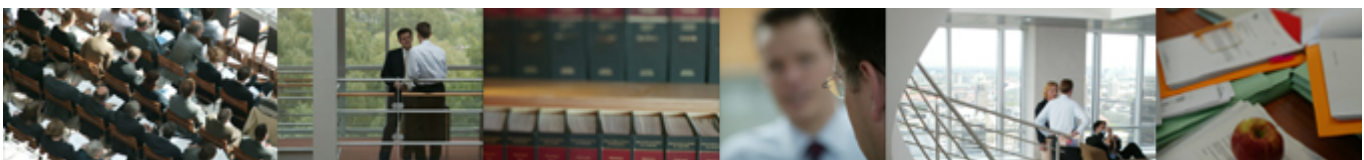
Huidige streefplanning Ministerie Economische Zaken:

- Publicatie Aanbestedingswet, BA en Bass begin 2009
- Inwerkingtreding zomer 2009

Wijzigingen

In tegenstelling tot het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten zal het Bass niet worden vervangen door een geheel nieuw besluit. Beoogd wordt om het Bass te wijzigen door middel van een wijzigingsbesluit. Hierna zullen de belangrijkste wijzigingen worden besproken – voor zover deze niet reeds aan de orde zijn gekomen in Nieuwsflash Utilities nummer 1 ofwel hiervan afwijken. Voordat de wijzigingen worden behandeld, eerst een korte opsomming van de onderwerpen die niet in het wijzigingsbesluit zijn opgenomen:

- het harmoniseren van de toe te passen procedures voor opdrachten buiten het regime van de Richtlijn Nutssectoren (zoals opdrachten onder drempelwaarde, opdrachten voor IIIB-diensten, en concessieovereenkomsten voor diensten);



- de afbakening van de normen voor geschiktheidseisen en selectiecriteria;
- het verduidelijken en meer uitschrijven van de regelgeving. Dit werd niet nodig geacht omdat het ARN 2006 reeds veel vrijwillig wordt gebruikt.

Verstrekken inlichtingen

In beginsel dient een drinkwaterbedrijf alle gegadigden c.q. inschrijvers te voorzien van dezelfde inlichtingen. Echter, in het geval dat het verstrekken van inlichtingen schade kan toebrengen aan de gerechtvaardigde commerciële belangen van een gegadigde c.q. inschrijver kan het drinkwaterbedrijf op verzoek van deze gegadigde c.q. inschrijver deze inlichtingen niet verstrekken aan de andere gegadigden c.q. inschrijvers. Dit mag evenwel niet leiden tot benadeling van deze gegadigden c.q. inschrijvers. Dit betekent dat het verstrekken van deze inlichtingen geen betrekking mag hebben op onderhandelingen met gegadigden of inschrijver over fundamentele punten van de opdrachten waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen of betrekking hebben op onderhandeling over de prijzen.

Toepasselijkheid Bass

De relevante activiteiten (waaronder drinkwatervoorziening) zullen niet meer in het Bass, maar in een ministeriële regeling worden opgenomen.

Verbod clusteren

Het Bass voorziet in een verplichting om de opdracht in percelen te verdelen, tenzij

- in de opdracht geen separate percelen kunnen worden onderscheiden;
- het opdelen van de opdracht in percelen: (a) de mededinging beperkt, (b) de opdracht technisch moeilijker uitvoerbaar maakt, (c) tot een hogere prijs leidt door de structuur van de markt, of (d) de aanbesteder niet in staat is de coördinatie, organisatie en het leidinggeven op zich te nemen.

Dynamisch aankoopstelsel

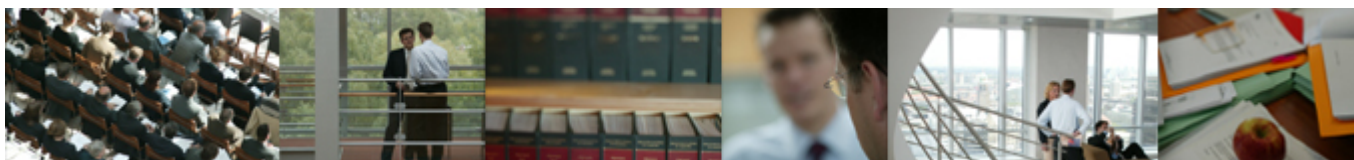
Er kan geen gebruik meer worden gemaakt van een dynamisch aankoopstelsel. Dit is een elektronisch proces voor het doen van een gangbare aankoop, met algemeen op de markt beschikbare kenmerken, beperkt in de tijd en gedurende de gehele looptijd open voor een aannemer, leverancier of dienstverlener die voldoet aan de selectiecriteria en die overeenkomstig de eisen van het beschrijvend document een indicatieve inschrijving heeft ingediend. Reden voor het schrappen van deze procedure is dat er tot op heden geen gebruik van is gemaakt in Nederland.

Kopersprofiel

Drinkwaterbedrijven kunnen nog steeds gebruik maken van een kopersprofiel, en als zodanig informatie verspreiden over lopende aanbestedingsprocedures, voorgenomen aankopen, geplaatste opdrachten etc. Echter, gebruik van het kopersprofiel ontslaat hen niet van de verplichting om een vooraankondiging met behulp van TenderNed aan de Europese Commissie bekend te maken, indien zij verkorte termijnen willen hanteren in de uiteindelijke aanbestedingsprocedure.

Termijn gunningsbeslissing

Het drinkwaterbedrijf moet over de gunning beslissen binnen het aantal dagen dat het drinkwaterbedrijf



als termijn heeft gesteld voor het indienen van een inschrijving. Kortom, de beoordeling van de inschrijvingen mag niet langer duren dan de tijd die aan de inschrijvers is gegund om een inschrijving in te dienen. Als dit om bepaalde redenen niet mogelijk is, moet het drinkwaterbedrijf dit gemotiveerd kenbaar maken aan de inschrijvers.

Uitsluitingsgronden, geschiktheid en selectie

De uitsluitingsgronden die onder het Bao reeds verplicht waren (zoals veroordeling wegens fraude) zijn ook onder het Bass verplicht van toepassing. Daarnaast kan een drinkwaterbedrijf de al in het Bao genoemde facultatieve uitsluitingsgronden toepassen.

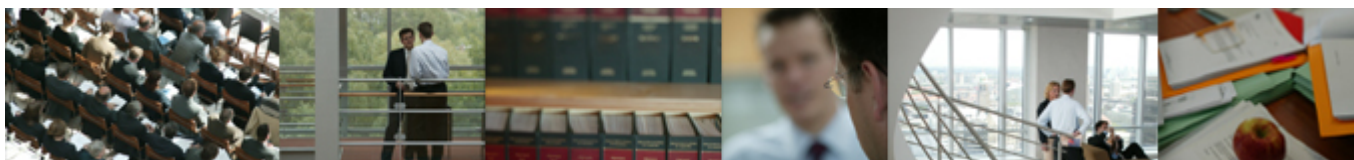
Niet alleen de inschrijver zelf moet een eigen verklaring overleggen waarin hij aangeeft in hoeverre hij voldoet aan de gestelde uitsluitings- en geschiktheidseisen/selectiecriteria, maar ook de onderneming op wiens financiële of economische draagkracht en/of technische en beroepsbekwaamheid hij een beroep doet.

Aanvraag tot faillissement of starten van een procedure van surseance van betaling of akkoord zijn niet opgenomen als mogelijke uitsluitingsgronden, aangezien een dergelijke aanvraag nog niet wil zeggen dat een ondernemer failliet gaat.

In geval van een niet-openbare procedure of onderhandelingsprocedure moet voorafgaande aan de uitnodiging tot inschrijving de juistheid van de eigen verklaringen worden nagegaan van de beoogde te selecteren gegadigden. In het geval van een openbare procedure is dit voorafgaande aan het nemen van de gunningsbeslissing. Het drinkwaterbedrijf moet zelf bij de instanties als het ministerie van Justitie, het handelsregister (www.kvk.nl) (de ondernemer verstrekt slechts het inschrijvingsnummer) en de griffier van de rechtbank (voor zover een eventueel faillissement of surseance van betaling niet via het handelsregister is te achterhalen) nagaan of de betreffende uitsluitingsgronden op de inschrijver van toepassing zijn. De verklaring van de Belastingdienst heeft een geldigheidsduur van 6 maanden. De Belastingdienst is voornemens de (gratis) verklaringen betreffende betaling van de belastingen en sociale zekerheidsbijdragen centraal af te geven, maar zo ver is het nog niet. Deze verklaring moet wel door de ondernemers zelf worden aangevraagd.

Integriteit

De op aanbieders rustende verplichting om een zogenaamde Integriteitsverklaring Aanbesteden (IVA) te hebben geldt voor twee specifieke categorieën opdrachten, namelijk (i) werken met een waarde boven het EU-drempelbedrag (in het Consultatiedocument werd nog een waarde van 1,5 miljoen euro voorgesteld), en (ii) opdrachten waarbij *naar het oordeel van het desbetreffende drinkwaterbedrijf* in het concrete geval een onaanvaardbaar integriteitsrisico aanwezig is. In het laatstgenoemde geval is verlenging van de inschrijftermijn tot 70 dagen niet verplicht (in tegenstelling tot hetgeen in het Consultatiedocument werd voorgesteld). COVOG heeft aangegeven zich in te spannen de IVA binnen twee weken af te geven, indien er geen antecedenten zijn. Om een soepele invoer van de IVA te bewerkstelligen geldt een overgangsregime. Hierbij geldt een gefaseerde invoering van de verplichting van het hebben van een IVA. Gedurende 1 jaar moet ook nog een eerder afgegeven VOG_{RP} in het kader



van aanbestedingen worden geaccepteerd.

Buitenlandse ondernemingen kunnen volstaan met het indienen van een aan het IVA vergelijkbaar document. Voor zover een dergelijk document niet door de betreffende lidstaat waar de buitenlandse onderneming is gevestigd wordt afgegeven kan worden volstaan met het overleggen van een verklaring onder ede. De Europese Commissie heeft een lijst gepubliceerd, waarop per lidstaat is aangegeven welke bewijsmiddelen volstaan (zie www.aanbesteden.ez.nl).

Het BIBOB-advies dat op grond van de Wet BIBOB kan worden gevraagd kan niet meer leiden tot uitsluiting van een onderneming op grond van integriteit. Wel kan dit leiden tot uitsluiting in het kader van de beoordeling van de financiële en economische draagkracht, bijvoorbeeld indien dit in gevaar kan komen doordat hem criminele gelden worden ontnomen.

Voor wat betreft de verplichte uitsluitingsgrond integriteit is bepaald, dat daar vanwege dwingende redenen van algemeen belang van kan worden afgeweken.

Statistiekverplichting

De op drinkwaterbedrijven rustende statistiekverplichting blijft bestaan. De aan de Centrale Dienst voor In- en Uitvoer (ministerie van Economische Zaken) te verschaffen informatie is echter minder omvattend, aangezien een deel van de door de Europese Commissie gevraagde informatie door het ministerie op TenderNed kan worden achterhaald.

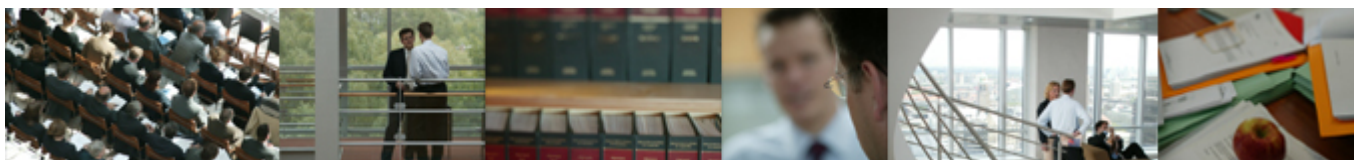
Overgangsregeling

Indien een aanbestedingsprocedure voor de inwerkingtreding van het wijzigingsbesluit is gestart, blijft het oude Bass op de gehele procedure van toepassing.

ARN 2006

Het ARN 2006 is opgesteld door een aantal aan het Bass onderworpen aanbestedende diensten. Dit reglement is met ingang van 1 december 2005 van kracht. Het beheer en de ontwikkeling van het ARN 2006 is toevertrouwd aan een gebruikersgroep. De versie van 1 december 2005 (versie 1.02) is onlangs vervangen door een nieuwe versie (versie 1.03) van 1 april 2008.

Het ARN 2006 regelt zowel de nationale aanbestedingsprocedures (zoals voor opdrachten met een waarde onder het EG-drempelbedrag) als de Europese aanbestedingsprocedures. De procedures die in het ARN 2006 zijn geregeld zijn de onderhandse procedure, de niet-openbare procedure, de openbare procedure en de procedure van gunning via onderhandelingen met voorafgaande bekendmaking. Omdat de Richtlijn Nutssectoren geen uitgebreide regeling voor de procedure van gunning via onderhandelingen bevat, was deze procedure in versie 1.02 van het ARN 2006 uitvoerig geregeld. In versie 1.03 is die invulling echter weggelaten, waardoor drinkwaterbedrijven meer ruimte hebben voor een eigen invulling van de onderhandelingen (binnen de kaders van gelijke behandeling en transparantie). Een procedure die door veel drinkwaterbedrijven wordt gebruikt die niet in het ARN 2006 is geregeld is de erkenningsregeling.

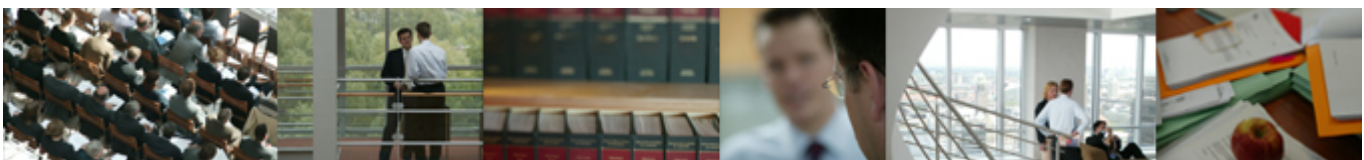


De regeling van de uitsluitingscriteria, minimumeisen, selectiecriteria en gunningscriteria is niet wezenlijk gewijzigd ten opzichte van de vorige versie van het ARN 2006. Een met de Wet Bibob verband houdende uitsluitingsgrond is vervallen, maar nog steeds voorziet het ARN 2006 in ruimere uitsluitingsgronden dan in de Richtlijn Overheden is voorzien. Zo geldt nog steeds als uitsluitingsgrond het ernstig schaden van het bedrijfsbelang van de aanbestedende dienst en het ernstig toerekenbaar tekortschieten bij de nakoming van verplichtingen uit eerdere opdrachten van de aanbestedende dienst. Het valt te bezien of de rechter in een voorkomend geval zal toestaan dat tekortschietende ondernemers aldus met een verklaring van tijdelijke uitsluiting geweerd kunnen worden. De minimumeisen zijn in het ARN 2006 niet uitgewerkt. Een drinkwaterbedrijf kan niet volstaan met vermelding van de bewijzen die in verband met de minimumeisen moeten worden overgelegd (zoals in artikel 8 ARN 2006) geregeld, maar zal zelf in het bestek of in de selectieleidraad de minimumeisen moeten formuleren.

Een bijzondere regeling in het ARN 2006, die in de nieuwe versie gehandhaafd is, is de rechtsbescherming. Bij de meeste aanbesteding wordt een periode van 15 dagen gehanteerd tussen voorlopige gunning en definitieve gunning (Alcateltermijn). Diezelfde periode wordt vaak tevens gebruikt als vervaltermijn in verband met het instellen van rechtsmiddelen door afgewezen inschrijvers. In het ARN 2006 is echter gekozen voor een periode van 5 dagen om gemotiveerd bezwaar te maken en een periode van 10 dagen na een schriftelijke reactie van de aanbesteder op het bezwaar om een rechtsmiddel in te stellen. Op deze wijze wordt extra ruimte ingebouwd voor een dialoog tussen de aanbesteder en een afgewezen inschrijver over de gronden voor afwijzing van diens aanbieding.

Het ARN 2006 biedt een voor drinkwaterbedrijven adequaat aanbestedingsreglement. Met deze vorm van zelfregulering is voor de drinkwatersector eenzelfde gedetailleerde wettelijke regeling als thans voor overheden wordt voorbereid in het Besluit Aanbestedingen voorkomen. Wel vergt een adequate implementatie van het ARN 2006 in een drinkwaterbedrijf de nodige uitwerking in modellen en nadere regeling (zoals inzake de procedure van gunning via onderhandelingen). Te verwachten valt dat bij inwerkingtreding van het Besluit Aanbestedingen en het wegvallen van het ARW 2005 op datzelfde moment, meer speciale-sectorbedrijven (waaronder drinkwaterbedrijven) zullen overschakelen naar het ARN 2006. Dit lijkt een zowel voor drinkwaterbedrijven als voor hun leveranciers, dienstverleners en aannemers gunstige ontwikkeling omdat dan allicht een einde komt aan de situatie waarin door sommige drinkwaterbedrijven het ARW 2005 wordt gebruikt en door anderen het ARN 2006.

Voor vragen over deze bijdrage kunt u zich wenden tot maurice.essers@loyensloeff.com en anke.stellingwerff@loyensloeff.com



Redactie

Maurice Essers (vennoot Mededinging en Overheid), Waldo Kapoen (vennoot Algemene Fiscale Praktijk), André van der Kolk (vennoot Mededinging en Overheid), Wim Nan (vennoot Algemene Fiscale Praktijk) en Max Oosterhuis (vennoot Ondernemingsrecht).

Vaste medewerkers

Alexander Bosman (Algemene Fiscale Praktijk), Marc Custers (Mededinging & Overheid), Jasper Neeffe (Mededinging & Overheid), Rogier Sterk (Algemene Fiscale Praktijk), Anke Stellingwerff Beintema (Mededinging & Overheid) en Roland de Vlam (Mededinging & Overheid).

Colofon

Deze nieuwsbrief is een initiatief van het energieteam van Loyens & Loeff N.V. Loyens & Loeff N.V. is een onafhankelijk full-service kantoor van advocaten, belastingadviseurs en notarissen. Loyens & Loeff N.V. wordt gezien als een kantoor met uitgebreide kennis en ervaring op het gebied van o.m. vastgoedrecht, belastingrecht, ondernemingsrecht, bank- en effectenrecht, arbeidsrecht, bestuursrecht, aanbestedingsrecht en mededingingsrecht. Bij Loyens & Loeff N.V. werken ruim 700 advocaten, belastingadviseurs en notarissen. Het kantoor heeft zeven vestigingen in de Benelux.

Disclaimer

Hoewel deze Nieuwsbrief met grote zorgvuldigheid is samengesteld, kan Loyens & Loeff N.V. geen aansprakelijkheid accepteren voor de gevolgen van het gebruik maken van deze uitgave zonder haar medewerking of voor eventuele onvolledigheden in deze uitgave.

