

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. De redactie

I. ALGEMEEN

Nieuwe aanbestedingsregels voor utilities

De aanbestedingsregels voor de sectoren water- en energievoorziening, openbaar vervoer en postbedrijven zijn vastgelegd in de EG-richtlijn 2004/17 (Richtlijn Nutssectoren). Deze richtlijn is voor Nederland uitgewerkt in het Besluit aanbestedingen speciale sectoren ('Bass'). Eind november 2007 heeft het Ministerie van Economische Zaken belangrijke wijziging van het Bass aangekondigd in een consultatiedocument.

Doelstelling

Met de wijzigingen worden diverse doelen nagestreefd, waaronder meer duidelijkheid geven over de procedures die moeten worden toegepast bij opdrachten die buiten het regime van de richtlijn vallen, overlaging van administratieve lasten voor aanbesteders en voor ondernemers, verbetering van de toetsing van integriteit van deelnemers aan aanbestedingen, het tegengaan van het stellen van onredelijk hoge eisen aan ondernemers en een duidelijkere en beter nageleefde regelgeving.

Hieronder worden de belangrijkste wijzigingen behandeld.

Opdrachten buiten het regime van de richtlijn

In het Consultatiedocument worden voor overheden aanbestedingsregels voorgesteld voor opdrachten met een waarde vanaf EUR 50.000. Hoewel deze regels niet zullen gelden voor nutsbedrijven, kan er een zekere reflexwerking zijn omdat ook bepaalde nutsbedrijven bij opdrachten buiten het regime van de richtlijn rekening moeten houden met algemene beginselen, zoals transparantie en gelijke behandeling.

Publicatie via TenderNed

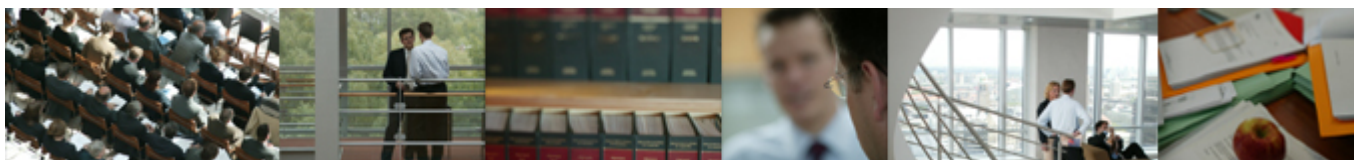
Nutsbedrijven worden verplicht hun aanbestedingen (gratis) via TenderNed (www.tenderned.nl) aan te kondigen. TenderNed is een portal waarbij een aanbesteder stapsgewijs door de aankondigingsverplichtingen wordt geleid. Ondernemers kunnen zich op deze portal abonneren. Aanbesteders dienen de aanbestedingsstukken (bestek en dergelijke) kosteloos beschikbaar te stellen. Zij hebben wel de mogelijkheid om naast gratis (meestal elektronische) aanbestedingsstukken een gedrukte versie tegen een vergoeding aan te bieden.

Bepalen van het voorwerp van de opdracht

Het Ministerie van Economische Zaken heeft het voornemen om een bepaling op te nemen, waardoor onnodig clusteren wordt tegengegaan. Met clusteren wordt het samenvoegen van meerdere opdrachten tot één opdracht bedoeld. Vaak ontstaan door clusteren zodanig grote opdrachten dat het midden- en kleinbedrijf niet kan meedingen. MKB Nederland heeft onlangs (vooralsnog tevergeefs) tegen gemeenten geprocedeerd om clusteren tegen te gaan (LJN: B9889, Vz. Rb. Utrecht, vonnis 12 december 2007).

Motivering voorgenomen afwijzingsbeslissing

Voorgesteld wordt dat aanbesteders gelijk met het bekendmaken van de voorgenomen afwijzing moeten motiveren waarom de desbetreffende ondernemer de opdracht niet gegund krijgt. Zij dienen daarbij o.a. informatie te verschaffen over de eindscores, zowel van de afgewezen ondernemer als van ondernemers die geselecteerd zijn/aan wie gegund gaat worden. Tevens moet aangegeven worden hoe de afgewezen



ondernemer op specifieke kenmerken heeft gescoord en waarom op dat specifieke kenmerk eventueel niet de maximale score is toegekend. Met de afwijzingsbrief gaat de standstill-termijn van 15 kalenderdagen in waarbinnen een afgewezen ondernemer moet bepalen of hij in beroep gaat tegen de gunningsbeslissing. Aanbesteders moeten binnen 10 dagen reageren op een verzoek om informatie.

Eigen verklaring aanbesteden

Het Ministerie wil een standaardformulier Eigen Verklaring Aanbesteden invoeren. Hierop geeft de ondernemer aan in hoeverre hij voldoet aan de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Dit voorkomt dat al in een vroeg stadium originele bewijsstukken en verklaringen moeten worden ingediend, waardoor de administratieve lasten van de ondernemer aanzienlijk verlicht worden.

Toetsing integriteit

Ondernemers moeten een zogenaamde Integriteitsverklaring Aanbesteden ('IVA') hebben. Deze verplichting geldt slechts voor specifieke categorieën opdrachten, namelijk (i) werken boven € 1,5 miljoen en (ii) werken onder die drempelwaarde en leveringen en diensten onder/boven de drempelwaarde indien hiervoor een reden is. Het is aan de aanbesteder om te bepalen of dit laatste het geval is. In dat geval worden de minimumtermijn voor verzoeken tot deelneming (bij niet-openbare procedure) of de inschrijftermijn (bij openbare procedure) verlengd tot 70 dagen. Onderaannemers of toeleveranciers hoeven alleen over een IVA te beschikken als door de gegadigde/inschrijver een beroep op hen wordt gedaan in verband met de geschiktheidseisen.

De IVA wordt afgegeven door het Ministerie van Justitie (Centraal Orgaan Verklaringen Omtrent het Gedrag) nadat strafrechtelijke en mededingingsrechtelijke antecedenten zijn geverifieerd. De IVA is een jaar geldig. Is er sprake van een onherroepelijke veroordeling voor het begaan van bepaalde strafbare feiten en/of bepaalde mededingingsrechtelijke overtredingen (al dan niet begaan door de bestuurder van de rechtspersoon) dan volgt uitsluiting gedurende in beginsel vier jaren.

Geschiktheidseisen, selectiecriteria en contractvoorwaarden

Het Consultatiedocument bevat een uitgebreide regeling inzake geschiktheidseisen, selectiecriteria en contractvoorwaarden voor overheden. Voor nutsbedrijven gelden deze regels niet. Het lijkt echter raadzaam dat ook nutsbedrijven deze regels hanteren omdat ze leiden tot vermindering van administratieve lasten en omdat het niet handig is wanneer ondernemers ten aanzien van de wijze van inschrijving en aanmelding voor nutsbedrijven een ander regime moeten volgen dan voor overheden.

Planning

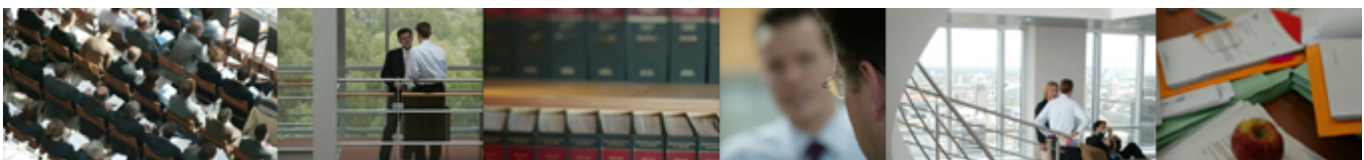
Het consultatiedocument wordt voorgelegd aan enkele direct betrokken organisaties met een verzoek om reactie (deze organisaties kunnen tot 21 januari 2008 hun visie geven). Daarna gaan de voorstellen naar de Tweede en Eerste Kamer. De verwachting is dat de wijzigingen samen met de wijzigingen van de aanbestedingsregels voor overheden begin 2009 in werking zullen treden.

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

II. ENERGIE

MEP wordt SDE (Stimulering Duurzame Energieproductie)

Medio oktober is in het Staatsblad de vervangende regeling voor de MEP gepubliceerd: het Besluit Stimulering Duurzame Energieproductie (SDE). Het is de derde poging van de overheid om een stimuleringsregeling in werking te doen treden voor productie van duurzame energie waarbij de kosten beheersbaar moeten blijven. Eerdere maatregelen, zoals de fiscale faciliteit via de Regulerende Energie Belasting (REB) en vorig jaar afgeschafte MEP waren weliswaar uiterst doeltreffende stimuleringsmiddelen op basis waarvan veel investeringen in duurzame projecten zijn gedaan, maar zij waren beiden onbetaalbaar en onbeheersbaar.



Voorgeschiedenis:

Op 18 augustus 2006 heeft Minister Wijn de oude MEP plotseling stilgelegd. Vanaf die datum werden geen aanvragen voor MEP-bijdragen meer gehonoreerd. Enkele maanden eerder had Minister Brinkhorst reeds besloten om aan de MEP een plafond te verbinden omdat de kosten van het systeem dat voorzag in een gegarandeerde exploitatiesubsidie gedurende tien jaar, onbeheersbaar bleken. De reden om de MEP uiteindelijk geheel stil te leggen was onder meer dat de 9% reductiedoelstelling van het kabinet met de inmiddels getroffen maatregelen zou worden gehaald zodat verdere subsidieverlening niet langer noodzakelijk was.

Nog per 1 januari 2007 is de Elektriciteitswet 1998 gewijzigd om een nieuw systeem ter vervanging van de MEP mogelijk te maken. Deze nieuwe artikelen 72m en 72n van de Elektriciteitswet 1998 zullen echter waarschijnlijk nooit enige wezenlijke betekenis krijgen want de nieuwe stimuleringsregeling is niet gebaseerd op de Elektriciteitswet 1998, maar op artikel 3 van de Kaderwet EZ-subsidies.

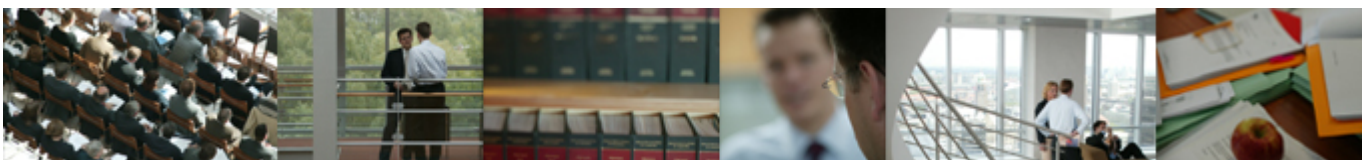
Besluit Stimulering Duurzame Energieproductie

Het **Besluit SDE**, is op 16 oktober 2007 naar de Eerste en de Tweede Kamer gestuurd en daar inmiddels besproken. Zeer in het kort enkele uitgangspunten:

- De subsidie wordt verstrekt door de Minister van Economische Zaken. Uitvoering geschiedt door SenterNovem.
- Het Besluit SDE creëert de mogelijkheid om voor drie hoofdcategorieën subsidie te verstrekken, te weten: voor de productie van hernieuwbare elektriciteit, voor de productie van hernieuwbaar gas (biogas) en voor de productie met behulp van warmtekrachtkoppeling (WKK).
- De gegarandeerde duur van 10 jaar onder de oude MEP regeling is komen te vervallen en vervangen door een duur die afhangt van de subsidiabele categorie productie-installatie.
- Bij ministeriele regeling worden per categorie productie-installatie subsidieplafonds vastgesteld.
- Voor de verdeling van nieuwe subsidies bestaan twee mogelijkheden: volgorde van **binnenkomst** van de aanvraag; of op volgorde van rangschikking van de aanvraag (**tender**). Een ministeriele regeling bepaalt zowel de categorieën productie-installaties waarvoor subsidie kan worden verleend, als de wijze van verdeling.
 - Bij verdeling op volgorde van binnenkomst worden de subsidies toegewezen totdat het subsidieplafond is bereikt. Indien alle aanvragen op één dag binnenkomen en daarmee het subsidieplafond zou worden bereikt, wordt geloot. Ter vaststelling van het subsidiebedrag wordt bij ministeriële regeling een **basisbedrag** per energie-eenheid (kWh of Nm³) vastgesteld.
 - Bij verdeling aan de hand van een tender geeft de aanvrager in de subsidieaanvraag aan, voor welk **tenderbedrag** hij zijn installatie wil exploiteren. Het primaire criterium bij de rangschikking zal zijn de hoogte van de gevraagde tenderbedrag waardoor aanvragers worden gestimuleerd om een zo laag mogelijk tenderbedrag te vragen.
 - Bij ministeriële regeling worden tevens een **basiselektriciteitsprijs** en een **basisgasprijs** vastgesteld die overstimulering moeten voorkomen.
- De uiteindelijk uit te betalen subsidie bij hernieuwbare elektriciteit bedraagt het verschil tussen het basisbedrag (of tenderbedrag), verminderd met de basiselektriciteitsprijs, vermenigvuldigd met het aantal subsidiabele kWh. Voor hernieuwbaar gas en voor WKK geldt in grote lijnen hetzelfde.

Uitsluitingsgronden

Op grond van artikel 3 van het Besluit SDE wordt geen subsidie verstrekt indien aan de aanvrager voor dezelfde productie-eenheid reeds een MEP-subsidie op grond van artikel 72m Elektriciteitswet 1998 is verleend van meer dan €0,00. Hetzelfde geldt indien aan hem voor reeds een SDE-subsidie is verleend voor diezelfde installatie (dus ook indien die subsidie op basis van een lager maximum basisbedrag of maximum tenderbedrag is verleend). Daarnaast wordt geen subsidie verleend indien de producent de productie-eenheid reeds in gebruik heeft genomen voordat hij de subsidie aanvroeg. Uitzonderingen hierop zijn alleen mogelijk indien de installatie ingrijpend wordt uitgebreid of geheel wordt vervangen.



Biomassa / wind op land

In de Tweede Kamer heeft nog een discussie plaatsgevonden over de vraag welke biomassa wèl en welke niet in aanmerking zou komen voor SDE-subsidie. Een motie werd aangenomen waarin werd gesteld dat biomassa “aantoonbaar moet voldoen aan duurzaamheidscriteria”. De Minister ontraadde de Kamer deze motie omdat nog geen certificeringssysteem en dus ook geen duurzaamheidscriteria bestaan, waardoor feitelijk geen enkele soort biomassa in aanmerking zou kunnen komen. Uiteindelijk heeft de Minister toegezegd een lijst op te stellen van soorten biomassa die wel of niet in aanmerking komen.

Wind op land blijft voorlopig nog subsidiabel maar de Minister heeft aangegeven dat op de langere termijn alleen wind op zee in aanmerking zal blijven komen voor subsidie.

Staatssteun

Voordat het Besluit SDE in werking kan treden, moet deze op rond van Europese staatssteunregels worden goedgekeurd door de Europese Commissie. Op het moment dat deze Nieuwsbrief werd geschreven, had de Commissie hierover nog geen besluit genomen.

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

III. WATER

De nieuwe Drinkwaterwet: tarieven op de kubieke meter

In politiek Den Haag wordt momenteel gewerkt aan een wetsvoorstel voor een nieuwe Drinkwaterwet. Het wetsvoorstel wordt veel meer dan een opgefriste en geactualiseerde versie van de huidige Waterleidingwet. Met name op het gebied van efficiency kent het wetsvoorstel een aantal belangrijke ontwikkelingen. Zo bevatte het wetsvoorstel indiening reeds een hoofdstuk met betrekking tot – de thans binnen de sector reeds vrijwillig uitgevoerde - benchmarking. Naar aanleiding van kamervragen over de hoogte van dividenduitkeringen door de waterbedrijven worden de mogelijkheden van tariefregulering onderzocht.

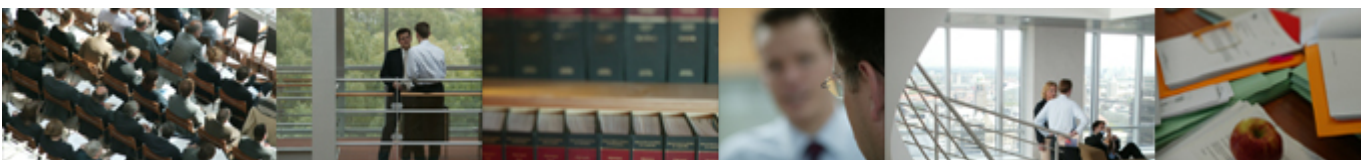
Onderzoek

Minister Cramer (VROM) heeft naar aanleiding van kamervragen een onderzoek laten uitvoeren naar de wijze waarop de tariefregulering vorm zal moeten krijgen. De resultaten van dat onderzoek zijn op dit moment nog niet bekend maar de contouren van de aanstaande tariefregulering in de watersector worden wel langzaam duidelijk. Zo geeft de Minister aan onder ‘redelijke tarieven’ te verstaan ‘tarieven waarbij geen sprake is van overwinst’. Ze laat ruimte voor een redelijke vermogenskostenvergoeding. De hoogte van deze vergoeding zal afhankelijk zijn van het risicoprofiel van de drinkwaterbedrijven.

Tariefregulering

Hoewel nog niets vaststaat, blijkt hieruit toch reeds de gelijkenis met de wijze waarop tarieven in andere nutssectoren (met name: elektriciteit en aardgas) zijn gereguleerd. Het transport van elektriciteit en aardgas vindt plaats tegen gereguleerde tarieven die zijn gebaseerd op een redelijke vermogenskostenvergoeding en een gereguleerde efficiëntiekorting (de ‘x-factor’) die bedrijven moet stimuleren om efficiënter te gaan werken. Het systeem werkt in grote lijnen als volgt.

Op basis van een benchmark wordt een efficiëntieniveau bepaald waaraan de gehele sector – rekening houdende met objectiveerbare regionale factoren - zal moeten voldoen. Zolang er tariefverschillen tussen bedrijven bestaan die niet objectief verklaarbaar zijn, zal de directeur van de dienst daar toezicht op houden. Omdat gestreefd moet worden naar zo laag mogelijke tarieven, moeten deze historisch bepaalde tariefverschillen verdwijnen. Als het in uitzonderlijk situaties noodzakelijk blijkt om bepaalde bedrijven een langere periode te geven om historisch bepaalde verschillen af te bouwen, kan de directeur van de dienst bij de tariefvaststelling daarmee rekening houden.



Het uitgangspunt dat de tarieven kostengeoriënteerd dienen te zijn, moet voorkomen dat er grote regionale verschillen in de tarieven komen te ontstaan die niet kunnen worden verklaard door de geografische ligging van de netwerken. Ten aanzien van de totale inkomsten uit de tarieven, vindt outputregulering plaats waarbij de kosten die het bedrijf moet maken om de desbetreffende diensten te kunnen leveren, de tarieven bepalen die een waterbedrijf in rekening brengt voor de geleverde diensten.

Bij elektriciteit en gas geldt het principe dat sprake is van een doelmatige bedrijfsvoering als een netbeheerder (het bedrijf dan de aansluit- en transportdiensten verzorgt ten behoeve van elektriciteit- en gasleveranties) alleen die kosten (dit zijn: de kosten inclusief een redelijk rendement op de het daadwerkelijk geïnvesteerde vermogen) kan terugverdienen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van zijn wettelijke taken. De Minister heeft daarbij aangegeven dat bedrijven die beter presteren dan de efficiëntiedoelstelling het extra behaalde rendement mogen behouden. De netbeheerders mogen derhalve een redelijk rendement behalen. De toezichthouder bekijkt voor de berekening van dit redelijk rendement welk rendement in het economisch verkeer gebruikelijk is. Indien een netbeheerder erin slaagt om zijn bedrijfsvoering efficiënter te maken dan op basis van de efficiëntiedoelstelling nodig is, kan hij een hoger rendement halen dan het 'redelijk rendement'. Omdat de netbeheerders een eventueel extra rendement boven het redelijk rendement mogen behouden, worden zij geprikkeld om de efficiëntie van hun bedrijfsvoering verder te vergroten.

Wat betekent dit voor drinkwaterbedrijven?

Indien de invoering van tariefregulering in de drinkwatersector daadwerkelijk wordt gerealiseerd, betekent dit voor de drinkwaterbedrijven dat zij naast een op het huidige systeem van benchmarking lijkend branchevergelijkingsmechanisme, tevens toezicht zullen ondervinden op de redelijkheid van de in rekening te brengen tarieven. De bedrijven zullen niet alleen met elkaar vergeleken worden maar tevens ondervinden dat zij met elkaar in concurrentie zullen treden op het gebied van efficiëntie. Daarbij zullen drinkwaterbedrijven geconfronteerd worden met de druk die door een toezichthouder zal worden gelegd door de vaststelling en de handhaving van tarieven. Er wordt gesproken over de mogelijkheid van een toezichthouder die vergelijkbaar is met de Directie Toezicht Energie (DTe) of de Vervoerskamer en eveneens onderdeel zal kunnen uitmaken van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).

Afsluitend

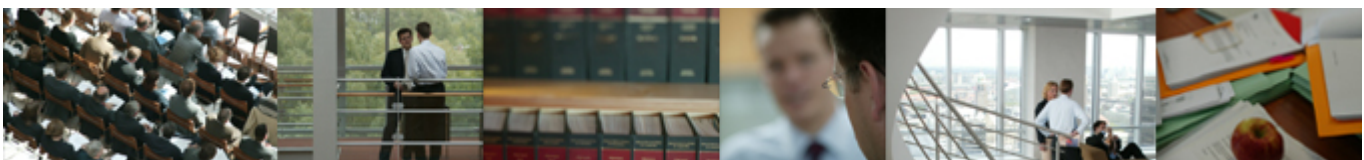
Het is raadzaam om de ontwikkelingen die zich gaan afspelen binnen de drinkwatersector nauwlettend te volgen. Indien de huidige signalen kloppen, zal deze sector geconfronteerd worden met een nieuw ingrijpend systeem waarin een efficiënte bedrijfsvoering op basis van kostenoriëntatie centraal komt te staan. Ons kantoor kan op dit onderwerp bogen op uitgebreide ervaring en wij zullen onze cliënten graag adviseren bij de implementatie van deze nieuwe regelgeving.

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

IV. OPENBAAR VERVOER

EG-VERORDENING 1370/2007: EEN NIEUW REGIME VOOR OPENBAAR VERVOER

Op 3 december 2009 zal een nieuwe EG-verordening in werking treden voor openbaar personenvervoer per spoor en over de weg. Deze Verordening is op 23 oktober 2007 aangenomen en is op 3 december 2007 in het Publicatieblad van de EG bekendgemaakt (Pb. L315/1). De verordening zal samen met de Wet Personenvervoer 2000 (Wp 2000) het regulatoire kader vormen voor het openbaar personenvervoer in Nederland. In de Verordening worden onder andere de gunning van vervoerscontracten en de voor deze contracten te betalen compensaties geregeld. Interessant is of voor het stadsvervoer onder het nieuwe regime een aanbestedingsplicht gaat gelden.



Werkingsfeer

De werkingssfeer van de Verordening dekt niet geheel de werkingssfeer van de Wp 2000. De Wp 2000 geldt zowel voor openbaar vervoer over wegen, rails en geleidesystemen als voor besloten busvervoer, taxivervoer en bepaalde veerdiensten. Openbaar vervoer per bus of trein zonder concessie is op grond van de Wp 2000 verboden. Het openbaar vervoer is daarmee in Nederland (anders dan bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk) een gereguleerde sector. De werkingssfeer van de Verordening is beperkter. Zij geldt alleen voor openbaar personenvervoer over wegen en rails. De Nederlandse wetgever kan er echter voor kiezen om haar ook toe te passen op veerdiensten over binnenwateren of nationale zeewateren.

Aanbestedingsplicht

Op grond van de Wp 2000 geldt vooralsnog alleen een aanbestedingsplicht voor streekvervoer en voor stadsvervoer buiten de zogenaamde G-4 (Amsterdam, Den Haag, Rotterdam en Utrecht). De invoering van een aanbestedingsplicht voor de gemeenten Amsterdam, Den Haag en Rotterdam lijkt door het kabinet vanwege de motie Roefs te worden uitgesteld. Dat neemt niet weg dat de voor deze steden bevoegde regionale autoriteiten bij het gunnen van concessies rekening moeten houden met de uit het EG-recht voortvloeiende beginselen van transparantie en gelijke behandeling. Op grond van deze beginselen zullen de autoriteiten aan het voornemen tot gunning van een concessie een passende bekendmaking moeten laten voorafgaan. Dit is alleen anders wanneer sprake is van een regeling in de Wp 2000 voor "interne exploitatie", als bedoeld in artikel 5 lid 2 van de Verordening of wanneer het overgangsregime van artikel 8 lid 3 van de Verordening van toepassing is. Voor interne exploitatie is onder andere vereist dat deze autoriteiten over de vervoerder zeggenschap kunnen uitoefenen als ware het een eigen dienst en dat de vervoerder geen openbaar vervoer buiten het grondgebied van de bevoegde autoriteit verricht. Stadsregio Rotterdam lijkt met een brief van 31 oktober 2007 voor interne exploitatie via RET te kiezen. Het Stadsgebied Haaglanden heeft zich hierover nog niet uitgelaten.

Compensatie

In verband met het staatssteunverbod moet de door de bevoegde autoriteiten geboden compensatie voor het openbaar vervoer zodanig worden berekend dat overcompensatie wordt voorkomen. De Verordening bevat op dit gebied een uitwerking van het Altmark arrest van het Hof van Justitie van de EG (arrest van 24 juli 2003 in zaak C-280/00). Wanneer aan de voorwaarden voor compensatie van de Verordening wordt voldaan, dan hoeft de compensatie niet aan de Europese Commissie te worden gemeld.

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

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.

