

22 Kans op wind: de spelregels bij tenders voor windparken op zee

MR. IR. M.B. KLIJN, MR. DR. P. HEIJNSBROEK EN MR. DR. M.A.M. DIEPERINK

Volgens de huidige plannen van de Nederlandse regering zal in het laatste kwartaal van 2015 een tender voor windparken op zee openen. Aan de winnaar van deze tender zal de minister van Economische Zaken (EZ) twee aanspraken verlenen: een exploitatiesubsidie en een windvergunning. In de eerste plaats wordt in dit artikel onderzocht in hoeverre deze tender, gelet op de daarin toe te kennen aanspraken, valt binnen het toepassingsbereik van het aanbestedingsrecht en welke spelregels daaruit voortvloeien. In het bijzonder staat de vraag centraal of de tender resulteert in het sluiten van een concessieovereenkomst voor openbare werken. Ten tweede komt aan de orde of de winnaar van de tender wellicht een aanbestedingsplicht heeft vanwege de vergunning en exploitatiesubsidie die ter zake van het windpark worden toegekend.

Voor een goed begrip van de spelregels bij de tenders voor windparken op zee is enige achtergrondkennis noodzakelijk. Om die reden komt eerst de achtergrond van de aankomende tenders aan de orde (§ 1), voordat wordt ingegaan op de aanbestedingsrechtelijke aspecten van die tenders (§ 2) en de mogelijke aanbestedingsplicht van de winnaar van de tender (§ 3).

Dit artikel behandelt strikt genomen enkel tenders voor windparken op zee. De overheid hanteert een vergelijkbare marktgerichte benadering bij het verlenen van exclusieve rechten in vele andere sectoren, zoals bij frequenties, openbaar vervoer en reclameruimte. Om deze reden kan onderhavig artikel ook voor dergelijke sectoren in belangrijke mate relevant zijn.

1. Achtergrond

1.1 Achtergrond van de tender

De Richtlijn Hernieuwbare Energie¹ verplicht de Nederlandse Staat ervoor te zorgen dat in 2020 14 procent van het energieverbruik duurzaam wordt opgewekt.² In het Energieakkoord uit september 2013 is overeengekomen

dat hiertoe onder meer grote windparken op zee moeten worden gebouwd.³ Volgens dat akkoord moet het operationele windvermogen op zee in 2023 4450 MW bedragen. Momenteel is 228 MW gerealiseerd en 729 MW in aanbouw. De afspraken in het Energieakkoord impliceren dus dat tot en met 2023 nieuwe windparken met een totaal operationeel vermogen van circa 3450 MW worden bijgebouwd. Dat is een enorme opgave, waarmee investeringen ter grootte van vele miljarden zullen zijn gemoed.

Wat betreft de wijze van realisatie van deze windparken op zee geeft het Energieakkoord aan dat “een gefaseerde aanbesteding vanaf 2015 in oplopende stappen” zal plaatsvinden.⁴ In een beleidsbrief van 26 september 2014 hebben de ministers van EZ en Infrastructuur en Milieu aangegeven dat in de jaren 2015-2019 vijf tenders zullen worden georganiseerd.⁵ De voor 2015 aangekondigde tender is dus de eerste van vijf. In elke tender worden twee windparken met elk een capaciteit van 350 MW onder marktpartijen verdeeld. Uitgaande van een bouwtijd van maximaal vier jaar dient dit te resulteren in een opgesteld vermogen van circa 4450 MW in 2023.

1 Voluit: Richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG.

2 Zie bijlage 1 bij Richtlijn 2009/28/EG.

3 Zie: www.energieakkoordser.nl en Kamerstukken II 2013/14, 30196, nr. 202.

4 Energieakkoord p. 70 - 73.

5 Kamerstukken II 2014/15, 33561, nr. 11.

De tenders worden gebaseerd op regelgeving van ruimtelijke, subsidierechtelijke en energierechtelijke aard. De ruimtelijke regelgeving wordt neergelegd in een nieuwe wet, de Wet windenergie op zee (hierna ook: ‘Wet WoZ’); zie ook hierna § 1.2.2. Het wetsvoorstel daarvoor is op 16 oktober 2014 aan de Tweede Kamer aangeboden (hierna: het wetsvoorstel).⁶ Op 25 maart 2015 heeft de Tweede Kamer groen licht gegeven voor het wetsvoorstel. In de Wet WoZ zal de hierboven genoemde windvergunning worden geregeld. De subsidierechtelijke regelgeving waarop de aankomende tender wordt gebaseerd, betreft het (reeds sinds 2008 geldende) Besluit stimulering duurzame energieproductie (Besluit SDE). Ten behoeve van de aangekondigde tender zal een nieuwe ministeriële regeling worden vastgesteld, die wordt gebaseerd op het Besluit SDE. De SDE-subsidie komt in § 1.2.3 aan de orde. De regelgeving van energierechtelijke aard ziet op de aanleg van het zogenoemde net op zee. Deze regelgeving is voor de centrale vraagstelling van dit artikel niet van belang en blijft daarom hier buiten beschouwing.⁷

1.2. Windvergunning, exploitatiesubsidie en tenderprocedure

1.2.1. Algemeen

Als resultaat van de aangekondigde tender zal de minister van EZ aan de winnaar een windvergunning (§ 1.2.2) en een exploitatiesubsidie (§ 1.2.3) toekennen. Dit betreffen twee afzonderlijke besluiten. De verlening van de windvergunning zal evenwel de subsidieverlening volgen. Eerst wordt vastgesteld welke marktpartij de exploitatiesubsidie verkrijgt. Dit wordt bepaald op basis van de tenderbedragen genoemd in de (ontvankelijke) subsidieaanvragen. De marktpartij die tegen het laagste tenderbedrag het windpark kan bouwen en exploiteren, wint de tender. Deze marktpartij ontvangt ook de windvergunning, met dien verstande dat hij daarvoor – naast de subsidieaanvraag – een afzonderlijke vergunningaanvraag zal moeten indienen. De wijze waarop deze marktpartij wordt geselecteerd, komt, in § 1.2.4 aan de orde. De toetsingskaders van de subsidie- en vergunningaanvraag worden in § 2.2.2 nader behandeld.

1.2.2. Windvergunning

De windvergunning zal worden geregeld in de Wet WoZ (artikel 12 e.v. van het Wetsvoorstel).⁸ Een windvergunning verschaft aan de houder daarvan het exclusieve recht

om op een specifiek kavel in de Noordzee een windpark te bouwen en exploiteren. Voorts zal de windvergunning regelen dat het windpark aan het eind van de exploitatieperiode moet worden verwijderd.

De begrenzing van en regels voor een kavel waarop een windpark kan worden gebouwd en geëxploiteerd, worden opgenomen in een zogenoemd kavelbesluit (art. 3 e.v. van het Wetsvoorstel). Een kavelbesluit lijkt op een bestemmingsplan: in een kavelbesluit wordt geregeld onder welke voorwaarden op de betrokken locatie een windpark kan worden gerealiseerd. Zo kunnen daarin regels worden opgenomen omtrent de belangen en rechten van andere gebruikers van de Noordzee en over de wijze waarop bij de bouw en exploitatie rekening moet worden gehouden met de natuur- en milieueffecten (art. 4 lid 1 onder a tot en met d van het Wetsvoorstel). In een kavelbesluit wordt ook geregeld voor welke duur een windpark kan worden gebouwd en geëxploiteerd, met een maximum van dertig jaar (art. 4 lid 1 onder f jo. art. 15 lid 2 van het Wetsvoorstel). In een kavelbesluit zal voorts een minimale en maximale maatvoering voor het windpark en de individuele windturbines worden bepaald. Daarmee wordt beoogd dat het samenstel van het kavelbesluit en de windvergunning niet slechts één parkopstelling en turbinetype mogelijk maakt, maar aan een ontwikkelaar op die aspecten een grote keuzevrijheid laat.

Voorts kan het kavelbesluit verplichten tot het stellen van financiële zekerheid voor de krachtens het kavelbesluit en de vergunning geldende verplichtingen (artikel 4 lid 1 onder g jo. artikel 28 van het Wetsvoorstel). Wat die verplichtingen zijn, is op grond van het wetsvoorstel niet duidelijk. Aangenomen mag worden dat de windvergunning de vergunninghouder ten minste zal verplichten tot het verwijderen van het windpark, na ommekomst van de exploitatieperiode.⁹ Het wetsvoorstel lijkt voorts ervan uit te gaan dat ook voor andere activiteiten een uiterste realisatiedatum wordt bepaald. Artikel 15 aanhef en lid 1 onder c van het Wetsvoorstel regelt immers:

“In een vergunning wordt bepaald binnen welke tijdvakken nadat de vergunning onherroepelijk is geworden, de in de vergunning aangegeven activiteiten dienen te worden verricht.”

Wat betreft de ‘aangegeven activiteiten’ zou kunnen worden gedacht aan de startdatum voor de bouw, de startdatum voor de heiwerkzaamheden, de startdatum voor de exploitatie, et cetera.

Met de verlening van de windvergunning wordt aan de winnaar van de tender een exclusief recht verschaft om het kavel te bebouwen en exploiteren. Het wetsvoorstel regelt daartoe niet alleen dat het verboden is om zonder vergunning een windpark te bouwen en exploiteren (art.

⁶ Kamerstukken II 2014/15, 34058, nr. 1.

⁷ Zie omtrent de regulering van het net op zee: M.A.M. Dieperink, ‘Betere investeringskansen voor windenergie op zee? (I)’, Een analyse van de nieuwe Wet windenergie op zee, TBR 2015, p. 86 – 94, § 4.3 en de Kamerbrief van de minister van EZ d.d. 23 maart 2015 over de kosten van windenergie op zee. Ten tijde van het afronden van dit artikel was deze Kamerbrief nog niet als Kamerstuk gepubliceerd.

⁸ Zie omtrent het wetsvoorstel ook: J.C.W. Gazendam, ‘Weer een frisse bries voor windenergie op zee’, Nederlands Tijdschrift voor Energierecht 2014, p. 192-198, E.M.N. Noordover en A. Drahmman, ‘Tailormade regelgeving voor windturbineparken op de Noordzee’, TO 2014, p. 110-124 en G.C.W. van der Feltz, ‘Wet windenergie op zee’, Milieu & Recht 2015/16.

⁹ Vgl. Kamerstukken II 2014/15, 34 058, nr. 3, p. 46.

12 Wetsvoorstel), maar ook dat voor één kavel slechts één vergunning kan worden verleend (artikel 13 onder b Wetsvoorstel). Hiernaast is gewaarborgd dat buiten de krachtens kavelbesluiten aangewezen kavels geen windparken mogen worden gebouwd (artikel 13 onder a Wetsvoorstel) en dat de regels van een kavelbesluit eenieder binden (artikel 4 lid 4 Wetsvoorstel).

1.2.3. Exploitatiesubsidie

De exploitatiesubsidie voor de windparken zal worden gebaseerd op het Besluit SDE en een daarop gebaseerde ministeriële regeling. Met de toekenning van de SDE-subsidie verkrijgt de winnaar van de tender gedurende de eerste vijftien jaar van de exploitatie een subsidieaanspraak. De subsidie-inkomsten vangen dan ook pas aan, in de vorm van een voorschot, vanaf het moment dat het windpark wordt geëxploiteerd. Dit brengt met zich dat de winnaar van de tender de investeringskosten van het windpark niet uit de subsidie kan betalen. Daarvoor zal naar verwachting externe financiering zijn vereist. Bij het verkrijgen van die financiering spelen de in het vooruitzicht gestelde inkomsten uit de subsidieverhouding met de minister van EZ een essentiële rol, naast de inkomsten uit de elektriciteitsverkoop. De onzekerheid die bestaat omtrent de hoogte van deze laatste, toekomstige inkomsten wordt – tot op zekere hoogte¹⁰ – opgeheven door de subsidieverlening. De exploitatiesubsidie betreft namelijk het verschil tussen de (relatief hoge) vooraf opgegeven productiekosten van elektriciteit door windparken op zee en de marktprijs van elektriciteit.

De elektriciteitsproductiekosten worden gedurende de subsidieduur van vijftien jaar gefixeerd op het bedrag op grond waarvan de subsidieontvanger de tender heeft gewonnen (artikel 21 lid 1 Besluit SDE); zie hierna § 1.2.4.

Krachtens het Besluit SDE is de winnaar van de tender, in zijn hoedanigheid van subsidieontvanger, verplicht om het windpark in gebruik te nemen binnen een nader in de ministeriële regeling te bepalen termijn (artikel 61 lid 1 Besluit SDE). In het Energieakkoord is afgesproken dat windparken op zee binnen vier jaar in gebruik moeten worden genomen. Verder regelt het Besluit SDE dat het windpark moet worden gebouwd en geëxploiteerd volgens het projectplan dat de winnaar van de tender heeft moeten indienen bij zijn subsidieaanvraag (artikel 62 lid 1 Besluit SDE).¹¹ Het niet nakomen van deze aan de subsidie verbonden verplichtingen kan onder meer worden gehandhaafd door het intrekken of wijzigen van de sub-

sidieverlening (op grond van artikel 4:48 Algemene wet bestuursrecht (Awb)).

Naar verwachting zal aan de subsidieverlening de voorwaarde worden verbonden dat de winnaar van de tender binnen een aantal weken na de subsidieverlening een zogenoemde uitvoeringsovereenkomst met de Staat sluit, bij gebreke waarvan de subsidieverlening geen rechtskracht verkrijgt (artikel 61 lid 3 Besluit SDE). Deze uitvoeringsovereenkomst is een overeenkomst in de zin van artikel 4:36 Awb. De precieze inhoud van de uitvoeringsovereenkomst voor windparken op zee is op dit moment nog niet duidelijk. Ter illustratie wordt gewezen op de onder huidig recht gehanteerde modeluitvoeringsovereenkomst voor SDE-subsidies met een maximale uitkering van € 400.000.000 (artikel 2 lid 5 van de Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie 2014; hierna: Aanwijzingsregeling).¹² Krachtens deze modeluitvoeringsovereenkomst verplicht de subsidieontvanger zich daarin contractueel tot het tijdig realiseren van het gesubsidieerde project.¹³ Op het niet nakomen van die verplichting staat een contractuele boete.¹⁴ Voorts kan de overheid nakoming vorderen.

1.2.4. Tenderprocedure

In de aankomende tenderprocedure zal de exploitatiesubsidie, en daarmee in beginsel ook de windvergunning, worden toegewezen aan de marktpartij die tegen de laagste kosten door middel van een windpark op zee elektriciteit kan produceren. Daartoe dient de marktpartij op het subsidieaanvraagformulier een tenderbedrag per kWh op te geven (artikel 19 lid 1 Besluit SDE).

De ontvangen aanvragen moeten voldoen aan het Besluit SDE en de Wet WoZ, en aan de daarop gebaseerde ministeriële regelingen. Zowel het Besluit SDE als de Wet WoZ zal bepalen dat in een ministeriële regeling nadere regels kunnen worden gesteld aan de aanvraag voor een SDE-subsidie, respectievelijk een windvergunning. Zo zal daarin worden bepaald dat de aanvragen voor een bepaalde datum moeten worden ingediend. Te laat ingediende aanvragen kunnen vervolgens buiten behandeling worden gesteld. De eis dat een SDE-subsidieaanvraag moet voldoen aan de SDE-regelgeving brengt voorts met zich dat daaraan geen voorwaarden kunnen worden verbonden. Aanvraag-

10 Voor de marktprijs van elektriciteit wordt een ondergrens bepaald. De subsidie bedraagt maximaal het verschil tussen de vooraf opgegeven productiekosten en deze ondergrens. Als de daadwerkelijke marktprijs beneden de ondergrens duikt, dan komt het verschil daartussen voor rekening van de ontwikkelaar/exploitant. Zie hieromtrent art. 20 en 24 Besluit SDE.

11 Art. 62 lid 3 Besluit SDE regelt de ontheffingsbevoegdheid om van het projectplan af te wijken, in geval van het vertragen, essentieel wijzigen of stopzetten van de bouw of exploitatie.

12 In de aankomende tender voor windparken op zee zal een dergelijke maximale subsidie-uitkering zeker worden gehaald.

13 Zie bijlage I van de Aanwijzingsregeling. Art. 1 van de modelovereenkomst luidt: "De Ondernemer verplicht zich jegens de Staat de productie-installatie tijdig in gebruik te nemen en wel binnen de in art. 61 van het Besluit stimulering duurzame energieproductie bedoelde periode of, indien op grond van art. 62, derde lid, van het Besluit stimulering duurzame energieproductie een ontheffing is verleend, binnen de in de ontheffing opgenomen periode."

14 De modelovereenkomst regelt dat tot zekerheid voor de nakoming van de realisatieverplichting en de eventueel verschuldigde boete een bankgarantie moet worden gesteld. De hoogte van die bankgarantie bedraagt 2% van de maximale subsidie.

formulieren voor SDE-subsidie bieden daarvoor immers niet de mogelijkheid. Ten aanzien van de ontvangen aanvragen wordt eerst beoordeeld of zij volledig zijn.¹⁵ Vervolgens worden de SDE-subsidie en de windvergunningaanvraag getoetst op haalbaarheid (zie § 2.2.2).¹⁶

De aanvragen die vervolgens overblijven, worden gerangschikt op basis van het opgegeven tenderbedrag, waarbij de aanvraag met het laagste bedrag het hoogste in de rangschikking wordt geplaatst (artikel 60 lid 1 onder a Besluit SDE). Vervolgens wordt het beschikbare subsidiebedrag – het subsidieplafond in de zin van art. 4:25 Awb – op volgorde van de rangschikking van de aanvragen verdeeld. Dit houdt bij de thans aangekondigde tenders feitelijk in dat alleen de aanvrager met het goedkoopste windpark subsidie verkrijgt. Indien aanvragen gelijk worden gerangschikt, zal door middel van een loting worden bepaald welke partij de tender wint (artikel 60 lid 4 Besluit SDE).

2. Hoe moet de overheid de aanleg van windparken aanbesteden?

In deze paragraaf wordt antwoord gegeven op de vraag aan welke regels de minister van EZ bij de tenders is gehouden. De mogelijke aanbestedingsverplichtingen voor de winnaar van de tender komen in § 3 aan bod.

2.1. Concessieovereenkomst voor werken?

De Aanbestedingswet 2012 zou van toepassing zijn op de tender voor de windparken indien de minister na het doorlopen van de tender een concessieovereenkomst voor werken met de winnaar sluit. Wij gaan er daarbij van uit dat de Aanbestedingswet 2012 geldt in de exclusieve economische zone waarin de windparken worden gebouwd, althans dat de in de Aanbestedingswet 2012 geïmplementeerde regels uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen in die zone van toepassing zijn.¹⁷

De verlener van een concessieovereenkomst voor werken

dient zich te houden aan de voorschriften voor gunning van een dergelijke concessie uit de Aanbestedingswet 2012, alsook aan de daarin opgenomen beginselen.¹⁸ Dit zou betekenen dat de minister van EZ dan niet alleen bepaalde procedurele regels moet naleven (zoals publicatie van de tender in het Europese Publicatieblad), ook moet hij inhoudelijk waarborgen dat de tender voldoet aan de Aanbestedingswet 2012, zoals de proportionaliteit van de gestelde eisen. Dit regime zal nader worden ingekleurd door de implementatie van de nieuwe Concessierichtlijn.¹⁹ Op de toetsing van de tender aan de beginselen van gelijkheid en transparantie wordt hierna in § 2.2 ingegaan.

Op basis van de definities van een concessieovereenkomst en een overheidsopdracht voor werken uit de Aanbestedingswet 2012, alsook op basis van de daarop gebaseerde jurisprudentie, moet worden aangenomen dat sprake is van een concessieovereenkomst voor werken indien:²⁰

- a. een aanbestedende dienst;
- b. en een aannemer;
- c. een schriftelijke overeenkomst sluiten;
- d. onder bezwarende titel;
 - (i) bestaande uit het verlenen van een exploitatierecht voor bepaalde tijd aan de aannemer;
 - (ii) waarbij de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico voor ten minste een aanzienlijk deel overdraagt op de aannemer;
- e. inhoudende een verplichting voor de aannemer tot het uitvoeren van werken (bouwplicht);
- f. in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst;
- g. waarbij het uitvoeren van werken bestaat uit het (ontwerpen en) uitvoeren van:
 - (i) werkzaamheden uit bijlage 1; of
 - (ii) een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst.

Dit zijn cumulatieve criteria, zodat aan al deze criteria moet zijn voldaan wil sprake zijn van een concessieovereenkomst voor werken. Daarbij moet evenwel worden opgemerkt dat het Europese Hof van Justitie (Hof) een functionele benadering hanteert, waarbij kwalificaties naar nationaal recht niet doorslaggevend zijn en kunstmatige omzeilingsconstructies niet zullen slagen.²¹

In het navolgende wordt per criterium bezien of daaraan wordt voldaan bij de aangekondigde tenders voor windparken.

15 Art. 4:5 Awb regelt onder welke omstandigheden een aanvraag buiten behandeling kan worden gesteld.

16 Art. 14 Wetsvoorstel WoZ en art. 59 Besluit SDE volgens Stb. 2015, 47. Op de datum van het gereedkomen van dit artikel was de datum van inwerkingtreding van art. 59 Besluit SDE nog niet in het Staatsblad gepubliceerd.

17 Op grond van art. 60 van het VN-zeerechtverdrag (Trb. 1984, 55) bezit Nederland uitsluitende rechtsmacht over de windparken die gelegen zijn in de exclusieve economische zone (EEZ); zie ook de Rijkswet instelling exclusieve economische zone. Het lijkt aannemelijk dat de werkingssfeer van de Europese aanbestedingsrichtlijnen zich ook uitstrekt tot de EEZ; vgl. HvJ EG 20 oktober 2005, zaak C-6/04 over de Habitatrichtlijn. In die zin ook: C. Kaiser en C.B. Plantiko, 'Offshore Public Procurement in the European Union – A General Overview and Specific Details on the Exploration and Exploitation of Natural Resources', (2014) 23 PPLR, nr. 6, p. 266-272. De Nederlandse wetgever lijkt evenwel als uitgangspunt te nemen dat voor toepassing van een Nederlandse wet in de EEZ een expliciete wettelijke basis nodig is; zie bijvoorbeeld de wet 'Wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en faunawet in verband met uitbreiding van de werkingssfeer van beide wetten naar de exclusieve economische zone'.

18 Art. 2.151 t/m 2.153 resp. 1.5 t/m 1.10 Aanbestedingswet 2012.

19 Richtlijn 2014/23/EU.

20 Zie P. Heijnsbroek, Grond voor gelijkheid (diss. Utrecht), Den Haag: IBR 2013, p. 223 e.v.

21 Zie bijv. HvJ EG 10 november 2005, zaak C-29/04 (Mödling) en HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (KölnMesse).

2.1.1. Aanbestedende dienst, aannemer en schriftelijke overeenkomst

Aan de eerste twee criteria (aanbestedende dienst en aannemer) wordt eenvoudig voldaan.²² Naar alle waarschijnlijkheid zal met de winnaar van de tender een uitvoeringsovereenkomst worden gesloten (zie § 2.2.3), in welk geval evident sprake is van een schriftelijke overeenkomst.²³

2.1.2. Exploitatieright en exploitatierisico

Het verschil tussen een concessieovereenkomst en een overheidsopdracht voor werken is dat bij een concessieovereenkomst de tegenprestatie van de aanbestedende dienst ('bezwarende titel') eruit bestaat dat deze een exploitatieright aan de aannemer verleent (eventueel in combinatie met een betaling). De concessiehouder krijgt zo de kans om zelf zijn kosten terug te verdienen en wellicht ook winst te maken.²⁴ Met het verlenen van het exploitatieright moet ook ten minste een aanzienlijk deel van de exploitatierisico's overgaan naar de concessiehouder.²⁵ Dit houdt in dat de concessiehouder het risico draagt van blootstelling aan de grillen van de markt.²⁶ In de nieuwe Concessierichtlijn is dat verduidelijkt: het vereiste exploitatierisico doet zich voor wanneer er onder normale exploitatieomstandigheden geen garantie bestaat dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend.²⁷

Met de windvergunning verkrijgt de winnaar van de tender een dergelijk exploitatieright: op grond van die vergunning mag hij namelijk gedurende een bepaalde periode²⁸ de kosten van de aanleg van het windpark proberen terug te verdienen met de exploitatie daarvan. Het ligt voor de hand dat de winnaar van de tender gedurende die periode bovendien de exploitatierisico's draagt. Voor het terugverdienen van de

kosten van de aanleg van het windpark is hij afhankelijk van de verkoop van de opgewekte elektriciteit. Pas als hij daadwerkelijk elektriciteit opwekt en kan verkopen, kan hij inkomsten verkrijgen van de markt en aanspraak maken op (een voorschot op) de subsidie. Bovendien loopt de winnaar risico als de marktprijs voor elektriciteit onder de vastgestelde ondergrens uitkomt; de subsidie omvat dan niet langer het volledige verschil tussen de marktprijs en productiekosten.²⁹ Gelet hierop, moet worden aangenomen dat aan dit criterium wordt voldaan.³⁰

2.1.3. Bouwplicht

Het Hof heeft overwogen dat het begrip 'overeenkomst onder bezwarende titel' ervan uitgaat dat de aannemer zich voor een tegenprestatie verbindt tot de bij overeenkomst omschreven prestatie. Dit houdt in dat de aannemer jegens de aanbestedende dienst verplicht is de betrokken werken uit te (laten) voeren en dat deze uitvoering in rechte moet kunnen worden gevorderd.³¹ Aangezien een concessieovereenkomst voor werken eveneens geacht moet worden een 'overeenkomst onder bezwarende titel' te zijn, geldt ook dan het vereiste van een bouwplicht.³²

De minister zal vermoedelijk een uitvoeringsovereenkomst sluiten met de winnaar van de tender.³³ Afgaande op de huidige model-uitvoeringsovereenkomst voor grote SDE-subsidies is het waarschijnlijk dat daarin een bouwplicht zal worden opgenomen, waarna de minister de mogelijkheid verkrijgt deze langs privaatrechtelijke weg af te dwingen.³⁴

Maar ook als geen uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten zou een bouwplicht aanwezig kunnen zijn. Artikel 15 van het Wetsvoorstel noopt de verlener van de windvergunning namelijk om in die vergunning op te nemen binnen welke tijdvakken de aangegeven activiteiten dienen te worden verricht, zie § 1.2.2. Dit lijkt een grondslag te bieden om in de vergunning op te nemen dat de vergunninghouder voor een bepaalde datum het windpark moet aanleggen. Een dergelijk voorschrift – en daarmee de aanleg – zou bestuursrechtelijk kunnen worden gehandhaafd, bijvoorbeeld door opleggen van een last onder dwangsom. In dat geval moet worden aangenomen dat (ook) de vergunning een bouwplicht bevat.

2.1.4. Rechtstreeks economisch belang

Volgens het Hof moet bij een overheidsopdracht voor werken de prestatie van de aannemer (d.w.z. het uitvoeren van de werken) wegens de aard ervan alsook

22 De aannemer hoeft niet zelf de werkzaamheden uit te voeren, maar mag daar ook derden voor inschakelen; zie HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (Scala), r.o. 90.

23 Ook zonder uitvoeringsovereenkomst kan op grond van een functionele uitleg alsnog sprake zijn van een 'schriftelijke overeenkomst'. Hiervoor dient in feite sprake te zijn van een meerzijdige rechtshandeling tussen twee onderscheiden rechtspersonen. Kent de overheid slechts eenzijdig rechten toe, dan wordt aan dit criterium niet voldaan; HvJ EG 19 april 2007, zaak C-295/05 (Asemfo) en HvJ EG 18 december 2007, zaak C-220/06 (Correos).

24 Zie hierover onder meer S. van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, (diss. Universiteit van Antwerpen), Brugge: Die Keure 2007, p. 547.

25 Zie HvJ EG 13 november 2008, zaak C-437/07 (L'Aquila), r.o. 29-31; HvJ EG 10 september 2009, zaak C-206/08 (Eurawasser); HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (Müller).

26 Zie HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-274/09 (Stadler), r.o. 37.

27 Art. 5 lid 1, laatste alinea Richtlijn 2014/23/EU.

28 Zie hierboven § 2.2.2. Deze beperking in looptijd sluit aan bij de huidige jurisprudentie; zie onder meer de conclusie van de A-G van 16 september 2010, zaak C-306/08 (Commissie/Spanje), para. 97; HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-323/03 (Spaanse veerdiensten), r.o. 37, 41 en 48; HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08 (Engelmann), r.o. 47-48. Onder de nieuwe Concessierichtlijn moet de looptijd in ieder geval beperkt zijn tot een redelijke terugverdienperiode; zie art. 18 Richtlijn 2014/23/EU.

29 Zie voetnoot 10.

30 Alsdan kan geen sprake zijn van een overheidsopdracht voor werken, zodat dat type opdracht hier verder buiten beschouwing blijft.

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

32 Zie V.z. Rb. Arnhem 10 november 2010, LJN BO4451 (P1/Ede II), r.o. 4.11 en overweging 12 en 14 Richtlijn 2014/23/EU.

33 Zie art. 4:36 Awb.

34 Zie voetnoot 13.

de systematiek en de doelstellingen van Richtlijn 2004/18, voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhouden.³⁵ Gezien de gelijkenis van een concessieovereenkomst met een overheidsopdracht voor werken, ligt voor de hand dat ook bij een concessieovereenkomst een rechtstreeks economisch belang is vereist. Dit lijkt te worden bevestigd in de nieuwe Concessierichtlijn, waarin in de overwegingen is opgenomen dat een concessie niet noodzakelijkerwijs een overdracht van eigendom aan de aanbestedende diensten behoeft in te houden, maar dat de aanbestedende dienst in elk geval de voordelen van de betrokken werken of diensten verkrijgt.³⁶

Een rechtstreeks economisch belang lijkt volgens het Hof aanwezig te zijn als door de uitvoering van de werken de aanbestedende dienst voldoet aan een verplichting die hij jegens een derde heeft.³⁷ Die situatie doet zich hier voor: met de aanleg van een windpark voldoet de minister, althans de rijksoverheid, (steeds meer) aan diens verplichtingen op grond van de Richtlijn hernieuwbare energie.³⁸ De jurisprudentie is op dit punt echter nog veel te schaars om over de aanwezigheid van een rechtstreeks economisch belang bij windparken zekerheid te kunnen bieden.

2.1.5. Uitvoeren van werken

Het laatste criterium bestaat eruit dat de overeenkomst moet zien op de uitvoering van werken. Dat kan kort gezegd bestaan uit het uitvoeren van afzonderlijke werkzaamheden (uit bijlage 1 bij Richtlijn 2004/18/EG) of uit het uitvoeren van een ‘werk’. Bij de windparken zal het om dit laatste gaan, aangezien de winnaar het gehele windpark moet ontwerpen en bouwen. Aan het criterium is naar alle waarschijnlijkheid evenwel pas voldaan als het werk conform de eisen van de aanbestedende dienst moet worden uitgevoerd.³⁹ Volgens het Hof is van het stellen van dergelijke eisen sprake wanneer de aanbestedende dienst maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen.⁴⁰ In de nieuwe Concessierichtlijn is dit gecodificeerd als een beslissende invloed op het soort werk of op het ontwerp van het werk.⁴¹

Eisen aan het te bouwen windpark lijken met name in het kavelbesluit te kunnen worden gesteld (zie hierboven § 1.2.2).⁴² Het wetsvoorstel schrijft geen concrete eisen voor

die in het kavelbesluit moeten worden opgenomen, maar biedt wel ruimte tot het stellen van dergelijke eisen, zoals de maatvoering van het windpark en de windturbines, de ruimte tussen de windturbines en het vermogen.⁴³ Indien de minister van EZ terughoudend is met het stellen van eisen in het kavelbesluit en bijvoorbeeld ruime bandbreedtes hanteert, zal niet snel sprake zijn van ‘eisen van de aanbestedende dienst’ en derhalve van een concessieovereenkomst voor werken. Voor de kavels Borssele I en II – die worden verdeeld in de eerste van de vijf aangekondigde tenders – worden dergelijke ruime bandbreedtes beoogd,⁴⁴ zodat hoogstwaarschijnlijk geen sprake zal zijn van ‘eisen van de aanbestedende dienst’.

2.1.6. Tussenconclusie concessieovereenkomst

Indien de minister met de winnaar van de tender een concessieovereenkomst voor werken zou sluiten, gelden voor de tender aanbestedingsverplichtingen uit hoofde van de Aanbestedingswet 2012. Dat een concessieovereenkomst aan de orde zal zijn, lijkt op voorhand echter zeer twijfelachtig. Hoewel waarschijnlijk een bouwplicht en mogelijk een rechtstreeks economische belang aanwezig zullen zijn, ziet het ernaar uit dat de gestelde eisen zo algemeen zullen zijn dat deze niet kwalificeren als eisen van de aanbestedende dienst. Aangezien dat een van de cumulatieve criteria van een concessieovereenkomst voor werken is, kan dan geen sprake meer zijn van een dergelijke concessieovereenkomst.⁴⁵

Deze beoordeling hangt evenwel af van de concrete opzet van de tender en de daaruit voortvloeiende afspraken. De minister heeft daarbij de ruimte om bewust ervoor te kiezen buiten de reikwijdte van de concessieovereenkomst voor werken te blijven, bijvoorbeeld door geen bouwplicht op te nemen en/of slechts zeer globale eisen te stellen. Kiest de minister voor meer grip op de bouw en exploitatie van het windpark, dan kan het goed zijn dat hij daarmee verplichtingen uit de Aanbestedingswet 2012 ‘binnenhaalt’. Hoe dan ook verdient het sterke aanbeveling dat de minister op dit punt een bewuste keuze maakt (wel of geen vormgeving als concessieovereenkomst) en deze keuze bij het begin van de tender meedeelt.

2.2. Transparantieverplichting

Indien geen sprake is van een concessieovereenkomst dan hoeft dat nog niet te betekenen dat de overheid bij het verlenen van een vergunning of een subsidie het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting

35 Zie HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (Müller), r.o. 49.

36 Overweging 11 Richtlijn 2014/23/EU.

37 Vgl. HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08 (Commissie/Duitsland), r.o. 75-78.

38 Art. 3 Richtlijn 2009/28/EG.

39 HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (KölnMesse), r.o. 55.

40 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (Müller), r.o. 67; HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-213/13 (Impresa Pizzarotti), r.o. 44-47.

41 Art. 5 lid 7 Richtlijn 2014/23/EU.

42 Daarnaast zullen naar verwachting enkele eisen worden opgenomen in de nieuwe paragraaf voor windparken in het Waterbesluit. In de ter consultatie voorgelegde versie betreft het evenwel algemene eisen; zie www.internetconsultatie.nl/besluit_algemene_regels_windparkenop-zee. De eis dat de winnaar het windpark moet bouwen en exploiteren

conform zijn eigen projectplan (zie hierboven § 1.2.3), levert naar alle waarschijnlijkheid geen beslissende invloed van de aanbestedende dienst op.

43 Zie M.A.M. Dieperink, ‘Betere investeringskansen voor windenergie op zee? (I)’, TBR 2015/17, § 5.2.

44 Zie <http://english.rvo.nl/sites/default/files/2014/12/Borssele%20Wind%20Farm%20Zone%20-%20Project%20and%20Site%20Description.pdf>, p. 19.

45 Anders: E.M.N. Noordover en A. Drahmann, a.w., p. 121, die kwalificatie als concessie verdedigbaar achten.

niet in acht zou hoeven nemen.⁴⁶ Ook in geval van vergunningverlening kan de verplichting bestaan deze beginselen te eerbiedigen c.q. na te leven. In het Betfair-arrest is bepaald dat de transparantieplichting een dwingende prealabele voorwaarde is 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.⁴⁷

De procedure ter verlening van de windvergunning in samenhang met de exploitatiesubsidie, waarbij per kavel één ondernemer het exclusieve recht verkrijgt een windpark op te richten en te exploiteren, is naar onze mening in dit verband vergelijkbaar met de Betfair-situatie.⁴⁸ Dit betekent dat de overheid bij verlening van de SDE-subsidie en de windvergunning onzes inziens de transparantieplichting na zal moeten leven. Van belang is dat de transparantieplichting niet alleen voortvloeit uit de aanbestedingsrichtlijnen, maar ook uit het non-discriminatieverbod zoals is neergelegd in het VWEU.⁴⁹ Op grond hiervan menen wij dat de gevolgen die het Hof aan toepasselbaarheid van de transparantieplichting ter zake overheidsopdrachten heeft gegeven evenzo van toepassing is bij subsidies en vergunningen als de onderhavige.

Uit de transparantieplichting vloeien verschillende vereisten voort.⁵⁰ Enkele bespreken we hieronder.

2.2.1. Publicatievereiste

Onder meer brengt de transparantieplichting met zich dat omtrent de voorgenomen vergunningverlening aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd zodat de mededinging wordt opengesteld en de gunningsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.⁵¹ Voor economische activiteiten met een grensoverschrijdend belang (welk belang voor de werken waar het hier over gaat aanwezig mag worden geacht) betekent dit dat marktdeelnemers uit andere lidstaten een reële mogelijkheid moeten krijgen om hun

belangstelling voor de betrokken activiteit te uiten.⁵² Aangezien de subsidietender zal plaatsvinden op basis van een ministeriële regeling gebaseerd op het Besluit SDE, zal de openstelling van een kavel, althans de mogelijkheid om een subsidieaanvraag in te dienen, telkens worden gepubliceerd in de Staatscourant.⁵³ Onduidelijk is nog of dit eveneens zal gelden voor de mogelijkheid om een windvergunning aan te vragen. Het lijkt ons in ieder geval raadzaam als ook uitdrukkelijk de vergunningverlening zal worden aangekondigd (bijv. samen met de subsidietender).

Het is hoe dan ook de vraag of een publicatie in de Staatscourant als voldoende passend mag worden geacht. Wij menen dat de Staat er in ieder geval verstandig aan zou doen zekerheidshalve (ook) gebruik te maken van het elektronisch systeem voor aanbestedingen (TenderNed).⁵⁴

2.2.2. Formulering op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze

Uit het Betfair-arrest vloeit voort dat een vergunningverlening dient te zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn, waardoor een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten opdat deze niet op willekeurige wijze wordt gebruikt.⁵⁵

Uit artikel 59 Besluit SDE en artikel 14 lid 1 van het Wetsvoorstel volgt dat een subsidie en een windvergunning slechts kunnen worden verleend indien op grond van de aanvraag voldoende aannemelijk is dat de bouw en exploitatie van het windpark: a. uitvoerbaar is, b. technisch haalbaar is, c. financieel haalbaar is, d. gestart kan worden binnen vier jaar na de datum waarop de vergunning onherroepelijk is geworden, e. economisch haalbaar is binnen het in de vergunning bepaalde tijdvak en f. voldoet aan het kavelbesluit. Deze criteria zijn niet nader uitgewerkt. Artikel 14 lid 2 van het Wetsvoorstel bepaalt dat bij ministeriële regeling regels kunnen worden gesteld met betrekking tot deze beoordelingscriteria, althans voor zover het de verlening van de windvergunning betreft.

Beoordeeld moet worden of de genoemde criteria, in samenhang met de genoemde eventuele ministeriële regeling, voldoende zijn in het licht van de transparantieplichting. Het Hof heeft deze verplichting verduidelijkt in het kader van de voorwaarden en modaliteiten van overheidsaanbestedingen. De vereiste transparantie heeft

46 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (Betfair), r.o. 46. Zie ook: A. Drahmman, 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het Betfair-arrest', NTB 2012/25.

47 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (Betfair), r.o. 47.

48 In het Betfair-arrest ging het over een vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen op grond van de Wet op de kansspelen, welke vergunning aan één rechtspersoon kon worden verleend.

49 A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten – Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht* (diss. Universiteit Leiden), Kluwer 2015, p. 24. Vgl. HvJ EG 13 december 2007, C-250/06 (United Pan-Europe Communications Belgium), r.o. 46 (ter zake vrij verkeer van diensten). Zie over dit onderwerp ook A. Buijze, *The principle of transparency in EU law* (diss. Universiteit Utrecht), beschikbaar via <http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/269787>, p. 199 e.v.

50 Drahmman onderscheidt er negen. Zie noot 49, p. 22 en p. 289 e.v.

51 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (Betfair), r.o. 41. Zie ook HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria), r.o. 62 en HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03 (Parking Brixen), r.o. 49.

52 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (Belgacom), r.o. 31.

53 Vgl. de publicatie van de Regeling windenergie op Zee in Stcrt. 2009, 17851.

54 Vergelijk art. 29 lid 3 Aanbestedingswet 2012 waar voor wat betreft 2B-diensten met een grensoverschrijdend belang met de 'veegwet' van 18 januari 2014 de zinsnede "draagt de aanbestedende dienst zorg voor een passende mate van openbaarheid" is vervangen door "maakt de aanbestedende dienst een aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van de overheidsopdracht bekend op het elektronische systeem voor aanbestedingen".

55 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (Betfair), r.o. 50.

in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. De transparantie impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.⁵⁶ Zoals gezegd achten wij deze uitleg eveneens van toepassing bij vergunningen en subsidies als de onderhavige.

Het is zeer de vraag of het Wetsvoorstel en het Besluit SDE hieraan voldoen. Naar onze mening is het niet goed voorstelbaar dat zonder nadere uitwerking een inschrijver een goed beeld zal hebben bij de wijze waarop de minister bijvoorbeeld de financiële haalbaarheid toetst, welke informatie uit de aanvraag daarvoor van belang is, hoe die wordt beoordeeld en gewogen, et cetera. Hetzelfde geldt voor de overige criteria (met uitzondering van wellicht criterium f. voldoen aan het kavelbesluit). Evenmin lijkt aannemelijk dat de minister op basis van uitsluitend deze summier beschreven criteria vooraf precies weet hoe zij de aanvragen daarop gaat beoordelen en waar de grens tussen afwijzing en verlening exact ligt. In hoeverre moet sprake zijn van ‘proven technology’ (en wat is dat precies)? In hoeverre moet (externe) financiering zijn gecommiteerd? En wanneer is überhaupt iets ‘voldoende aannemelijk’?

Gelet op het voorgaande voldoet het gestelde toetsingskader naar onze mening in de huidige vorm niet aan de vereiste transparantie. De minister zou er daarom goed aan doen de criteria nader uit te werken dusdanig dat hieraan wel wordt voldaan, onder meer door de genoemde ministeriële regeling op basis van de Wet WoZ.

2.2.3. Verbod op wezenlijke wijzigingen

Toepasselijkheid van de transparantieverplichting heeft ook anderszins gevolgen. Zo zal de rechtsverhouding tussen de Staat en de ontwikkelaar en exploitant (die wordt bepaald door de windvergunning, de exploitatiesubsidie en de uitvoeringsovereenkomst) na subsidiegunning en vergunningverlening niet wezenlijk mogen wijzigen. Als een wijziging niet reeds is voorzien ten tijde van de tender (bijv. door middel van een herzieningsclausule),⁵⁷ is een wezenlijke wijziging kort gezegd aan de orde indien de wijziging (1) mogelijk zou hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers of de keuze voor een andere offerte; (2) de opdracht in belangrijke mate uitbreidt; of (3) het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer.⁵⁸

56 HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta), r.o. 111.

57 Vgl. art. 43 Richtlijn 2014/23/EU.

58 HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (Presstext).

Relevant is dat het Besluit SDE bepaalt dat de minister ontheffing kan verlenen voor het ‘essentieel wijzigen’ van de realisatie of exploitatie ten opzichte van het plan zoals ingediend bij de subsidieaanvraag.⁵⁹ Deze bepaling zou op zich onveranderd kunnen blijven, doch een dergelijke ontheffing zal onzes inziens uitsluitend mogen worden verleend mits, na toetsing aan de genoemde drie criteria, geen sprake is van een wezenlijke wijziging. Bijvoorbeeld het toestaan van een latere exploitatiedatum dan aanvankelijk overeengekomen zou heel wel mogelijk als wezenlijk kunnen kwalificeren. Overigens, deze beperkingen aan het toestaan van wijzigingen gelden, uiteraard, evenzeer indien sprake zou zijn van een concessieovereenkomst voor werken. Na implementatie van de Concessierichtlijn⁶⁰ (uiterlijk 18 april 2016) zal daarvoor het toetsingskader gelden zoals neergelegd in artikel 43 van die richtlijn. Voorstelbaar is dat ook indien geen concessieovereenkomst aan de orde is dit kader op grond van het transparantiebeginsel naar analogie zal worden toegepast.⁶¹

3. Moet de winnaar van de tender aanbesteden?

Op grond van de Aanbestedingswet 2012 moeten aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven opdrachten aanbesteden. Als de winnaar van de tender in zijn algemeenheid al een van beide is, dan rust op hem een aanbestedingsplicht. Ook als de winnaar normaliter geen aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf is, kan hij echter aanbestedingsplichtig zijn. In het navolgende worden daar drie mogelijke grondslagen voor onderzocht, te weten de verlening van een uitsluitend recht, de verplichtingen van een concessiehouder en de door een aanbestedende dienst gesubsidieerde opdracht.

3.1. Uitsluitend recht

Behalve aanbestedende diensten en overheidsbedrijven kan onder omstandigheden ook een volledig private onderneming worden aangemerkt als een aanbestedingsplichtig speciale-sectorbedrijf. Dat is het geval als aan die onderneming door een aanbestedende dienst een bijzonder of uitsluitend recht is verleend; de kwalificatie als speciale-sectorbedrijf geldt overigens enkel voor zover die onderneming een relevante activiteit uitoefent.

De winnaar van de tender lijkt op het eerste gezicht met de windvergunning een uitsluitend recht te verkrijgen zoals bedoeld in de Aanbestedingswet 2012, namelijk om in een bepaald gebied een windpark aan te leggen en te exploiteren.⁶² Echter, omdat dit recht wordt verleend nadat

59 Art. 62 lid 3 Besluit SDE. Zie hieromtrent ook de annotatie ad 5-7 bij CBB 12 oktober 2012, AB 2012/393, m.nt. M.A.M. Dieperink.

60 Richtlijn 2014/23/EU.

61 Het verbod op wezenlijke wijzigingen geldt volgens het Hof immers “[t]er verzekering van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers” (zie HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (Wall), r.o. 37). Deze belangen zijn onverminderd aan de orde bij een subsidie- en vergunningverlening als de onderhavige.

62 Art. 1.1 Aanbestedingswet 2012: “een recht dat bij wettelijk voorschrift

een tender is doorlopen, moet worden aangenomen dat van een uitsluitend recht in de zin van de Aanbestedingswet 2012 toch geen sprake is.

De Aanbestedingswet 2012 is op dit punt helaas onduidelijk. Bij een 'bijzonder recht' vermeldt de wet dat daaronder niet wordt verstaan een recht dat wordt verleend aan een beperkt aantal ondernemingen dat is geselecteerd op basis van objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria.⁶³ Een dergelijke bepaling ontbreekt echter bij de definitie van een 'uitsluitend recht'. De Nederlandse wetgever lijkt dit verschil in het verleden zelfs bewust te hebben aangebracht.⁶⁴ De Europese Commissie is hierover echter duidelijk: in het aanbestedingsrecht bestaat op dit punt géén onderscheid tussen bijzondere en uitsluitende rechten. Na een selectie op basis van objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria kan geen sprake zijn van een uitsluitend recht in de zin van de aanbestedingsregels, aldus de Commissie.⁶⁵ Deze uitleg is geëxpliciteerd in de nieuwe Richtlijn nutssectoren (Richtlijn 2014/25/EU).⁶⁶ Gelet hierop ligt voor de hand dat deze uitleg prevaleert en dat de Aanbestedingswet 2012 op dit punt bij voorkeur zou moeten worden verduidelijkt.

3.2. Concessiehouder

Hiervoor bleek dat na afloop van de tender hoogstwaarschijnlijk geen concessieovereenkomst voor werken zal worden gesloten. Mocht dat toch het geval zijn, dan komt op de winnaar een aanbestedingsplicht te rusten in zijn hoedanigheid van concessiehouder. De Aanbestedingswet 2012 voorziet in artikel 2.154 tot en met 2.156 namelijk in een aanbestedingsverplichting voor een concessiehouder die zelf geen aanbestedende dienst is. De aanbestedende dienst – in dit geval de minister van EZ – moet waarborgen dat de concessiehouder deze bepalingen in acht neemt.⁶⁷

of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen".

63 Art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.

64 De definities van een bijzonder en uitsluitend recht uit de Aanbestedingswet 2012 zijn overgenomen uit art. 25a van de Mededingingswet; zie de toelichting op de Aanbestedingswet (MvT), Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 42-48. Dat artikel is weer een implementatie van art. 2 lid 1 sub f en g van de Europese Transparantierichtlijn (Richtlijn 80/723/EEG zoals gewijzigd bij Richtlijn 2000/52; thans Richtlijn 2006/111/EG). In het kader van die implementatie in de Mededingingswet heeft de Nederlandse wetgever in 2001 in de toelichting opgenomen dat op dit punt een onderscheid bestaat tussen bijzondere en uitsluitende rechten en dat een door middel van bijvoorbeeld een veiling verkregen monopolie ook een uitsluitend recht blijft in de zin van de Mededingingswet; zie Kamerstukken II 2000/01, 27 870, nr. 3, p. 8-9.

65 Europese Commissie, 'Explanatory Note – Utilities Directive. Definition of Exclusive or Special Rights', CC/2004/33, 18 juni 2004, p. 4: "In effect, if the entity has obtained rights – even exclusive rights – to carry on one of the activities referred to in the Directive on the basis of 'objective, proportional and non-discriminatory criteria', such rights do not constitute exclusive or special rights within the meaning of the new Utilities Directive."

66 Art. 4 lid 3 Richtlijn 2014/25/EU. Zie ook de toelichting van de Commissie van 26 juni 2012, document 11884/12, p. 4-5.

67 Art. 153 lid 3 Aanbestedingswet 2012.

Dat zou bijvoorbeeld kunnen door verplichtingen voor de winnaar op te nemen in de subsidiebeschikking en/of uitvoeringsovereenkomst (zie § 1.2.3).

Als de winnaar kwalificeert als dergelijke concessiehouder, dan moet hij iedere opdracht die hij aan een derde verleent Europees aanbesteden als de geraamde waarde daarvan boven de drempelwaarde uitkomt (momenteel € 5.186.000 excl. btw). De verplichte Europese aanbestedingsprocedure is evenwel zeer licht gereguleerd.⁶⁸ Consortiumpartners of aan de winnaar verbonden ondernemingen worden niet als 'derden' aangemerkt, zodat de winnaar in ieder geval aan deze partijen rechtstreeks opdrachten kan verlenen.⁶⁹ Deze aanbestedingsverplichting voor een concessiehouder zal uit de wet verdwijnen. De nieuwe Concessierichtlijn, die als gezegd uiterlijk 18 april 2016 moet zijn omgezet in Nederlands recht, bevat niet langer een dergelijke verplichting.⁷⁰ Naar verwachting zal een eventuele aanbestedingsplicht voor de winnaar als concessiehouder dus hoogstens voor de eerste tender gelden.

3.3. Gesubsidieerde opdracht

Een subsidiehouder kan onder omstandigheden verplicht zijn opdrachten die hij wenst te verstrekken in het kader van de activiteit waar de subsidie voor is verleend, aan te besteden overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de Aanbestedingswet 2012.⁷¹ Dit is kort gezegd het geval indien de opdracht betrekking heeft op werken die voor meer dan 50 procent rechtstreeks door een of meer aanbestedende diensten worden gesubsidieerd.⁷² Het gaat hierbij niet om alle soorten werken; het betreft uitsluitend (i) civieltechnische werken⁷³ als bedoeld in bijlage 1 van Richtlijn 2004/18/EG; en (ii) bouwwerken voor ziekenhuizen, recreatie, sportbeoefening, vrijetijdsbesteding of onderwijs of met een administratieve bestemming. Windparken op zee vallen sowieso niet onder de laatste categorie. Ook zou betoogd kunnen worden dat windparken niet kwalificeren als civieltechnische werken als bedoeld in genoemde bijlage 1. Daarin zijn als civieltechnische werken namelijk aangeduid:

68 M.n. moet de concessiehouder een aankondiging plaatsen op Tender en een bepaalde termijn in acht nemen. Als de winnaar niet ook een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf is, volgt uit de systematiek van de Aanbestedingswet 2012 dat de algemene bepalingen uit hoofdstuk 1 van die wet niet van toepassing zijn. Voor het overige geldt dan het regime zoals dat van toepassing is op private aanbestedingen; zie daarvoor HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 (KLM).

69 Art. 154 lid 4 Aanbestedingswet 2012. Op grond van lid 7 moet bij inschrijving reeds een volledige lijst van de verbonden ondernemingen worden gevoegd en moeten wijzigingen daarin onverwijld worden medegedeeld aan de aanbestedende dienst.

70 Richtlijn 2014/23/EU; zie overweging 22.

71 Art. 2.9 Aanbestedingswet 2012.

72 Art. 2.8 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012.

73 In art. 2.8 Aanbestedingswet 2012 staat 'civieltechnische werkzaamheden'. Wij gaan ervan uit dat daarmee inhoudelijk hetzelfde wordt bedoeld als de 'civieltechnische werken' die in bijlage 1 van Richtlijn 2004/18/EG worden genoemd.

- bruggen (inclusief die voor verhoogde wegen), viaducten, tunnels en ondergrondse doorgangen;
- pijpleidingen, kabels en hoogspanningsleidingen over lange afstand; en
- pijpleidingen, kabels en hoogspanningsleidingen in de bebouwde kom en bijkomende werken.

Dit zou betekenen dat opdrachten ten behoeve van de aanleg van windparken op zee niet op grond van artikel 2.8 en 2.9 Aanbestedingswet 2012 behoeven te worden aanbesteed, zelfs niet indien deze voor meer dan 50 procent worden gesubsidieerd.

4. Conclusie

In de aankondigde tenders voor windenergie op zee zal de minister van EZ windvergunningen en SDE-subsidies verlenen. De nieuwe Wet windenergie op zee vormt de basis voor de verlening van de windvergunning. Met de windvergunning verkrijgt de vergunninghouder het exclusieve recht om het windpark in kwestie te realiseren en exploiteren. Deze vergunning zal worden verleend aan de winnaar van de SDE-subsidietender voor windparken op zee. Dat is de marktpartij die tegen de laagste prijs met behulp van windenergie elektriciteit kan produceren.

De minister dient zich ervan bewust te zijn dat een vergunning en subsidie, in samenhang met de daarbij behorende eventuele uitvoeringsovereenkomst, tezamen mogelijk kwalificeren als een concessieovereenkomst voor werken. Dit zal met name afhangen van de eisen en voorwaarden die in de tender aan de realisatie worden

gesteld. Naar het zich nu laat aanzien, zullen de gestelde eisen zo algemeen zijn dat een concessieovereenkomst voor werken niet aan de orde zal zijn. Indien toch sprake zou zijn van een dergelijke concessieovereenkomst – bijvoorbeeld omdat in het verdere wetgevingsproces striktere eisen worden gesteld aangaande het te realiseren windpark dan thans wordt voorgenomen – dan gelden voor de minister van EZ in de tender de aanbestedingsverplichtingen uit hoofde van de Aanbestedingswet 2012. Bovendien zou de winnaar van de tender dan aanbestedingsplichtig worden.

Hoe dan ook is de minister van EZ bij de tender gehouden de beginselen van gelijke behandeling en de transparantieverplichting in acht te nemen, ook indien een concessieovereenkomst voor werken niet aan de orde zou zijn. In onze optiek staan het wetsvoorstel voor de Wet windenergie op zee en het Besluit SDE op gespannen voet met de eisen die het transparantiebeginsel met zich brengt, omdat de toetsingscriteria voor de SDE-subsidie- en windvergunningaanvraag onvoldoende concreet zijn geformuleerd. Een nadere uitwerking van de criteria om voor een vergunning in aanmerking te komen, wordt daarom van harte aanbevolen.

Over de auteurs

Michel Klijn, Paul Heijnsbroek en Marjolein Dieperink zijn advocaat bij Houthoff Buruma. Marjolein Dieperink is daarnaast als onderzoeker verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Ontwikkelingen tot en met 25 maart 2015 zijn in dit artikel meegenomen.