



---

vonnis

Handelsrecht

Breda

zaaknummer / rolnummer: C/02/336686 / KG ZA 17-692

Vonnis in kort geding van 4 december 2017

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ETECK ENERGIE BEDRIJVEN BV,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ETECK WARMTE OUVERTURE BV,

gevestigd te Waddinxveen,

eiseres,

advocaat mr. A.D. Lindenbergh,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE GOES,

zetelend te Goes,

gedaagde,

advocaat mr. S. Verschuur.

Partijen zullen hierna ook Eteck en de gemeente genoemd worden.

## 1 De procedure

---

### 1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- - het tussenvonnis van 17 november 2017, met alle daarin genoemde stukken,
- - de antwoord akte productie, van de zijde van Eteck, ter griffie ingekomen op 22 november 2017,
- - het faxbericht van de zijde van de gemeente, ter griffie ingekomen op 23 november 2017,
- - de faxberichten van de griffier van deze rechtbank d.d. 24 november 2017,
- - de antwoordakte van de zijde van de gemeente, ter griffie ingekomen op 29 november 2017.

### 1.2.

Ten slotte is vonnis bepaald.

## 2 De feiten

---

### 2.1.

Op grond van de niet of onvoldoende weersproken stellingen en de overgelegde producties wordt uitgegaan van de navolgende feiten:

- Eteck houdt zich bezig met beheer en exploitatie van duurzame, collectieve, decentrale installaties waarmee warmte, koude of beide wordt geleverd (hierna: WKO-systemen).
- De gemeente heeft met (de voorganger van) Eteck Energie Bedrijven BV op 28 november 2001 de Samenwerkingsovereenkomst Warmtesysteem Ouverture Goes (hierna: de SOK) gesloten. In de SOK is onder andere het volgende overeengekomen:

“(…) Artikel 1. Doel van de samenwerking

De samenwerking heeft als doel te komen tot een efficiënte, duurzame en economische aantrekkelijke warmtelevering voor Ouverture. Het door de gemeente gekozen en door Essent aan te leggen warmtesysteem bestaat uit een gemeenschappelijk bronwaternet

met aquifers, warmtewisselaars, regelapparatuur, individuele combiwarmtepompen met koeling, een pompgebouw en alle andere werken, hierna aangeduid als het “warmtesysteem”. Dit warmtesysteem wordt zodanig uitgevoerd dat daarmee tevens gekoeld kan worden.

## Artikel 2. Gunning

De gemeente gunt hierbij Essent het exclusieve recht om in Ouverture een warmtesysteem aan te brengen, te beheren en te exploiteren. De grenzen van het gunningsgebied worden aangegeven op de kaart in bijlage 5. Tijdens de duur van de overeenkomst is Essent de eigenaar van het warmtesysteem.

(...)

## Artikel 8. Duur van de overeenkomst

Deze overeenkomst gaat in op het moment van ondertekening en zal aflopen op 31 december 2017. De gemeente en Essent zullen tijdig voor het aflopen van deze overeenkomst onderzoeken of de overeenkomst voortgezet wordt, voor een nader te definiëren periode, of dat de overeenkomst ontbonden wordt. Mocht de overeenkomst ontbonden worden dan wordt het warmtesysteem tegen economische restwaarde verkocht aan de gemeente. De economische restwaarde wordt in dat geval bepaald door een door partijen in onderling overleg aan te wijzen deskundige.

Indien op 31 december 2017 geen besluit is genomen over voortzetting of ontbinding van deze overeenkomst zullen partijen gehouden worden aan voortzetting van hun verplichtingen zoals beschreven is in deze overeenkomst.

(...)

## Artikel 10. Ontbindende voorwaarden / beëindiging

Deze overeenkomst eindigt op de in artikel 8 genoemde einddatum van de overeenkomst. Na beëindiging van deze overeenkomst zullen beide partijen alles doen, nalaten en gedogen wat met het oog op redelijke belangen van de wederpartij gevraagd mag worden. Opzegging laat onverlet de aanspraak op vergoeding van kosten, schade en interessen als daar aanleiding voor is. (...)

- - De gemeente heeft met Eteck Energie Bedrijven BV op 8 april 2014 de Intentieovereenkomst verlengen exploitatie Warmtesysteem Ouverture (hierna: de Intentieovereenkomst) gesloten, met als doel het verlengen van de SOK na 31 december 2017 voor een periode van minimaal 15 jaar.
- - Bij brief d.d. 25 november 2016 heeft de gemeente o.a. het volgende aan (een dochteronderneming van) Eteck medegedeeld:

---

“De gemeente en Eteck zijn al diverse jaren in gesprek over een voortzetting van de Samenwerkingsovereenkomst, zonder dat er vooruitgang wordt geboekt. Eteck heeft zelf reeds eerder (bij brief van 27 september 2016) aangegeven dat deze gesprekken niet hoopvol stemmen en de schijn wekken dat de inzichten te ver uiteen liggen om tijdig tot overeenstemming te komen. Nu Eteck de bespreking van donderdag 10 november jl. heeft afgezegd, maakt de gemeente hieruit op dat er aan de zijde van Eteck geen intentie meer bestaat om te streven naar een contractverlenging van de Samenwerkingsovereenkomst.

De gemeente is dan ook tot het besluit gekomen om de Intentieovereenkomst van 8 april 2014 te beëindigen, conform artikel 11 van de Intentieovereenkomst, en hierbij wordt de Intentieovereenkomst dan ook beëindigd.”

- Bij aangetekende brief van 20 januari 2017 heeft de gemeente o.a. het volgende aan (een dochteronderneming van) Eteck medegedeeld:

“(…) Met de beëindiging van de Intentieovereenkomst is het traject van samenwerking tussen Eteck en de gemeente, die ertoe diende om te bezien of en onder welke voorwaarden de SOK eventueel zou kunnen worden verlengd, beëindigd. Hierbij berichten wij u dat de gemeente na zorgvuldige beraadslaging heeft besloten dat de gemeente de Samenwerkingsovereenkomst Warmtesysteem Ouverture Goes d.d. 28 november 2001 (de “SOK”) niet zal verlengen met een nieuwe periode na 31 december 2017, conform artikel 8 van de SOK.

Voor zover de SOK in de bewoordingen van artikel 8 van de SOK dient te worden ontbonden, dan geldt deze brief voorts als een ontbinding van de SOK, maar enkel op de datum van 31 december 2017, zodat de SOK onder alle omstandigheden van kracht blijft tot en met 31 december 2017.

#### Procesvoorstel afwikkeling samenwerking

De gemeente en Eteck dienen in onderling overleg voorbereidingen te treffen om:

- a) de exploitatie van de WKO te beëindigen en de WKO over te dragen aan de gemeente en de daarvoor relevante documenten op te stellen, zoals een koopovereenkomst en een akte van levering;
- b) de economische restwaarde van de WKO te bepalen, op de wijze zoals is voorzien in artikel 8 van de SOK, namelijk door een door partijen in onderling overleg aan te wijzen deskundige;
- c) te bespreken tegen welke voorwaarden Eteck in een eventuele overgangperiode die samenhangt met het overstappen naar een alternatief systeem na 31 december 2017 de exploitatie van de WKO nog tijdelijk zal voortzetten, zie artikel 10 van de SOK. (...)”

- Bij brief d.d. 24 februari 2017 heeft de gemeente o.a. het volgende aan (een dochteronderneming van) Eteck medegedeeld:

“(...) Eteck is elk overleg met de gemeente, om een lagere bijdrage van de gemeente en de bewoners te bespreken, uit de weg gegaan. Dat betekent dat de gemeente genoodzaakt is over te stappen op een alternatieve wijze van warmtevoorziening of een andere exploitant. De gemeente is thans doende, in overleg met de bewoners, in kaart te brengen wat de mogelijkheden zijn.

Uw recente stellingen in de berichten aan de bewoners, dat u de bewoners een aantrekkelijk voorstel zou kunnen doen, verbazen ons tegen deze achtergrond ten zeerste. U heeft immers nooit eerder aan ons een goed onderbouwd voorstel kunnen doen, waarin de financiële bijdrage van de bewoners en de gemeente acceptabel zou kunnen zijn.

Gelet op uw stellingname dat u in staat zou zijn een goed voorstel te doen nodigen wij u hierbij nog éénmaal uit dat voorstel toe te lichten aan ons. Wij verwachten dan dat u inzichtelijk maakt:

- De kosten en bijdragen die u van de bewoners verlangt, inclusief een tariefstructuur;
- De kosten en bijdragen die u van de gemeente verlangt;
- Inzicht in de duur van de exploitatieperiode; en
- Inzicht in de door u te verrichten investeringen in het warmtesysteem. (...).”

- - Bij e-mailbericht van 6 maart 2017 heeft Eteck haar voorstel, dat onder andere uitgaat van een 15 jarige voorzetting van de exploitatie, ingaande op 1 januari 2018, doorgegeven aan de gemeente.
- - Bij e-mail van 4 mei 2017 heeft de gemeente aan Eteck een bijlage verstuurd waarin een vergelijking tussen (de) vier aan de bewoners aangeboden opties wordt gegeven. De vier genoemde opties betreffen: Collectieve WKO geëxploiteerd door Eteck, Collectieve WKO geëxploiteerd door DNWG Intra (hierna: DNWG), Individueel systeem met bodemlussen (bodemgekoppelde warmtepomp) en Individueel systeem met lucht-water-warmtepomp. Bij elke optie zijn een omschrijving van het systeem, aanvullende aspecten behorende bij de optie, de voor- en nadelen, de kosten en het vervolgproces genoemd.

- In het verslag van de vergadering d.d. 15 juni 2016 is door het college van B&W

Van de gemeente onder andere het volgende opgenomen:

“(...) Overall conclusie en voorstel

De kosten voor de bewoners én de gemeente zijn bij de optie DNWG Infra het laagst. Ook wanneer de voorziene risico's voor de gemeente werkelijkheid zouden worden, dan blijft deze optie voor de gemeente de meest gunstige optie. Ook ten aanzien van het draagvlak onder de bewoners steekt deze optie er met kop en schouders boven uit.

Het college heeft op 23 mei 2017 besloten te kiezen voor de optie DNWG Infra: deze sluit het best aan bij de wensen van de bewoners en de financiële draagkracht van de gemeente. De raad wordt voorgesteld om in te stemmen met het collegebesluit om een overdracht van de collectieve WKO-installatie in Ouverture aan DNWG Infra te bewerkstelligen.

- De raad van de gemeente heeft op 15 juni 2017 het volgende besluit genomen:

“De raad van de gemeente Goes;

**b e s l u i t:**

1. In te stemmen met het collegebesluit om een overdracht van de collectieve WKO-installatie in Ouverture aan DNWG-infra te bewerkstelligen.

Aldus vastgesteld door de raad van de gemeente Goes in zijn openbare vergadering van 15 juni 2017.”

- In de [memo] van de gemeente d.d. 19 mei 2017 is onder andere het volgende opgenomen:

[alinea]

- Bij brief van 12 juni 2017 heeft de raadsman van Eteck de gemeente geïnformeerd dat DNWG bevoorreed werd en de biedingen op basis van ongelijke uitgangspunten zijn opgesteld en daarom niet vergelijkbaar zijn. Daarnaast is namens Eteck formeel bezwaar gemaakt tegen de gevolgde procedure en de handelswijze van de gemeente.

- De gemeente heeft bij brief van 7 juli 2017 als volgt gereageerd:

“ Uitgangspunten bij gunning

In onze brief van 26 juni 2017 hebben wij uiteengezet welke voorwaarden de gemeente heeft gesteld ter zake van de overdracht van het warmte-systeem aan Netwerkgroep Infra B.V. (DNWG) :

- Er dient sprake te zijn van een exploitatieperiode van 30 jaar; en

- De Warmtewet dient in acht te worden genomen.

Deze voorwaarden wijken niet af van de voorwaarden die de gemeente heeft gesteld in het kader van de gesprekken over de verlenging van de raamovereenkomst. De gemeente volgt Eteck dus niet in haar stelling dat zij anders zou zijn behandeld dan

DNWG.”

- Bij brief d.d. 11 augustus 2017 heeft de gemeente o.a. het volgende aan Eteck medegedeeld:

“Onder verwijzing naar het voorgaande, verzoekt de gemeente aan Eteck schriftelijk te bevestigen:

Dat Eteck zal meewerken aan de eigendomsoverdracht van het WKO-systeem aan de gemeente voor 31 december 2017 en alle handelingen zal verrichten, die ter zake de uitvoering hiervan noodzakelijk zijn; dat, in het licht van sub a) hiervoor, aan een nieuwe exploitant, in overleg, toegang wordt verschaft tot (onderdelen van) het WKO-systeem ter beoordeling van de technische staat van het WKO-systeem; dat Eteck medewerking zal verlenen bij het opstellen van de ter zake de eigendomsoverdracht van het WKO-systeem vereiste documentatie, zoals een koopovereenkomst en een akte van levering; dat Eteck medewerking zal verlenen aan de notariële handelingen, die in het kader van de eigendomsoverdracht van het WKO-systeem dienen te worden uitgevoerd;

De gemeente sommeert u om binnen tien werkdagen na heden de gevraagde bevestiging te geven, bij gebreke waarvan u in verzuim verkeert en de gemeente zich vrij acht rechtsmaatregelen te treffen om de verzochte medewerking af te dwingen.

- Bij brief van 25 augustus 2017 heeft Eteck o.a. het volgende medegedeeld aan de gemeente:

“Eteck is van mening dat zij onder gelijke omstandigheden als aan DNWG geboden een beter aanbod dan DNWG had kunnen doen en daardoor de nieuwe exploitatie aan haar gegund zou behoren te zijn. Door het handelen en nalaten van de gemeente is de nieuwe exploitatie ten onrechte niet aan Eteck gegund en lijdt Eteck daardoor schade die voorshands begroot kan worden op minstens € 1.500.000,00 berekend over een nieuwe exploitatieperiode van 30 jaar. (...) Onder voormelde omstandigheden staat het Eteck vrij u te sommeren het bedrag ad € 1.500.000,00 binnen 14 dagen na heden over te maken (...). De gemeente dient de concessie aan te besteden en dient dit (voor zover noodzakelijk, en Eteck meent dat dit zo is door de gewenste gunning door de gemeente aan Delta) alsnog te doen, daar Eteck en overigens dusdoende op gelijke voorwaarden/uitgangspunten kan meedingen naar de concessie.

Graag verneem ik uiterlijk binnen 14 dagen na heden of de gemeente alsnog een aanbesteding gaat uitzetten en daarbij gaat zorgdragen voor het realiseren van een ‘equal level playing field’ voor de toekomstige inschrijvers op de aanbesteding.”

- In het definitief concept van de Koopovereenkomst (onder)opstalrecht WKO-installatie tussen de gemeente (als verkoper) en DNWG (als koper) is o.a. het volgende opgenomen:

“C) Eteck had de WKO-installatie door middel van een opstalrecht in eigendom, welke eigendom door overdracht van het opstalrecht direct voorafgaand aan het ondertekenen van deze Overeenkomst aan Verkoper is overgedragen; (...)

D) De Gemeente heeft toen zij destijds de grond voor de woningen en appartementen verkocht, de kopers verplicht om aan te sluiten op het WKO-systeem voor levering van warmte en koude. Alternatieven, anders dan warmtepompen, zijn niet toegestaan.

E) Koper heeft aangegeven met de bewoners van Ouverture leveringsovereenkomsten te willen sluiten, waarin de voorwaarden zijn opgenomen voor de levering van warmte en koude.

F) Koper is geen partij bij de koopovereenkomst van de grond die tussen bewoners van Ouverture en de Gemeente is gesloten. Dit houdt in dat Koper geen beroep kan doen op de verplichtingen uit die overeenkomst voor de bewoners –waaronder de verplichting om de woningen in te richten op de toepassing van het WKO-systeem- die voor bedrijfsvoering van het WKO-systeem in meest brede zin van belang kunnen zijn.

G) Verkoper zal direct na het verkrijgen van het opstalrecht (als omschreven in overweging C)) ten behoeve van Koper het (Onder)opstalrecht vestigen,

H) Partijen wensen de afspraken omtrent de verkoop en de vestiging van het (Onder)opstalrecht, alsmede het feitelijk verkrijgen van de WKO-installatie, in deze Overeenkomst vast te leggen. (...)

### 1.1

In deze overeenkomst wordt verstaan:

(Onder)opstalrecht: het voorwaardelijke en tijdelijke (onder)opstalrecht, rechtgevend op de WKO-installatie, een en ander onder de voorwaarden als omschreven in de (Onder)opstalakte;

Overeenkomst: deze koopovereenkomst

Verkochte: het (Onder)opstalrecht ter zake van de WKO-installatie; (...)

WKO-systeem: het (onder)opstalrecht, rechtgevend op de (onderdelen van de) warmte-koude-opslag-installatie Ouverture zoals die is beschreven in de (Onder)opstalakte, partijen genoegzaam bekend, een net zoals bedoeld in artikel 5:20 lid 2 BW. (...)

### 2.1

Verkoper verkoopt aan Koper, gelijk Koper koopt van Verkoper het (Onder)opstalrecht onder de voorwaarden als omschreven in deze Overeenkomst. (...)

### 3.1

De door Koper verschuldigde Koopprijs bedraagt € 1,-. (...)



## 5.2

De baten en lasten van het (Onder)opstalrecht zijn vanaf het verlijden van (Onder)opstalakte door de Notaris voor rekening van koper.

## 7.7

Koper zal de NUTS-aansluitingen, welke speciaal ten behoeve van de WKO-installatie zijn aangelegd, (...) handhaven en derhalve niet verwijderen.

## 8.2

Koper zal de in de aankomsttitels van Verkoper voorkomende verplichtingen, lasten en/of beperkingen per de Vestigingsdatum uitdrukkelijk aanvaarden. Voor zover die bepalingen rechten behelzen die ten behoeve van derden moeten worden bedongen, zullen die rechten per transportdatum uitdrukkelijk door Verkoper worden bedongen en door Verkoper ten behoeve van die derden worden aanvaard.

## 13.3

Indien Koper het WKO-systeem wil verkopen, dan geldt daarbij dat dit pas na 15 jaar na de leveringsdatum kan en als Koper alleen de Gemeente in aanmerking komt. Waarbij geldt dat Koper verplicht is het WKO-systeem in een goed onderhouden, werkende staat, voor € 1,- terug te leveren aan de Gemeente.

## 13.8

De Gemeente draagt er zorg voor dat voorafgaand aan de Levering van het WKO-systeem: het WKO-systeem is geregistreerd bij het Kadaster en er een Warmteplan is vastgesteld.

## 15.1

Partijen zijn gedurende de termijn van 30 jaar gerechtigd om de Koopovereenkomst buitengerechtelijk te ontbinden, indien: de door de ACM aan Koper verleende vergunning voor de warmtelevering op grond van de Warmtewet wordt ingetrokken, of indien het besluit waarmee de vergunning is verleend wordt vernietigd (...)”

## 3 Het geschil

---

### 3.1.

Eteck vordert – voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad – om:

Primair:

I. de gemeente te verbieden tot (voorlopige) gunning van de Opdracht energievoorziening Ouverture aan DNWG over te gaan;

II. de gemeente te verbieden te onderhandelen met DNWG aangaande de Opdracht energievoorziening Ouverture;

III. de gemeente te verbieden tot het sluiten van de overeenkomst betreffende de Opdracht energievoorziening Ouverture met DNWG over te gaan;

IV. de gemeente te gebieden, voor zover zij de Opdracht energievoorziening Ouverture nog wenst te vergeven, de Opdracht (opnieuw) aan te besteden, en Eteck in de gelegenheid te stellen een offerte te doen uitbrengen voor deze (nieuwe) Opdracht, e.e.a. met inachtneming van vigerende aanbestedingsregels- en beginselen, het vigerende Inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Subsidiair:

I. de gemeente te verbieden tot gunning van de Opdracht energievoorziening Ouverture aan DNWG over te gaan;

II. de gemeente te verbieden te onderhandelen met DNWG aangaande de Opdracht energievoorziening Ouverture;

III. de gemeente te verbieden tot het sluiten van de overeenkomst betreffende energievoorziening Ouverture met DNWG over te gaan;

IV. de gemeente te gebieden zodanige maatregelen te treffen dat het level playing field tussen inschrijvers voldoet aan de vigerende aanbestedingsregels- en beginselen, het vigerende Inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid;

V. de gemeente te gebieden Eteck (alsnog) toe te laten een offerte te doen.

Meer subsidiair:

I. de gemeente te gebieden elke andere voorlopige voorziening na te komen die de voorzieningenrechter in goede justitie passend acht.

Zowel primair als subsidiair:

I. de gemeente te veroordelen in de proceskosten, het salaris van de advocaat van Eteck daarin begrepen.

3.2.

De gemeente voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

## 4 De beoordeling

---

4.1.

Eteck legt aan haar vordering samengevat het volgende ten grondslag. Hoewel de gemeente een aanbestedende dienst is in de zin van de Aanbestedingswet 2012 en het uitgeven van de concessie voor de energievoorziening Ouverture aanbestedingsplichtig

is, heeft de gemeente geen aanbestedingsprocedure gevolgd, waardoor de belangen van Eteck op grove wijze zijn geschonden. Eteck stelt dat er geen publicatie van de aankondiging van de opdracht heeft plaatsgevonden in het Publicatieblad van de Europese Unie of op TenderNed; dat de gemeente de voorwaarden voor inschrijving en de criteria van beoordeling niet open en transparant heeft kenbaar gemaakt of gevolgd; dat de gemeente als zij al tot gunning van de opdracht zou zijn overgegaan heeft verzuimd de opschortende termijnen als bedoeld in de Aanbestedingswet in acht te nemen, dat de gemeente de gunning (nog) niet bekend heeft gemaakt op de wijze als bedoeld in artikel 2.134 en 2.138 van de Aanbestedingswet en dat de gemeente nog geen kennisgeving van het sluiten van de overeenkomst met DNWG heeft gezonden aan Eteck. Voorts stelt Eteck dat de gemeente heeft verzuimd de beginselen uit de Aanbestedingswet en uit het Inkoop- en aanbestedingsbeleid Gemeente Goes 2016 na te leven, meer in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit.

#### 4.2.

De gemeente heeft betoogd dat zij met de bovenvermelde overeenkomst die zij met DNWG wenst te sluiten niet gehouden is een aanbestedingsprocedure aan te kondigen en te doorlopen.

#### 4.3.

Van het spoedeisend belang van Eteck bij toewijzing van de gevraagde voorziening is in voldoende mate gebleken en dit wordt door de gemeente overigens niet betwist. Eteck kan daarom in zoverre in haar vordering worden ontvangen.

#### 4.4.

Wat betreft het belang van de beide eisende partijen stelt de voorzieningenrechter vast dat in de bovenvermelde Intentieovereenkomst van 8 april 2014 Eteck Energie Bedrijven BV als rechtsopvolger van Essent bij de SOK is genoemd. Daarmee heeft zij belang bij de in deze procedure ingestelde vorderingen. Eteck Warmte Ouverture BV is volgens de memorie van eis in arbitraal geding van de gemeente de partij bij de SOK en de exploitant van de WKO-installatie. Dat eerste is in tegenspraak met de Intentieovereenkomst van 8 april 2014. Echter ook als exploitant heeft Eteck Warmte Ouverture BV een belang bij de ingestelde vorderingen. Bij toewijzing van de vorderingen hebben beide vennootschappen de keuze op de aanbesteding in te schrijven.

#### 4.5.

De voorzieningenrechter heeft ter zitting moeten vaststellen dat de feiten waarop Eteck zich bij het formuleren van haar stellingen in deze procedure heeft gebaseerd niet de volledige feiten zijn op basis waarvan de voorzieningenrechter dient te beoordelen of sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht (overeenkomst). De gemeente heeft immers ter zitting meegedeeld dat zij voornemens is een overeenkomst met DNWG te sluiten waarbij van een verplichting tot aanbesteding geen sprake is, terwijl de inhoud van die overeenkomst Eteck en de voorzieningenrechter niet bekend was. Anders dan de gemeente meent volgt uit de onder de feiten vermelde gang van zaken geenszins dat

Eteck moest begrijpen dat de gemeente daarmee slechts een in de ogen van de gemeente “kale koopovereenkomst” voorbereidde. Die feiten wezen meer op de voorbereiding van een exploitatieovereenkomst of concessie dan op de voorbereiding van een “kale koopovereenkomst”. Zo is in de 4 bovenvermelde aan de bewoners voorgelegde opties vermeld dat het vervolgtraject bij de keuze voor Eteck is het opstellen van “een nieuwe overeenkomst” en bij de keuze voor DNWG is het opstellen van “een nieuwe overeenkomst” en “overdracht WKO-installatie voorbereiden”. In die fase was onder “nieuwe overeenkomst” een nieuwe samenwerkingsovereenkomst te verstaan, waarbij in de bestaande SOK verplichtingen aan Eteck in het kader van de warmtevoorziening waren opgelegd.

4.6.

Nu de inhoud van de voorgenomen overeenkomst inmiddels bekend is ligt de vraag voor of hiermee sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht. Partijen hebben hun standpunten hierover over en weer kenbaar gemaakt.

4.7.

De gemeente heeft betoogd dat het erom gaat dat aan DNWG niet de verplichting wordt opgelegd het WKO-systeem te exploiteren en evenmin wordt bepaald op welke wijze het systeem zou moeten worden geëxploiteerd. Hiermee is aldus de gemeente geen sprake van een bezwarende titel en daarmee evenmin van een aanbestedingsplichtige opdracht.

Eteck betoogt dat uit de bepalingen van de beoogde overeenkomst voortvloeit dat daarmee of in verband daarmee ten minste stilzwijgend van DNWG is bedongen dat zij het WKO-systeem exploiteert ten behoeve van de bewoners van Ouverture en dat gelet op de waarde daarvan sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht, dan wel van een opdracht met grensoverschrijdend belang.

4.8.

Artikel 2 jo 8 van de SOK strekken ertoe dat de gemeente eigenaar van het WKO-systeem wordt op het tijdstip van de beëindiging van de SOK. Dat is in dit geval per 1 januari 2018. De door de gemeente beoogde overeenkomst met DNWG wordt dan ook aangegaan vanuit de situatie dat de gemeente eigenaar van het WKO-systeem is.

4.9.

Artikel 2a.1 AW 2012 bepaalt dat afdeling 2a van de AW 2012 van toepassing is op het plaatsen van concessieopdrachten voor werken of diensten door een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf. Voor beantwoording van de vraag wanneer sprake is van een aanbestedingsplichtige concessieopdracht is artikel 5, lid 1 van de Richtlijn 2014/23/EU van belang. Die bepaling luidt:

a) een „concessie voor werken”: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties werken laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk dat het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling;

b) een „concessie voor diensten”: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties de verrichting van diensten met uitzondering van de uitvoering van werken als bedoeld onder a) laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.

4.10.

De considerans bij die Richtlijn vermeldt onder meer het volgende.

Concessies zijn overeenkomsten onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties werken laten uitvoeren, of diensten laten verrichten en beheren, door één of meer ondernemers. Het doel van dergelijke overeenkomsten is de aanbesteding van werken of diensten door middel van een concessie, waarbij de tegenprestatie bestaat hetzij in het recht het werk of de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling. Een dergelijke overeenkomst kan, maar hoeft niet noodzakelijkerwijs, een overdracht van eigendom aan de aanbestedende diensten of de aanbestedende instanties inhouden, maar de aanbestedende diensten of de aanbestedende instanties verkrijgen in elk geval de voordelen van de betrokken werken of diensten.

Concessieovereenkomsten voorzien in wederzijds bindende verplichtingen, waarbij de uitvoering van deze werken of diensten is onderworpen aan specifieke door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie gedefinieerde vereisten die juridisch afdwingbaar zijn.

Concessieovereenkomsten zijn gewoonlijk complexe langetermijnregelingen waarbij de concessiehouder verantwoordelijkheden en risico's op zich neemt die traditioneel door de aanbestedende diensten en de aanbestedende instanties worden gedragen en gewoonlijk binnen hun overeenkomst vallen.

Met de interpretatie van de begrippen concessie en overheidsopdracht samenhangende moeilijkheden hebben geleid tot aanhoudende rechtsonzekerheid bij de belanghebbenden en tot talrijke arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie. De definitie van concessie dient bijgevolg te worden verduidelijkt, met name door naar het concept operationeel risico te verwijzen. Het hoofdkenmerk van een concessie, het recht om de werken of diensten te exploiteren, impliceert altijd de overdracht aan de concessiehouder van een operationeel risico van economische aard met de mogelijkheid dat hij de gedane investeringen en de met het exploiteren van de gegunde werken of diensten gepaard gaande kosten onder normale exploitatieomstandigheden niet zal terugverdienen, zelfs indien een deel van het risico bij de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie blijft berusten. De toepassing van specifieke regels voor de gunning van concessies zou niet gerechtvaardigd zijn indien de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie de ondernemer van elk potentieel verlies zou ontlasten door minimuminkomsten te garanderen gelijk aan of hoger dan de gedane investeringen en de kosten die de ondernemer met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst

dient te maken. Tegelijk moet duidelijk worden gemaakt dat bepaalde regelingen die geheel en al door een aanbestedende dienst of een aanbestedende instantie worden beloond, als concessie moeten worden aangemerkt wanneer het terugverdienen van de investeringen en de kosten die door de exploitant voor de uitvoering van de werken of het verrichten van de diensten zijn gemaakt, afhangt van de werkelijke vraag naar of het aanbod van de dienst of het goed.

Daarnaast mogen bepaalde overeenkomsten die tot voorwerp hebben het recht van een ondernemer om bepaalde publieke domeinen of rijkdommen te exploiteren, naar publiek- of privaatrecht, zoals grond of elk ander onroerend goed in staatsbezit, met name in de zee-, binnenhaven- of luchthavensector, waarbij de staat of de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie slechts algemene voorwaarden voor het gebruik ervan vaststelt zonder bepaalde werken of diensten aan te besteden, niet als concessies in de zin van deze richtlijn worden aangemerkt. Dit geldt doorgaans voor pachtovereenkomsten voor publieke domeinen of grond, die in het algemeen clausules bevatten betreffende de inbezitneming door de pachter, het gebruik van het gepachte, de verplichtingen van pachter en verpachter met betrekking tot het onderhoud van het gepachte, de looptijd van de overeenkomst en de teruggave van het gepachte aan de verpachter, de pacht prijs en de door de pachter te betalen bijkomende kosten.

Bepaalde instanties zijn actief op het gebied van productie, transmissie of distributie van verwarming en koeling. Er kan onduidelijkheid bestaan over de voorschriften die van toepassing zijn op diensten in verband met verwarming en koeling. Daarom moet worden verduidelijkt dat de transmissie en/of distributie van verwarming een door bijlage II bestreken activiteit is en dat instanties die actief zijn in de sector verwarming bijgevolg onderworpen zijn aan de voorschriften van deze richtlijn die van toepassing zijn op aanbestedende instanties, voor zover zij als dusdanig worden aangemerkt. Ook instanties die werkzaam zijn in de sector koeling, zijn onderworpen aan de voorschriften van deze richtlijn die van toepassing zijn op aanbestedende instanties, voor zover zij als dusdanig worden aangemerkt. Tot slot moet worden verduidelijkt dat concessies die worden gegund voor de uitoefening van overeenkomsten op het gebied van zowel verwarming als koeling, op grond van de bepalingen inzake overeenkomsten voor de uitoefening van verscheidene activiteiten moeten worden behandeld wanneer dient te worden bepaald welke aanbestedingsvoorschriften eventueel op de gunning van deze concessies van toepassing zijn.

#### 4.11.

Met inachtneming van het vorenstaande beantwoordt de voorzieningenrechter de vraag of de gemeente met de overeenkomst met DNWG sprake is van een aanbestedingsplichtige concessie voor diensten ontkennend. Er is geen sprake van a) het opdragen van het leveren van warmte met het WKO-systeem waarbij b) sprake is van een bezwarende titel.

#### 4.12.

Bouwbesluit en bouwverordening bieden gemeenten een grondslag om bewoners te

verplichten tot aansluiting op een warmtenet. Dat kan aansluiting op een publiek net of een collectief net zijn. In dit geval heeft de gemeente verplicht tot aansluiting op een collectief net. Dit brengt geen verplichting voor de gemeente jegens de bewoners mee tot levering van warmte. Gesteld noch gebleken is voorts dat de gemeente zich bij overeenkomst jegens de bewoners tot levering van warmte heeft verplicht. De Warmtewet roept een zorgplicht voor de overheid in het leven dat een aangesloten bewoner warmte verkrijgt. Ook de omstandigheid dat de gemeente de bewoners heeft verplicht tot aansluiting op het collectief net brengt deze zorgplicht mee. De Warmtewet of de overeenkomst tussen gemeente en de bewoners schept echter geen plicht voor de gemeente om zelf die warmte te leveren. Er bestaat dan ook geen warmteleveringsplicht voor de gemeente. De gemeente is evenmin een speciale-sectorbedrijf als bedoeld in de bovenvermelde considerans van de Richtlijn die als taak energievoorziening heeft. Dat brengt mee dat geen sprake is van een dienst tot het leveren van warmte die door de gemeente zou moeten worden verleend voor haar rekening en risico, en die nu door een ander, DNWG, in opdracht van de gemeente op zich wordt genomen. De overeenkomst tussen de gemeente en DNWG kent geen bepalingen die voor de gemeente afdwingbaar maken dat DNWG onder specifieke voorwaarden in warmte via het WKO-systeem voorziet. Dat DNWG, wanneer zij het WKO-systeem exploiteert de Warmtewet in acht moet nemen is niet een voorwaarde die de gemeente op grond van de overeenkomst kan afdwingen. Het is de Minister, die onder de voorwaarden van artikel 10 van de Warmtewet een vergunning kan verlenen en die op grond van artikel 11 van de Warmtewet de sanctie van intrekking van de vergunning aan het niet naleven van de Warmtewet kan verbinden, met als gevolg dat de gemeente een beroep op ontbinding van de overeenkomst met DNWG kan doen.

#### 4.13.

De overeenkomst tussen de gemeente en DNWG heeft wel tot gevolg dat DNWG in staat wordt gesteld het WKO-systeem te exploiteren en wel voor haar rekening en risico, althans in hoofdzaak voor haar rekening en risico voor zover de gemeente besluit enige financiële bijdrage aan onderhoud van het WKO-systeem te leveren. Dit gebeurt echter niet doordat bij de overeenkomst de dienst tegen bewarende titel aan haar wordt overgedragen als bedoeld in de Richtlijn en de AW 2012.

#### 4.14.

De overeenkomst tussen de gemeente en DNWG heeft alle trekken van de in de considerans van de Richtlijn vermelde van aanbesteding uitgesloten overeenkomsten. De voorzieningenrechter herhaalt: Dit geldt doorgaans voor pachtovereenkomsten voor publieke domeinen of grond, die in het algemeen clausules bevatten betreffende de inbezitneming door de pachter, het gebruik van het gepachte, de verplichtingen van pachter en verpachter met betrekking tot het onderhoud van het gepachte, de looptijd van de overeenkomst en de teruggave van het gepachte aan de verpachter, de pachtprijs en de door de pachter te betalen bijkomende kosten.

#### 4.15.

De overeenkomst kan ook niet worden aangemerkt als een concessieopdracht voor

werken omdat niet wordt voldaan aan de definitie daarvoor. De verplichting tot reparatie en onderhoud van het WKO-systeem zou kunnen worden beschouwd als dienst, maar die dienst op zichzelf gaat gelet op de overeenkomst uitsluitend gepaard met kosten en heeft dus geen waarde die tot aanbesteding moet leiden.

4.16.

De slotsom op basis van aan de voorzieningenrechter in dit kort geding bekende feiten en omstandigheden moet zijn dat met de overeenkomst tussen de gemeente en DNWG geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht. De vorderingen van Eteck moeten worden afgewezen.

4.17.

Eteck zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de gemeente worden begroot op € 816,- voor kosten advocaat in verband met de zitting. De latere proceshandelingen aan de zijde van de gemeente zijn veroorzaakt doordat zij niet reeds ter zitting alle voor de beoordeling relevante feiten heeft aangereikt en moeten voor haar rekening blijven.

## 5 De beslissing

---

De voorzieningenrechter

5.1.

wijst de vorderingen af,

5.2.

veroordeelt Eteck in de proceskosten, aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op € 816,-.

Dit vonnis is gewezen door mr. Van Geloven en in het openbaar uitgesproken op 4 december 2017.